

Les défis de la surveillance basée sur le risque pour un *management* public plus efficace : un regard sur l'utilisation du pouvoir d'inspection

The Challenges of Risk-Based Oversight for More Effective Public Management: A Look at The Use of Inspection Powers

Suzanne Comtois and Patrick Mignault

Volume 55, Number 1, 2026

Le droit public à la croisée des savoirs et des influences : mélanges offerts au professeur Daniel Mockle

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1125552ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1125552ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Comtois, S. & Mignault, P. (2026). Les défis de la surveillance basée sur le risque pour un *management* public plus efficace : un regard sur l'utilisation du pouvoir d'inspection. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 55(1), 137–179. <https://doi.org/10.7202/1125552ar>

Article abstract

In line with the principles of new public management, regulators are expected to manage public affairs effectively in order to prevent or reduce non compliance. To this end, they are often given broad inspection powers to enforce the applicable regulatory regime and thereby preclude social and other problems arising from failures to comply. To circumscribe the exercise of these powers and promote the achievement of the objectives outlined, the public administration does not hesitate to establish, on the fringe of positive law, governance instruments (policies, principles, rules of good administration, codes of conduct, monitoring frameworks) adapted to the specific needs and characteristics of each of the sectors involved. For the sake of transparency, these should undoubtedly be communicated to the regulated sectors, but this doesn't always seem to be the case. With a view to sound public administration and the pursuit of optimal organizational efficiency, risk-based framework is one of the methods promoted by regulatory bodies to justify the rational use of their resources and to achieve their objectives. Applied in the context of regulatory compliance, this approach essentially consists in establishing priorities among the monitoring activities carried out by the public administration based on risk identification, assessment and control. Although risk-based regimes lead to a more objective and quantifiable use of resources, they have a number of limitations that regulators must not overlook, particularly with regard to the management of weak or emerging risks or the implementation of this approach by working teams.



Les défis de la surveillance basée sur le risque pour un *management* public plus efficace: un regard sur l'utilisation du pouvoir d'inspection

*The Challenges of Risk-Based Oversight
for More Effective Public Management:
A Look at The Use of Inspection Powers*

par Suzanne COMTOIS* et
Patrick MIGNAULT†

Sous l'influence des principes du nouveau management public, il est attendu des organismes de régulation qu'ils conduisent les affaires publiques avec efficacité, de manière à prévenir ou à réduire les cas de non-conformité. Ils sont, à cette fin, souvent investis de larges pouvoirs d'inspection qui leur permettent de veiller au respect du régime législatif applicable en amont de problèmes sociaux et autres pouvant découler de la non-conformité. Pour circonscrire l'exercice de ces pouvoirs et favoriser l'atteinte de ces objectifs, l'administration publique n'hésite pas à se doter, en marge du droit positif, d'instruments de gouvernance (politiques, principes, règles de bonne administration, codes de conduites ou cadres de surveillance) répondant aux besoins et aux spécificités propres à chacun des secteurs concernés. Par souci de transparence, ceux-ci devraient sans doute être communiqués aux secteurs régulés, mais cela ne semble pas toujours s'avérer le cas. Dans l'optique d'une saine administration publique et de la quête d'une efficacité organisationnelle optimale, la surveillance basée sur le risque constitue l'une des méthodes mises de l'avant par les organismes

* Professeure associée depuis 2021, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
Professeure adjointe, agrégée (1983-1993); titulaire (1993-2020).

† Professeur titulaire, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

de régulation pour justifier l'utilisation rationnelle de leurs ressources et pour atteindre leurs objectifs. Appliquée dans le contexte de la conformité réglementaire, cette approche consiste, en substance, à établir des priorités quant aux activités de surveillance menées par l'administration publique au moyen de l'identification des risques, de leur évaluation et de contrôles exercés sur ceux-ci. Si les méthodes basées sur les risques conduisent à une utilisation des ressources plus objective et quantifiable, elles présentent néanmoins différentes limites que les organismes de régulation ne peuvent ignorer, notamment quant au traitement des risques faibles ou émergents ou encore relativement à la mise en œuvre de cette approche par les équipes de travail.

In line with the principles of new public management, regulators are expected to manage public affairs effectively in order to prevent or reduce non compliance. To this end, they are often given broad inspection powers to enforce the applicable regulatory regime and thereby preclude social and other problems arising from failures to comply. To circumscribe the exercise of these powers and promote the achievement of the objectives outlined, the public administration does not hesitate to establish, on the fringe of positive law, governance instruments (policies, principles, rules of good administration, codes of conduct, monitoring frameworks) adapted to the specific needs and characteristics of each of the sectors involved. For the sake of transparency, these should undoubtedly be communicated to the regulated sectors, but this doesn't always seem to be the case. With a view to sound public administration and the pursuit of optimal organizational efficiency, risk-based framework is one of the methods promoted by regulatory bodies to justify the rational use of their resources and to achieve their objectives. Applied in the context of regulatory compliance, this approach essentially consists in establishing priorities among the monitoring activities carried out by the public administration based on risk identification, assessment and control. Although risk-based regimes lead to a more objective and quantifiable use of resources, they have a number of limitations that regulators must not overlook, particularly with regard to the management of weak or emerging risks or the implementation of this approach by working teams.

Bajo la influencia de los principios de la nueva gestión pública, se espera que los organismos reguladores administren los asuntos públicos con mayor eficacia, con el fin de prevenir o reducir los casos de incumplimiento. Para ello, suelen disponer de amplios poderes de inspección que les permiten verificar el respeto de la normatividad aplicable antes de que se presenten problemas sociales u otros efectos derivados del incumplimiento. Con el propósito de delimitar el ejercicio de estas facultades y favorecer la consecución de estos objetivos, la administración pública recurre, al margen del derecho positivo, a diversos instrumentos de gobernanza (políticas, principios, normas de buena administración, códigos de conducta o marcos de supervisión) que respondan a las necesidades y particularidades propias de cada sector afectado. En aras de la transparencia, estos instrumentos deberían comunicarse claramente a los sectores regulados, aunque ello no siempre ocurre. Con miras a fortalecer la administración pública y optimizar la eficacia organizativa, la supervisión basada en el riesgo se presenta como uno de los métodos privilegiados por los organismos reguladores para justificar el uso racional de sus recursos y alcanzar sus objetivos. Aplicado al ámbito del cumplimiento normativo, este enfoque consiste esencialmente en establecer prioridades en las actividades de supervisión por parte de la administración pública mediante la identificación, evaluación y control de los riesgos. Si bien los métodos basados en el riesgo conducen a un uso más objetivo y cuantificable de los recursos, también presentan diversas limitaciones que los organismos reguladores no pueden pasar por alto, en particular en lo relativo al tratamiento de riesgos bajos o emergentes y a la implementación práctica de este enfoque por parte de los equipos de trabajo.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	143
I. Le cadre légal des pouvoirs de surveillance et d’inspection des organismes de régulation	146
A) L’habilitation législative du pouvoir d’inspection	148
B) La nature de l’inspection administrative menée dans un contexte réglementaire	150
C) Les instruments de gouvernance des organismes de régulation visant à délimiter l’exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires	157
II. La surveillance basée sur le risque par les organismes de régulation ...	165
A) L’approche basée sur le risque comme réponse rationnelle aux enjeux liés à la gestion des ressources	166
B) L’exemple du Cadre de surveillance des institutions financières de l’Autorité des marchés financiers	169
C) Les limites d’une surveillance basée sur le risque	172
1. Les faibles risques et les risques émergents	173
2. La mise en œuvre par les équipes de travail et l’exercice de la discrétion	176
Conclusion	178

Introduction

Au Canada, plusieurs lois fédérales et provinciales assujettissent certains secteurs de l'économie et autres domaines à la régulation par un organisme administratif. Ces lois de nature réglementaire, dont la finalité première consiste à imposer un certain ordre ou encore à favoriser la poursuite d'objectifs de protection sociale, touchent des domaines aussi variés que le transport, les communications, l'énergie, les marchés financiers, les services professionnels, le travail, la santé, la fiscalité et l'environnement¹. Pour favoriser l'atteinte de l'objectif visé, les lois de nature réglementaire contiennent généralement des dispositions qui accordent à l'organisme des pouvoirs de surveillance et d'inspection destinés à vérifier la conformité aux exigences de la loi et des politiques en découlant². La collecte d'informations, les demandes de production de documents et les mesures d'inspection constituent, à cette fin, des mécanismes préventifs bien établis. Ceux-ci s'accompagnent, en outre, d'une dimension informative, qui permet ainsi à l'organisme administratif responsable de veiller au respect des exigences réglementaires, en amont des problèmes sociaux et autres pouvant découler de la non-conformité.

Dans le domaine de la surveillance gouvernementale, en plus de cet encadrement législatif, les activités de surveillance, dont l'inspection, sont souvent soumises à des exigences ou à des méthodes prenant appui sur des normes administratives internes (désignées sous le nom de «lignes directrices», «politiques», «directives», «guides», «manuels d'instructions», «cadres de surveillance», etc.), qui viennent compléter la loi et encadrer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires qui y sont conférés.

¹ Sur les organismes de régulation, voir notamment : Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 510-541. Voir aussi : Pierre ISSALYS, «La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation», (1983) 24-4 *C. de D.* 831.

² Pour un exemple et une discussion portant sur la désignation «loi de nature réglementaire» et les impacts juridiques de cette qualification sur les pouvoirs d'inspection qu'elle comporte, voir notamment : *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406. Cet arrêt sera analysé dans la partie I.B du présent texte.

Ces instruments, issus de la nouvelle gestion publique, se distinguent des lois et des règlements par leur souplesse. Sans contrainte formelle, ils « conditionnent » ou, plus précisément, permettent aux autorités responsables d’influer, ou même d’exercer un certain contrôle *a priori* sur la manière dont les pouvoirs discrétionnaires de surveillance et d’inspection sont exercés dans les secteurs d’activité réglementés.

Outre les enjeux de la constitutionnalité des pouvoirs d’inspection, liés à l’applicabilité et au respect des valeurs protégées par les articles 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et 24.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*³, l’exercice des pouvoirs de surveillance soulève aussi des interrogations, notamment quant à l’encadrement normatif que commande son utilisation et au choix des méthodes déployées par les organismes administratifs pour exercer efficacement leurs pouvoirs dans les limites des ressources humaines et financières dont ils disposent. L’approche basée sur le risque est l’une des méthodes qui trouve actuellement écho dans différents secteurs d’activités réglementées au Québec, au Canada et à l’international. Elle est présente depuis plusieurs années dans le secteur financier et en pleine expansion dans celui des technologies⁴. En atteste, notamment, le récent

³ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B du *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « Charte canadienne »); *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (ci-après « Charte québécoise »). Sur cette question, voir notamment: Lucie ANGERS, « À la recherche d’une protection efficace contre les inspections abusives de l’État: la Charte québécoise, la Charte canadienne et le Bill of Rights américain », (1986) 27-4 *C. de D.* 723; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Potash*; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2; Christine DUCHAINE et Nicolas DUBÉ, « Inspections, enquêtes, saisies et perquisitions en vertu de la Loi sur la qualité de l’environnement: comment s’y retrouver? », dans S.F.C.B.Q., vol. 418, *Développements récents en droit de l’environnement*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 249. Sur la distinction entre l’inspection et l’enquête au regard des garanties constitutionnelles de la Charte canadienne, voir aussi: *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73.

⁴ Voir notamment: Raphaël GELLERT, *The Risk-Based Approach to Data Protection*, Oxford, Orford University Press, 2020; Arnaud LATIL, *Le droit du numérique. Une approche par les risques*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2023.

