



Le 8 mars 2023

Grant Driedger  
Président  
Commission de réforme du droit du Manitoba  
405, Broadway, bureau 432  
Winnipeg (Manitoba) R3C 3L6

## ENVOYÉ PAR COURRIEL

Monsieur Grant Driedger,

**Objet : Mémoire présenté à la Commission de réforme du droit du Manitoba sur le document de consultation de décembre 2022 concernant les accords de confidentialité et le projet de loi 225 – *Loi sur les accords de confidentialité***

---

### Mise en contexte

En décembre 2022, la Commission de réforme du droit du Manitoba (« CRDM ») a publié un document de consultation portant sur le projet de loi relatif à l'utilisation des accords de confidentialité au Manitoba et sollicitant les commentaires des intervenants sur les questions qu'elle décrit aux fins de discussion.

La Commission des droits de la personne du Manitoba (la « Commission ») est un organisme indépendant du gouvernement du Manitoba dont la responsabilité est d'atteindre les objectifs *du Code des droits de la personne* (le « Code »). La Commission administre le processus de traitement des plaintes relatives aux droits de la personne au Manitoba et est également chargée de promouvoir et de protéger les principes des droits de la personne dans l'intérêt du public, par l'éducation, la recherche et la défense des intérêts. *Le Code* a été adopté pour protéger les droits de la personne et lutter contre la discrimination, reconnaissant la dignité et la valeur de tous en toute égalité. Dans le cadre du *Code*, le système de respect des droits de la personne a été créé, étant entendu que la discrimination est souvent ancrée dans l'ignorance et, par conséquent, l'éducation est essentielle à son élimination.

L'utilisation des accords de confidentialité, en particulier dans le contexte d'allégations comportant un élément de harcèlement, de discrimination ou d'abus, est devenue un sujet d'une importance capitale partout dans le monde. En matière de traitement, de médiation et de règlement des plaintes relatives aux droits de la personne, la Commission a pu constater le fonctionnement et les effets des accords de confidentialité. Nous avons examiné cette question à l'interne et présentons les observations suivantes en réponse à l'invitation de la CRDM.

## **Système de traitement des plaintes relatives aux droits de la personne et règlement des plaintes relatives aux droits de la personne**

Dans le cadre de son mandat législatif, la Commission est chargée d'administrer le système de traitement des plaintes relatives aux droits de la personne au Manitoba. Toute personne peut déposer une plainte alléguant qu'elle a été victime de discrimination, de harcèlement ou de représailles dans les domaines de l'emploi, des services accessibles au public, du logement ou des contrats. La Commission est chargée d'enquêter sur les plaintes de discrimination afin de déterminer si elles doivent être présentées à une audience publique devant le Tribunal d'arbitrage des droits de la personne du Manitoba (le « Tribunal d'arbitrage »). *Le Code* confère à la Commission et au Tribunal d'arbitrage le pouvoir d'envisager un règlement entre les parties.

La Commission exerce ce pouvoir législatif à travers son programme de médiation, qui a débuté en 1999. L'objectif du programme de médiation est d'aider les parties à arriver volontairement au règlement d'une plainte, conformément aux recours prévus au paragraphe 43 (2) du *Code*. Le programme de médiation est offert à toutes les étapes du processus de traitement des plaintes (c.-à-d. avant l'enquête sur la plainte, avant le renvoi d'une plainte à l'arbitrage et pendant le processus d'arbitrage). En vertu du paragraphe 24.3 (1), un intimé peut faire une offre de règlement à tout moment avant qu'un arbitre ne soit nommé pour entendre une plainte et demander au directeur général d'évaluer si cette offre est raisonnable. En vertu du paragraphe 34.1 (1) du *Code*, les parties ont également la possibilité de participer à la médiation dirigée par la Commission après que le directeur général a déterminé qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une audience publique sur la plainte, mais avant que cette audience ait lieu. Si les parties n'arrivent pas volontairement à une entente, l'intimé peut faire une offre de règlement en vertu du paragraphe 34.1 (2) – semblable au processus prévu au paragraphe 24.3 (1) – et faire nommer un arbitre pour qu'il détermine si cette offre est raisonnable.

