

T-1640-09
2012 FC 1162

T-1640-09
2012 CF 1162

Canadian Human Rights Commission (*Applicant*)

Commission canadienne des droits de la personne
(*demanderesse*)

v.

c.

Richard Warman, the Attorney General of Canada
and **Marc Lemire** (*Respondents*)

Richard Warman, procureur général du Canada et
Marc Lemire (*défendeurs*)

and

et

British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian Civil Liberties Association, Canadian
Association for Free Expression Inc., Canadian Free
Speech League, African Canadian Legal Clinic,
League for Human Rights of B'nai Brith Canada,
Canadian Jewish Congress and Friends of Simon
Wiesenthal Centre For Holocaust Studies
(*Intervenors*)

Association des libertés civiles de la Colombie-
Britannique, Association canadienne des libertés
civiles, Canadian Association for Free Expression
Inc., Canadian Free Speech League, African
Canadian Legal Clinic, Ligue des droits de la per-
sonne de B'Nai Brith, Congrès juif canadien et Amis
du Centre Simon Wiesenthal pour les Études sur
l'Holocauste (*intervenants*)

INDEXED AS: CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS
COMMISSION) v. WARMAN

RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES
DROITS DE LA PERSONNE) c. WARMAN

Federal Court, Mosley J.—Toronto, December 13, 2011;
Ottawa, October 2, 2012.

Cour fédérale, juge Mosley—Toronto, 13 décem-
bre 2011; Ottawa, 2 octobre 2012.

Editor's Note: This decision has been affirmed in part
on appeal (A-456-12, 2014 FCA 18). The reasons for
judgment, handed down January 31, 2014, will be
published in the *Federal Courts Reports*.

Note de l'arrêtiste : Cette décision a été confirmée en
partie en appel (A-456-12, 2014 CAF 18). Les motifs du
jugement prononcés le 31 janvier 2014 seront publiés
dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

Human Rights — Judicial review of Canadian Human
Rights Tribunal decision determining that respondent Lemire
contravening Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 13 by
communicating hate messages over Internet, but declining to
issue remedial order — Tribunal finding that restrictions im-
posed by CHRA, ss. 13(1), 54(1), 54(1.1) inconsistent with
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b), not saved
under section 1 thereof — Tribunal herein erring in focusing
its attention on Canadian Human Rights Commission's admin-
istration of statute — Tribunal having no jurisdiction over
Commission's exercise of discretion — Proper way of chal-
lenging Commission's decision in respect of such matters is
through judicial review — Constitutionality of CHRA, s. 13
confirmed by Supreme Court of Canada in Canada (Human
Rights Commission) v. Taylor — That decision still binding

Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision
du Tribunal canadien des droits de la personne dans laquelle
il a conclu que le défendeur Lemire avait contrevenu à l'art. 13
de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) en
communiquant des messages haineux sur Internet, mais où il
a refusé de rendre une ordonnance de réparation — Le
Tribunal a conclu que les restrictions imposées par les art.
13(1), 54(1), et 54(1.1) de la LCDP ne sont pas compatibles
avec l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés,
et ne sont pas sauvegardées par l'article premier de la
Charte — Le Tribunal a commis une erreur en faisant porter
son attention sur la manière dont la Commission a appliqué la
loi dans la présente affaire — Le Tribunal n'a pas compétence
en ce qui concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire de
la Commission — Un contrôle judiciaire de la Cour fédérale

— Findings therein as to objective, rational connection still applicable — As to minimal impairment, while penalty provisions in CHRA, ss. 54(1)(c), 54(1.1) fundamentally altering nature of CHRA, s. 13 process, this conclusion not applying to regime as a whole — CHRA, s. 13 minimally impairing freedom of expression — Appropriate remedy herein severance of offending provisions (i.e. CHRA, ss. 54(1)(c), 54(1.1)) from CHRA, s. 13 — Application allowed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Limitation clause — Whether Canadian Human Rights Act, ss. 13(1), 54(1), (1.1) violating Charter, s. 2(b) — If so, whether saved by Charter, s. 1 — Constitutionality of CHRA, s. 13(1) confirmed by Supreme Court of Canada in Canada (Human Rights Commission) v. Taylor — That decision still binding — Findings therein as to objective, rational connection still applicable — As to minimal impairment, while penalty provisions in CHRA, ss. 54(1)(c), 54(1.1) fundamentally altering nature of CHRA, s. 13 process, this conclusion not applying to regime as a whole — CHRA, s. 13 minimally impairing freedom of expression — Provisions thus justifiable under Charter, s. 1 — Appropriate remedy herein severance of offending provisions (i.e. CHRA, ss. 54(1)(c), 54(1.1)) from CHRA, s. 13.