*Règlement européen sur l'intelligence artificielle*⁵, qui propose un encadrement législatif de l'intelligence artificielle basé sur les risques que présente son utilisation pour le public⁶. En contexte de surveillance, une approche de gestion des risques permet, semble-t-il, de rationaliser la surveillance administrative, en concentrant les ressources sur les principaux risques qui relèvent de la compétence de l'organisme⁷. Malgré les avantages liés à la mise en place d'une approche basée sur le risque, l'organisme doit néanmoins tenir compte des limites de celle-ci, pour en assurer une mise en œuvre réussie⁸.

Après avoir fourni un aperçu du cadre légal des pouvoirs de surveillance et d'inspection dont disposent les organismes chargés de la surveillance d'un secteur d'activité économique, ce texte s'intéressera aux instruments de

⁵ Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (publié – 12 juillet 2024).

⁶ Au Canada, le projet de loi C-27 met aussi de l'avant une approche législative basée sur le risque dans laquelle les règles applicables dépendent du niveau de risque que pose l'utilisation de l'intelligence artificielle. Voir: *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs, la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et la Loi sur l'intelligence artificielle et les données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois*, projet de loi n° C-27 (2^e lecture et renvoi à un comité – 24 avril 2023), 1^{re} sess., 44^e légis. (Can.).

⁷ Peter HAMPTON, *Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement*, Norwich, HM Treasury, 2005, Recommendation 1; Julia BLACK, *The Development of Risk Based Regulation in Financial Services: Canada, the UK and Australia*, Working Paper, London, ESRC Centre for the Analysis of Risk and Regulation, 2004; Julia BLACK et Robert BALDWIN, «Really Responsive Risk-Based Regulation», (2010) 32-2 *Law & Policy* 181; Julia BLACK et Robert BALDWIN, «When risk-based regulation aims low: approaches and challenges», (2012) 6-1 *Regulation & Governance* 2; Julia BLACK, «Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learnt», dans OECD (dir.), *Risk and Regulatory Policy. Improving the Governance of Risk*, Paris, OECD Publishing, 2010, p. 185, aux p. 219 et 220, en ligne : <perma.cc/L6DP-4JZY>.

⁸ Voir les textes suivants: J. BLACK et R. BALDWIN, «Really Responsive Risk-Based Regulation», préc., note 7; J. BLACK et R. BALDWIN, «When risk-based regulation aims low: approaches and challenges», préc., note 7.

gouvernance qu'ils utilisent pour délimiter l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires, plus particulièrement, aux méthodes de surveillance basées sur le risque ayant cours dans le secteur financier au Québec. Pour illustrer ce propos, nous référerons principalement aux inspections menées par l'Autorité des marchés financiers (AMF) auprès des institutions financières⁹, chez lesquelles la surveillance basée sur le risque est implantée depuis plusieurs années¹⁰. Nous tenterons, à cet égard, de mettre en lumière certaines difficultés ou interrogations que suscitent l'encadrement souple et l'application concrète des méthodes de surveillance basées sur le risque en contexte réglementaire; plus particulièrement, le défi que représentent la qualification et l'évaluation du risque, l'exercice en première ligne du pouvoir discrétionnaire et l'importance, à cet égard, de la culture organisationnelle dans la mise en œuvre d'une réglementation basée sur le risque.

I. Le cadre légal des pouvoirs de surveillance et d'inspection des organismes de régulation

Si l'importance de l'objectif des lois de nature réglementaire et la nécessité de les assortir de pouvoirs de surveillance ne font aucun doute, ceux-ci doivent néanmoins être autorisés par les lois régissant le secteur d'activités visé. La primauté du droit exige que l'action de l'État soit elle-même soumise à la loi. Toutefois, cela ne veut pas dire que les pouvoirs de surveillance de l'organisme doivent être expressément décrits à tous égards dans une disposition législative. Souvent, ils le sont plutôt par des dispositions législatives dont le libellé comporte une large discrétion. En effet, comme le soulignent à juste titre les professeurs Issaly et Lemieux dans leur ouvrage sur

⁹ Par institutions financières, nous référerons dans ce texte aux entités provinciales encadrées par les lois suivantes: *Loi sur les assureurs*, RLRQ, c. A-32.1; *Loi sur les coopératives de services financiers*, RLRQ, c. C-67.3; *Loi sur les sociétés de fiducies et les sociétés d'épargne*, RLRQ, c. S-29.02. Il s'agit de coopératives de services financiers, d'assureurs de personnes ou de dommages, de sociétés de gestion de portefeuilles contrôlées par un assureur et de sociétés d'épargne.

¹⁰ AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Cadre de surveillance des institutions financières et des agents d'évaluation du crédit*, Québec/Montréal, 2025, en ligne: <perma.cc/CE6Z-W4MY> (ci-après «Cadre de surveillance 2025»); AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Cadre de surveillance des institutions financières*, Québec, 2020, en ligne: <perma.cc/BYV5-A5QA> (ci-après «Cadre de surveillance 2020»).

l'administration gouvernementale¹¹, du fait de leur mission de surveillance continue d'un secteur d'activité économique, les organismes de régulation disposent de larges pouvoirs :

Même dans la situation fréquente où l'organisme ne dispose pas de pouvoirs réglementaires significatifs, il ne se borne pas à statuer, comme le fait typiquement un tribunal administratif ou judiciaire, à la demande de l'une des parties à une contestation portant sur la manière d'appliquer une règle de droit à une situation relativement aisée à circonscrire. Il est appelé à décider de questions plus «ouvertes», en tenant compte d'un contexte factuel plus large et plus mobile, sur la base de règles qui ne sont pas toutes des normes juridiques et qui, même lorsqu'elles en sont, demeurent souvent très souples. L'encadrement des pouvoirs discrétionnaires de l'organisme est donc, dans bien des cas, assez faible¹².

Les pouvoirs discrétionnaires consentis confèrent certes une grande souplesse et une marge de manœuvre à l'organisme délégataire, mais cette discrétion n'est pas absolue. Les cours de justice peuvent, par le biais du contrôle de légalité, contrôler l'usage déraisonnable de la discrétion, comme elles le font pour toute autre décision individuelle ou texte législatif subordonné de l'administration publique¹³. D'où la pertinence de recourir à des procédés de *soft law* pour encadrer, structurer et confiner l'exercice des pouvoirs discrétionnaires

¹¹ P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 1.

¹² *Id.*, p. 521. Sur ce sujet, voir aussi: Eduardo JORDÃO et Susan ROSE-ACKERMAN, «Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review», (2014) 66-1 *Adm. Law Rev.* 1.

¹³ Voir notamment: *Auer c. Auer*, 2024 CSC 36, par. 32 et 43-45 et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, par. 137 et 138. Comme en témoigne l'arrêt *Auer*, par. 32, il est désormais clair que, sauf exceptions, les règlements sont assujettis au contrôle de raisonabilité, et ce au seuil de raisonabilité de *Vavilov*, peu importe le délégataire qui l'a édicté et sa proximité avec le pouvoir législatif. Cette précision s'écarte en partie de la position retenue dans l'arrêt *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64. Voir aussi: *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

de surveillance, et ainsi limiter le risque d'arbitraire dans l'application de la loi et rétablir un certain équilibre dans les rapports juridiques qu'entretient l'organisme avec les personnes assujetties à la régulation¹⁴.

Par ailleurs, si les normes souples combrent, du moins en partie, les besoins de prévisibilité et de sécurité juridiques en matière de surveillance, elles ne sont pas forcément suffisantes. Comme nous l'avons mentionné en introduction, c'est le cas notamment des pouvoirs d'inspection administrative qui, lorsqu'ils sont jugés assimilables à des « saisies » et à des « perquisitions », sont soumis aux articles 8 de la Charte canadienne et 24.1 de la Charte québécoise¹⁵. Il en sera question dans les deux parties suivantes.

A) L'habilitation législative du pouvoir d'inspection

En raison des atteintes à la vie privée qu'ils comportent pour les personnes visées, les pouvoirs de mener une inspection administrative dans un contexte réglementaire doivent reposer sur une disposition législative expresse¹⁶. En l'absence de loi cadre en la matière, c'est dans la loi qui crée l'organisme et/ou le régime réglementaire du secteur visé que se trouvaient les

¹⁴ Comme en témoigne la documentation juridique, cette préoccupation est récurrente. Sur ce sujet, voir notamment : Kenneth CULP DAVIS, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Bâton Rouge, Louisiana State University Press, 1969; Gilles PÉPIN et Yves OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982. Pour une doctrine plus récente, voir notamment : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 1, p. 219-289; Donald J. M. BROWN et John M. EVANS, avec la collab. de Christine E. DEACON, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2009, feuilles mobiles, à jour en 2025; le blog du professeur Paul DALY, *Administrative Law Matters*, en ligne : <perma.cc/9RGB-YPYL>.

¹⁵ Voir notamment : *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2, 418 (j. La Forest), ainsi que 441 (j. L'Heureux-Dubé); *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] R.C.S. 425. Voir aussi : L. ANGERS, préc., note 3; C. DUCHAINE et N. DUBÉ, préc., note 3. Sur la distinction entre l'inspection et l'enquête au regard des garanties constitutionnelles de la Charte canadienne, voir aussi : *R. c. Jarvis*, préc., note 3.

¹⁶ Voir notamment : C. DUCHAINE et N. DUBÉ, préc., note 3, à la p. 258; *Wilson c. Cowansville (Ville)*, 2015 QCCS 5120, par. 172.

balises qui décrivent les pouvoirs de l'inspecteur et en encadrent l'exercice. Les pouvoirs ainsi délégués aux inspecteurs et les actions susceptibles d'être posées par ceux-ci dans l'exercice de leurs fonctions y sont généralement décrits de façon précise¹⁷ notamment quant aux lieux, aux documents visés, aux buts du droit d'accès, à la fréquence des inspections, aux heures durant lesquelles l'inspection peut être effectuée et, le cas échéant, au consentement requis, etc.¹⁸. Il importe donc de se référer au libellé des dispositions applicables pour cerner l'étendue et les limites des pouvoirs de l'inspecteur, car sa faculté d'agir ou de ne pas agir en dépend. Par exemple, l'article 110 de la *Loi sur la distribution des produits et services financiers*¹⁹ permet à l'inspecteur de vérifier les droits d'accès aux systèmes informatiques d'un cabinet, afin d'en contrôler la sécurité, ce qui n'est prévu dans aucune loi touchant les institutions financières. L'exercice de ce pouvoir est limité exclusivement au régime d'inspection de la LDPSF.

La spécificité des régimes réglementaires s'étend aussi aux modalités d'exercice du pouvoir d'inspection. Celles-ci varient d'une loi à l'autre, selon le contexte et les particularités du régime réglementaire en question. Par exemple, lorsqu'il est question d'une inspection à une fréquence raisonnable, certaines lois viendront cibler précisément la fréquence des inspections voulue, alors que d'autres lois – telle la *Loi sur les assureurs*²⁰ – prévoient une fréquence d'inspection minimale à tous les deux ans. Quant à elle, la *Loi sur les coopératives de services financiers*²¹ exige une fréquence plus élevée, soit chaque année pour une fédération ou une caisse d'épargne qui n'est pas

¹⁷ Par exemple, le Chapitre X de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, RLRQ, c. S-2.1, est la source directe des pouvoirs des inspecteurs en matière de santé et sécurité du travail au Québec.

¹⁸ En matière d'environnement, les articles 119 à 121.4 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2, régissaient aussi directement les pouvoirs des inspecteurs. Toutefois, depuis la réforme de 2022 visant à harmoniser le régime, les art. 119-120 de la LQE renvoient dorénavant aux dispositions de la *Loi sur certaines mesures permettant d'appliquer les lois en matière d'environnement et de sécurité des barrages* (RLRQ, c. M-11.6) qui établit le cadre commun d'inspection et d'enquête applicable à l'environnement.

¹⁹ RLRQ, c. D-9.2 (ci-après «LDPSF»).