Depuis sa mise en place, le programme de médiation de la Commission a été très efficace pour aider les parties à régler volontairement les plaintes. Par exemple, de 2020 à 2022, la Commission a réglé 173 plaintes par voie de médiation, ce qui représente 25 % de toutes les plaintes déposées pendant cette période. Le processus de traitement des plaintes et le programme de médiation de la Commission sont les principaux moyens par lesquels les problèmes de discrimination et de harcèlement sont examinés et réglés dans notre province. La Commission et son personnel interagissent quotidiennement avec l'utilisation et les implications des accords de confidentialité.

Dans le contexte des plaintes relatives aux droits de la personne, les résolutions par voie de médiation peuvent offrir un processus moins accusatoire qui comporte des avantages importants pour les parties, notamment la réduction des frais juridiques, moins de stress, un règlement plus rapide, la confidentialité, des mesures correctives

plus grandes – y compris la disponibilité de recours qui ne peuvent pas être mis en œuvre par l'arbitrage, un plus grand contrôle des participants sur le processus ou une plus grande participation de leur part, une meilleure acceptation du règlement et, par conséquent, une meilleure viabilité à long terme, et l'évitement des coûts de mise en œuvre et des examens judiciaires coûteux des décisions. Pour les parties qui entretiennent des relations continues, la possibilité d'agir à titre de médiateur dans leur différend peut également transformer leur relation et avoir de vastes avantages qui s'étendent au-delà du règlement d'une plainte particulière.

Au cours de la dernière décennie, la Commission a constaté que les demandes de dispositions de confidentialité et/ou d'accords de confidentialité sont devenues de plus en plus courantes dans le règlement des plaintes relatives aux droits de la personne. Ces dispositions sont demandées beaucoup plus fréquemment par la partie intimée<sup>1</sup>. Bien que certains plaignants aient cherché à inclure des dispositions de confidentialité dans les accords, leurs demandes se limitent habituellement à préserver la confidentialité des modalités financières d'un règlement.

### **Préoccupations de la Commission concernant l'utilisation des accords de confidentialité**

Au cours des deux dernières années, la Commission est devenue de plus en plus préoccupée par l'utilisation généralisée des accords de confidentialité et des dispositions de confidentialité dans le règlement des plaintes relatives aux droits de la personne. Ces préoccupations émanent de plaignants qui, au cours de notre processus, ont émis de sérieuses réserves quant au fait de signer un accord de confidentialité lors du règlement de leur plainte. Nos préoccupations sont davantage motivées et renforcées par une réflexion critique accrue sur les accords de confidentialité au sein de la profession juridique,<sup>2</sup> ainsi que les systèmes juridiques, judiciaires et administratifs plus vastes, l'adoption d'une législation limitant l'utilisation des accords de confidentialité dans certaines administrations et les campagnes publiques demandant de limiter l'utilisation des accords de confidentialité.

Bon nombre des préoccupations de la Commission sont résumées dans le document de consultation de la CRDM, notamment :

- Les accords de confidentialité créent, exacerbent et sont influencés par des déséquilibres de pouvoir entre les parties contractantes;
- Les accords de confidentialité peuvent nuire à des tiers et à l'intérêt public;

---

<sup>1</sup> Veuillez noter que le processus de traitement des plaintes relatives aux droits de la personne au Manitoba utilise le terme « plaignant » pour désigner la partie qui dépose une plainte relative aux droits de la personne et le terme « intimé » pour désigner la ou les parties contre lesquelles la plainte relative aux droits de la personne est déposée.

<sup>2</sup> Voir par exemple la résolution adoptée par l'Association du Barreau canadien le 9 février 2023, qui peut être consultée en ligne à l'adresse suivante :

<https://www.cba.org/getattachment/Our-Work/Resolutions/Resolutions/2023/Principles-to-Prevent-Misuse-of-Non-Disclosure-Agr/23-05-A.pdf>.

- Les accords de confidentialité peuvent avoir l'effet de réduire au silence et de stigmatiser les plaignants, les empêchant de demander des soutiens médicaux et autres liés à leur expérience ou de partager autrement leurs expériences en privé et en public; et finalement,
- Les accords de confidentialité peuvent intimider les plaignants, créant d'autres obstacles qui entravent leur divulgation d'allégations de discrimination, de harcèlement ou d'abus.