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) brought by the Canadian Human Rights Commission (Commission).

The respondent Warman filed a complaint with the Commission alleging that the respondent Lemire had communicated or caused to be communicated hate messages over the Internet in breach of section 13 of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA). He alleged that these messages discriminated against persons or groups of persons on the basis of their religion, race, color, national or ethnic origin and sexual orientation, because the matter exposed them to hatred or contempt. Lemire brought a motion to have section 13 and the related remedial provisions in subsections 54(1) and (1.1) of the Act

est la voie qu'il convient de suivre pour contester une décision de la Commission touchant de telles questions — La constitutionnalité de l'art. 13(1) de la LCDP a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor — Cette décision continue à s'appliquer — Les conclusions tirées dans cette cause quant à l'objectif et au lien rationnel s'appliquent toujours — Quant à l'atteinte minimale, bien que les dispositions des art. 54(1)(c) et 54(1.1) relatives aux sanctions aient fondamentalement modifié la nature du processus fondé sur l'art. 13 de la LCDP, cette conclusion ne s'applique pas à l'ensemble du cadre législatif — L'art. 13 de la LCDP porte minimalement atteinte à la liberté d'expression — La mesure de réparation qu'il convient de prendre en l'espèce consiste en la dissociation des dispositions invalides (c'est-à-dire, les art. 54(1)(c) et 54(1.1)) de l'art. 13 de la LCDP — Demande accueillie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Clause limitative — Il s'agissait de savoir si les art. 13(1), 54(1) et 54(1.1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne violent l'art. 2b) de la Charte — Le cas échéant, il s'agissait de savoir si ces articles sont sauvegardés par l'article premier de la Charte — La constitutionnalité de l'art. 13(1) de la LCDP a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor — Ce arrêt continue à s'appliquer, et les conclusions qui y sont tirées quant à l'objectif et au lien rationnel s'appliquent encore — Quant à l'atteinte minimale, bien que les dispositions des art. 54(1)(c) et 54(1.1) relatives aux sanctions aient fondamentalement modifié la nature du processus fondé sur l'art. 13 de la LCDP, cette conclusion ne s'applique pas à l'ensemble du cadre législatif — L'art. 13 de la LCDP porte minimalement atteinte à la liberté d'expression — Les dispositions sont donc justifiables au regard de l'article premier de la Charte — La mesure de réparation qu'il convient de prendre en l'espèce consiste en la dissociation des dispositions invalides (c'est-à-dire, les art. 54(1)(c) et 54(1.1)) de l'art. 13 de la LCDP.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal), déposée par la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission).

Le défendeur Warman a déposé devant la Commission une plainte selon laquelle le défendeur Lemire avait diffusé ou fait diffuser de la propagande haineuse sur Internet, en contravention de l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP). Il alléguait que ces messages constituaient de la discrimination fondée sur la religion, la race, la couleur, l'origine nationale ou ethnique ou l'orientation sexuelle, car ils exposaient des personnes ou des groupes de personnes à la haine ou au mépris. M. Lemire a déposé une requête visant à ce qu'il soit déclaré que l'article 13 et les dispositions réparatrices

found to be in breach of paragraphs 2(a) and (b) and section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter).

The Tribunal determined that the respondent Lemire contravened s. 13 of the CHRA. However, it declined to issue any remedial order on the ground that the restrictions imposed by subsections 13(1), 54(1) and 54(1.1) were inconsistent with paragraph 2(b) of the Charter and did not constitute a reasonable limit within the meaning of section 1 of the Charter.

The Commission sought declarations that the Tribunal erred in law in refusing to apply subsection 13(1) and in declining to exercise its discretion under paragraphs 54(1)(a) and/or (b) of the Act.

The principal issues were (1) whether it was appropriate for the Tribunal to consider the manner by which the Commission exercises its statutory mandate in determining whether to apply section 13 of the Act, (2) whether section 13 and subsections 54(1) and (1.1) of the Act violate paragraph 2(b) of the Charter and if so, whether they are saved by section 1 of the Charter; and (3) the appropriate remedy, if section 13, and subsections 54(1) and (1.1) of the Act, read together, were found to be unconstitutional.

Held, the application should be allowed.

The Tribunal erred in focusing its attention on the Commission's administration of the statute in this case, a subject beyond its mandate and the scope of its authority.