²⁰ *Loi sur les assureurs*, préc., note 9, art. 442.

²¹ *Loi sur les coopératives de services financiers*, préc., note 9, art. 553 et 554.

membre d'une fédération. Encore là, c'est au texte précis des dispositions applicables qu'il convient de se référer pour savoir à quoi s'en tenir.

B) La nature de l'inspection administrative menée dans un contexte réglementaire

La notion d'«inspection» a été définie comme le fait de pénétrer dans un lieu dans le but de vérifier le respect des dispositions législatives ou réglementaires applicables ou d'en dissuader les manquements²². À l'ère technologique, on comprendra que l'inspection ne se pratique pas forcément sur les lieux mêmes ni en personne, et qu'elle puisse prendre des formes beaucoup plus sophistiquées de collecte de données ou de traitement et d'analyse des informations fournies ou recueillies²³. Les inspections administratives sont des mécanismes de surveillance bien établis dans les secteurs d'activités réglementées. Les pouvoirs délégués aux inspecteurs diffèrent en fonction du contexte et des objectifs poursuivis par la loi du secteur réglementé, mais au-delà des particularités propres à chacun des secteurs, il est néanmoins possible de dégager certaines caractéristiques communes.

Selon la doctrine et la jurisprudence, l'inspection se caractérise et se distingue de l'enquête par son objet, qui consiste à «vérifier si une loi donnée est respectée. L'intention fondamentale n'est pas de découvrir une infraction à la loi; elle s'accomplit plutôt dans un objectif de protection du public²⁴». Selon l'Office des professions, la notion d'inspection professionnelle doit, en outre, être dissociée et distinguée de la notion de discipline. En effet, alors que celle-ci présente une nette connotation punitive, l'inspection professionnelle

²² L. ANGERS, préc., note 3, 728, citée par le j. La Forest dans *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2, 417; C. DUCHAINE et N. DUBÉ, préc., note 3, à la p. 254.

²³ Les dispositions législatives sur les inspections des institutions financières par l'AMF n'abordent pas clairement ce sujet, mais cela est prévu dans le Cadre de surveillance 2025, préc., note 10, p. 15.

²⁴ L. ANGERS, préc., note 3, 727 et 728, citées par le j. La Forest dans *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2, 416 et 417.

doit être perçue comme un mécanisme de vérification de la compétence des professionnels, dans un but de protection du public²⁵.

L'inspection administrative menée en contexte réglementaire se caractérise de plus par sa prévisibilité et son caractère routinier²⁶. L'entrepreneur ou la personne assujettie à la réglementation s'attend à devoir fournir de l'information et à tenir des registres ou des livres. Cette contrainte, qui est librement consentie (en ce que la personne assujettie à la réglementation a accepté certaines conditions d'entrée), ajoutée à l'importance de l'objectif des lois de nature réglementaire et à la nécessité des pouvoirs d'inspection, font que les attentes des personnes visées, en matière de vie privée, sont réduites²⁷.

Enfin, bien qu'elles puissent être assimilables à des «saisies» et à des perquisitions» au sens de l'article 8 de la Charte canadienne et de l'article 24.1 de la Charte québécoise²⁸, les inspections administratives menées en contexte réglementaire ne commandent pas l'imposition d'un système d'autorisation

²⁵ À ce propos, voir notamment : Louis BERNIER, «L'inspection professionnelle et ses allures Sybillines», (1976) 22-1 *R.D. McGill* 117, 119 et 120. Voir aussi les rapports d'activités de l'OFFICE DES PROFESSIONS DU QUÉBEC auxquels il est fait référence : *Premier rapport d'activités 1973-74*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1974, p. 25 et 26; *Deuxième rapport d'activités 1974-75*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1975, p. 29 et 30.

²⁶ L. ANGERS, préc., note 3, 728.

²⁷ Voir notamment : *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2, 420 et 424 (j. La Forest), ainsi que 442 (j. L'Heureux-Dubé). Voir aussi : *R. c. Jarvis*, préc., note 3; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] R.C.S. 627; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, préc., note 15.

²⁸ Voir notamment : *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2, 418 (j. La Forest), ainsi que 441 (j. L'Heureux-Dubé). Comme le souligne le j. La Forest aux pages 417 et 418, l'article 8 vise à protéger les attentes raisonnables des particuliers en matière de vie privée, à l'encontre des intrusions injustifiées de l'État. «Malgré son caractère moins envahissant, l'inspection est sans conteste une "intrusion" assimilable à une perquisition au sens de l'art. 8 de la Charte.» Sur ce point, voir aussi : *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, préc., note 15; C. DUCHAINE et N. DUBÉ, préc., note 3; L. ANGERS, préc., note 3. Sur la distinction

préalable, comme en a décidé la Cour suprême dans son important arrêt *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*²⁹. Ce pourvoi avait pour objet d'examiner la compatibilité, avec certains droits fondamentaux, du paragraphe 22e) de la *Loi sur les décrets de convention collective*³⁰. S'inspirant de la jurisprudence américaine, on y alléguait, en substance, que les pouvoirs d'inspection sans mandat de perquisition, prévus au deuxième alinéa du paragraphe 22e) LDCC, (en l'occurrence, le pouvoir de visiter les lieux de travail et de tirer copie de documents spécifiquement mentionnés), portaient atteinte aux droits reconnus aux articles 8 de la Charte canadienne et 24.1 de la Charte québécoise. L'issue de cet arrêt est inhabituelle en ce qu'elle comporte deux jugements. L'un rédigé par le juge La Forest, auquel souscrivent le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci. L'autre, par la juge L'Heureux-Dubé, auquel ont souscrit les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin et Major³¹.

Concernant les droits reconnus à l'art. 8 de la Charte canadienne le juge La Forest rappelle que la Cour suprême «a fait valoir à plusieurs reprises que la portée d'une garantie constitutionnelle, tout comme l'équilibrage des droits collectifs et individuels qui la sous-tend, variait en fonction du contexte³²». Parmi les exemples illustrant ce constat, la juge L'Heureux-Dubé cite avec approbation le passage du juge Cory, dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, dans lequel celui-ci affirme :

entre l'inspection et l'enquête au regard des garanties constitutionnelles de la Charte canadienne, voir aussi : *R. c. Jarvis*, préc., note 3.

²⁹ *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2, 419-422 (j. La Forest), ainsi que 446-450 (j. L'Heureux-Dubé).

³⁰ RLRQ, c. D-2 (ci-après «LDCC»).

³¹ Dans leur recension («Developments in Constitutional Law: The 1993-94 Term», (1995) 6 *S.C.L.R.* 67, 103), les auteurs Joel BAKAN, Bruce RYDER, David SCHNEIDERMAN et Margot E. YOUNG réfèrent aussi à cet arrêt comme comportant deux jugements.

³² *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2, 420 (j. La Forest). À la page 415, ce dernier précise que cette analyse s'applique également à l'art. 24.1 de la Charte québécoise.

Il est désormais clair que la Charte doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel une revendication prend naissance. Le contexte est important à la fois pour délimiter la signification et la portée des droits garantis par la Charte et pour déterminer l'équilibre qu'il faut établir entre les droits individuels et les intérêts de la société³³.

Puis, reprenant les termes du juge La Forest, la juge L'Heureux-Dubé ajoute :

[L]a protection quant à la procédure et quant au fond à laquelle le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier selon les activités qui le mettent en contact avec l'État. La protection offerte par la Charte peut donc varier selon que l'activité en cause est de nature réglementaire ou de nature criminelle³⁴.

Appliquant la méthode contextuelle, les rédacteurs de chacun des deux jugements, le juge La Forest et la juge L'Heureux-Dubé, retiennent tous deux que, l'exercice des pouvoirs d'inspection visant à prévenir les manquements à la loi étant de nature réglementaire et non de nature pénale (ceux-ci n'entraînant pas les stigmates normalement associés aux enquêtes de nature criminelle et suscitant des conséquences moins draconiennes), les critères de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*³⁵, qui exigent un système d'autorisations

³³ *Id.*, 446 (j. L'Heureux-Dubé), citant *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, 226 et 227. Cette affaire impliquait, comme en l'espèce, une infraction de nature réglementaire. Au même effet, voir aussi : *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 98 (j. L'Heureux-Dubé), ainsi que 124 (j. McLachlin); *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 647 (j. L'Heureux-Dubé); *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] R.C.S. 139, 192 et 193 (j. L'Heureux-Dubé), ainsi que 245 et 246 (j. McLachlin); *Rocket c. Collège royal des chirurgiens-dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, 246 et 247 (j. McLachlin); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1355 et 1356 (j. Wilson); *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 737 (j. en chef Dickson).

³⁴ *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2, 447 (j. L'Heureux-Dubé), reprenant les propos exprimés par le j. La Forest aux pages 422-425. Cette analyse contextuelle s'applique tant à l'art. 8 de la Charte canadienne qu'à l'art. 24.1 de la Charte québécoise. Sur ce point, voir les pages 415 (j. La Forest), ainsi que 459 (j. L'Heureux-Dubé).

³⁵ [1984] 2 R.C.S. 145.

préalables basées sur l'existence de motifs raisonnables et probables, ne sauraient s'appliquer³⁶. Puis, tenant compte de l'importance de l'objectif des lois de nature réglementaire, de la nécessité des pouvoirs d'inspection et des attentes réduites en matière de vie privée, ils concluent que l'équilibre entre les intérêts sociaux et les droits des particuliers ne commandait pas l'imposition d'un système d'autorisation préalable en sus de l'aval législatif³⁷.

On notera en outre que l'absence d'une exigence d'autorisation préalable vaut tout autant, que l'inspection soit aléatoire ou qu'elle soit motivée par une plainte³⁸. Le juge La Forest insiste, à cet égard, sur la nature réglementaire de l'inspection et sur l'aspect pragmatique de l'objectif du système de plainte, qui constitue non seulement un moyen de vérifier les manquements à la loi, mais également une manière d'en dissuader la survenance. Cela étant, la possibilité que l'inspection soit motivée par une plainte d'une personne chargée de l'application de la loi «n'altère pas l'intention fondamentale qui anime l'exercice des pouvoirs d'inspection³⁹». En d'autres termes, une simple plainte est, en soi, insuffisante pour justifier que les inspecteurs soient soumis aux exigences énoncées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*⁴⁰.

Pour être valide, l'inspection administrative doit néanmoins être «raisonnable» au sens de l'article 8 de la Charte canadienne. Là encore, cela ne signifie pas que la norme du caractère raisonnable sera nécessairement aussi stricte en contexte réglementaire qu'en matière criminelle⁴¹. En l'occurrence, après avoir procédé à un examen attentif des balises législatives de la LDCC encadrant les intrusions autorisées et le déroulement de l'inspection en cause (notamment quant à l'accès au lieu de travail, à l'utilisation et à la portée des pouvoirs), les juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont tous deux estimé que les mesures prévues traduisaient un juste équilibre entre les intérêts sociaux

³⁶ *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2, 422 (j. La Forest), ainsi que 444 (j. L'Heureux-Dubé).

³⁷ *Id.*, 419-422 (j. La Forest), ainsi que 446-450 (j. L'Heureux-Dubé).

³⁸ *Id.*, 421 (j. La Forest), ainsi que 453 et 454 (j. L'Heureux-Dubé).

³⁹ *Id.*, 421 (j. La Forest).

⁴⁰ *Id.*, 454 (j. L'Heureux-Dubé).

⁴¹ *Id.*, 441 (j. L'Heureux-Dubé).

et protégeaient raisonnablement le droit à la vie privée des personnes affectées. Puis, unanimes quant à l'issue du litige, ils ont conclu que le deuxième alinéa du paragraphe 22e) de la LDCC était compatible avec l'article 8 de la Charte canadienne⁴², de même qu'avec l'article 24.1 de la Charte québécoise, auquel s'applique également la méthode d'analyse et les critères élaborés relativement à l'article 8 de la Charte canadienne⁴³.

