

Grand angle sur la réglementation des services juridiques : vers une approche réglementaire basée sur la conformité

*Marie-Claude RIGAUD**

Zooming In : Towards a Compliance Based Model for Regulating the Legal Profession

Acercamiento a la reglamentación de los servicios legales : hacia un enfoque reglamentario basado en el cumplimiento

Um Zoom na Regulamentação de Serviços Jurídicos : Rumo a uma Abordagem Reguladora Baseada na Conformidade

合规文化及其内控机制：行为准则的作用

Résumé

Peu a été écrit, encore moins théorisé, au sujet des modèles de réglementation des professions juridiques. Or depuis quelques années, les ordres professionnels de juristes au pays ont entrepris une réflexion sur les modalités de cette réglementation et sur ceux qui devraient y être soumis, soit les avocats seuls ou également

Abstract

Little has been written, let alone theorized, about regulatory models for the legal profession. In Canada, law societies have for the past few years commenced reflecting on the modalities of such regulation and who should be submitted to it: solely lawyers, or also the entities in which they work to provide legal services? In

* Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, où elle agit également à titre de vice-doyenne aux affaires externes et aux communications.

les entités au sein desquelles ils essaient. Dans la foulée de cette importante réflexion, une approche réglementaire basée sur la conformité a été évoquée comme celle devant être privilégiée. Distinct de l'approche prescriptive adoptée depuis « toujours » par les ordres professionnels de juristes au Canada, le modèle-conformité suscite éloges et critiques. Nous traiterons de ces dernières dans cet article qui propose plus globalement de faire état des discussions tenues à ce sujet au cours des dernières années.

Resumen

Poco se ha escrito, y mucho menos teorizado, acerca de los modelos de reglamentación de las profesiones jurídicas. Pero desde hace algunos años, las órdenes profesionales de juristas en el país comenzado a reflexionar sobre las modalidades que presenta esta reglamentación y sobre aquellos que deberían estar sujetos a ella, bien sean los abogados únicamente o además las entidades en las cuales ejercen. En el contexto de esta importante reflexión, se determinó que un enfoque reglamentario basado en el cumplimiento deberá ser privilegiado. Distinto del enfoque prescriptivo adoptado tradicionalmente por las órdenes profesionales de juristas en Canadá, el modelo-cumplimiento provoca elogios y críticas. Trataremos estos últimos en este artículo que propone globalmente hacer públicas las discusiones sostenidas al respecto en el transcurso de los últimos años.

the wake of this important reflection, a compliance-based regulatory approach has been suggested as posing a promising model. Distinct from the prescriptive approach traditionally adopted by law societies in Canada, the compliance-based model has attracted both praise and criticism, both of which will be addressed in this article.

Resumo

Pouco foi escrito, e ainda menos teorizado, sobre os modelos de reglamentação das profissões jurídicas. No entanto, desde alguns anos as ordens profissionais de juristas no país passaram a refletir sobre as modalidades dessa reglamentação e sobre aqueles que deveriam estar submetidos a ela, sejam os advogados apenas ou também as entidades no seio das quais prestam serviços jurídicos. Sob o impulso dessa importante reflexão, evocou-se uma abordagem baseada na conformidade como aquela a ser privilegiada. Distinta da abordagem prescritiva adotada desde « sempre » pelas ordens profissionais de juristas no Canadá, o modelo-conformidade suscita elogios e críticas. Nós trataremos destas últimas neste artigo, que propõe mais globalmente oferecer um quadro das discussões sobre o tema ao longo dos últimos anos.

摘要

2000年初爆发的一系列金融丑闻以及接踵而至的信任危机使得监管机构、法院及投资者希望公司能以诚信、符合道德的方式行事，并实施合规计划。这些努力旨在维持由道德、诚信和透明等原则与价值所构成的公司文化，通常具体化为制定和实施一整套内控机制。本文的目的不是考查某一公司要求符合某一具体业务领域法律法规的所有规范性文件，而是研究构成任何合规计划基石的行为准则。

Plan de l'article

Introduction	621
I. La réglementation des juristes	625
A. Le modèle actuel: l'approche prescriptive	625
B. Le modèle proposé: l'approche basée sur la conformité.....	632
II. Regards critiques sur l'approche proposée	638
A. Critiques et préoccupations.....	639
B. Retombées anticipées	641
Conclusion	648

Les questions entourant les modèles de réglementation des professions juridiques ont rarement été, au cours du siècle dernier, abordées dans la littérature, encore moins ont-elles été des sujets à la mode¹. Bien qu'on ait pu s'intéresser, par exemple, à la portée de certaines dispositions concernant la déontologie des juristes, à la nécessité d'en adopter de nouvelles, d'en modifier ou d'en éliminer d'autres, ou encore à la manière de rédiger un code ou d'en aiguiller le texte, peu ont remis en question le dogme de l'approche déontologique comme modèle privilégié pour réglementer le comportement des juristes. En effet, la doctrine des dernières années semble à cet égard plutôt constante, en ne contestant pas, sinon de manière timide et parcimonieuse, la pertinence du code de déontologie comme outil de réglementation privilégié des professions juridiques. Encore moins d'études ont cherché à savoir si les avocats seulement, les cabinets

¹ Au Canada, voir par exemple Allan C. HUTCHINSON, *Legal Ethics and Professional Responsibility*, 2^e éd., Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2006; Gavin MACKENZIE, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 2009; Alice WOOLEY, *Lawyers' Ethics and Professional Regulation*, 2^e éd., Markham, LexisNexis Canada, 2012; Alice WOOLEY, *Understanding Lawyers' Ethics in Canada: Inspired by Monroe Freedman and Abbe Smith's Understanding Lawyers'*, Markham, LexisNexis, 2011; Mark M. ORKIN, *Legal Ethics*, 2^e éd., Toronto, Canada Law Book, 2011. Bien que ces ouvrages abordent les questions touchant à la réglementation des juristes, ils ne remettent pas en question le modèle de réglementation qui prévaut au Canada, c'est-à-dire le modèle déontologique d'auto-réglementation. Pour une discussion des différents modèles pouvant être utilisés pour réglementer les professions juridiques, voir entre autres Laurel S. TERRY, « The Future Regulation of the Legal Profession: The Impact of Treating the Legal Profession as 'Service Providers' », (2008) *Journal of the Professional Lawyer* 189, disponible en ligne: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304172> (consulté le 24 mars 2017); Laurel S. TERRY, Steve MARK et Tahlia GORDON, « Trends and Challenges in Lawyer Regulation: The Impact of Globalization and Technology », (2012) 80:6 *Fordham L. Rev.* 261; Laurel S. TERRY, « Trends in Global and Canadian Lawyer Regulation », (2013) 76 *Sask. L. Rev.* 145; Ray WORTHY CAMPBELL, « Rethinking Regulation and Innovation in the U. S. Legal Services Market », 9 *N.Y.U. J. L. & Bus.* 1, disponible en ligne: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2018056> (consulté le 24 mars 2017); Mary C. DALY et Carole SILVER, « Flattening the World of Legal Services? The Ethical and Liability Minefields of Offshoring Legal and Law Related Services », (2007) 38:3 *Geo. J. Int'l L.* 401; Deborah L. RHODE et Alice WOOLEY, « Comparative perspectives on Lawyer Regulation: An Agenda for Reform in the United States and Canada », (2012), 80 *Fordham L. Rev.* 2761. Voir aussi Richard F. DEVLIN et Porter HEFFERNAN, « The End(s) of Self-regulation? », (2008) 45 *Alta. L. Rev.* 169; Roderick A. MACDONALD, « Let Our Future Not Be Behind Us: The Legal Profession in Changing Times », (2001) 64 *Sask. L. Rev.*

ou les deux, devaient être assujettis à ces outils de réglementation. En effet, depuis plus d'un siècle, les professions juridiques, en adoptant une réglementation de type déontologique et donc codifiée, s'intéressent exclusivement à l'avocat (et au notaire dans le contexte québécois) comme seul et unique agent régulé. Or, depuis maintenant quelques années, alors que les défis qui touchent les professions juridiques se multiplient, les ordres professionnels de juristes ont entrepris une réflexion non seulement sur les modalités de sa réglementation, mais aussi au sujet de ceux et celles qui devraient tomber sous son joug.

En toile de fond à cette importante réflexion et alors que nul ne semble remettre en question la place du droit comme outil de régulation sociale, on constate une certaine fébrilité autour de plusieurs questions portant sur l'avenir des professions juridiques, plus spécifiquement sur l'inadéquation et l'inefficacité des services qu'elles proposent pour un segment croissant du public qu'elles sont appelées à servir. Les discussions autour de thèmes comme la multidisciplinarité ou la présence et la participation d'associés non juristes au sein des cabinets sont proposées comme pistes de solution aux préoccupations énoncées ci-dessus. Il n'est donc pas surprenant, dans ce contexte, que les professions juridiques se soient engagées depuis maintenant quelques années à réfléchir à leur avenir², à leur mode de gouvernance et aux modalités entourant leur réglementation³. Un changement profond et fondamental est en effet en train de s'opérer dans la manière

² Le Rapport de l'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN (ABC) intitulé «Avenirs en droit – Transformer la prestation des services juridiques au Canada», en ligne: <http://www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba_na/PDFs/CBA%20Legal%20Futures%20PDFS/Futures-Final-fra.pdf>, p. 25 et suiv. (consulté le 15 août 2016) (ci-après le «Rapport Avenirs en droit»).