The CHRA establishes two distinct institutions, each of which has a particular role as described by the statute. It sets out a complete mechanism for dealing with human rights complaints. Central to this mechanism is the Commission. Under the scheme of the Act, the Commission is the body empowered to accept, manage and process complaints of discriminatory practices. The Tribunal has no statutory mandate under the Act with respect to the administration of the Commission, except to inquire into the complaints when a request is made by the Commission to do so. The Tribunal has no jurisdiction over the exercise of the Commission's discretion, *inter alia*, of rejecting or referring a complaint to the Tribunal. The proper way to challenge a Commission decision in respect of such matters is through judicial review by the Federal Court.

connexes des paragraphes 54(1) et 54(1.1) de la Loi contreviennent aux alinéas 2a) et 2b) et à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte).

Le Tribunal a conclu que le défendeur Lemire avait contrevenu à l'article 13 de la LCDP. Cependant, le Tribunal a refusé de rendre une ordonnance de réparation au motif que les restrictions imposées par les paragraphes 13(1), 54(1) et 54(1.1) de la Loi ne sont pas compatibles avec l'alinéa 2b) de la Charte, et ne représentent pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte.

La Commission sollicitait un jugement déclaratoire portant que le Tribunal a rendu une décision entachée d'une erreur de droit en refusant d'appliquer le paragraphe 13(1) et en refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu des alinéas 54(1)a) ou 54(1)b) de la Loi.

Il s'agissait de savoir principalement 1) s'il était approprié de la part du Tribunal de se pencher sur la manière dont la Commission exerce son mandat légal au moment de décider si l'article 13 de la Loi doit être appliqué, 2) si l'article 13 et les paragraphes 54(1) et 54(1.1) de la Loi contreviennent à l'alinéa 2b) de la Charte, et, le cas échéant, s'ils sont sauvegardés par l'article premier de la Charte, et 3) quelle mesure de réparation il convient de prendre si, pris ensemble, l'article 13 et les paragraphes 54(1) et 54(1.1) de la Loi sont déclarés inconstitutionnels.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Le Tribunal a commis une erreur en faisant porter principalement son attention sur la manière dont la Commission a appliqué la loi dans la présente affaire, sujet qui ne relève ni de son mandat ni de sa compétence.

La LCDP instaure deux institutions distinctes; chacune d'elle se voit assigner un rôle particulier, lequel est décrit dans la Loi. En outre, la Loi met en place un mécanisme complet de traitement des plaintes liées aux droits de la personne. La Commission est au cœur de ce mécanisme. Sous le régime de la Loi, la Commission joue le rôle d'organisme habilité à recevoir, à administrer et à traiter les plaintes relatives à des actes discriminatoires. La Loi n'octroie au Tribunal aucun mandat en ce qui a trait à l'application de ce mécanisme; elle indique uniquement que le Tribunal instruit la plainte lorsque la Commission formule une requête à cette fin. Le Tribunal n'a pas compétence en ce qui concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission, notamment le rejet ou le renvoi d'une plainte au Tribunal. Un contrôle judiciaire de la Cour fédérale est la voie qu'il convient de suivre pour contester une décision de la Commission touchant de telles questions.

The hearing herein went beyond the scope of the Tribunal's mandate to determine the factual and legal issues and became an inquiry into the manner in which the complainant and the Commission conducted themselves in relation to the complaint. The Tribunal stepped over the line of its proper role, the adjudication of the complaint, and assumed the role the Court would have upon an application for judicial review of the actions or decisions of the Commission.

As to the constitutionality of subsection 13(1) of the CHRA, it was confirmed by the Supreme Court of Canada in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*. That decision remained binding unless it was no longer precedential authority due to changed factual and legal circumstances since it was decided. The objective of section 13, the suppression of hate speech and the promotion of equality, continues to be substantial and pressing. The conclusion in *Taylor* on rational connection to the legislative objective also still applies. With respect to minimal impairment, the addition of the penalty provisions under paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) has fundamentally altered the nature of the section 13 process and brought it uncomfortably close to the state's ultimate control measure, criminal prosecution. The penalty is inherently punitive. The factors set out in subsection 54(1.1) are similar to those which a criminal court would consider in determining the fine to be imposed on someone found guilty of an offence. The section 13 regime is no longer exclusively remedial. However, this does not apply to the regime as whole, which can be preserved by severance of the problematic aspects.