En somme, les inspecteurs des organismes de surveillance d'un secteur d'activité réglementé ne sont pas tenus d'obtenir de mandat préalable pour accéder aux lieux du travail ou pour demander la production de documents⁴⁴. L'article 8 de la Charte canadienne, tout comme l'article 24.1 de la Charte québécoise, « n'interdit pas l'inspection sans autorisation préalable. Il pose simplement un critère de "raisonnabilité"⁴⁵ ». L'arrêt *Potash* révèle, à cet égard, les préoccupations de la Cour quant aux effets préjudiciables d'exiger, dans le cadre d'inspections administratives d'un secteur réglementé, une autorisation préalable basée sur l'existence de motifs raisonnables et probables. On invoque, plus précisément, le souci de ne pas nuire à l'application des lois de nature réglementaire ou de ne pas compromettre la défense des valeurs fondamentales incarnées dans ces régimes réglementaires⁴⁶. Comme le note le juge La Forest dans cet arrêt : « Si les lois réglementaires sont accessoirement assorties d'infractions, elles sont principalement édictées dans le but d'en inciter le respect⁴⁷. » Partageant cette vision et ce souci d'efficacité administrative des régimes réglementaires, la juge L'Heureux-Dubé laisse entendre qu'il serait contre-indiqué d'exiger, devant une instance judiciaire, la démonstration préalable de motifs raisonnables de croire qu'une infraction particulière a été

⁴² *Id.*, 447, 448 et 461 (j. L'Heureux-Dubé), ainsi que 415 et 422-425 (j. La Forest).

⁴³ *Id.*, 415 (j. La Forest), ainsi que 459 (j. L'Heureux-Dubé).

⁴⁴ *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, préc., note 15.

⁴⁵ *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2, 419 (j. La Forest).

⁴⁶ Sur ce point, voir : *id.*, 419 (j. La Forest), ainsi que 422 (j. L'Heureux-Dubé). Voir aussi : Kent ROACH, « Developments in Criminal Procedure: The 1993-94 Term », (1995) 6 *S.C.L.R.* 281, 284 et 307-308.

⁴⁷ *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, préc., note 2, 421 (j. La Forest).

commise, puisque c'est précisément pour vérifier si la loi est respectée ou si on y contrevient que les inspecteurs possèdent les pouvoirs d'inspection. « En suivant les principes établis par l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, un mandat ne pourrait jamais être émis dans ces circonstances⁴⁸. » Par conséquent, « sur le plan de la réalité pragmatique, les critères de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* doivent nécessairement être inapplicables dans le contexte des inspections administratives dans un secteur réglementé de l'industrie [...]. Ils constituent tout simplement ici une “norme trop élevée”⁴⁹ », particulièrement lorsque le régime réglementaire vise la protection de personnes vulnérables⁵⁰. Puis, à l'instar des appelants, la juge L'Heureux-Dubé ajoute, dans sa conclusion, que l'implantation, en droit canadien, d'un mécanisme « d'autorisation préalable analogue à celui du “mandat administratif” américain » ne serait « ni utile ni sage⁵¹ ».

En réalité, par son but préventif et l'obligation imposée à l'assujetti de tenir des registres, de fournir des documents ou de donner accès à ses installations, l'inspection administrative d'un secteur réglementé de l'industrie ou d'activités à caractère économique repose davantage sur une collaboration entre le régulé et l'autorité régulatrice⁵². Comme le laissent entendre les lois consultées, l'intensité de cette collaboration varie aussi selon le contexte. Par exemple, dans la *Loi sur l'encadrement du secteur financier*⁵³, qui fixe le cadre de fonctionnement de l'AMF, toute personne ayant la garde des livres et registres doit, sur demande, les communiquer et en faciliter l'examen⁵⁴. Ces contraintes visent clairement à obliger l'assujetti à assister l'autorité administrative dans son travail d'inspection. À défaut de collaborer, soit

⁴⁸ *Id.*, 452 et 444 (j. L'Heureux-Dubé).

⁴⁹ *Id.*, 452, 453 et 444 (j. L'Heureux-Dubé).

⁵⁰ *Id.*, 419, 424 et 425 (j. La Forest), ainsi que 442 (j. L'Heureux-Dubé).

⁵¹ *Id.*, 453 (j. L'Heureux-Dubé) : « La création jurisprudentielle du mandat administratif s'explique davantage par le libellé particulier du Quatrième amendement des États-Unis, très différent de celui de l'art. 8 de la Charte. Le développement de mandat administratif, parsemé de multiples exceptions de plus en plus nombreuses et difficiles à déterminer, démontre son peu d'efficacité. »

⁵² *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, RLRQ, E-6.1, art. 9 et 10.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*, art. 10.

en refusant l'accès aux lieux ou aux registres, ou encore en fournissant des renseignements incomplets, inexacts ou erronés, la personne ou l'entreprise assujettie à la réglementation s'expose à des sanctions administratives ou pénales pour entrave au travail de l'inspecteur⁵⁵. Bien qu'il soit préférable de ne pas avoir à y recourir, l'existence de sanctions pour entrave dans les régimes réglementaires démontre bien l'importance, voire la nécessité, d'une telle collaboration dans l'atteinte des objectifs d'intérêt public poursuivis par la loi. La qualité des rapports de collaboration et l'adhésion aux normes pourront toutefois dépendre du lien de confiance établi entre l'autorité régulatrice et les personnes assujetties et, bien entendu, de l'adaptation adéquate des mécanismes de surveillance aux réalités du secteur réglementé⁵⁶.

C) Les instruments de gouvernance des organismes de régulation visant à délimiter l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires

Outre l'encadrement législatif, l'activité des inspecteurs, dont ceux du secteur financier, est souvent soumise à des normes administratives internes, désignées sous divers noms, dont « directives », « politiques », « guides », « instructions », « lignes directrices » – et souvent, dans le secteur financier,

⁵⁵ Voir notamment : *Loi sur les coopératives de services financiers*, préc., note 9, art. 398, 561 et 608; *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, préc., note 52, art. 19.0.1 et 19.0.2. Voir aussi : Claude BOLDUC, *Les aspects juridiques des crimes économiques*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 3 et 4; C. DUCHAINE et N. DUBÉ, préc., note 3, aux p. 301 et 302. Sur la notion de sanction administrative, voir notamment : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 1, p. 1107-1118. Dans un récent projet de loi, le ministre des Finances propose d'accroître les sanctions administratives liées au cadre législatif et réglementaire des institutions financières québécoises. Voir : *Loi modifiant diverses dispositions principalement dans le secteur financier*, projet de loi n° 92 (sanctionné – 4 juin 2025), 1^{re} sess., 43^e légis., (Qc), art. 81 et suiv. Il permet au Tribunal des marchés financiers d'imposer des pénalités administratives à une institution financière qui contrevient aux lois et règlements applicables.

⁵⁶ Des études ont en effet démontré qu'une compréhension et une confiance mutuelles accrues favorisent la coopération. Voir notamment : Tom R. TYLER, *Why People Cooperate: The Role of Social Motivations*, Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 42 et 43. Sur ce thème, voir aussi : Nicolle ZEEGERS, « The European Citizens' Initiative's Role in Having the Grass Roots Associations Connect to the European Public Sphere », dans Suzanne COMTOIS et Kars DE GRAAF (dir.), *On Lawmaking and Public Trust*, La Haye, Eleven International Publishing, 2016, p. 201.

sous le vocable « cadres de surveillance ». Ces pratiques normatives, issues de la nouvelle gestion publique, complètent et, dans certains cas, vont même jusqu'à se substituer aux normes issues des lois et des règlements⁵⁷.

À la différence des règlements, ces instruments de *soft law* ne sont pas contraignants, leur élaboration n'est généralement pas soumise à des contraintes procédurales et ils n'ont pas à être autorisés expressément par la loi⁵⁸. Leur fondement juridique découle implicitement du pouvoir de

⁵⁷ Il existe sur le sujet une abondante documentation à laquelle le professeur Mockle a largement contribué. Voir notamment : Daniel MOCKLE, « Politiques, directives et instruments de gestion », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », Droit administratif, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} janvier 2025 (LAd/QL); Daniel MOCKLE, *La gouvernance publique*, Paris, L.G.D.J., 2022; Daniel MOCKLE, « La réglementation intelligente : réglementer mieux ou réglementer moins? », (2015) 31-6 *Revue française de droit administratif* 1225, 1230; Daniel MOCKLE, « Les principes de la nouvelle gouvernance publique », dans Gilles J. GUGLIELMI et Élisabeth ZOLLER (dir.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2014, p. 89; Daniel MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », (2006) 47-1 *C. de D.* 89; Daniel MOCKLE, « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public », (2003) 44-3 *C. de D.* 297; Daniel MOCKLE, « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43-2 *C. de D.* 143; Daniel MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 53. Voir aussi : Pierre ISSALYS, avec la collab. de Michel BOURQUE, *Répartir les normes. Le choix entre les formes d'action étatique*, Québec, Société de l'assurance automobile du Québec, 2002. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 1; France HOULE, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001; Suzanne COMTOIS, « Administrer des lois en marge du droit. Un défi », dans Mohamed CHARIH et Réjean LANDRY (dir.), *La gestion publique sous le microcosme*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1997, p. 127; Daniel MOCKLE, « Ordre normatif interne et organisations », (1992) 33-4 *C. de D.* 965.

⁵⁸ Il arrive parfois que le législateur autorise l'Administration à agir expressément par directives, lignes directrices ou autres procédés semblables. Par exemple, le pouvoir de l'AMF d'adopter des directives est prévu expressément dans différentes lois : *Loi sur les assureurs*, préc., note 9, art. 463; *Loi sur les coopératives de services financiers*, préc., note 9, art. 565.1; *Loi sur les institutions de dépôts et la protection des dépôts*, RLRQ, c. I-13.2.2, art. 42.2; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, RLRQ, c. S-29.02, art. 254. Dans de tels cas, malgré leur dénomination, la Cour, appelée à se prononcer sur la véritable nature de ces lignes directrices, pourrait leur reconnaître une force contraignante s'il est démontré qu'elles remplissent

direction conféré à l'organisme qui, comme le reconnaît la Cour suprême, habilite l'administration publique à élaborer des règles administratives pour encadrer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire⁵⁹. L'élaboration de ces règles administratives est néanmoins soumise au respect de certaines limites juridiques relatives à la compétence et aux conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire; entre autres : leur conformité à la loi et aux chartes canadienne et québécoise, leur caractère raisonnable et la nécessité de les appliquer de façon souple, pour éviter de contraindre illégalement l'exercice du pouvoir discrétionnaire⁶⁰. En effet, n'ayant pas de force contraignante, la norme d'origine interne à l'administration publique ne saurait outrepasser le texte clair d'une loi ou d'un règlement. Elle peut néanmoins influencer sur la manière dont s'exerce le pouvoir discrétionnaire, en contribuant par exemple à cerner les considérations pertinentes à l'exercice de ce pouvoir, ou plus encore, en servant d'outil d'interprétation aux fins de déterminer le sens des dispositions législatives en cause⁶¹.

l'ensemble des critères développés dans la jurisprudence pour l'attribution du statut de règlement. Sur ce point, voir notamment : *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] R.C.S. 3, 35 et 36; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31 (sur la notion de règle de droit). Voir aussi : Daniel MOCKLE, « Ordre normatif interne et organisations », préc., note 57.

⁵⁹ Voir notamment : *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, préc., note 58, 35 et 36; *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, 171; *Martineau et al. c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] R.C.S. 118, 129.

⁶⁰ *Id.* Voir aussi : *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 1, p. 720-756.