³ Voir à ce sujet, entre autres, le Rapport Avenirs en droit, *id.* Voir aussi ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, «Do Law Differently. Futures for Young Lawyers. CBA Legal Futures Initiative», février 2016, disponible en ligne: <<http://www.cba.org/CBA-Legal-Futures-Initiative/Reports/Do-Law-Differently-Futures-For-Young-Lawyers>> (consulté le 24 mars 2017). Aux pages 11 et suivantes, dans une section intitulée «Canadian Legal Market 2015-2030», les rédacteurs du document font état des facteurs qui expliquent la nécessité de repenser le marché des services juridiques. Y sont cités la libéralisation réglementaire, les pressions compétitives exercées sur le marché, les avancées technologiques et la crise d'accès à la justice. Voir aussi MITCH KOWALSKI, *Avoiding Extinction: Reimagining Legal Services for the 21st Century*, Chicago, American Bar Association, 2012. Voir aussi les incontournables écrits de RICHARD SUSSKIND: *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, Oxford, Oxford University Press, 2013, *The Future of the Profession: How Technology will Transform the Work of Human Expert*,

dont les ordres professionnels de juristes de certaines juridictions canadiennes souhaitent réglementer l'industrie des services juridiques. La décision, par exemple, de certains ordres professionnels de juristes d'ajouter à leur arsenal réglementaire des dispositions concernant la réglementation des cabinets (ce que plusieurs appellent les « entités ») au sein desquels oeuvrent les juristes a eu pour effet de contraindre les ordres professionnels à repenser en quelque sorte leur approche réglementaire. Ce qui est déjà réalité dans certaines juridictions à l'extérieur du Canada⁴, et envisagé par d'autres, est une réglementation des cabinets basée sur la conformité⁵.

Au Canada, la Nouvelle-Écosse a agi à titre de chef de file en proposant une telle approche en 2005⁶. Plus récemment, les provinces des prairies ont elles aussi mis sur pied un comité d'étude pour permettre la transition vers une approche basée sur la conformité⁷. L'Ontario a pour sa part demandé

Oxford, Oxford University Press, 2015 (avec Daniel SUSSKIND) et *The End of Lawyers?: Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

⁴ Une approche réglementaire basée sur la conformité a déjà été adoptée, entres autres, en Australie, aux Pays de Galle et en Angleterre. L'Australie a agi à titre de chef de file, plus particulièrement l'État de New South Wales, et est en quelque sorte devenue un modèle de référence pour plusieurs réformes dont celles qui ont eu cours en Angleterre et au Canada. Pour une description du modèle qui prévaut en Australie, voir THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, « Innovating Regulation », Discussion Paper, novembre 2015, en ligne: <<http://www.lawsociety.sk.ca/media/127107/INNOVATINGREGULATION.pdf>>, p. 4 et 5 (consulté le 15 août 2016). Au Canada, plusieurs provinces canadiennes ont adopté ou sont sur le point d'adopter une telle approche. Aux États Unis, les *American Bar Association's Model Rules of Professional Conduct* prévoient, que « [...] the ethical atmosphere of a firm can influence the conduct of all of its members » (Rule 5.1, commentaire 3, en ligne: <http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html> (consulté le 29 mars 2017)).

⁵ La conformité est un mot à la mode. On en parle plus souvent dans le contexte de programmes de conformité. Or, la conformité agit sur plusieurs plans et alimente depuis quelques temps les réflexions entourant l'avenir de la réglementation des professions juridiques.

⁶ THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4. Voir aussi « Competitiveness and Compliance Initiative Annual Report 2006 », en ligne <https://novascotia.ca/lae/cci/docs/CCI_Factsheet.pdf> (consulté le 28 mars 2017).

⁷ Un important rapport faisant le point sur la question a été rendu public à l'automne 2015. Pour une discussion du paysage réglementaire qui prévaut dans chacune des provinces signataires et des réformes en cours de discussion, voir *id.*, p. 8 à 9.

à un comité semblable de lui faire des recommandations à ce sujet⁸. Par un effet de propagation anticipé, il ne serait pas surprenant que nous soyons confrontés d'ici peu à une profession juridique reconfigurée, aussi bien dans ses façons de faire, de facturer⁹ et de s'organiser, que d'être réglementée.

Nous tenterons en premier lieu de décrire brièvement le système réglementaire applicable à l'industrie des services juridiques, modèle qui prévaut dans la majorité des provinces canadiennes, et d'en exposer certaines lacunes, pour ensuite expliquer les facteurs qui militent pour une réglementation plus large de l'industrie des services juridiques, c'est-à-dire une réglementation visant non seulement les avocats, mais aussi les cabinets (et peut-être un jour les départements juridiques d'entreprises ou du gouvernement) au sein desquels ils oeuvrent. Ceci nous mènera à traiter du modèle de réglementation proposé pour encadrer les obligations des cabinets, soit l'approche basée sur la conformité. Après en avoir expliqué la teneur, une brève discussion de ses limites et de ses possibles faiblesses, puis des promesses et des espoirs qui y sont liés sera proposée. À titre de conclusion, des suggestions quant aux modalités à favoriser et sur certains éléments qui devront accompagner tout effort de réforme en ce sens seront aussi présentées.

⁸ Un groupe de travail du Barreau du Haut-Canada sur la réglementation des entités fondées sur la conformité a été créé par le Conseil en juin 2015 afin d'examiner cette forme de réglementation proactive. Un rapport du groupe de travail a été rendu public en mai 2016. Ce dernier recommandait l'élaboration d'options détaillées pour la mise en place d'une structure de réglementation des entités fondées sur la conformité. Le Conseil du Barreau a approuvé la recommandation du Groupe de travail à l'effet que la *Loi sur le Barreau* devrait être modifiée afin de permettre la réglementation des entités. Le groupe de travail prévoit présenter au Conseil un rapport final en 2017. Pour plus d'information et pour consulter le rapport, voir BARREAU DU HAUT-CANADA, «Réglementation des entités fondés sur la conformité», en ligne: <<http://www.lsuc.on.ca/with.aspx?id=2147502048&langtype=1036>> (consulté le 15 août 2016).

⁹ Voir à ce sujet BARREAU DU QUÉBEC, «La tarification horaire à l'heure de la réflexion», février 2016, en ligne: <<http://www.barreau.qc.ca/fr/publications/avocats/tarification/index.html>> (consulté le 24 mars 2017).

I. La réglementation des juristes

A. Le modèle actuel : l'approche prescriptive

Au Canada, les professions juridiques ont depuis « toujours » été réglementées par une approche prescriptive. Par le biais de diverses lois¹⁰, les ordres professionnels de juristes du pays ont reçu des provinces le mandat de réglementer la pratique du droit¹¹. Ils le font entre autres en prévoyant des exigences reliées au processus d'admission à la pratique et à la compétence ainsi que par le biais de mesures disciplinaires formulées sous forme d'obligations et de devoirs énumérés au sein de codes de déontologie. Dans les deux cas, le point de mire est l'avocat¹².

Traditionnellement, les avocats ont en effet été réglementés à titre individuel¹³. Les professions juridiques, en adoptant des codes de déontologie,

¹⁰ Au Québec par exemple, voir la *Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1.

¹¹ Au Canada, la réglementation des juristes est de compétence provinciale. Voir *Law Society of Upper Canada c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 38.

¹² Dans son article intitulé « Regulating Law Firms in Canada », (2011) 90 *R. du B. can.* 382, 385, Adam Dodek nous rappelle que ceci a toujours été le cas et remonte à la création même du Barreau du Haut-Canada en 1797 alors que dix avocats se donnèrent comme mission de mettre sur pied une association de juristes. À l'époque, le modèle d'affaire était celui de l'avocat exerçant seul sa profession. Il n'est donc pas surprenant que les codes de déontologie adoptés par cette association et celles qui suivirent s'intéressent exclusivement à l'avocat. Or, plus de 200 ans plus tard, il semble que ce modèle soit toujours celui qui s'impose. Ce dernier n'a pas été remis en question, bien que la réalité de l'industrie des services juridiques soit pourtant toute autre en 2017, et ce, depuis déjà plusieurs décennies. Comme le dit si bien Adam Dodek : « Law firms of all sizes are now omnipresent in the Canadian legal profession. », *id.*, p. 385. Bien que plusieurs avocats continuent d'œuvrer seuls, près de la moitié des juristes du pays travaillent dans des structures ayant plus de dix avocats. Voir FÉDÉRATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, « 2007 – Statistiques des ordres professionnels de juristes », en ligne : <<http://flsc.ca/wp-content/uploads/2015/03/2007-statistical-report.pdf>> (consulté le 15 août 2016), p. 6. Voir également BARREAU DU QUÉBEC, « Barreau-mètre 2015 La profession en chiffres », en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/barreau-metre-2015.pdf>> (consulté le 15 août 2016), p. 26.

¹³ Il y a 100 ans, les services juridiques étaient dispensés par des avocats, principalement des hommes, qui travaillaient seuls ou au sein de très petites structures. La réalité est toute autre aujourd'hui. Dans l'affaire *Succession MacDonald c. Martin*, ([1990] 3 R.C.S. 1235, par. 14), la Cour annonçait déjà la disparation du praticien solo dans les grands centres urbains. Voir A. DODEK, préc., note 12 et BARREAU DU QUÉBEC, « Les avocats de pratique privée en 2021 », en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/publications/>>

dictent les principes et les règles auxquels devront se soumettre leurs membres. En prévoyant notamment des règles impératives accompagnées de mécanismes de surveillance et de sanctions, le modèle déontologique entretient avec le modèle juridique une certaine filiation¹⁴. Grâce au respect qui leur est consacré, ces codes rendent en quelque sorte dignes de confiance auprès des clients les avocats qui sont appelés à les servir¹⁵. En édictant non seulement des règles mais aussi des principes, les ordres professionnels de juristes tentent tant bien que mal d'encadrer le comportement de leurs membres et de les inciter à honorer les obligations et les valeurs auxquelles ils sont censés s'être engagés.

Afin de respecter leur mission de protection du public, les ordres professionnels de juristes ont traditionnellement concentré leurs efforts sur la réglementation du comportement des juristes à titre individuel, et non sur ceux des cabinets. En cas de plainte déposée à l'égard d'un juriste, le processus disciplinaire mis en place par l'ordre professionnel est sollicité pour la traiter, pour sanctionner l'avocat au besoin et, ce faisant, pour veiller à la protection du public¹⁶. Le modèle en question est prescriptif et réactif; prescriptif en ce qu'il prévoit une liste de règles et d'interdictions, réactif en ce qu'il est basé sur un système de plaintes formulées à l'égard d'un membre quant à la qualité des services reçus.

Or, depuis quelques temps, ce système est remis en question par plusieurs, y compris par les ordres professionnels de juristes eux-mêmes. On rapporte que le modèle déontologique est tout simplement mal adapté,

avocats/avocats-2021/index.html> (consulté le 15 août 2016). Au Canada, par exemple, il existe aujourd'hui plus de 95 cabinets qui comptent au moins 50 avocats. Voir le Rapport Avenir en droit, préc., note 2, p. 54.