En outre, la Commission est consciente que les accords de confidentialité ne procurent pas nécessairement d'avantages dans le règlement des plaintes relatives aux droits de la personne et qu'ils peuvent, en fait, prolonger davantage les négociations et réduire le caractère définitif du règlement, compte tenu de la possibilité d'un litige futur lié à l'accord de confidentialité lui-même. Dans le cadre du processus de traitement des plaintes relatives aux droits de la personne, les plaignants hésitent de plus en plus ou refusent de signer un accord de confidentialité, ou expriment des regrets après l'avoir fait, ce qui ne sert qu'à prolonger et à miner les négociations en vue d'un règlement. Le *Code* et le programme de médiation de la Commission offrent aux parties de nombreuses occasions de négocier et de parvenir à un règlement au lieu d'avoir recours à une audience d'arbitrage. La Commission soutient que la possibilité d'un accord de confidentialité devrait être entièrement éliminée de ces négociations, à quelques exceptions près, afin que les parties puissent se concentrer sur les questions de fond, sans le fardeau ou l'influence de termes qui les feraient taire.

Enfin, la Commission craint également que l'utilisation des accords de confidentialité dans le règlement des plaintes relatives aux droits de la personne ne corresponde pas aux objectifs fondamentaux de réparation et d'éducation du *Code*. Les accords de confidentialité ont trouvé leur origine dans des questions de propriété intellectuelle et de secrets commerciaux, mais tout objectif légitime servi dans leur contexte initial ne s'applique pas aux situations de discrimination, de harcèlement ou d'abus. Au-delà du préjudice potentiel pour les plaignants, l'utilisation d'accords de confidentialité dans ces allégations entrave notre capacité collective de donner plein effet aux droits de tous les Manitobains, droits qui sont enchâssés dans le *Code*.

L'objectif des lois sur les droits de la personne n'est pas de blâmer, de punir ou de stigmatiser les plaignants ou les intimés, mais plutôt de lutter contre la discrimination, de remédier substantiellement aux infractions au *Code* et de promouvoir l'égalité pour tous. L'utilisation généralisée des accords de confidentialité favorise une culture de silence et peut permettre aux contrevenants individuels et organisationnels et aux systèmes qui les protègent d'éviter de devoir rendre des comptes. La Commission craint que la normalisation des accords de confidentialité dans les allégations comportant un élément de discrimination, de harcèlement et d'abus aboutisse à des résolutions plus superficielles ayant un impact moins positif, durable et significatif. Cette culture du silence peut renforcer le statu quo et ancrer davantage les inégalités systémiques. La Commission sert l'intérêt public et nous ne croyons pas que les

intérêts de tierces parties ou du public soient servis en renonçant aux occasions d'éduquer, d'apprendre des expériences de discrimination et de modéliser des mesures correctives sincères. Il est dans l'intérêt de tous les Manitobains de vivre dans une société où les droits de la personne sont compris, protégés et encouragés.

En réponse à ces nombreuses préoccupations, la Commission a récemment établi une pratique consistant à encourager les parties à *ne pas* utiliser d'accord de confidentialité ou de disposition de confidentialité dans leur entente de règlement, particulièrement à l'étape qui précède l'arbitrage. Dans le cadre de cette initiative, la Commission s'est concentrée à éduquer les parties sur leurs droits et les risques potentiels des accords de confidentialité. La Commission a largement réussi à restreindre l'utilisation des dispositions de confidentialité aux modalités monétaires du règlement ou à exclure complètement ces types de dispositions. Bien qu'un plaignant puisse en fin de compte décider de régler ou d'accepter une offre de l'intimé, dans le cadre des processus décrits ci-dessus en vertu des paragraphes 24.3 (1) et 34.1 (2) du *Code*, la Commission peut signaler aux parties et aux arbitres ce qu'elle juge et ne juge pas raisonnable dans le règlement d'une plainte relative aux droits de la personne.