⁶¹ Voir notamment : *Pepa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2025 CSC 21; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61; *Dow Chemical Canada ULC c. Canada*, 2024 CSC 23. Sur ce sujet, voir aussi : Paul DALY, « The Relationship Between Hard Law and Soft Law », *Administrative Law Matters*, 11 août 2025, en ligne : <perma.cc/C5N6-HQWA>; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 1, p. 607.

Pour les autorités administratives responsables de l'administration d'un régime législatif, ces instruments de *soft law*, issus de leur pouvoir de direction, comportent de nombreux avantages par rapport aux procédés classiques d'intervention gouvernementale. Souvent assimilés à des normes de régie interne⁶², ils sont plus souples d'adoption et plus flexibles d'application. Ils peuvent être modifiés au fil du temps et de l'expérience acquise, si ceux-ci le jugent à-propos. L'élaboration de règles administratives pour structurer l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire favorise de plus la prévisibilité, la cohérence et l'efficacité dans l'application de la loi. Enfin, en énonçant à l'avance les orientations, critères ou autres considérations qui guideront leur démarche, ces procédés contribuent en outre à renforcer la culture de la justification au sein de l'organisme administratif⁶³.

Pour la personne assujettie à la régulation, le recours aux normes souples, plutôt qu'aux règlements ou à la prise de décisions discrétionnaires individualisées au cas par cas, présente aussi certains avantages. Dans la mesure où elles sont accessibles (ce qui n'est pas toujours le cas)⁶⁴, ces règles administratives permettent notamment aux personnes visées de bénéficier d'une certaine prévisibilité et de s'adapter. Ou, le cas échéant, d'évaluer la possibilité de s'y soustraire, en faisant valoir les particularités de leur cas, voire de négocier les règles applicables, puisque celles-ci sont largement discrétionnaires. En cas de litige, ces règles administratives offrent, en outre, plus de moyens aux juges pour contrôler la légalité et la raisonnable de l'action contestée⁶⁵.

En contrepartie, l'utilisation de ces normes souples comporte certains inconvénients, dont le principal est sans doute leur absence de force

⁶² Voir notamment : *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, préc., note 59; *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, préc., note 59, 171; *Martineau et al. c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, préc., note 59, 129.

⁶³ Voir : Paul DALY, « Vavilov and the Culture of Justification in Contemporary Administrative Law », (2021) 100 *S.C.L.R.* 279.

⁶⁴ Bien que la loi puisse en exiger la publication, comme c'est le cas de l'art. 4 par. 4 de la *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, les règles administratives internes ne sont généralement assujetties à aucune obligation de publication.

⁶⁵ Voir : *supra* (notamment la jurisprudence et la doctrine citées aux notes 62 et 63).

contraignante. En effet, d'après l'approche jurisprudentielle dominante, ces règles administratives, assimilées à des règles de régie interne, sont exclues en « principe des catégories officielles du droit⁶⁶ ». Par opposition aux règles légales, issues des lois et des règlements qui sont directement opposables aux tiers, les instruments de *soft law* issus du pouvoir de direction de l'organisme sont, en principe, inopposables aux tiers et ne confèrent ni droits ni obligations⁶⁷. De plus, ayant une portée limitée à des fins internes avant tout, ces instruments de gestion administrative ne contiennent pas, en principe, de « règle de droit » au sens de l'article 1 de la Charte canadienne⁶⁸. Par conséquent, si un pourvoi ayant pour objet la légalité d'une règle administrative (ou d'une action posée sur cette base) soulève une atteinte à des droits reconnus par la Charte canadienne, l'organisme ne peut, sauf exception, justifier une telle restriction en invoquant « une limitation raisonnable » par une règle de droit au sens de l'article 1 de la Charte canadienne⁶⁹.

⁶⁶ D. MOCKLE, « Politiques, directives et instruments de gestion », préc., note 57, n^{os} 28-33.1, 17 et 23.

⁶⁷ Voir notamment : *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, préc., note 58; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69; *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, préc., note 59; *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, préc., note 59, 171; *Martineau et al. c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, préc., note 59, 129.

⁶⁸ Voir notamment : *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, préc., note 58.

⁶⁹ Sur cette question, voir notamment : *id.* Dans cet arrêt, la Cour suprême établit une distinction entre les « règles de nature administrative » et les règles « de nature législative » contenues dans les lois et règlements. Elle crée néanmoins une exception en reconnaissant, à certaines conditions précises, le statut de règle de droit, au sens de l'article 1 de la Charte canadienne, à une règle issue de politiques administratives. À ce sujet, voir les commentaires de D. MOCKLE, « Politiques, directives et instruments de gestion », préc., note 57, n^{os} 28-33.1. Sur la nécessité d'élargir la notion de « règle de droit » au sens de l'article 1 de la Charte canadienne, voir : Paul DALY, « Prescribing Surveillance by Law », *Administrative Law Matters*, 14 mars 2016, en ligne : <perma.cc/2CWA-W3DM>. Pour ce qui est de la Charte québécoise, « la restriction à un droit protégé par les articles 1 à 9 pourra s'autoriser de l'article 9.1 si elle répond aux objectifs mentionnés dans ce dernier ». Sur cette question, voir : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 1, p. 749 et la jurisprudence citée.

Comme le note le professeur Mockle, l'exclusion de ces règles administratives des catégories du droit a constitué un objet récurrent de controverses. Observant le fait que ces procédés jouent souvent un rôle déterminant dans la prise de décision administrative, plusieurs auteurs se sont montrés favorables, avec diverses nuances, à l'insertion de certains types de directives, guides et autres instruments analogues, dans le champ du droit⁷⁰. À l'instar de ceux-ci, le professeur Mockle soutient que l'absence de force normative des règles administratives doit être nuancée. Tout en admettant qu'elles n'ont pas une force normative comparable à celle des actes réglementaires, la solution la plus réaliste consiste, à son avis, à leur reconnaître une portée plus limitée.

La perspective d'un continuum⁷¹ ou d'une gradation lui semble, à cet égard, l'hypothèse la plus plausible. «À l'extrémité supérieure de cette échelle, des directives ou des politiques peuvent apparaître comme des procédés de substitution à des règlements, voire à de la législation⁷².» Par exemple, la *Directive du Cabinet sur la réglementation*⁷³, dont la portée modifie, à toutes fins utiles, la *Loi sur les textes réglementaires*⁷⁴ par divers ajouts relatifs au contenu des règlements et à la procédure⁷⁵. À l'autre extrémité, se trouvent les normes proprement internes destinées au fonctionnement interne des services;

⁷⁰ D. MOCKLE, «Politiques, directives et instruments de gestion», préc., note 57, nos 28-33.1 et 17. Voir notamment les travaux de Daniel Mockle, de France Houle, de Pierre Issalys et Denis Lemieux, ainsi que de Paul Daly (préc., note 57). Voir aussi : Laura POTTIE et Lorne SOSSIN, «Demystifying the Boundaries of Public Law: Policy, Discretion and Social Welfare», (2005) 38-1 *U.B.C.L. Rev.* 147; P. DALY, préc., note 69.

⁷¹ *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 60, par. 58.

⁷² D. MOCKLE, «Politiques, directives et instruments de gestion», préc., note 57, n° 39.

⁷³ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Directive du Cabinet sur la réglementation*, en ligne : <perma.cc/9KPM-C3MS>.

⁷⁴ L.R.C. 1985, c. S-22.

⁷⁵ *Id.* Sur la substitution de normes et la nature des problèmes qui en découlent, voir notamment : D. MOCKLE, «Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation», préc., note 57, p. 182-190. Voir aussi : P. ISSALYS, avec la collab. de M. BOURQUE, préc., note 57; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 1, p. 628-631 et 1097.

par exemple, celles relatives à «l'élaboration de règles budgétaires et comptables au sein des organismes publics», de même que celles dont l'unique objet est «l'utilisation des locaux et de l'équipement dans un contexte où il n'y a pas d'usagers venant de l'extérieur⁷⁶». «Dans ce cas, les expressions "sphère interne" ou "régie interne" sont appropriées, car il s'agit de règles qui ne visent pas le public⁷⁷.» Le statut juridique de ces dernières pose peu de difficultés.

Sur ce continuum, ce sont surtout les normes issues de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire qui sont problématiques, c'est-à-dire les normes souples ayant pour vocation d'encadrer l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui «visent en termes généraux des situations pourtant destinées par la loi à faire l'objet d'un traitement individualisé⁷⁸».

Mais, comme le signale le professeur Mockle, même si la vaste majorité de ces règles administratives

ne sont pas des actes réglementaires, il ne faut pas les exclure d'emblée des catégories juridiques, car ce que montre précisément le contrôle judiciaire, c'est leur légalisation par un contrôle de régularité et de légalité. Lorsque des décisions administratives sont tributaires de critères énoncés dans des politiques et des directives, les juges vérifient, le cas échéant, si les agents responsables des dossiers ont fait un usage adéquat de ces règles administratives⁷⁹.

Dans son arrêt *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*⁸⁰, la Cour suprême du Canada crée d'ailleurs, à ce sujet, une petite ouverture. En effet, bien qu'elle y maintienne la dichotomie contraignante/non contraignante, la Cour propose une approche plus nuancée des règles administratives en reconnaissant, exceptionnellement et à certaines conditions

⁷⁶ D. MOCKLE, «Politiques, directives et instruments de gestion», préc., note 57, n° 39.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 1, p. 607.

⁷⁹ D. MOCKLE, «Politiques, directives et instruments de gestion», préc., note 57, n° 39. Voir aussi : P. DALY, préc., note 69.

⁸⁰ *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, préc., note 58.

précises, le statut de règle de droit au sens de l'article 1 de la Charte canadienne, à «des règles issues de politiques administratives⁸¹». Néanmoins, dans l'état actuel du droit, il n'en demeure pas moins que les règles administratives sont beaucoup plus souvent jugées non contraignantes. La règle de nature administrative, comme le réitère la Cour suprême dans l'arrêt *Greater Vancouver Transportation Authority*, sert à l'interprétation et à l'application des dispositions d'une loi ou d'un régime réglementaire. Elle s'adresse d'abord au personnel de l'autorité administrative. Son élaboration ne requiert pas une habilitation législative expresse et elle ne vise pas à offrir un fondement juridique à l'action gouvernemental⁸².

En revanche, comme l'illustre la jurisprudence citée plus haut, bien que ces normes ne soient pas formellement contraignantes, elles produisent concrètement des effets de droit à travers des décisions individualisées; les décideurs administratifs doivent en tenir compte et, le cas échéant, s'expliquer s'ils entendent y déroger. De plus, en cas de contestation judiciaire, les directives et autres instruments de *soft law* peuvent aussi être considérés, par le juge, comme des éléments pertinents du contexte interprétatif pour déterminer, notamment, la portée du pouvoir discrétionnaire conféré, la raisonnable d'une interprétation, ou encore servir d'outils pour dégager le sens à donner aux

⁸¹ Comme on l'a expliqué plus haut, différents critères distinguent les règles de nature administrative des règles légales : leur élaboration n'est généralement pas soumise à des contraintes procédurales; elles n'ont pas à être autorisées expressément par la loi. Leur fondement juridique découle implicitement du pouvoir de direction. Outre ces critères, comme l'affirme la Cour suprême dans l'arrêt *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, préc., note 58, par. 63 : «[I]a question déterminante est celle de savoir si la règle ou la politique s'attache à la régie interne». Sur toute cette question, voir : D. MOCKLE, «Politiques, directives et instruments de gestion», préc., note 57, nos 28-33.1. Voir aussi : Gerald HECKMAN, «Developments in Administrative Law: The 2009-2010 Term», (2010) 52 *S.C.L.R.* 25, 52-57.