¹⁴ Marie-Claude RIGAUD, « La déontologie et l'éthique dans le contexte des MARC », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.) *Régler autrement les différends*, Montréal, LexisNexis, 2015, p. 349, aux pages 357 et 358.

¹⁵ Voir Camille CHASERANT et Sophie HARNAY, « La déontologie professionnelle en pratique. Enquête sur l'activité disciplinaire de la profession d'avocat », (2016) 16 *Rev. fr. de socio-économie* 119, 121.

¹⁶ Or, certaines études empiriques démontrent que la discipline professionnelle sanctionne plus fréquemment les manquements aux obligations dites de collégialité plutôt que celles encadrant la prestation de services au client. « Alors que les avocats présentent la déontologie comme un ensemble contraignant de règles destiné à assurer la qualité du service juridique, ils contrôlent en fait, au travers de la discipline, le respect des valeurs orientées non pas vers le client, mais vers la profession elle-même. », C. CHASERANT et S. HARNAY, préc., note 15, p. 135.

sinon dépassé et, en tous les cas, incapable de répondre à certains impératifs propres à la réalité de l'industrie des services juridiques d'aujourd'hui¹⁷. Tout d'abord ce modèle périmé, comme l'avancent certains, risque de fragiliser la confiance que la population a en la profession juridique si ce n'est parce qu'il manque d'envergure. En effet, en se concentrant uniquement sur les juristes, il écarte de son champ de vision les cabinets, grands absents du focus réglementaire¹⁸. Comme le prétendent plusieurs, en 2017, l'avocat ne peut continuer à être l'unique point de mire de la réglementation. Une telle approche, si elle devait perdurer, ne pourrait qu'étioler la légitimité du pouvoir dont bénéficient les ordres professionnels de juristes à l'égard de ceux qu'ils sont censés devoir servir et protéger. Selon Adam Dodek, « [...] the absence of law firm regulation creates a problem of legitimacy for law societies mandated to regulate the practice of law in the public interest. »¹⁹ Si la majorité des avocats travaillent en cabinets qui, par définition, sont guidés, à tout le moins en partie, par une quête de profits, il est non seulement illusoire mais aussi inutile de concentrer tous les efforts de réglementation sur les avocats à titre individuel. Il semble en effet que les structures au sein desquelles ces avocats œuvrent doivent elles aussi être soumises à une forme de réglementation, si ce n'est qu'en raison de l'importante influence qu'elles exercent sur les comportements éthiques de leurs membres²⁰.

¹⁷ THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 1. Voir aussi C. CHASERANT et S. HARNAY, préc., note 15, p. 120. En parlant des règles professionnelles, les auteurs citent les propos de la Commission européenne dans une communication intitulée « Services professionnels – Poursuivre la réforme », qui indique que ces règles « [...] risquent d'empêcher les professionnels de travailler d'une manière efficace par rapport aux coûts, de réduire les prix, d'améliorer la qualité ou d'innover. Cela est mauvais pour les consommateurs, pour l'économie et pour la société en général. » (COM(2005) 405, Bruxelles, 5 septembre 2005, p. 4, citée dans *id.*, p. 120).

¹⁸ « Most law societies now extensively regulate professional corporations but do little in the way of regulating the preferred business entity for larger law firms, the limited liability partnership ». (A. DODEK, préc., note 12, p. 408). De nos jours, la plupart des ordres professionnels de juristes réglementent les sociétés de professionnels. Cependant, ces ordres professionnels réglementent peu le véhicule juridique le plus utilisé par les grands cabinets soit la société à responsabilité limitée.

¹⁹ *Id.*, p. 387

²⁰ Christine PARKER, Tahlia GORDON et Steve MARK, « Regulating Law Firms Ethics Management: An Empirical Assessment of an Innovation in Regulation of the Legal Profession in New South Wales », (2010) 37 *J. of Law and Society* 466, 469.

En second lieu, plusieurs sont d'avis que le modèle réglementaire actuel dessert mal les besoins des clients et ne répond que de manière incomplète aux réalités qu'il prétend vouloir baliser. Imaginons une situation où un client est d'avis qu'il n'a pas reçu de services juridiques de qualité. En vertu du modèle de réglementation actuel, seul l'avocat (ou les avocats) directement impliqué dans le dossier en question pourrait être visé par une plainte disciplinaire et non pas le cabinet qui aura pu avoir joué un rôle important dans la gestion du dossier. Comme le fait remarquer l'ABC, « [l]a méthode actuelle, qui consiste à ne régler que les avocats, empêche de traiter les plaintes des clients d'une manière plus holistique »²¹.

Or, on sait bien que le comportement de l'avocat n'est pas simplement dicté et inspiré par les règles déontologiques adoptées par son ordre professionnel, mais aussi par d'autres sources qui exercent sur lui une importante influence: pensons entre autres aux associations et aux comités professionnels, au contexte social dans lequel il évolue comme individu et comme professionnel, et aussi, peut-être surtout, aux cabinets²² ou autres

²¹ Rapport Avenirs en droit, préc., note 2, p. 54. « In 2016, it is not realistic to treat law or paralegal firms as mere collections of autonomous individual practitioners who happen to share a firm name. Firms owe fiduciary and other legal obligations to their clients. Clients look to firms, as well as individual practitioners within those firms, to serve their legal needs. Firms exist because individual practitioners recognize that many aspects of professional practice should be undertaken on a collective basis. Yet, Law Society authority, By-Laws and Rules of Professional Conduct are farmed without acknowledging the relevance of law and paralegal firms to the manner in which clients, the administration of justice, and the public are served by the legal professions. Entity regulation recognizes that failing to acknowledge the reality of modern practice can affect the efficiency, effectiveness, and sometimes even the fairness of professional accountability », (BARREAU DU HAUT-CANADA, « Compliance Based Entity Regulation Task Force », en ligne: <https://www.lsuc.on.ca/uploadedFiles/For_the_Public/About_the_Law_Society/Convocation_Decisions/2016/convocation_may_2016_cber.pdf> (consulté le 15 août 2016), p. 6). De plus, même une fois cette plainte déposée, rappelons que les ordres professionnels de juristes n'interviennent qu'*ex post facto*, et ce, dans une proportion très limitée de dossiers.

²² On sait très bien par exemple que les politiques, les procédures et les processus décisionnels adoptés par un cabinet exercent sur le juriste une importante influence. Voir le Rapport Avenirs en droit, préc., note 2, p. 54. Comme le note avec justesse ce dernier: « À mesure que des structures d'entreprise juridique libéralisées seront plus fréquentes et autorisées, il faudra aussi que ces entités soient réglementées, tout comme les avocats individuellement. En 2014, il existe 95 cabinets juridiques canadiens qui comptent au moins 50 avocats. Ils n'étaient que 13 en 1981. Certes la plupart des avocats canadiens exercent seuls ou dans de petits cabinets, mais il y a de bonnes raisons

structures professionnelles au sein desquels il pratique. Il faut aussi comprendre que les éléments susceptibles d'influencer les comportements éthiques d'un juriste sont en quelques sortes imbriqués les uns dans les autres dans une constellation beaucoup plus complexe que ce que peut prévoir un code de conduite prescriptif, dont le point de mire est l'avocat à titre individuel²³. Il existe en effet plusieurs sphères susceptibles d'influencer le comportement du juriste : le niveau individuel serait au centre et engloberait les décisions prises par les juristes avec ou sans le bénéfice des conseils reçus de leurs collègues. Si l'avocat travaille en cabinet, par exemple, il est évident que les politiques et les procédures internes promues par celui-ci ont une influence importante sur ses processus décisionnels. C'est ce qui serait soutenu par l'infrastructure éthique du cabinet, un deuxième niveau qui comprendrait entre autres les politiques de gestion ainsi que les priorités et les initiatives susceptibles de saper ou d'appuyer la pratique éthique. Au troisième niveau, la culture éthique du cabinet exercerait son influence en procurant un certain contexte aux deux premiers²⁴. Finalement, le quatrième et dernier niveau, la culture organisationnelle, engloberait les politiques de gestion interne, les priorités identifiées par les cabinets ainsi que les diverses initiatives mises en place par ces derniers au niveau de la promotion, de la compensation et de la valorisation de ses membres²⁵.

de croire que les entreprises juridiques de grande taille continueront de se développer.» Voir aussi Victoria REES et Gabriela QUITANILLA, «Nova Scotia Barristers' Society: A Journey Towards a New Model of Regulation and Governance of Legal Services in The Public Interest», en ligne : <http://nsbs.org/sites/default/files/ftp/ERU_Newsletter/2015-06-24-IBATransformingRegulation.pdf> (consulté le 15 août 2016), section 2.3 : «The Society and other regulators have come to recognize the importance and impact of law firm governance, organizational structure, management, policies, culture and day-to-day interactions and practices on lawyers' responsibilities and ethical decision making.»

²³ C'est le professeur Regan qui suggère que les composantes susceptibles d'influer le comportement éthique sont en quelque sorte imbriquées les unes dans les autres, «nested inside one another.», Milton C. REGAN, JR., «Nested Ethics: A Tale of Two Cultures», (2013) 42 *Hofstra L. Rev.* 143, 144 à 147.

²⁴ *Id.*, p. 146. Selon Susan SAAB FORTNEY, «Systematically Thinking About Law Firm Ethics: Conference on the Ethical Infrastructure and Culture of Law Firms: Foreword», (2013) 42 *Hofstra L. Rev.* 1, 10 : «Using Professor Regan's "nested relationships" framework, firm leaders should recognize that almost every decision they make can foster or undermine trust and connectedness. Professors Pearce and Wald suggest that firms that understand the importance of relational self-interest in the long-run will do well by doing right.» (citations omises)

²⁵ *Id.*, p. 146.