Section 13 minimally impairs freedom of expression. Considering the deference owed to Parliament, considering the minimal value hate speech possesses and considering the context and the objective of the Act, the minimal harm caused by section 13 to freedom of expression is far outweighed by the benefit it provides to vulnerable groups and to the promotion of equality. Sections 13 and 54 of the Act are justifiable in a free and democratic society and the Tribunal erred in declining to apply the legislation.

In light of the finding that the penalty provisions in paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) cannot withstand constitutional scrutiny, the appropriate remedy to apply was severance. Applying this doctrine required that the extent of the inconsistency between the statute in question and the requirements of the Constitution be defined. In this case, paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) could readily be

Dans le cadre de l'audience en l'espèce, le Tribunal a outrepassé son mandat consistant à trancher des questions de nature factuelle et juridique en se lançant dans une enquête sur la façon dont le plaignant et la Commission ont agi relativement à la plainte. Le Tribunal a outrepassé le rôle qui lui est assigné, à savoir celui de régler la plainte, et a assumé celui qui incomberait à la Cour si elle était saisie d'une demande de contrôle judiciaire des actes ou des décisions de la Commission.

Pour ce qui est de la constitutionnalité du paragraphe 13(1) de la LCDP, elle a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*. La Cour demeure liée par cet arrêt, à moins que des facteurs convaincants n'établissent que cet arrêt n'avait plus valeur jurisprudentielle en raison de circonstances de nature factuelle et juridique survenues depuis qu'il a été rendu. L'objectif de l'article 13, à savoir la suppression de la propagande haineuse et la promotion de l'égalité, continue d'être réel et urgent. La conclusion tirée dans l'arrêt *Taylor* quant au lien rationnel avec l'objectif législatif s'applique toujours. Quant à l'atteinte minimale, l'ajout des dispositions relatives aux sanctions en vertu de l'alinéa 54(1)c) et du paragraphe 54(1.1) a fondamentalement modifié la nature du processus fondé sur l'article 13, ce qui a eu pour effet de le rapprocher de façon inquiétante de l'ultime mesure de contrôle dont dispose l'État, à savoir les poursuites pénales. La sanction est intrinsèquement punitive. Les facteurs énoncés au paragraphe 54(1.1) sont semblables à ceux qu'un tribunal pénal prendrait en considération au moment de fixer le montant de l'amende à imposer à une personne déclarée coupable d'une infraction. Il n'est plus possible de considérer que l'article 13 est de nature exclusivement réparatrice. Cependant, cette conclusion ne s'applique pas à l'ensemble du cadre législatif, qui peut être préservé par la dissociation des éléments problématiques.

L'article 13 porte minimalement atteinte à la liberté d'expression. Vu la déférence dont il faut faire preuve à l'égard du Parlement, vu la valeur minimale que revêt la propagande haineuse et vu le contexte et les objectifs de la Loi, l'atteinte minimale portée par l'article 13 à la liberté d'expression est largement compensée par l'effet bénéfique sur les groupes vulnérables et la promotion de l'égalité. L'article 13 et l'article 54 de la Loi sont justifiables au sein d'une société libre et démocratique et le Tribunal a commis une erreur en refusant d'appliquer ces dispositions.

À la lumière de la conclusion selon laquelle les dispositions relatives aux sanctions de l'alinéa 54(1)c) et du paragraphe 54(1.1) ne peuvent pas résister à un examen constitutionnel, la mesure de réparation qu'il convient de prendre consiste en l'application de la doctrine de la dissociation. Au moment d'appliquer cette doctrine, la Cour doit établir de façon rigoureuse l'ampleur de l'incompatibilité

severed from subsection 13(1). These provisions were not part of the statute when it was considered in *Taylor*. The offending parts are not inextricably bound up with that part of the legislation held to be valid in *Taylor*.

Since the Tribunal found the publication of the article to be in breach of section 13, the adjudicator should have issued a declaration to that effect and should have proceeded to consider ordering a remedy under paragraphs 54(1)(a) and/or (b). The adjudicator erred in adopting an all or nothing approach to the constitutional remedy. The balance of section 13 could stand without applying the later enacted punitive provisions.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to amend the Canada Evidence Act and the Criminal Code in respect of persons with disabilities, to amend the Canadian Human Rights Act in respect of persons with disabilities and other matters and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 1998, c. 9, ss. 27, 28.
Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41, s. 88.
 Bill C-304, *An Act to amend the Canadian Human Rights Act (protecting freedom)*, 1st Sess., 41st Parl., 2011 (3rd reading, June 6, 2012).
Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(a),(b), 7, 24(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3, 13, 44(1),(2),(3), 47, 50–54.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 52(1), 101.
Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1, 57.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14(1)(b).