⁸² *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, préc., note 58, par. 63, référant aux arrêts : *Comité pour la République du Canada c. Canada*, préc., note 33; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 67.

dispositions législatives⁸³. En somme, malgré l’ambiguïté qui entoure les normes souples ayant pour vocation d’encadrer l’exercice du pouvoir discrétionnaire, on retiendra que s’il se caractérise par sa flexibilité et son absence de formalisme, l’exercice du pouvoir d’adopter des règles administratives visant à encadrer le pouvoir discrétionnaire ne saurait se soustraire totalement au cadre légal. Tel que mentionné plus haut, l’adoption de règles administratives est soumise au respect de certaines limites juridiques, dont la conformité à la loi et aux Chartes canadienne et québécoise, à leur caractère raisonnable et à l’impératif de les appliquer de façon non rigide, pour éviter de contraindre illégalement l’exercice du pouvoir discrétionnaire⁸⁴.

II. La surveillance basée sur le risque par les organismes de régulation

Sous l’impulsion des principes du nouveau management public, les organismes de régulation sont appelés à appliquer des principes d’efficacité dans l’exercice de différents pouvoirs que leur confère la loi, tel le pouvoir d’inspection. Les méthodes classiques d’inspection purement aléatoire, d’inspection à périodes fixes (méthodes préventives) ou d’inspection sur plaintes (méthodes réactives) font lentement place à d’autres méthodes plus raffinées, plus sophistiquées permettant aux organismes de mieux utiliser les ressources humaines et financières à leur disposition dans la conduite de leur mandat législatif. Dans l’utilisation de ces ressources, la sobriété est souvent présentée comme un facteur important, compte tenu des contraintes budgétaires⁸⁵. Ces nouvelles méthodes répondent également à un besoin

⁸³ Voir : *supra* (notamment la jurisprudence et la doctrine citées aux notes 62 et 63). Voir aussi : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, préc., note 13, par. 72.

⁸⁴ Voir notamment : *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, préc., note 58, 35 et 36; *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, préc., note 59; *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, préc., note 59, 171; *Martineau et al. c. Le Comité de discipline des détenus de l’Institution de Matsqui*, préc., note 59, 129. Voir aussi : *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, préc., note 60; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 1, p. 720-756.

⁸⁵ Christopher HOOD, «A Public Management for All Seasons», (1991) 69 *Public Administration* 3, 12. Voir aussi, sur le nouveau management public, notamment : Stephen P. OSBORNE et Kate McLAUGHLIN, «The New Public Management in context», dans Kathleen McLAUGHLIN, Stephen P. OSBORNE et Ewan FERLIE (dir.),

d'imputabilité⁸⁶ et de légitimité des organismes, en vertu duquel ils rendent compte de l'utilisation de ces mêmes ressources face au gouvernement et, en général, au public⁸⁷. C'est dans cette perspective d'une administration publique plus efficace et rigoureuse que se développent les approches basées sur le risque. Néanmoins, bien qu'elles offrent aux organismes de régulation de nouveaux outils pour améliorer la gestion de la conformité des régulés, ce type d'approche présente en contrepartie des limites qui se doivent d'être prises en considération par ceux-ci.

A) L'approche basée sur le risque comme réponse rationnelle aux enjeux liés à la gestion des ressources

Tout organisme de régulation, comme toute entreprise, est confronté à un problème économique simple : il est impossible de répondre à tous les besoins et à tous les désirs. Ce phénomène, dit « de rareté », renvoie à une réalité incontournable : les ressources dont nous disposons sont nécessairement insuffisantes pour satisfaire tous les besoins. Appliqué en matière de surveillance, ce principe nous rappelle que si certains organismes ont accès à des ressources humaines et financières, ils ne peuvent exercer une surveillance omniprésente sur l'ensemble des activités de chacun des assujettis.

Cette insuffisance des ressources peut être liée à différentes situations auxquelles sont confrontés les régulateurs. Certains organismes de régulation encadrent les activités d'un nombre important d'assujettis, ce qui rend

New Public Management. Current Trends and Future Prospects, Londres/New York, Routledge/Taylor & Francis Group, 2002, p. 15; Micheal BARZELAY, « Origins of the New Public Management. An international view from administration/political science », dans Kathleen McLAUGHLIN, Stephen P. OSBORNE et Ewan FERLIE (dir.), *New Public Management. Current Trends and Future Prospects*, Londres/New York, Routledge/Taylor & Francis Group, 2002, p. 24, aux p. 24-33; Mohammed MAZZINE, Hamdi ELKHORCHI et Laila HOBAD, « La managérialisation de l'État vers une nouvelle gestion publique », 4-5 *Revue française d'économie et de gestion* 482.

⁸⁶ Daniel MOCKLE, « Le principe général du bon gouvernement », (2019) 60-4 *C. de D.* 1031, 1065.

⁸⁷ Julia BLACK, « The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom », (2005) *Public Law* 510, 511 et 517. Voir aussi : John W. MEYER et Brian ROWAN, « Institutionalised Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony », (1977) 83-2 *American Journal of Sociology* 340.

l'exercice continu d'un pouvoir d'inspection difficile, voire illusoire. On peut penser à la situation de la Commission d'accès à l'information (CAI) qui, en matière de protection des renseignements personnels dans le secteur privé, chapeaute la collecte, la détention, l'utilisation et la communication à des tiers de renseignements personnels à l'occasion de l'exploitation d'une entreprise au sens de l'article 1525 du *Code civil du Québec*⁸⁸. Cette vaste attribution de compétences fait de la CAI un organisme de régulation responsable de la protection des renseignements allant de l'entreprise menée par un travailleur autonome à une société d'envergure nationale comme Desjardins. Il serait même impossible d'identifier avec précision le bassin des assujettis à la CAI dans le secteur privé. Pour surveiller l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, la CAI dispose d'un pouvoir d'inspection, prévu aux articles 80.2 à 80.4 de cette loi, pour pénétrer dans un établissement, exiger un renseignement ou prendre copie d'un document⁸⁹. En effet, devant un nombre aussi important d'assujettis, l'organisme de régulation ne peut même pas viser une inspection périodique sur un cycle de deux, trois ou cinq ans. Dans de telles circonstances, plusieurs organismes exercent leur pouvoir d'inspection sur plainte, ce qui les place dans une position d'intervention essentiellement réactive.

D'autres organismes de régulation encadrent un groupe bien circonscrit d'assujettis, mais l'étendue des activités visées ou encore la complexité de celles-ci rend l'exercice de la surveillance lourde. Pour illustrer ce second cas de figure, prenons l'exemple de l'AMF, qui est notamment investie de la mission d'encadrer les institutions financières de juridiction québécoise⁹⁰. Si ces institutions financières sont beaucoup moins nombreuses que les « entreprises » assujetties à la Loi sur le privé, celles-ci se distinguent par leur ampleur, par la complexité des structures de regroupement ou par la pluralité des activités qu'elles opèrent sur le territoire québécois ou à l'extérieur. La surveillance de ces institutions financières exige également une planification stratégique pour affecter les ressources au bon endroit. Une surveillance

⁸⁸ RLRQ, c. CCQ-1991. Voir : *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ, c. P-39.1, art. 1 (ci-après « *Loi sur le privé* »).

⁸⁹ *Loi sur le privé*, préc., note 88, art. 80.2-80.4.

⁹⁰ *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, préc., note 52, art. 4.

omniprésente entraînerait des coûts exorbitants pour le public. Nous verrons, à la sous-partie suivante, le Cadre de surveillance 2025 de l'AMF, qui guide la conduite globale des travaux d'inspection des institutions financières.

Dans ces différentes situations, l'organisme de régulation doit nécessairement effectuer des choix dans l'utilisation des ressources à sa disposition, afin d'exercer son pouvoir de surveillance à un coût raisonnable. Il doit renoncer à déployer, à l'intérieur de son champ de compétence, une surveillance omniprésente de l'ensemble des assujettis (ou de leurs activités). L'organisme de régulation est invité à procéder à une affectation judicieuse de ses ressources, en établissant des priorités en fonction de critères prédéterminés pour réduire les inspections superflues⁹¹. Cette affectation stratégique implique, en contrepartie, une concentration des ressources sur certains assujettis ou sur certaines activités ainsi qu'une révision des efforts à l'égard de certains ou certaines autres⁹². Les économies de surveillance peuvent aussi être réaffectées à d'autres fonctions de l'organisme de régulation, comme celles du conseil auprès des assujettis⁹³. Pour justifier ce mouvement de ressources, cette délicate opération voudra se construire sur une méthodologie rigoureuse, que l'organisme de régulation pourra expliquer en s'appuyant sur une démarche rationnelle et scientifique. Suivant les principes du nouveau management public, l'organisme de régulation (comme le gouvernement) est non seulement soumis à un principe d'efficacité, mais aussi à des mesures d'évaluation et de rendement⁹⁴.

C'est dans cet esprit que se développent les méthodes de surveillance s'appuyant sur une approche de régulation basée sur le risque⁹⁵. Dans les limites

⁹¹ Cette situation problématique des organismes de régulation est bien décrite dans le Rapport Hampton. Voir : P. HAMPTON, préc., note 7, p. 4.

⁹² J. BLACK, préc., note 87, 517.

⁹³ P. HAMPTON, préc., note 7, p. 5.

⁹⁴ D. MOCKLE, préc., note 86, 1043.

⁹⁵ P. HAMPTON, préc., note 7, Recommendation 1; J. BLACK, « The Development of Risk Based Regulation in Financial Services: Canada, the UK and Australia », préc., note 7; J. BLACK et R. BALDWIN, « Really Responsive Risk-Based Regulation », préc., note 7; J. BLACK et R. BALDWIN, « When risk-based regulation aims low: Approaches and challenges », préc., note 7; J. BLACK, « Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learnt », préc., note 7.

fixées par la loi, chaque organisme de régulation demeure autonome dans l'élaboration de la politique qui encadrera son pouvoir d'inspection⁹⁶. Appliquée en matière de surveillance, l'approche de régulation basée sur le risque cherche à mettre en place une méthodologie d'analyse du portefeuille de risque de l'organisme de régulation pour établir des priorités dans la poursuite de son mandat législatif (et du plan stratégique dont il se dote pour atteindre ses objectifs)⁹⁷. Elle tire une grande partie de sa démarche des cadres méthodologiques créés pour mettre en place une gestion stratégique des risques⁹⁸. Pour décider de l'allocation de ses ressources de surveillance, l'organisme évalue, en fonction de ses objectifs et parmi les assujettis et les activités sous sa gouverne, ceux qui présentent les niveaux de risque les plus élevés par rapport à ceux présentant de faibles risques. Cette allocation des ressources basée sur le risque lui offre la possibilité de concentrer ses efforts là où l'analyse des risques fait ressortir les besoins les plus pressants par rapport aux assujettis ou aux activités présentant moins de risques.

B) L'exemple du Cadre de surveillance des institutions financières de l'Autorité des marchés financiers

Ce type de surveillance basé sur le risque prend de la popularité au Québec et au Canada chez les organismes de régulation, qui sont aussi confrontés à l'utilisation stratégique de leurs ressources. D'ailleurs, par souci

⁹⁶ Voir notamment: *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, préc., note 58, 35 et 36; *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, préc., note 59; *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, préc., note 59, p. 171; *Martineau et al. c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, préc., note 59, 129.

⁹⁷ En 1992, Ayres et Braithwaite mettaient déjà de l'avant l'opportunité de structurer la surveillance de la conformité des régulés sous une approche basée sur les risques. Voir: Ian AYRES et John BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, 4^e éd., vol. 42, New York/Oxford, Oxford University Press, 1992; Robert BALDWIN, Martin CAVE et Martin LODGE, *Understanding Regulation. Theory, strategy, and practice*, 2^e éd., New York/Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 281.