Elle a également réussi à influencer les positions des intimés sur cette question. Certains intimés ont volontairement changé de point de vue et ont reconnu qu'un accord de confidentialité ne serait pas approprié pour régler une plainte de discrimination, de harcèlement ou d'abus. Dans certains cas, les plaignants et les intimés ont même publié conjointement un communiqué sur les problèmes à l'origine de la plainte et les mesures prises pour répondre à ces préoccupations. Cet exemple, en particulier, démontre le pouvoir des ententes conclues par voie de médiation, et en fait des instruments de résolution et de réparation créatifs, collaboratifs et efficaces.

La Commission envisage et étudie la possibilité de faire d'autres changements au niveau politique dans le processus de traitement des plaintes relatives aux droits de la personne. Son objectif est de restreindre l'utilisation des accords de confidentialité dans les résolutions qu'elle appuie grâce à son programme de médiation. La restriction interdirait expressément l'utilisation des accords de confidentialité dans notre programme de médiation, sauf dans des circonstances limitées (c.-à-d. lorsqu'il s'agit de la volonté et de la préférence expressément formulées par le plaignant d'avoir un accord de confidentialité et lorsque le plaignant a eu l'occasion d'obtenir des conseils juridiques indépendants ou lorsque la confidentialité se limite aux modalités financières d'un règlement). Bien que la Commission estime que cela pourrait contribuer à répondre aux préoccupations liées à l'utilisation des accords de confidentialité pour régler les plaintes relatives aux droits de la personne dans le cadre de son programme de médiation, nous sommes conscients que les parties peuvent tout de même parvenir à un règlement en dehors de notre processus, sans l'appui des médiateurs de la Commission. Par conséquent, la Commission estime que l'intérêt plus général de la politique publique exige une législation officielle pour traiter cette question et assurer l'uniformité à l'échelle de la province.

La Commission est consciente des observations de la CRDM concernant les avantages potentiels des accords de confidentialité; toutefois, compte tenu des expériences de la Commission, nous ne sommes pas d'accord avec deux des arguments en faveur de l'utilisation des accords de confidentialité, à savoir qu'ils protègent les plaignants contre un nouveau traumatisme et que la possibilité d'un accord de confidentialité confère aux plaignants une marge de manœuvre et un pouvoir de négociation plus importants dans les négociations d'un règlement. Selon l'expérience de la Commission, les accords de confidentialité ont entravé la capacité d'un plaignant à guérir et à aller de l'avant en raison des obligations permanentes et inévitables énoncées dans ces accords. Ce manque de finalité et la crainte de conséquences ou d'autres litiges découlant d'une violation d'un accord de confidentialité rappellent les expériences au plaignant et pourraient avoir une incidence négative sur sa santé et son bien-être. La Commission estime également que dans les cas de discrimination, de harcèlement et d'abus, les plaignants renoncent déjà à quelque chose d'important en acceptant de ne pas donner suite à leur(s) allégation(s) grâce à une entente de règlement. Nous ne croyons pas qu'ils devraient être tenus d'accepter un accord de confidentialité pour avoir un pouvoir de négociation. La Commission soutient que la seule façon d'uniformiser les règles du jeu en matière de négociation est de retirer complètement l'option de l'accord de confidentialité. La question de la protection de la vie privée du plaignant a également été soulevée par la CRDM comme troisième argument potentiel en faveur de l'utilisation d'un accord de confidentialité; toutefois, la Commission estime que cette option est facilement protégée par une exclusion étroite autorisant un accord de confidentialité lorsqu'il s'agit de la volonté et de la préférence explicites du plaignant d'en avoir un et qu'il a également eu la possibilité de recevoir des conseils juridiques indépendants.

### **L'importance de la législation limitant l'utilisation des accords de confidentialité**

La Commission soutient vivement la création au Manitoba d'une législation qui régirait l'utilisation des accords de confidentialité, mais toute législation de ce genre devrait clairement indiquer dès le départ que les accords de confidentialité ne doivent pas être utilisés dans le contexte d'allégations de harcèlement, de discrimination ou d'abus, sauf dans des circonstances très limitées. Nous ne voyons aucun intérêt à restreindre l'application de cette législation au contexte de l'emploi ou aux allégations de harcèlement sexuel, car les déséquilibres de pouvoir, la stigmatisation et la nature délicate de ces allégations ne se limitent pas à celles qui surviennent dans le cadre d'un emploi ou qui sont de nature sexuelle. La législation devrait donner une définition générale du harcèlement pour englober à la fois les incidents de nature sexuelle et non sexuelle, et dire s'il s'agit d'un incident unique grave ou d'une série d'incidents.