Cette image circulaire nous révèle que le cabinet joue un rôle de premier plan dans le processus décisionnel de l'avocat et donc, par ricochet, dans la relation avocat-client. L'influence qu'exerce le cabinet sur des questions telles que la publicité, les conflits d'intérêt ou la facturation des services juridiques ne peut tout simplement pas être assimilée à celle que pourra, sur une base individuelle, exercer un avocat. Dans certains cas, le juriste n'aura eu que peu ou aucune influence dans le choix et la mise en place de certaines pratiques adoptées par son cabinet²⁶. Ce dernier²⁷, plus que tout autre, exerce une influence importante sur le juriste, sur ses façons de faire et de penser, et sur ses façons d'appréhender ses obligations professionnelles. Il est bien évident que dans l'exemple emblématique que constitue le grand cabinet, l'avocat idoine n'a aucun ou sinon peu de pouvoir sur les processus décisionnels, sur le système de comptabilité, la délégation du travail, la formation que reçoivent au sein d'un cabinet le personnel, les parajuristes et les nouveaux avocats, sur la manière d'aborder un dossier, sur les questions éthiques qu'il soulève et sur la facturation. Il devient dès lors non seulement difficile d'ignorer l'importante influence des cabinets et de la culture qui s'y développe, mais aussi de justifier que ces cabinets puissent continuer à échapper au spectre réglementaire. Adam Dodek le démontre avec clairvoyance en affirmant :

The perception that the most powerful within the legal profession lie outside of regulation has the potential to seriously undermine public confidence in self-regulation of the legal profession. It is not enough to simply regulate the individuals who make up law firms because law firms have an independent existence and identity. Individual lawyers promote their practices to the public through the vehicle of the law firm. The public sees law firms but does not see law firms being regulated.²⁸

²⁶ Voir à ce sujet Milton C. REGAN, « Taking Law Firm Seriously », (2002) 16 *Geo. J. Legal Ethics* 155. Dans son article, Adam Dodek fait une revue littéraire des nombreux articles faisant état des diverses préoccupations exposées par la littérature au sujet de la culture des cabinets. Voir A. DODEK, préc., note 12, p. 390.

²⁷ Voir le Rapport Avenir en droit, préc., note 2, p. 54.

²⁸ Selon Adam Dodek, le fait de ne pas réglementer le cabinet a pour effet de remettre en question le privilège de l'auto-réglementation de la profession. En citant les travaux d'Elizabeth Chambliss et de David Wilkins, il suggère que l'absence de réglementation des cabinets constitue une importante violation de cette obligation : « [...] the profession's failure to promulgate ethical standards for firms constitutes a significant breach of its duty of self-regulation. This breach threatens not only the quality of modern private practice, but also the credibility of the entire disciplinary system. ». Voir Elizabeth

Or, il faut se rappeler que les ordres professionnels de juristes ont pour mission de veiller à la protection du public²⁹. En adoptant un modèle réglementaire qui ferait reposer la responsabilité déontologique non seulement sur l'avocat à titre individuel mais aussi sur le cabinet³⁰, plusieurs sont d'avis que cette mission aurait plus de chance d'être respectée. De l'avis des auteurs du rapport *Innovating Regulation*, par exemple, la réglementation des cabinets aurait aussi pour effet d'améliorer la gestion et la culture du cabinet, ainsi que d'assurer une plus grande redevabilité envers les ordres professionnels de juristes, une redevabilité individuelle accrue de la part des juristes et une plus grande confiance de la part du public³¹ à

CHAMBLISS et David B. WILKINS, « A New Framework for Law Firm Discipline », (2002) 16 *Geo. J. Legal Ethics* 335, 345 cité dans A. DODEK, préc., note 12, p. 397, note 50.

²⁹ Au Québec, voir le *Code des professions*, RLRQ, c. C-46, art. 87; en Ontario, voir la *Law Society Act/Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, chap. L.8, art. 4.2, al. 3.

³⁰ Il est intéressant de noter que plusieurs professions réglementent déjà les entités au sein desquelles opèrent leurs membres. Pensons par exemple aux comptables, aux courtiers de fonds mutuels, aux médecins, pour ne nommer qu'eux. Pour une discussion étoffée du cadre réglementaire entourant les entités qui prévaut au sein de diverses professions, voir THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 15 à 23.

³¹ Voir R. F. DEVLIN et P. HEFFERNAN, préc., note 1. « In Devlin's interviews with informants in several jurisdictions it became clear that while in some jurisdictions particular horror stories might have triggered reforms, by far the most common pattern was the increasing vocalization of consumer dissatisfaction and the repeated failures of law societies to put in place satisfactory complaints systems. », (Rev. Alexander G. GEDDES, « The Perpetuation of Problems in the Public Perception of Legal Professional: an Analysis of the Erroneous "Mitigating Factors" in *Law Society of Upper Canada v. Hunter* », *Slaw*, April 23, 2014, en ligne : <<http://www.slw.ca/2014/04/23/the-perpetuation-of-problems-in-the-public-perception-of-legal-professionals-an-analysis-of-the-erroneous-mitigating-factors-in-law-society-of-upper-canada-v-hunter/>>); Philip SLAYTON, *Lawyers Gone Bad, Money, Sex and Madness in Canada's Legal Profession*, Toronto, Penguin Canada, 2008, p. 18-19. Voir aussi Thierry WICKERS, *La grande transformation des avocats*, Dalloz, 2014, p. 326 : « Plus préoccupant encore, le système d'autorégulation paraît souvent défaillant, car il semble trop facilement se détourner de l'intérêt du public qui constitue sa raison essentielle d'exister. » Au Royaume-Uni et en Australie, la qualité du système disciplinaire mis en place dans ces deux juridictions a été remis en cause en 2004 et en 2007 respectivement, et a mené à d'importantes réformes dont le transfert du pouvoir disciplinaire du barreau à un organisme indépendant, *id.*, p. 116. Au Royaume-Uni, on avait noté un important accroissement du nombre de plaintes et l'insatisfaction des clients qui décriaient la grande lenteur du processus, son manque d'indépendance et d'efficacité, *id.*, p. 116-117.

l'effet que les ordres professionnels veillent à leur protection, tout en s'auto-règlementant³².

Finalement, on reproche à la réglementation de type déontologique le fait qu'elle ne mise que sur des standards de conduite minimum. En effet, une intervention de l'ordre professionnel ne sera justifiée que si le comportement reproché est considéré comme étant en deçà des critères ou standards prévus aux codes de déontologie. L'avocat peut donc agir sans crainte et avec une certaine impunité tant et aussi longtemps qu'il s'assure de respecter cette norme minimale. Cette approche semble être en porte-à-faux avec plusieurs des valeurs et principes proclamés par les ordres professionnels de juristes, dont l'invitation donnée aux membres de promouvoir et d'adhérer aux plus hauts standards éthiques et professionnels dans l'exercice de leur profession³³. Or, à terme, certains craignent que cette approche myopique et dépassée puisse inciter nos gouvernements à remettre en question la viabilité du privilège d'autoréglementation sur lequel nous avons pu compter au cours des dernières décennies : « [...] we risk losing the confidence of the public and of our governments, thereby eroding the fundamental democratic value of independent regulation of the legal profession »³⁴.

B. Le modèle proposé : l'approche basée sur la conformité

Une fois la démonstration faite du besoin d'élargir le spectre des acteurs qui devront être règlementés, se pose la question de savoir quel modèle devrait être mis en place pour le faire. Alors que les ordres professionnels ont identifié le besoin de règlementer les entités que constituent les cabinets d'avocats, par exemple, la question se pose à savoir comment ces entités devront être règlementées.

Les ordres professionnels des juristes oeuvrant au Canada ont recours à une panoplie de stratégies pour encourager la mise en place de protocoles et de procédures, et pour promouvoir des habitudes de travail inci-

³² THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 7.

³³ Voir FÉDÉRATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, « Code type de déontologie professionnelle », en ligne : <<http://flsc.ca/wp-content/uploads/2014/12/conduct1FR.pdf>> (consulté le 15 août 2016), p. 7-8 (ci-après « Code type de la Fédération »).

³⁴ Voir THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 1.

tant les juristes à se conformer aux diverses obligations auxquelles ils sont soumis. On privilégie parfois une approche très restrictive et prescriptive où la discrétion est très limitée – pensons par exemple aux exigences liées à la protection de la sécurité de l'information que détient les cabinets ou aux obligations de confidentialité³⁵. On favorise parfois plutôt une approche visant à encourager les cabinets à adopter certains processus afin d'atteindre des objectifs plus largement décrits et accessibles publiquement³⁶. C'est ce que nous appelons une approche basée sur la conformité. Quand un ordre professionnel, à titre d'exemple, invite ses membres à assurer une plus grande diversité au sein des cabinets qui offrent des services juridiques, il le fait sans pour autant dicter la manière d'atteindre cet objectif, bien qu'il puisse proposer certains moyens pour le faire.

Plusieurs ordres professionnels sont aujourd'hui d'avis que le temps est venu d'adopter une approche réglementaire basée sur la conformité³⁷ qui soit proactive, basée sur des principes et proportionnée³⁸.

La conformité a un double sens. Il peut s'agir de cet état d'adéquation entre un état de fait et les exigences fixées par la loi, un règlement ou toute autre norme juridique, tout comme il peut s'agir de la qualité d'un comportement donné alors que ce dernier est déterminé par le groupe lui-même, ou par une autre entité pouvant prétendre à une autorité normative³⁹. Le terme est principalement utilisé dans le milieu des affaires, en référence aux programmes de conformité à la loi adoptés et mis en place par les

³⁵ C. PARKER, T. GORDON et S. MARK, préc., note 20, p. 470.

³⁶ Un des plus grands défis, qui n'est pas propre aux avocats, est la question des meilleures stratégies à mettre en place pour encourager et institutionnaliser une sorte de conscience éthique, *id.*

³⁷ Voir Geoffrey PARSONS MILLER, *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, Wolters Kluwer, 2015, p. 137.

³⁸ THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 23.

³⁹ Voir « Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise », (2014) 137 *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétale* 1, 5, dans un dossier signé par Olivier Debat, Nicolas Genestier, Soazig Ledan-Cabarroque, Laura Paget, Thierry Postif et Corinne Suné. Le terme conformité est utilisé dans ce dossier comme une traduction du terme anglais « *compliance* ». Dans une certaine littérature, le mot « *compliance* » est parfois traduit par « conformation » plutôt que par conformité pour y associer les concepts d'obéissance et de consentement aux règles imposées. Voir à ce sujet Camille CHASERANT et Sophie HARNAY, « Rationalité et (dé) réglementation de la profession d'avocat : une analyse de la concurrence sur le marché des services juridiques », (2016) 67 *Rev. écon.* 171, 176, à la note 15.

entreprises, bien plus que dans celui de la réglementation des services juridiques. Certains ont qualifié ceci de vision objective de la conformité. Pour d'autres, et dans une vision plus subjective, la conformité renvoie d'abord et avant tout à l'éthique dans le domaine des affaires, c'est-à-dire à la nature et à la qualité des comportements des différents acteurs économiques dont les entreprises, ses dirigeants et ses salariés⁴⁰.