⁹⁸ Voir: INSTITUT DE L'AUDIT INTERNE, *Le management des risques de l'entreprise*, Paris, Éditions d'Organisation, 2005; ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION, *Management du risque. Lignes directrices*, 2^e éd., Mississauga, Groupe CSA, 2018.

de prévisibilité et de transparence envers les régulés, certains organismes de régulation n'hésitent pas à rendre publiques, sous forme de normes administratives internes, les méthodes utilisées pour exercer leur pouvoir de surveillance. Sans expliciter tous les détails des techniques appliquées, ces outils de gouvernance orientent les assujettis sur les méthodes qui sont déployées par l'organisme dans l'application de la loi. Nous retrouvons ce type de cadre de surveillance au sein de différents secteurs au Canada; par exemple, en matière de déontologie⁹⁹, d'alimentation¹⁰⁰, de consommation¹⁰¹ et, bien sûr, dans le secteur des institutions financières¹⁰².

Dans le secteur financier, où la surveillance basée sur le risque est implantée depuis plusieurs années, l'Autorité des marchés financiers, à l'instar du Bureau du surintendant des institutions financières¹⁰³, préconise une telle approche pour assurer la surveillance des institutions financières québécoises. Dans son récent *Cadre de surveillance des institutions financières et des agents d'évaluation du crédit 2025*¹⁰⁴, l'AMF indique qu'elle établit, pour guider ses activités de surveillance, un profil de risque global de chaque institution financière en fonction de quatre (4) composantes : (1) la culture, la gouvernance et la fonction de supervision; (2) les risques financiers et d'assurance; (3) les risques non-financiers; (4) la situation financière¹⁰⁵. Cette cote du profil de risque d'une institution financière est attribuée à partir

⁹⁹ Voir, par exemple: ORDRE DES CONSEILLERS ET CONSEILLÈRES D'ORIENTATION DU QUÉBEC, *Programme de surveillance 2025-2026*, Québec, 2025, en ligne: <perma.cc/4ZY4-P2NG>.

¹⁰⁰ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Inspection des établissements alimentaires*, Québec, 2025, en ligne: <perma.cc/6PUX-8GL9>.

¹⁰¹ AGENCE DE LA CONSOMMATION EN MATIÈRE FINANCIÈRE DU CANADA, *Cadre de surveillance*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2020, en ligne: <perma.cc/TF3U-NYW5>.

¹⁰² BUREAU DU SURINTENDANT DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES, *Cadre de surveillance*, Gouvernement du Canada, 2024, en ligne: <perma.cc/8J4C-WAGW>; *Cadre de surveillance 2025*, préc., note 10.

¹⁰³ BUREAU DU SURINTENDANT DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES, préc., note 102.

¹⁰⁴ *Cadre de surveillance 2025*, préc., note 10.

¹⁰⁵ Le «risque financier et d'assurance» comprend le risque de crédit, le risque de marché, le risque de liquidité et le risque d'assurance. Quant aux «risques non-financiers», ils regroupent le risque opérationnel, le risque des technologies de l'information et des

de facteurs qualitatifs ou quantitatifs, pour fixer un niveau global d'exposition aux risques. Sur les composantes touchant les risques financiers et non-financiers, pour arriver à fixer un risque résiduel, l'AMF tient également compte de la qualité des mesures en place pour gérer chacun des risques. Ces mesures de gestion des risques d'un assujetti permettent de diminuer son exposition inhérente aux différents risques financiers ou non-financiers¹⁰⁶.

L'évaluation initiale du risque de l'institution financière est complétée par une analyse du comportement de l'institution dans ses relations avec les consommateurs.

Cette analyse de risque des institutions financières permet à l'AMF de mettre en place un plan de surveillance annuel qu'elle ajuste, le cas échéant, lorsqu'elle prend connaissance d'un événement susceptible de modifier le profil de risque d'une institution financière¹⁰⁷. En s'appuyant sur le plan de surveillance, l'AMF utilise son pouvoir d'inspection pour procéder à la collecte et à l'analyse de l'information pour actualiser le profil de risque des institutions. Ces travaux de surveillance peuvent s'effectuer à distance, sur place ou de manière virtuelle. Lorsque l'AMF effectue des travaux de surveillance, elle indique communiquer ses résultats par divers moyens : rapport de surveillance, lettre ou toute autre façon pertinente. Le rapport de surveillance comprend habituellement un résumé des activités, une appréciation générale, un exposé des observations et une présentation des recommandations. Avant de présenter par écrit des observations et des recommandations, celles-ci sont préalablement discutées avec les principaux gestionnaires de l'institution financière visée. Si elle l'estime nécessaire, l'AMF peut aussi demander à rencontrer le conseil d'administration de l'institution financière pour expliquer le contenu de son rapport. Toujours selon une approche basée sur les risques, les recommandations sont présentées par l'entremise d'une échelle allant de « faible » à « très élevé », selon le degré d'urgence attribué aux mesures correctrices attendues. L'AMF

communications, le risque de non-conformité et le risque de pratiques commerciales de l'institution financière. Voir : *id.*, p. 12.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*, p. 15.

effectue ensuite un suivi de ses recommandations et des mesures correctrices attendues auprès de l'institution financière¹⁰⁸.

En cas de non-conformité, l'intervention administrative reste à l'intérieur d'une perspective de collaboration avec l'institution financière. La surveillance basée sur le risque repose sur la mise en place d'un échange d'informations entre l'organisme de régulation et l'assujetti, qui exige le maintien d'une relation de confiance. Elle peut évidemment répondre ultimement à une situation de non-conformité, en prenant des mesures qui s'appuient sur ses pouvoirs de sanction¹⁰⁹. Cependant, dans une perspective collaborative, l'organisme de régulation aura plutôt tendance à utiliser avec parcimonie les outils de contrainte, de manière à favoriser, par l'apprentissage mutuel et la saine communication, une meilleure gouvernance de la gestion des risques. Dans son Cadre de surveillance 2020, l'AMF indiquait utiliser de manière progressive son pouvoir de sanction, en suivant l'évolution de la réponse de l'assujetti à ses recommandations, lui donnant la chance d'améliorer son comportement, avant de sévir¹¹⁰. Dans son nouveau Cadre de surveillance 2025, plaçant l'attention sur la collaboration, elle ne fait aucune référence quant à l'utilisation du pouvoir de sanction¹¹¹.

C) Les limites d'une surveillance basée sur le risque

Cette volonté de rationalisation de l'activité de surveillance des régulateurs par une approche basée sur le risque répond à des objectifs d'efficacité administrative, que nous avons présentés, mais elle n'est pas sans présenter certains périls, dont l'organisme de régulation doit assurer le contrôle.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 16.

¹⁰⁹ Sur la coordination des modes de sanctions dans les approches basées sur le risque, voir : J. BLACK et R. BALDWIN, « Really Responsive Risk-Based Regulation », préc., note 7.

¹¹⁰ Cadre de surveillance 2020, préc., note 10.

¹¹¹ Cette approche collaborative n'empêche pas le ministre des Finances de vouloir bonifier les pouvoirs de sanction auprès des institutions financières, en cas de non-conformité. Voir : *Loi modifiant diverses dispositions principalement dans le secteur financier*, préc., note 55, art. 81 et suiv. Le projet de loi permet au Tribunal des marchés financiers d'imposer des pénalités administratives à une institution financière qui contrevient aux lois et règlements applicables.

Sans reprendre l'ensemble des difficultés répertoriées dans la littérature scientifique¹¹², nous mettons ici de l'avant celles qui sont associées à la qualification et au traitement des faibles risques face à leur volatilité (II.C.1), de même que celles qui sont liées à la mise en œuvre de la surveillance basée sur le risque par des équipes de travail et à l'exercice de la discrétion (II.C.2). Nous considérerons ces menaces à la lumière du Cadre de surveillance de l'AMF.

1. Les faibles risques et les risques émergents

Comme nous l'avons présenté dans la partie II.A, l'approche basée sur le risque permet à l'organisme de régulation de relever le défi d'une utilisation rationnelle de ses ressources humaines et financières en matière de surveillance, en concentrant ses ressources sur les entités ou les activités qui présentent un niveau élevé de risque, eu égard à ses objectifs de régulation. Ce niveau de risque est évalué en appliquant une méthodologie s'appuyant sur celles qui sont développées en vue d'assurer une gestion des risques qui soit adaptée aux besoins de l'organisme de régulation, comme le Cadre de surveillance 2025 de l'AMF (partie II.B). Cependant, cette approche implique nécessairement un déplacement de certaines ressources normalement attachées à des entités ou à des activités à « faible risque » vers des entités ou des activités à « risque élevé ». Ces entités ou activités à « faible risque » font ensuite logiquement l'objet d'une surveillance plus légère, au profit d'une surveillance accrue des entités ou des activités à « risque élevé »¹¹³.

Dans ce processus d'évaluation, on comprend qu'il existe nécessairement un niveau de risque dans lequel un risque sera considéré comme un « risque élevé » exigeant un traitement prioritaire. Autrement, le risque sera relégué à l'intérieur d'une catégorie plus faible. Cependant, comme le soulignent Baldwin et Black, il existe différents types de « faibles risques ». D'une part, on oppose les faibles risques stables à ceux qui sont plus volatiles. Dans ce dernier cas, le risque peut évoluer rapidement et prendre

¹¹² Voir les textes suivants : J. BLACK et R. BALDWIN, « Really Responsive Risk-Based Regulation », préc., note 7 ; J. BLACK et R. BALDWIN, « When risk-based regulation aims low: Approaches and challenges », préc., note 7 ; J. BLACK, « Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learnt », préc., note 7, 219 et 220.

¹¹³ R. BALDWIN, M. CAVE et M. LODGE, préc., note 97, p. 284.

de l'ampleur, exigeant une surveillance accrue du régulateur¹¹⁴. Celui-ci doit maintenir une révision régulière de ses évaluations, pour s'assurer qu'un risque faible ne devienne pas un risque élevé pouvant se révéler un dangereux angle mort. D'autre part, on distingue également le risque inhérent du risque net (ou résiduel), qui représente la valeur du risque inhérent après le traitement de ce risque¹¹⁵. Dans le Cadre de surveillance 2025 de l'AMF, l'évaluation des risques financiers et non-financiers tient notamment compte de la qualité de la gestion des risques de l'institution financière pour fixer le risque net. Par exemple, une institution financière peut représenter un risque « élevé », mais la qualité de sa gestion des risques peut ramener celui-ci à un niveau « moyen ». Si l'institution financière connaît une diminution de la qualité de sa gestion des risques (par exemple, le départ de ressources humaines stratégiques), cette évaluation devra être ajustée pour qu'elle reflète la nouvelle qualification du risque.

Ces enjeux liés aux faibles risques et à leur volatilité peuvent, à certains égards, être pris en considération à l'intérieur de la méthodologie du régulateur. L'évaluation des profils de risque devrait notamment s'effectuer en continu et s'ajuster aux nouvelles informations reçues par le régulateur. Le modèle de gestion des risques de l'organisme de régulation doit éviter d'être statique et doit aussi faire preuve d'agilité pour répondre aux changements dans les profils de risque ou à l'apparition de nouveaux risques¹¹⁶. Par nature, la gestion des risques se veut un processus dynamique qui se nourrit de l'information disponible pour en maintenir toute sa pertinence dans le processus décisionnel¹¹⁷. Dans son Cadre de surveillance 2025, l'AMF indique que : « Le plan [de surveillance] se veut dynamique. Il est revu trimestriellement ou au besoin lorsqu'un événement survient dans l'environnement interne ou externe de l'entité assujettie¹¹⁸. » D'ailleurs, pour maintenir un suivi plus étroit des évolutions, l'AMF est passée d'un plan de surveillance triennal à annuel

¹¹⁴ J. BLACK et R. BALDWIN, « When risk-based regulation aims low: Approaches and challenges », préc., note 7, 4 et 5.

¹¹⁵ *Id.*, 5 et 6.