La Commission estime qu'il est essentiel d'interdire les accords de confidentialité dans ces contextes afin d'éviter le large recours à ces accords et la culture de crainte qu'ils perpétuent. La Commission soutient également que cette interdiction n'empêcherait pas les parties de s'entendre sur une clause de non-dénigrement et/ou d'intenter une poursuite pour diffamation à la suite d'un règlement, si nécessaire.

### Projet de loi 225 – Loi sur les accords de confidentialité

La Commission conclut que la loi proposée visant à régir l'utilisation des accords de confidentialité au Manitoba, le projet de loi 225, interprète mal l'objectif de ce type de législation, qui est d'interdire l'utilisation des accords de confidentialité dans des contextes où ils ne sont pas appropriés, à quelques exceptions près. Malgré cet objectif, le libellé proposé dans le projet de loi 225 n'interdit pas clairement l'utilisation des accords de confidentialité pour régler les allégations de harcèlement, de discrimination ou d'abus. Le paragraphe 3 (1) du projet de loi 225 énonce plutôt un certain nombre de situations dans lesquelles un accord de confidentialité *serait* valide et exécutoire. Nous estimons également qu'une partie du libellé de ce paragraphe est incohérente ou impraticable à l'interne. Par exemple, les alinéas 3 (1) d) à f) se lisent comme suit :

« 3 (1) Dans la mesure où une disposition d'un accord de confidentialité interdit à un plaignant de communiquer des renseignements sur un cas réel ou présumé de harcèlement ou de discrimination ou lui impose des restrictions à l'égard d'un tel cas, la disposition en question n'est valide et exécutoire que si [...]

d) le fait pour le plaignant de se conformer à l'accord ne porte atteinte ni à la santé ou sécurité d'un tiers, ni à l'intérêt public;

e) l'accord permet au plaignant de renoncer – en suivant la procédure prévue par l'accord – à l'application des dispositions de l'accord qui interdisent ou restreignent la communication de renseignements sur un cas réel ou présumé de harcèlement ou de discrimination;

f) la durée de l'accord est fixe et limitée. »

L'idée qu'un plaignant doit être en mesure de renoncer à un accord de confidentialité ou que cet accord ne doit s'appliquer que pendant une durée limitée pour qu'il soit légal renforce simplement le fait que ce genre d'accord ne convient pas à des allégations de discrimination, de harcèlement ou d'abus. Le fait de pouvoir renoncer à son accord de confidentialité ou de le faire expirer à la fin d'une période définie rend un accord de confidentialité – et toute augmentation potentielle du pouvoir de négociation pour les plaignants – inutile dans la pratique. L'alinéa 3 (1) d) crée également un scénario impossible dans lequel un préjudice potentiel à un tiers ou à l'intérêt public doit être prévisible ou s'être déjà produit, ce qui éliminerait toute protection prévue initialement par l'accord.

### **Questions de discussion soulevées dans le document de consultation de la CRDM**

La Commission estime que bon nombre des questions de discussion soulevées dans le document de consultation de la CRDM sont préoccupantes, principalement parce que l'accent est mis sur les éléments requis pour qu'un accord de confidentialité soit valide et exécutoire dans le contexte des allégations de discrimination, de harcèlement ou d'abus. La Commission estime que l'approche par défaut devrait être de ne *pas* utiliser

les accords de confidentialité pour régler ce genre d'allégations, à quelques exceptions près. Toute exception à cette interdiction doit être clairement identifiée et correspondre à un système juridique qui tient compte des traumatismes et qui ne contribuera pas à victimiser ou à léser davantage les personnes qui ont subi la discrimination, le harcèlement ou l'abus.