CASES CITED

FOLLOWED:

Canada (Human Rights Commission) v. Taylor, [1990] 3 S.C.R. 892, (1990), 75 D.L.R. (4th) 577.

entre le texte législatif en cause et les exigences de la Constitution. En l'espèce, l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1) pouvaient facilement être dissociés du paragraphe 13(1). Ces dispositions ne faisaient pas partie du texte législatif au moment où il a été examiné dans l'arrêt *Taylor*. Les dispositions invalides ne sont pas inextricablement liées aux dispositions législatives déclarées valides dans l'arrêt *Taylor*.

Comme le Tribunal a conclu que la publication de l'article contrevient à l'article 13, le membre instructeur aurait dû prononcer une déclaration en ce sens, et aurait dû envisager de rendre une ordonnance de réparation au titre des alinéas 54(1)a) et b). Le membre instructeur a commis une erreur en adoptant la démarche du tout ou rien relativement à la réparation constitutionnelle. Le reste de l'article 13 pourrait subsister indépendamment de l'application des dispositions punitives promulguées ultérieurement.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2(a), b), 7, 24(1).
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III.
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41, art. 88.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3, 13, 44(1),(2),(3), 47, 50 à 54.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1), 101.
Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada, le Code criminel et la Loi canadienne sur les droits de la personne relativement aux personnes handicapées et, en ce qui concerne la Loi canadienne sur les droits de la personne, à d'autres matières, et modifiant d'autres lois en conséquence, L.C. 1998, ch. 9, art. 27, 28.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1, 57.
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1.
 Projet de loi C-304, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (protection des libertés)*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2011 (3^e lecture, le 6 juin 2012).
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 14(1)(b).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor, [1990] 3 R.C.S. 892.

APPLIED:

The Queen v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200.

DISTINGUISHED:

Martineau v. M.N.R., 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737, 247 D.L.R. (4th) 577.

CONSIDERED:

Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal), 2010 SKCA 26 (CanLII), revd in part *sub nom. Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *McAleeer v. Canada (Human Rights Commission)*, 1999 CanLII 8202, 175 D.L.R. (4th) 766, 66 C.H.R.R. 225 (F.C.A.); *Air Canada Pilots Association v. Kelly*, 2011 FC 120, [2012] 4 F.C.R. 277, 88 C.C.E.L. (3d) 210; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, 320 D.L.R. (4th) 25; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, 254 D.L.R. (4th) 200; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, (1984), 13 D.L.R. (4th) 1; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, (1998), 223 A.R. 201; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, (1990), 114 A.R. 81; *Schnell v. Machiavelli and Associates Emprize Inc.*, 2002 CanLII 1887 (C.H.R.T.); *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; *Warman v. Kouba*, 2006 CHRT 50; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; *Alberta, Attorney-General for v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.).

REFERRED TO:

Canada v. Craig, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, 347 D.L.R. (4th) 385; *Warman v. Harrison*, 2006 CHRT 30; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, 190 D.L.R. (4th) 513; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, 217 N.S.R. (2d) 301; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, 328 D.L.R. (4th) 1; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, 327 D.L.R. (4th) 513; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14,

DÉCISION APPLIQUÉE :

La Reine c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Martineau c. M.R.N., 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal), 2010 SKCA 26 (CanLII), inf. en partie *sub nom. Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *McAleeer c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 1999 CanLII 8202 (C.A.F.); *Association des Pilotes d'Air Canada c. Kelly*, 2011 CF 120, [2012] 4 R.C.F. 277; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Perka et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Office canadien de commercialisation des oeufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Schnell c. Machiavelli and Associates Emprize Inc.*, 2002 CanLII 1887 (T.C.D.P.); *R. c. Wigglesworth*, [1997] 2 R.C.S. 541; *Warman c. Kouba*, 2006 TCDP 50; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Alberta, Attorney-General for v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada c. Craig, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Warman c. Harrison*, 2006 TCDP 30; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Baker*