Une définition qui nous semble plus pertinente au contexte de la réglementation professionnelle est celle qui conçoit la conformité comme une simple manifestation d'une réflexion faisant référence à « [...] un ensemble de règles légales, professionnelles, institutionnelles et déontologiques visant à assurer une bonne gouvernance »⁴¹. Elle serait une sorte de gestion proactive des risques de non-conformité aux normes établies: « La compliance a ainsi pour finalité de prévenir la réalisation d'agissements qui seraient contraires aux valeurs et aux principes dont la société estime devoir assurer le respect »⁴². Dans cette acception, la *compliance*, que nous traduirons aux fins de ce texte par le terme conformité, se rapproche de l'utilisation que nous en ferons dans le contexte de la réglementation des services juridiques, c'est-à-dire une réglementation qui a pour objectif de prévenir certains agissements dans le respect de certaines valeurs et principes phares des professions juridiques; pensons, par exemple, à la confidentialité, au respect du secret professionnel, à l'évitement des conflits d'intérêts, au professionnalisme, à l'expertise.

Dans le contexte des services juridiques et en vertu de cette approche basée sur la conformité, l'organe de réglementation qu'est l'ordre professionnel de juristes fixe des objectifs et des attentes et offre au besoin soutien et renseignements pour aider les cabinets à atteindre ces objectifs. La réglementation des entités renvoie aux fournisseurs des services juridiques (par exemple les cabinets) ainsi qu'aux titulaires de permis individuels⁴³.

⁴⁰ Voir O. DEBAT et al., *id.*, p. 6.

⁴¹ *Id.*

⁴² Soazig LEDAN-CABARROQUE, « La prévention du blanchiment sociétaire par la compliance », (2014) 137 *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* 7, 12 tiré du dossier « Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise », préc., note 39.

⁴³ Voir le message de la trésorière dans le *Rapport annuel 2015* du Barreau du Haut-Canada, en ligne: <<http://www.annualreport.lsuc.on.ca/2015/fr/treasurer-message>> (consulté le 15 août 2016).

Le groupe de travail constitué sous l'égide du Barreau du Haut-Canada définit la réglementation fondée sur la conformité en indiquant qu'elle :

[met] l'accent sur une approche proactive dans laquelle l'organe de réglementation détermine les principes de gestion de la pratique et établit des objectifs et des attentes. Les avocats et parajuristes présentent un rapport sur leur conformité à ces attentes et décident de façon autonome de la manière de s'y conformer [...] La réglementation des entités reconnaît que de nombreuses décisions professionnelles, qui étaient autrefois prises par un seul avocat ou un associé, sont de plus en plus déterminées par les politiques et procédures des cabinets juridiques.⁴⁴

Dans le Rapport Avenirs en droit, publié en 2014, l'ABC avait formulé la recommandation⁴⁵ que la réglementation des pratiques juridiques soit fondée sur la conformité, non pas pour remplacer le modèle actuel, mais bien pour le compléter. En vertu de cette recommandation, les cabinets juridiques seraient tenus de s'inscrire auprès des ordres professionnels et deviendraient dès leur inscription des entités réglementées⁴⁶. Chaque cabinet serait tenu de désigner un de ses membres-avocats pour agir à titre d'intermédiaire entre le cabinet et l'ordre professionnel de juristes. Cette personne serait aussi en charge de veiller à la conformité du cabinet aux objectifs et aux autres règles applicables et à la superviser. En vertu de cette approche, les cabinets devraient se munir d'un programme de conformité, et ce, en vue de « [...] promouvoir des pratiques exemplaires sur le plan déontologique »⁴⁷. Comme il est indiqué dans ce même rapport : « [...] le fait d'assujettir à la réglementation non seulement les avocats, mais également les entités offre d'excellentes occasions de mettre en oeuvre des systèmes de gestion préventive et une conformité proactive aux obligations d'ordre juridique et déontologique. »⁴⁸

En 2013, l'ABC avait élaboré l'Outil d'auto-évaluation des pratiques déontologiques⁴⁹, proposant que les principes qui y sont mentionnés

⁴⁴ BARREAU DU HAUT-CANADA, « Réglementation des entités fondés sur la conformité », préc., note 8.

⁴⁵ Voir Recommandation 8 du Rapport Avenirs en droit, préc., note 2, p. 55.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*, p. 54.

⁴⁹ Comme le fait remarquer le rapport lui-même, cet outil est très semblable aux outils développés en Australie, voir *id.*, p. 55 et ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, « Outil de

puissent servir de cadre pour permettre l'établissement d'infrastructures déontologiques. De l'avis de l'ABC, la réglementation qui sera mise de l'avant par les ordres professionnels devra faire preuve d'une grande souplesse pour permettre que des approches et des stratégies différentes puissent être adoptées selon le contexte particulier au sein duquel il devra s'insérer: «Des approches différentes seront efficaces dans des contextes différents, et les entités règlementées devraient bénéficier de la souplesse et des choix leur permettant de définir pour elles-mêmes l'orientation qu'elles doivent suivre-et la façon de le faire-en vue de répondre aux principes mentionnés.»⁵⁰

L'approche basée sur la conformité est axée sur les résultats et énumère de manière claire les objectifs et résultats escomptés. Elle ne prescrit pas la manière de les atteindre mais préfère plutôt s'en remettre à la flexibilité et à l'autonomie dont doivent jouir les entités pour déterminer comment ils les atteindront. En relayant ainsi la responsabilité du «comment faire» aux cabinets, ces derniers participent à un processus d'apprentissage leur permettant de mettre sur pied une infrastructure éthique munie de politiques, d'objectifs et de résultats attendus sur des questions aussi diverses que les conflits d'intérêt, la facturation, les comptes en fidéjussés, les lettres d'opinion, les tactiques de plaidoirie, la supervision des avocats et la formation continue. Ce faisant, ce type de réglementation opère une véritable transition de l'approche traditionnelle, qui est avant tout réactive, prescriptive et basée sur un processus de plainte et de discipline, à un modèle proactif, flexible et axé sur les résultats⁵¹.

L'approche basée sur la conformité propose une forme de réglementation *ex ante* et tente en quelque sorte d'éviter qu'un lourd et coûteux processus disciplinaire soit mis en place seulement une fois que la mal est fait. Elle permet en quelque sorte de réduire les chances qu'un avocat commette une erreur. Par exemple, dès 2004, en Australie, dans l'État de New South Wales, la *Legal Profession Act 2004*⁵² prévoyait que les juristes devaient se doter de systèmes de gestion appropriés. Ainsi, la Office of the

l'ABC d'autoévaluation des pratiques déontologiques», en ligne: <<http://www.cba.org/CBA/activities/pdf/ethicalselfevaluation-f.pdf>> (consulté le 15 août 2016) (ci-après l'«Outil d'auto-évaluation de l'ABC»).

⁵⁰ Rapport Avenirs en droit, préc., note 2, p. 55.

⁵¹ THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 23.

⁵² La loi peut être consultée en ligne: <<http://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/2004/112>> (consulté le 28 mars 2017).

Legal Profession (OLSC) avait élaboré une liste de dix objectifs qu'un tel système devrait intégrer et promouvoir⁵³. Le OLSC développait ensuite un outil d'auto-évaluation permettant de valider la conformité des juristes aux différents objectifs identifiés. L'outil d'auto-évaluation de l'ABC élaboré au Canada quelques années plus tard est de la même veine.

Il existe certains exemples au Canada de réglementation basée sur la conformité. L'obligation qui est faite aux juristes de compléter des heures de formation obligatoire en est une excellente illustration⁵⁴. Au Québec, par exemple, tout avocat doit non seulement suivre des heures de formation, mais doit aussi remplir une déclaration sur honneur à cet effet et se soumettre à des vérifications ponctuelles à l'initiative de l'ordre professionnel⁵⁵. Au Canada, l'adoption par la Fédération des *Guidelines on Ethics*

⁵³ La liste peut être consultée en ligne : <http://www.olsc.nsw.gov.au/Pages/lsc_practice_management/lsc_practice_management.aspx> (consulté le 30 mars 2017). Elle propose notamment la négligence, les conflits d'intérêts, les modes de facturation, les modes de communications avec les clients.

⁵⁴ *Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 12.