## **Recommandations**

Conformément aux observations énoncées ci-dessus, la Commission formule respectueusement les recommandations suivantes à la Commission de réforme du droit du Manitoba :

1. La CRDM recommande vivement la création d'une législation régissant les accords de confidentialité au Manitoba qui stipule clairement que ces accords ne doivent pas être utilisés dans le contexte d'allégations de discrimination, de harcèlement ou d'abus, sauf dans des circonstances limitées;
2. La CRDM recommande vivement que la législation régissant les accords de confidentialité au Manitoba s'applique de façon générale aux allégations de discrimination, de harcèlement ou d'abus qui se produisent dans tout contexte, ne se limitant pas à celui de l'emploi ou aux allégations de harcèlement sexuel;
3. La CRDM recommande vivement que les accords de confidentialité au Manitoba *soient uniquement utilisés* pour régler les allégations de discrimination, de harcèlement ou d'abus lorsque le plaignant demande explicitement un accord de confidentialité pour empêcher l'intimé ou les intimés de communiquer des renseignements sur son allégation et est en mesure de recevoir des conseils juridiques indépendants ou si l'accord de confidentialité ne s'applique qu'au montant de l'indemnisation versée au plaignant;
4. La CRDM recommande vivement que la législation régissant les accords de confidentialité au Manitoba établisse une distinction claire entre les accords de confidentialité ou les dispositions de confidentialité et une clause de non-dénigrement mutuel dans une entente de règlement;
5. La CRDM recommande vivement que la législation régissant les accords de confidentialité au Manitoba inclue le libellé des paragraphes 8 (1) et (2) du projet de loi 225, qui empêche et annule les accords de confidentialité utilisés dans le but d'empêcher ou d'entraver une enquête conforme à la loi portant sur une plainte de harcèlement, de discrimination ou d'abus;
6. La CRDM recommande vivement que la législation régissant les accords de confidentialité au Manitoba permette aux plaignants de parler publiquement et en privé de leurs expériences, s'ils le souhaitent. Nous croyons que la capacité de partager ces expériences publiquement et en privé déstigmatisera les plaignants et les aidera à se sentir moins isolés. Nous croyons également que plus de transparence et de responsabilité à l'égard du public favoriseront un plus grand respect du *Code* à l'avenir.



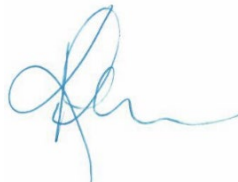
La Commission estime que le Manitoba est prêt à donner l'exemple en ce qui concerne l'utilisation des accords de confidentialité dans les allégations de discrimination, de harcèlement ou d'abus, plutôt que de suivre ou « d'attendre de voir » comment les lois d'autres administrations sont interprétées et appliquées.

## **Conclusion**

La Commission croit fermement que l'utilisation des accords de confidentialité dans un contexte de discrimination, de harcèlement ou d'abus ne correspond pas aux objectifs de réparation ou d'éducation du *Code* ou à ses objectifs fondamentaux. La Commission estime également que l'utilisation des accords de confidentialité dans ces contextes accentue le déséquilibre de pouvoir en faveur des contrevenants et favorise un environnement de crainte, de secret, de honte et de stigmatisation pour les plaignants. La Commission est convaincue que les accords de confidentialité n'offrent aucun avantage dans le règlement de ces allégations et qu'ils pourraient, en fait, prolonger davantage les négociations et réduire le caractère définitif du règlement, compte tenu de la possibilité d'un litige futur lié à l'accord de confidentialité lui-même. La Commission craint que l'utilisation d'accords de confidentialité dans ce genre de plaintes ait pour effet de réduire au silence et d'intimider les plaignants, compliquant encore davantage la divulgation d'allégations de discrimination, de harcèlement ou d'abus. En outre, la Commission estime que l'utilisation des accords de confidentialité dans ces contextes n'est pas dans l'intérêt du public, car elle mine la transparence, la responsabilité à l'égard du public et l'éducation nécessaires pour tirer des leçons des incidents de discrimination, de harcèlement ou d'abus, les empêcher de se reproduire et démanteler efficacement les systèmes d'oppression.

Conformément à l'engagement de la Commission de rendre des comptes au public et à son obligation de servir la population du Manitoba, le présent mémoire sera publié sur notre site Web.

Je vous prie d'agréer mes meilleures salutations.



Karen Sharma  
Directrice générale  
La Commission des droits de la personne du  
Manitoba