¹¹⁶ R. BALDWIN, M. CAVE et M. LODGE, préc., note 97, p. 288.

¹¹⁷ INSTITUT DE L'AUDIT INTERNE, préc., note 98; ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION, préc., note 98, p. 1.

¹¹⁸ Cadre de surveillance 2025, préc., note 10, p. 14.

avec l'adoption de son plus récent Cadre de surveillance 2025¹¹⁹. Ensuite, il importe de miser sur une veille informationnelle rigoureuse et de s'assurer que le dynamisme prévu dans les normes administratives soit efficacement mis en application à l'intérieur des équipes de surveillance.

Une évaluation du profil de risque d'un assujetti s'effectue, par ailleurs, à une date d'évaluation précise et à l'intérieur d'un contexte interne et externe qui est donné à ce moment¹²⁰. Elle porte un regard sur l'état de la situation actuelle, sans intégrer nécessairement une vision prospective de la situation d'un assujetti. On peut notamment se questionner sur les dispositifs en place pour tenir compte des risques émergents à l'intérieur du cadre méthodologique proposé par l'organisme administratif¹²¹. L'AMF, dans son Cadre de surveillance 2025, est d'ailleurs venu bonifier celui-ci, en mettant davantage l'accent sur une vigie proactive des environnements interne et externe¹²². Au fédéral, le Bureau du surintendant des institutions financières précise, dans son cadre de surveillance, qu'il analyse les risques dans un large contexte : « Nous analysons l'environnement à la recherche de risques émergents et d'autres tendances à prendre en considération. Ces travaux s'appuient sur la simulation de crise et l'analytique avancée. Le fait d'envisager des tendances plus larges nous permet d'être en meilleure position pour réagir rapidement aux risques qui se manifestent¹²³. »

Dans le Rapport Hampton, on soulignait l'importance de développer une surveillance basée sur les risques dynamiques où l'organisme de régulation se réserve en toutes circonstances la discrétion de conduire des inspections aléatoires¹²⁴. Notamment, la qualification de « faible » risque, pour certaines entités, peut avoir pour effet de relâcher l'attention apportée à la conformité à l'intérieur des équipes de direction des régulés¹²⁵. Dans son

¹¹⁹ *Id.*, p. 14. Voir aussi : Cadre de surveillance 2020, préc., note 10, p. 12.

¹²⁰ J. BLACK, « Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learnt », préc., note 7, 219.

¹²¹ R. BALDWIN, M. CAVE et M. LODGE, préc., note 97, p. 288.

¹²² Cadre de surveillance 2025, préc., note 10, p. 11.

¹²³ BUREAU DU SURINTENDANT DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES, préc., note 102.

¹²⁴ P. HAMPTON, préc., note 7, par. 2.38.

¹²⁵ R. BALDWIN, M. CAVE et M. LODGE, préc., note 97, p. 284.

Cadre de surveillance 2020, l'AMF mettait de côté les inspections surprises, en prévoyant un préavis de quatre (4) semaines avant de procéder à une visite des bureaux d'une institution financière¹²⁶. Dans le nouveau Cadre de surveillance 2025, ce préavis n'est pas repris. Autrement, dans les dispositions législatives qui encadrent ce pouvoir d'inspection, les textes de lois sont généralement silencieux sur la procédure en amont des inspections conduites par l'AMF dans les institutions financières qu'elle chapeaute au Québec¹²⁷. Outre quelques exceptions pour lesquelles les lois prévoient des inspections périodiques¹²⁸, les activités de surveillance de l'AMF s'effectuent selon une approche basée sur le risque, lorsqu'elle l'estime nécessaire¹²⁹. Comme nous l'avons indiqué précédemment, une approche basée sur le risque privilégie la collaboration avec les assujettis et l'éducation, plutôt qu'une vision du rôle de l'organisme de régulation axée strictement sur la coercition. Toutefois, une telle approche peut présenter des limites, lorsque l'institution financière tarde à se conformer aux exigences réglementaires ou n'offre pas la collaboration attendue. L'organisme de régulation devrait se garder une discrétion pour intervenir promptement au besoin selon des conditions raisonnables.

2. La mise en œuvre par les équipes de travail et l'exercice de la discrétion

Pour mettre en place une approche basée sur le risque qui soit efficace, l'organisme de régulation doit miser sur une équipe compétente, capable de déployer une telle approche. La gestion des risques implique la maîtrise

¹²⁶ Cadre de surveillance 2020, préc., note 10, p. 13.

¹²⁷ Voir : *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, préc., note 52, art. 7; *Loi sur les coopératives de services financiers*, préc., note 9, art. 6.17; *Loi sur les assureurs*, préc., note 9, art. 48; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, préc., note 58, art. 32; *Loi sur les institutions de dépôts et la protection des dépôts*, préc., note 58, art. 28.9.

¹²⁸ Voir, par exemple : *Loi sur les coopératives de services financiers*, préc., note 9, art. 531, 553 et 554.

¹²⁹ Voir : *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, préc., note 52, art. 7; *Loi sur les coopératives de services financiers*, préc., note 9, art. 6.17; *Loi sur les assureurs*, préc., note 9, art. 48; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, préc., note 58, art. 32; *Loi sur les institutions de dépôts et la protection des dépôts*, préc., note 58, art. 28.9.

de concepts et de méthodes qui requièrent une formation adéquate pour une mise en œuvre arrimée aux objectifs de l'organisme de régulation. L'auteure Black souligne notamment que le passage d'une méthode de surveillance traditionnelle à une surveillance basée sur le risque peut présenter des difficultés au sein d'une équipe de surveillance. Il ne s'agit pas seulement d'un changement méthodologique, mais aussi d'un changement de culture pour des équipes enracinées à l'intérieur d'une mentalité «*tick the box*», pour s'initier à des outils d'identification, d'évaluation et de traitement des risques¹³⁰. Elle estime qu'un tel changement peut prendre jusqu'à deux (2) ans pour s'implanter dans une équipe de travail¹³¹.

Une équipe de travail sera nécessairement amenée à poser des jugements discrétionnaires pour établir le niveau de risque d'un assujetti et déterminer les mesures convenables pour répondre à sa situation. Comme l'illustre bien le Cadre de surveillance 2025 de l'AMF, l'évaluation du profil de risque d'un assujetti comporte des éléments objectifs, et d'autres plus subjectifs exigeant un niveau variable d'exercice de la discrétion. Par exemple, l'évaluation de la situation financière d'un assujetti repose sur des données numériques neutres pour évaluer la suffisance des fonds propres, les liquidités disponibles ou la récurrence des bénéfices. Il en va autrement de la qualité du management en place pour gérer les risques, qui constitue une composante régulière de plusieurs méthodes d'évaluation des risques, dont celui de l'AMF¹³². La qualité de la gestion des risques revêt néanmoins une importance stratégique, puisqu'elle permet de réduire l'exposition aux risques financiers et non-financiers, pour obtenir le risque net global. Comme nous l'avons mentionné au sujet des faibles risques, cette catégorisation est parfois dépendante de l'évaluation de la qualité de la gestion interne des risques.

Or, comment évaluer la qualité de la gestion des risques d'un assujetti? Cette évaluation doit éviter d'accorder trop d'importance à l'historique de la conformité réglementaire de l'assujetti. On ne peut prévoir l'avenir

¹³⁰ R. BALDWIN, M. CAVE et M. LODGE, préc., note 97, p. 286.

¹³¹ J. BLACK, « Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learnt », préc., note 7, 220.

¹³² R. BALDWIN, M. CAVE et M. LODGE, préc., note 97, p. 285.

en se limitant à regarder dans le rétroviseur. Une méthode devrait être mise en place pour assurer une cohérence entre les évaluations des équipes de travail. Néanmoins, comme nous l'avons souligné précédemment¹³³, il est impératif de laisser aux agents une souplesse dans le contrôle de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, pour qu'ils conservent leur agilité à répondre aux particularités que présente un assujetti¹³⁴. Concernant la qualité de la gestion des risques, l'AMF mentionne qu'elle permet de « s'assurer de l'efficacité des mécanismes de gestion des risques et d'apprécier les pratiques d'identification, de quantification, de contrôle et de suivi du risque analysé¹³⁵ ». Le défi demeure celui d'établir une méthode détaillée, sans qu'elle ne devienne trop lourde ni trop coûteuse, compte tenu des objectifs d'efficacité du cadre de surveillance de l'organisme.

Conclusion

Compte tenu de l'ampleur de la tâche de surveillance qui incombe aux autorités administratives, l'exercice du pouvoir d'inspection invite à l'adoption d'une approche qui, dans le respect des limites du droit, permet d'atteindre les objectifs qu'elle se fixe. En quête d'une gestion plus efficace, la contrainte des ressources force les organismes à établir des stratégies pour les soutenir dans la réalisation de leur mandat législatif de surveillance des assujettis. Certains organismes n'hésitent d'ailleurs pas à communiquer aux assujettis, sous la forme d'une politique administrative, les principes de leur approche de surveillance, par souci de transparence dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire et d'esprit de collaboration, esprit qu'ils cherchent à établir avec celui-ci.

D'une portée normative limitée, ces instruments de *soft law* offrent une grande flexibilité aux organismes, tout en leur permettant de répondre à leur besoin de justification à l'égard du public. Il y a toutefois lieu de se questionner sur la suffisance de l'encadrement légal de l'exercice de ces pouvoirs administratifs. Comme le soutiennent les auteurs Issalys et Lemieux, le caractère concrètement normatif, la portée indirectement externe de ses effets

¹³³ Voir *supra*, partie I.C.

¹³⁴ R. BALDWIN, M. CAVE et M. LODGE, préc., note 97, p. 286.

¹³⁵ Cadre de surveillance 2025, préc., note 10, p. 12.

et l'utilisation grandissante de ces procédés comme instrument d'action gouvernementale commandent que son utilisation soit soumise à un régime plus développé¹³⁶, vraisemblablement un régime renforcé au plan de la participation, de la transparence, de l'accessibilité et de la justification. Qu'en est-il des cadres de surveillance utilisés dans le secteur financier au Québec? Ces procédés sont-ils suffisamment accessibles? transparents? intelligibles? consensuels? démocratiques? Favorisent-ils la collaboration, l'éducation des acteurs, un apprentissage mutuel? Ces questions commandent une étude plus approfondie.

Ces procédés sont-ils plus efficaces? Tel que noté, certains signes semblent prometteurs, mais le déploiement élargi d'une approche basée sur le risque s'avère exigeant dans sa mise en œuvre pour les organismes de régulation. En effet, au moyen de l'approche basée sur le risque pratiquée dans le secteur financier, l'exercice du pouvoir de surveillance se développe pour devenir un exercice prédictif qui s'établit, en contexte de régulation économique, en appliquant des principes de gestion des risques. Si cette approche présente des avantages, par un appel à la concertation avec les intéressés et une rationalisation méthodologique de l'utilisation des ressources, elle commande en contrepartie le développement d'outils qui sortent des méthodes traditionnelles basées sur une plainte ou sur une périodicité. Elle fait aussi appel à des compétences techniques qui ne se retrouvent pas chez tous les régulateurs. Une adoption plus répandue de telles méthodes dans les activités de surveillance des organismes administratifs pourra exiger des formations adaptées aux équipes de travail, visant à leur donner les outils et les connaissances nécessaires pour en assurer la mise en œuvre efficace. Ultimement, elles peuvent aussi conduire à des révisions majeures des méthodes de travail, en faisant place à des outils prédictifs souvent ancrés dans des systèmes informatiques de plus en plus sophistiqués. En bref, malgré les attraits de ces méthodes de gestion de risque, un travail en amont s'avère nécessaire pour préparer les équipes de travail à intégrer de telles méthodes d'opération et de gestion des dossiers de conformité.

¹³⁶

P. Issalys et D. Lemieux, préc., note 1, p. 755 et 756.