⁵⁵ Il faut dire que la province du Québec réglemente, pour certaines questions, les entités par le biais d'une approche basée sur la conformité. En vertu du *Code des professions* (RLRQ, c. C-26. Voir les articles 93 g) et h), 94 p) et 187.11 à 187.20), les ordres professionnels du Québec sont autorisés à adopter un règlement permettant à leurs membres d'exercer leurs activités professionnelles sous plusieurs formes juridiques, dont la société en nom collectif à responsabilité limitée et la société par actions, et à déterminer les conditions, modalités et restrictions associées à celles-ci. Voir Charles DENIS et Normand RATTI, « Les formes juridiques de l'exercice de la profession », dans *Collection de droit 2015-2016, École du Barreau du Québec*, vol. 1, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 281, à la p. 281. Plusieurs ordres se sont munis d'un tel règlement, dont l'ordre professionnel des avocats du Québec. Entré en vigueur en 2004, le *Règlement sur l'exercice de la profession d'avocat en société et en multidisciplinarité* (RLRQ, c. B-1, r. 9) rend possible deux nouvelles réalités : la responsabilité limitée du professionnel (dans des circonstances particulières) et la pratique multidisciplinaire. Au Québec, par exemple, au-delà des obligations qui sont imposées par le code de déontologie des avocats qu'il incombe à tout membre de respecter (Voir l'article 2 du *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1.) quel que soit le cadre d'exercice de ses activités professionnelles, la société dans laquelle un ou plusieurs avocats pourraient décider d'exercer leurs activités professionnelles doit, en vertu de l'article 6 du *Règlement sur l'exercice de la profession d'avocat en société et en multidisciplinarité* (préc.) désigner au moins un répondant auprès du Barreau du Québec. Cette personne deviendra en quelque sorte l'interlocuteur privilégié entre le Barreau et la société et devra, entre autres, fournir l'information et les documents demandés par le Barreau, « [...] maintenir un environnement de pratique qui garantit le respect de l'encadrement normatif de l'exercice de la profession d'avocat, encadre-

*and New Technology*⁵⁶ adoptées en 1999 est un autre exemple des premières initiatives allant dans le sens d'une approche basée sur la conformité. Les lignes directrices prévoient en effet qu'un juriste doit maintenir un niveau raisonnable de compréhension de la technologie utilisée dans le cadre de l'exercice de la profession juridique, ou à tout le moins avoir accès aux services et à l'expertise d'une personne qui a de telles compétences. Un autre exemple est la préface du Code type de la Fédération qui fait état de la diversité des formulations de type réglementaire prévues dans cet instrument et qui inclut non seulement des règles, des principes et des commentaires, mais aussi des objectifs à atteindre :

Le Code énonce des déclarations de principe, suivies de règles et de commentaires en exemple qui mettent en contexte les principes exposés. Les principes sont des déclarations importantes qui formulent les normes d'éthique attendues des juristes et qui alimentent les directives plus précises que contiennent les règles et les commentaires. Le Code aide à déterminer les pratiques qui sont conformes à la déontologie et celles qui sont douteuses sur le plan déontologique. Certaines sections du Code ont une application plus générale, tandis que d'autres peuvent être perçues **comme des objectifs à atteindre**.⁵⁷ (nous soulignons)

II. Regards critiques sur l'approche proposée

L'approche réglementaire basée sur la conformité a souvent été louangée. De la réduction du nombre de dossiers disciplinaires à la promotion de l'autonomie des agents régulés, en passant par une flexibilité accrue, le concept même de conformité a pris un certain élan dans les discussions entourant l'avenir des professions juridiques. Or, il ne faudrait pas occul-

ment prévu par la Loi sur le Barreau et les règlements et par le Code de déontologie des avocats.», *id.*, à la p. 290. Cet engagement est très large et recoupe des matières telles que le secret professionnel, le caractère confidentiel des informations contenues dans les dossiers et leur conservation, l'indépendance professionnelle, la prévention de situations de conflits d'intérêts, les actes réservés, l'assurance responsabilité, la publicité et la facturation, pour ne nommer qu'elles. Voir *id.*, à la p. 293. En cas d'inexécution d'une des modalités prévues aux divers engagements pris la société, le Barreau du Québec peut intenter un recours civil et/ou toute mesure correctrice pour assurer la protection du public. *Id.*, à la p. 295. Voir également l'article 7 de l'annexe B du *Règlement sur l'exercice de la profession d'avocat en société et en multidisciplinarité*, préc.

⁵⁶ Les lignes directrices peuvent être consultées en ligne : <http://lawsociety.nu.ca/wp-content/uploads/2011/09/cba_supplemental.pdf> (consulté le 27 mars 2017).

⁵⁷ Code type de la Fédération, préc., note 33.

ter du débat, au risque de donner à la discussion une limpidité dont elle ne peut pas encore se réclamer, les nombreuses réserves qui ont été formulées à son égard et qui soulèvent à notre avis des préoccupations légitimes. Nous proposons donc, dans un premier temps, de les identifier avant de présenter les nombreuses retombées annoncées et de répertorier certaines suggestions qui ont été formulées pour la mise en place d'une approche réglementaire basée sur la conformité.

A. Critiques et préoccupations

Malgré l'enthousiasme que suscite l'approche réglementaire basée sur la conformité, plusieurs critiques et préoccupations ont été formulées à son égard. La première souligne que le point de mire de la conformité est le résultat anticipé plutôt que la règle elle-même, ce qui aurait pour effet de générer un certain niveau d'incertitude. En laissant trop de discrétion et de flexibilité aux agents régulés, l'ordre professionnel se priverait en quelque sorte non seulement de la prévisibilité de la règle, mais aussi de sa pérennité et de l'uniformité qu'elle permet. Comme le note la professeure Julia Black: «The principal concern is that as compliance-based regulation is focused on outcomes rather than rules, there is more ambiguity and less certainty for firms as to what they must actually do to achieve compliance. Generally, lawyers prefer to know exactly what they are required to do rather than figuring it out by themselves.»⁵⁸ Il est certain que des règles précises ont l'avantage de proposer un niveau de certitude plus élevé et un standard de comportement plus robuste pouvant être appliqué de manière uniforme qu'un objectif à atteindre⁵⁹, bien qu'il faille admettre que les règles posent elles-mêmes plusieurs défis. Elles peuvent en effet facilement devenir des terrains fertiles pour l'identification d'exceptions, de contradictions et afficher une certaine rigidité. Elles peuvent aussi encourager ce que Julia Black appelle une conformité créative («*creative compliance*»), exiger un processus de révision constant et mener au développement du syndrome de «*ratchet*» ou de cercle vicieux: «as more rules are created to address new problems or close new gaps, creating more gaps and so on.»⁶⁰

⁵⁸ THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 37.

⁵⁹ Julia BLACK, «Principles Based Regulation: Risks, Challenges and Opportunities», dans *Principles Based Regulation*, Sydney, Australia, 2007, p. 7 cité dans THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 37.

⁶⁰ *Id.*

Il suffit pour s'en convaincre de noter l'évolution importante en nombre de pages qu'a connu le Code type de la Fédération depuis sa première mouture. La règle semble en effet être un matériau propice à l'élaboration de règles.

D'autres ont formulé la crainte qu'une approche réglementaire basée sur la conformité puisse diluer, aux yeux du juriste, la stricte nécessité qui lui incombe de respecter ses obligations professionnelles en faisant porter le fardeau de sa responsabilité au cabinet. Or il faut dire que les ordres professionnels qui ont déjà formulé des recommandations à ce sujet ne comptent pas remplacer le modèle déontologique existant, mais bien le bonifier en y ajoutant un autre niveau de réglementation visant les entités qui, lui, serait basé sur la conformité⁶¹. Nous voyons mal pour notre part comment un membre d'un ordre professionnel pourrait se méprendre quant aux obligations déontologiques qui continueront de lui échoir et ce, quelle que soit la décision prise par les ordres professionnels de venir ou non bonifier la réglementation existante par une approche basée sur la conformité.

Plusieurs s'inquiètent par ailleurs du fait que le manque de ressources et d'expertise sur ces questions auront un impact direct sur le succès de cette approche, notamment en regard du processus pédagogique et d'accompagnement des professions juridiques qui devra être élaboré pour permettre la mise en place d'un modèle de conformité. Le rapport préparé par les barreaux de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba note que certains cabinets pourront trouver la transition difficile et exprimer une certaine résistance au changement. Cette transition exigera temps, ressources, et un certain niveau de consultation et de concertation. Certaines juridictions devront procéder à des modifications législatives pour la permettre, ce qui exige bien sûr du temps et l'appui des parties prenantes. D'autres encore se disent inquiets à l'idée d'ajouter un palier de réglementation à une profession qui est déjà largement réglementée⁶². Dans la même veine, certains sont sceptiques et pensent que l'identification de résultats à atteindre dans le cadre d'une infrastructure aura pour effet de rendre le processus purement mécanique, en permettant aux cabinets d'apposer un « x » dans une case placée sur un formulaire élaboré par un ordre professionnel plutôt que de les inviter à s'identifier à des valeurs profes-

⁶¹ *Id.*

⁶² THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 7 et 8.

sionnelles et à une conception éthique de leur rôle⁶³. Il est bien sûr justifié selon nous d'identifier les risques afférents à toute nouvelle forme de réglementation, mais il faut comprendre que puisque le modèle proposé vient en quelque sorte compléter le modèle existant et non le remplacer, il devrait être relativement facile de veiller à sa mise en place et de gérer les dangers énoncés ci-dessus. Dans la mesure où une portion des ressources utilisées présentement pour le processus disciplinaire pourront être mises à contribution pour éduquer les membres des ordres et pour veiller à mettre en place des mécanismes d'auto-évaluation épaulés par un système de vérification ponctuelle, plusieurs des préoccupations énoncées ci-dessus devraient perdre une bonne partie de leur pertinence.

B. Retombées anticipées

Malgré ces critiques, nous sommes d'avis qu'une approche basée sur la conformité présente une panoplie d'avantages. Tout d'abord, on avance que ce type de réglementation aura une incidence directe sur le nombre de plaintes formulées à l'égard des avocats, en le réduisant bien sûr, contribuant ainsi à un allègement du fardeau réglementaire des ordres professionnels de juristes. Dans une recherche empirique menée au début de la dernière décennie, il a en effet été démontré qu'une importante réduction du nombre de dossiers déposés avait été notée suite à l'adoption d'un modèle réglementaire basé sur la conformité⁶⁴: « In addition to the positive experience reported by legal directors and legal service commissioners in various states, there have also been empirical assessments conducted that support the view that compliance-based approaches generate a significant drop in complaints by consumers. »⁶⁵

⁶³ *Id.*

⁶⁴ C. PARKER, T. GORDON et S. MARK, préc., note 20, p. 493.

⁶⁵ « A wide-ranging study conducted by Christine Parker revealed that the legislative provisions regarding [...] 'appropriate management systems' combined with mandatory self-assessment process upon notifying the Legal Services Commissioner of intent to incorporate, substantially decreased the number of complaints made against practitioners working for the ILP. On average, the complaint rate for each ILP dropped by one third after the self-assessment process had taken place. The findings in this study would strongly support the NSW Commissioner's proposal of expanding mandatory self-assessment processes to all legal practices as a way of lowering overall complaint rates. », A. DODEK, préc., note 12, p. 426.

En deuxième lieu, une réglementation basée sur la conformité pourrait avoir pour effet de favoriser l'autonomie des agents régulés. Sous le modèle classique dit déontologique, plutôt que de prendre des mesures pour éviter le comportement qui est reproché, une plainte formelle doit être déposée pour justifier une intervention de la part de l'ordre professionnel⁶⁶ tandis que « [w]hen you shift to a principled approach, it's about a shift to an outcomes approach. In other words, you tell people where you want them to get...but you don't spell out the path by which people have to get there. So that leaves room for people to reach the principle, or the goal, by whatever path is best suited to them and their unique situation. »⁶⁷ Ainsi, on favorise non seulement l'autonomie décisionnelle mais aussi la responsabilisation des professionnels et l'innovation en matière de respect des obligations. Cette autonomie est aussi valorisée quant au choix des politiques et des procédures qui devront être mises en place afin d'atteindre les objectifs qui auront été fixés. Ce faisant, l'approche basée sur la conformité proposée par les ordres professionnels ne prône pas pour autant l'abandon des entités à elles-mêmes et reconnaît leur besoin d'être accompagnées pour éviter qu'elles n'aient besoin « de réinventer la roue » en adop-

⁶⁶ « Finally, complaints-driven regimes confine our gaze to the past—they are inherently reactive. Again as regulators we can exhort as much as we like but our powers in relation to complaints are confined to dealing with things only after the horse has bolted—only after some conduct has occurred and given rise to complaint, or in the case of 'own motion' investigations, which us at least a measure of pro-active capacity, still only after some conduct has occurred that causes us to have reasonable suspicions. », John BRITTON et Scott McLEAN, « Incorporated Legal Practices: Dragging the Regulation of the Legal Profession into the Modern Era », (2008) 11 *Legal Ethics* 242 cité dans THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 24. Dans le cadre d'une approche-conformité, les objectifs sont fixés d'avance et on laisse aux juristes le soin d'identifier les moyens de les atteindre. Selon Julien Étienne, l'autorégulation de la profession influence de manière positive la conformité des agents régulés aux règles adoptées. Parce que ces derniers participent à la production et à la mise en place de cette réglementation, ils seraient plus enclins à la respecter. Si ceci est vrai dans le cas des règles déontologiques adoptés dans des codes, il est loisible d'imaginer que cela soit encore plus probant dans le cadre d'objectifs et de principes que les acteurs eux-mêmes auraient adoptés, à la pièce, de leur consentement, pour se conformer aux exigences adoptées par leurs ordres professionnels. Julien ÉTIENNE, « Ambiguity and Relational Signals in Regulator-Regulatee Relationships », (2013) 7 *Regulation & Governance* 30.

⁶⁷ Yamri TADDESE, « Entity regulation – whaaaaa? », *Canadian Lawyer Magazine*, 5 octobre 2015, en ligne: <<http://www.canadianlawyermag.com/5775/Entity-regulation-whaaaaa.html>> (consulté le 27 mars 2017).

tant une telle approche. C'est donc véritablement d'autonomie et non de «laisser pour compte» dont il s'agit⁶⁸. De plus, il ne fait aucun doute qu'elle responsabilise les cabinets, comme le souligne le rapport *Innovating Regulation*:

By passing responsibility to the firm, the firm engages in an educative process to arrive at the policies, procedures and systems—an ethical infrastructure—that will enable it to achieve compliance with the stated objectives and outcomes of the regulatory model. Compliance-based regulation is a shift from a traditional, reactive, prescriptive rules and complaints-based regulation toward a pro-active, flexible and outcomes-based regulation.⁶⁹

En vertu de l'approche-conformité, les cabinets seront appelés à participer à un processus d'auto-évaluation de leur performance; c'est d'ailleurs l'approche privilégiée dans l'Outil d'auto-évaluation de l'ABC visant les pratiques déontologiques⁷⁰. Les juristes et les cabinets au sein desquels ils opèrent pourront, à titre d'exemple, déposer un rapport annuel qui fera état des mesures envisagées et mises en place par eux pour remplir les objectifs identifiés par les ordres professionnels. Ce faisant, ce processus permettra qu'une culture de «pleine conscience», non seulement des obligations déontologiques mais aussi des principes et objectifs sous-jacents, puisse être promue, tout comme l'adoption d'une réglementation proportionnelle et responsable. Les plages de liberté laissées aux cabinets dans l'élaboration d'une infrastructure déontologique permettront aussi d'encourager l'innovation et une approche «sur mesure». L'ordre professionnel de juristes pourrait décider, après avoir reçu les rapports d'auto-évaluation des cabinets, de procéder à une vérification si le formulaire est mal rempli, si des systèmes appropriés n'ont pas été mis sur pied ou si une plainte a été déposée⁷¹. Une réponse appropriée et équilibrée de la part de l'ordre professionnel de juristes dans l'éventualité d'un manquement ou de non-conformité pourrait alors être proposée. L'approche fondée sur la conformité est une approche réglementaire flexible qui permet que différentes approches soient adoptées par des cabinets de différentes tailles ou œuvrant

⁶⁸ BARREAU DU HAUT-CANADA, «Report of the Task Force on Compliance-Based Entity Regulation. Compliance-Based Entity Regulation Task Force», en ligne: <https://www.lsuc.on.ca/uploadedFiles/For_the_Public/About_the_Law_Society/Convocation_Decisions/2016/convocation_may_2016_cber.pdf> (consulté le 15 août 2016), p. 7.

⁶⁹ THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 23.

⁷⁰ Outil d'auto-évaluation de l'ABC, préc., note 49.

⁷¹ THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 41.

dans des sphères d'activités différentes. Il ne s'agit pas en effet d'une approche de « grande surface » mais bien de « sur mesure ». En faisant des cabinets des parties prenantes dans la sélection des objectifs qui seront mis de l'avant par eux, il est plus probable que ces derniers considèrent ces choix comme étant raisonnables, justifiés et acceptables. De l'avis de plusieurs, cette participation au choix des objectifs aurait en soi pour effet d'accroître le niveau de conformité⁷²: « [c]ompliance based regulation recognizes that the firm has a role to play in ensuring that the ethical behavior of lawyers is promoted and that a firm may be accountable for system failures that resulted in the lawyer's conduct »⁷³.

En troisième lieu, cette approche favorise la mise sur pied d'une véritable infrastructure déontologique et l'adoption de meilleures pratiques au sein des cabinets, ce qui selon nous ne peut être qu'un développement positif dans le paysage réglementaire existant. C'est Ted Schneyer qui le premier aurait parlé du concept d'« infrastructure éthique » (« *ethical infrastructure* ») pour décrire le mécanisme de gestion interne dont devrait se munir les cabinets pour assurer un comportement éthique de la part de leurs membres⁷⁴. Selon le Barreau du Haut Canada :

Compliance based regulation in a proactive approach, in which the regulator identifies practices management principles and establishes goals, expectations, and tools to assist lawyers and paralegals in demonstrating compliance with these principles in practice. This approach recognizes the increased impor-

⁷² « Rather than implementing a “one-size fits all” approach, which may not necessarily be appropriate for all entities, firms can tailor their systems and processes by taking their own specific circumstances, such as size, practice type and client base, into account. A potential advantage of doing so is that “if you allow entities to develop their own rules, they are more likely to regard those rules as reasonable and, as a result, compliance may be improved”. », THE LAW SOCIETY OF SCOTLAND, « Regulation in the 21st Century: Entity Regulation – Second Consultation Paper », juillet 2015, p. 13, cité dans *id.*, p. 36.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Ted SCHNEYER, « A Tale of Four Systems: Reflections on How Law Influences the “Ethical Infrastructure” of Law Firms », (1998) 39 *So. Tex. L. Rev.* 245. Voir aussi Christine PARKER, Adrian EVANS, Linda HALLER, Suzanne LE MIRE et Reid MORTENSEN, « The ethical infrastructure of legal practice in larger law firms: values, policy, and behavior », (2008) 31 *U.N.S.W. L.J.* 158. Elizabeth Chambliss et David Wilkins ont dit : « Because lawyers increasingly practice in large, multi-jurisdictional firms, professional regulation increasingly depends on structural controls, within firms, such as conflict avoidance systems, internal reporting procedures, billing guidelines and the like. » (E. CHAMBLISS et D. WILKINS, préc., note 28, p. 335).

tance of the practice environment in influencing professional conduct, and how practice systems can help to guide and direct professional standards.⁷⁵

C'est donc toute la culture et la gestion des cabinets qui pourraient être bonifiées par cette approche. En se dotant d'une véritable infrastructure déontologique, la culture éthique du cabinet est directement appelée à être modulée à la lumière d'objectifs précis. De plus, ce sont non seulement les avocats, mais aussi les cabinets qui sont interpellés par les efforts de promotion et d'amélioration des meilleures pratiques qui seront adoptées⁷⁶.

En quatrième lieu, l'approche basée sur la conformité est proactive et préventive, plutôt que purement réactive. L'accent est mis sur les résultats escomptés plutôt que sur la dimension réglementaire, ainsi que sur la prévention plutôt que sur la discipline. En encourageant la conformité, les standards de pratiques sont rehaussés et la conformité élimine le besoin de réagir avec le bâton disciplinaire. Le modèle en question, de par sa flexibilité, est plus malléable et adaptatif, et mieux à même de rencontrer les exigences d'un environnement juridique en constante évolution, ce que les règles par définition ne pourraient faire⁷⁷.

De plus, cette approche aurait aussi comme effet d'encourager un climat de partenariat entre les ordres professionnels de juristes et les cabinets, plutôt qu'une relation de confrontation et souvent de méfiance. Grâce à elle, les ordres professionnels de juristes pourraient se positionner comme de véritables alliés et conseillers auprès des cabinets, en leur offrant leur appui, leur expertise, leur connaissance et leur compréhension du marché⁷⁸. Selon nous, cette redéfinition du rôle des ordres professionnels s'avère particulièrement importante car elle a l'avantage de les positionner non

⁷⁵ BARREAU DU HAUT-CANADA, préc., note 21, p. 3.

⁷⁶ THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 36.

⁷⁷ « [...] le fait d'assujettir à la réglementation non seulement les avocats, mais également les entités offre d'excellentes occasions de mettre en œuvre des systèmes de gestion préventive et une conformité proactive aux obligations d'ordre juridique et déontologique. », Rapport Avenirs en droit, préc., note 2, p. 54.

⁷⁸ « In moving away from prescriptive regulatory requirements and setting expected outcomes and objectives, the regulator focuses on helping law firms improve their ethical practices by assisting them in developing the systems and processes to achieve compliance with regulatory objectives, resulting in ethical outcomes and the delivery of quality legal services. », THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 37.

pas exclusivement comme les gardiens du processus disciplinaire, mais aussi comme les aidants naturels des cabinets à qui on reconnaît l'expertise nécessaire pour déterminer les meilleures stratégies leur permettant d'atteindre les objectifs identifiés par ces ordres.

En dernier lieu, et non le moindre, cette forme de réglementation pourrait avoir pour effet d'accroître la confiance du public envers les professions juridiques et de promouvoir, en le protégeant, l'intérêt public⁷⁹. Il est en quelque sorte ironique de constater que les juristes n'ont pas encore adopté cette approche réglementaire alors que ceux-ci profèrent des conseils prolixes au bénéfice de leurs clients, du milieu corporatif notamment, quant à l'élaboration de programmes de conformité à toute épreuve. Force est de reconnaître que du moins dans le domaine juridique et sur cette question, le cordonnier semble en effet bien mal chaussé⁸⁰.

En résumé, le modèle proposé a l'avantage de bonifier le modèle existant en élargissant en quelque sorte le rôle de l'ordre professionnel, sans nécessairement que des ressources additionnelles ne soient nécessaires puisqu'une partie du fardeau est placée sur les entités au sein desquelles opèrent les juristes. Ce modèle a l'avantage de responsabiliser les cabinets et, ce faisant, de leur procurer une plus grande autonomie, ce qui ne saurait leur déplaire. Enfin, et de manière significative, cette bonification du modèle existant procure au public les assurances nécessaires que la protection de leur intérêts demeure au cœur des préoccupations des ordres professionnels. En vertu du rapport *Innovating Regulation*:

[...] a compliance-based model of proactive regulation, where the regulated entity must determine the ethical infrastructure that will enable it to comply with the stated objectives and outcomes, will certainly raise consciousness about professional ethical obligations. This should translate into more ethical

⁷⁹ Dans le Rapport *Avenirs en droit*, (préc., note 2, p. 55), l'ABC indique que de son avis, la réglementation des entités permettra et encouragera les juristes à agir de manière proactive en adoptant des mesures qui favoriseront une profession plus représentative et un meilleur accès à la justice. Voir également les recommandations à la page 49 du Rapport.

⁸⁰ « It is somewhat ironic that Canadian lawyers are actively engaged in advising on and creating effective corporate governance compliance regimes but so little thought has gone into whether such regime would be beneficial for the legal profession. It is difficult to argue that the public interest does not require such measures. », A. DODEK, préc., note 12, p. 436.

legal practices of the firm and highly ethical behaviours of the lawyers, which will only benefit the public.⁸¹

Un domaine dans lequel l'approche basée sur la conformité est perçue comme pouvant avoir un impact particulièrement significatif est celui de la diversité au sein de la profession. Plusieurs efforts ont été déployés au Canada pour promouvoir une profession plus diversifiée, inclusive et donc plus représentative de la population qu'elle prétend desservir⁸². Comme l'indique l'ABC dans son Rapport Avenirs en droit :

Un engagement vis-à-vis de la diversité au sein de la profession juridique canadienne doit aussi être intégré dans l'ensemble des activités des entités qui fournissent des services juridiques aux Canadiens. De plus, la diversité devrait s'inscrire dans les stratégies des organes de direction des barreaux afin de garantir que la société canadienne diversifiée soit mieux représentée au sein de la profession.⁸³

Elle émet donc l'avis que :

La réglementation des entités – qu'il s'agisse de cabinets juridiques ou de SEA's – permet à la profession de prendre des mesures proactives en faveur d'une profession plus représentative. Le fait d'être tenu de se conformer à des principes uniformes sur le plan de la diversité et de l'égalité donne lieu à de meilleurs services aux clients, et concorde avec les objectifs de réglementation des ordres professionnels de juristes.⁸⁴

Toutefois, elle note que les efforts déployés en ce sens par le passé ont eu peu d'impact. L'outil d'auto-évaluation de l'ABC propose déjà des instruments pour mesurer la conformité sur ces questions en proposant les paramètres suivants :

1. Les avocats et les autres membres du cabinet ont-ils une connaissance et une formation adéquates pour s'assurer que les clients souffrant d'handicap et les autres groupes revendiquant une égalité de traitement bénéficient de services juridiques compétents ?

⁸¹ THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 37.

⁸² Voir les nombreux exemples répertoriés dans le Rapport Avenirs en droit, préc., note 2, p. 55.

⁸³ *Id.*, p. 7.

⁸⁴ *Id.*, p. 55. Voir aussi Dean LORNE SOSSIN et Sabrina LYON, « Data and Diversity in the Canadian Justice Community », (2014) *Osgoode Legal Studies Paper Series* 63, en ligne : <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1062&context=olsrps>> (consulté le 27 mars 2017).

2. L'entreprise adopte-t-elle dans des pratiques d'embauche justes et équitables?
3. L'entreprise encourage-t-elle une culture dans laquelle l'accès à la justice est valorisé?⁸⁵

Ainsi, l'ABC énonce dans son rapport qu'il faut encourager

[...] les barreaux à exiger des cabinets juridiques et des SEA-advenant que cela soit permis – qu'ils se conforment à des principes de diversité conformes aux exigences juridiques et déontologiques. Il faudrait aussi que ces ordres recueillent de façon uniforme des données qualitatives et quantitatives sur la composition démographique de tous les fournisseurs de services juridiques autorisés (avocats, cabinets et SEA) et qu'ils publient les données sous forme agrégée.⁸⁶

*
* * *

L'adoption éventuelle d'un modèle basé sur la conformité par tous les ordres professionnels de juristes aux pays devra bien sûr permettre que les obligations déontologiques déjà prévues dans les codes en vigueur puissent s'arrimer avec les nouveaux objectifs réglementaires qui seront mis de l'avant⁸⁷. De l'avis de plusieurs, il faudra que la nouvelle réglementation vienne compléter et non pas se substituer à la réglementation existante⁸⁸. Ainsi, les objectifs qu'il reviendra aux ordres professionnels d'identifier devront pouvoir cohabiter en quelque sorte avec le cadre déontologique déjà mis en place, sans pourtant alourdir indûment le fardeau réglementaire. L'adoption d'objectifs clairs devant encadrer cette nouvelle approche a d'ailleurs été identifiée par certains comme étant la pierre angulaire du succès d'une telle forme de réglementation. En effet, avant de demander aux cabinets de développer une infrastructure déontologique basée sur la conformité, les ordres professionnels de juristes devront identifier claire-

⁸⁵ Outil d'auto-évaluation de l'ABC, préc., note 49.

⁸⁶ Recommandation 9, *id.*

⁸⁷ A. DODEK, préc., note 12, p. 434: «A system of law firm regulation in Canada should include both compliance and discipline measures. The experience of regulation of other professions such as public accounting and real estate demonstrates the value of regulation through both compliance and discipline.» Selon lui, les ordres professionnels devraient s'inspirer du modèle de la Nouvelle-Écosse.

⁸⁸ *Id.*

ment ce qui est attendu des cabinets. Ceci aurait comme avantage, entre autres, de clarifier non seulement les objectifs plus larges de la réglementation des membres des ordres professionnels de juristes, mais aussi ceux liés à l'adoption d'une telle approche. En plus de procurer un niveau de transparence souhaitable, la formulation d'objectifs précis permettra d'identifier les paramètres qui devront être prévus dans les lois et les règlements et d'enrichir les discussions qui devront avoir lieu entre les ordres professionnels et les différentes parties prenantes au sujet de la mise en place de cette nouvelle approche⁸⁹.

Les ordres professionnels de juristes devront par ailleurs adopter une toute autre posture vis-à-vis des agents réglementés, en se positionnant davantage comme des accompagnateurs ou des guides, et non comme des enquêteurs ou des gardiens de l'ordre. Ils devront, plutôt que de se concentrer sur le seul respect des règles, suggérer des manières d'atteindre les objectifs et valider la qualité de l'infrastructure déontologique mise en place par le cabinet. Les ordres professionnels devront élaborer des outils et des formations, et ce, surtout pour le bénéfice des plus petites structures qui, moins fortunées, ont évidemment moins de ressources à gérer une telle transition.

Les discussions qui ont cours au pays au sujet de la réglementation des entités sur la base d'une approche-conformité ont permis une réflexion plus large au sujet des professions juridiques, de leur structure, de objectifs qu'ils poursuivent et des valeurs qui doivent guider leurs actions. Elles ont aussi permis de favoriser une importante concertation entre les différents

⁸⁹ THE LAW SOCIETIES OF ALBERTA, SASKATCHEWAN AND MANITOBA, préc., note 4, p. 38: «The adoption of regulatory objectives has multifaceted benefits. First, the inclusion of regulatory objectives definitively sets out the purpose of lawyer regulation and its parameters. [...] Regulatory objectives thus serve as a guide to assist those regulating the legal profession and those being regulated. Second, regulatory objectives identify, for those affected by the particular regulation, the purpose of that regulation and why it is enforced. Third, regulatory objectives assist in ensuring that the function and purpose of the particular legislation is transparent. Thus, when the regulatory body administering the legislation is questioned – for example, about its interpretation of the legislation – the regulatory body can point to the regulatory objectives to demonstrate compliance with function and purpose. Fourth, regulatory objectives can help define the parameters of the legislation and of public debate about proposed legislation. Finally, regulatory objectives may help the legal profession when it is called upon to negotiate with governmental and nongovernmental entities about regulations affecting legal practice.»

ordres professionnels autour de ces enjeux importants. Alors que les juristes sont en quelque sorte écartelés entre un passé professionnel glorieux duquel ils sont nombreux à être nostalgiques et le besoin pressant de réimaginer leur avenir, les ordres professionnels de juristes qui les cha-peautent doivent eux aussi faire face à des enjeux de taille pour les accompagner dans cette réflexion plus large, et ce, tout en veillant à leur mission première qui est celle de protéger l'intérêt du public. Plusieurs indices nous poussent à croire qu'une approche basée sur la conformité, pour tous les motifs évoqués ci-dessus, sera une pièce importante de cette nouvelle configuration en devenir.