[2006] 1 S.C.R. 513, 266 D.L.R. (4th) 287; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Mayrand*, 2005 FC 702, [2006] 2 F.C.R. 543, 19 C.B.R. (5th) 99, affd 2006 FCA 205, 58 Admin. L.R. (4th) 255, leave to appeal to S.C.C. refused, [2006] 2 S.C.R. xi; *Prentice v. Canada*, 2005 FCA 395, [2006] 3 F.C.R. 135, 264 D.L.R. (4th) 742, leave to appeal to S.C.C. refused, [2006] 1 S.C.R. xiii; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; *Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262, 232 D.L.R. (4th) 237, leave to appeal to S.C.C. refused, [2004] 1 S.C.R. xv; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, 193 D.L.R. (4th) 193; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, (1989), 61 D.L.R. (4th) 385; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, (1990), 71 D.L.R. (4th) 68; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, 47 Nfld. & P.E.I.R. 125; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; *Citron v. Zundel*, 2002 CanLII 23557 (C.H.R.T.); *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Human Rights Commission) v. Winnicki*, 2005 FC 1493, [2006] 3 F.C.R. 446; *Black v. Breeden*, 2010 ONCA 547, 102 O.R. (3d) 748, 321 D.L.R. (4th) 659; *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia*, 2004 CanLII 12938, 71 O.R. (3d) 416, 239 D.L.R. (4th) 577 (C.A.); *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, 460 A.R. 1; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, 281 D.L.R. (4th) 589; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; *Elmasry v. Roger's Publishing Ltd.*, 2008 BCHRT 378, 64 C.H.R.R. D/509; *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2006 SKCA 41 (CanLII), [2006] 7 W.W.R. 433; *Boissoin v. Lund*, 2009 ABQB 592 (CanLII); *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, (1985), 52 O.R. (2d) 799; *Haig v. Canada* 1992 CanLII 2787, 9 O.R. (3d) 495, 94 D.L.R. (4th) 1 (C.A.).

c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Mayrand*, 2005 CF 702, [2006] 2 R.C.F. 543, conf. par 2006 CAF 205, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] 2 R.C.S. xi; *Prentice c. Canada*, 2005 CAF 395, [2006] 3 R.C.F. 135, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] 1 R.C.S. xiii; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262, 232 D.L.R. (4th) 237, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2004] 1 R.C.S. xv; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Citron c. Zundel*, 2002 CanLII 23557 (T.C.D.P.); *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Winnicki*, 2005 CF 1493, [2006] 3 R.C.F. 446; *Black v. Breeden*, 2010 ONCA 547, 102 R.J.O. (3^e) 748, 321 D.L.R. (4th) 659; *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia*, 2004 CanLII 12938, 71 R.J.O. (3^e) 416, 239 D.L.R. (4th) 577 (C.A.); *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Elmasry v. Roger's Publishing Ltd.*, 2008 BCHRT 378, 64 C.H.R.R. D/502; *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2006 SKCA 41 (CanLII), [2006] 7 W.W.R. 433; *Boissoin v. Lund*, 2009 ABQB 592 (CanLII); *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 536; *Haig v. Canada* 1992 CanLII 2787, 9 R.J.O. (3^e) 495, 94 D.L.R. (4th) 1 (C.A.).

AUTHORS CITED

Akdeniz, Yaman. "Governing Racist Content on the Internet: National and International Responses" (2007), 56 *U.N.B.L.J.* 103.
 Beaudoin, Gérard A. and Pierre Thibault. *La Constitution du Canada*, 3rd ed. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004.
 Brun, Henri et al. *Droit constitutionnel*, 5th ed. Cowansville, Que.: Y. Blais, 2008.

DOCTRINE CITÉE

Akdeniz, Yaman. « Governing Racist Content on the Internet: National and International Responses » (2007), 56 *R.D. U.N.-B.* 103.
 Beaudoin, Gérard A. et Pierre Thibault. *La Constitution du Canada*, 3^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004.
 Brun, Henri et al. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville (Qc) : Y. Blais, 2008.

Bryden, Philip and William Black. “Mediation as a Tool for Resolving Human Rights Disputes: An Evaluation of the B.C. Human Rights Commission’s Early Mediation Project” (2004), 37 *U.B.C. L. Rev.* 73.

Canadian Human Rights Commission. *Annual Report 2006*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2007.

Canadian Human Rights Commission. *Report to the Canadian Human Rights Commission Concerning Section 13 of the Canadian Human Rights Act and the Regulation of Hate Speech on the Internet*, prepared by Richard Moon, October 2008.

Canadian Human Rights Commission. *Special Report to Parliament: Freedom of Expression and Freedom From Hate in the Internet Age*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2009.

Gosnell, Chris. “Hate Speech on the Internet: A Question of Context” (1998), 23 *Queen’s L.J.* 369.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. loose-leaf. Toronto: Carswell, 2007.

McNamara, Lawrence. “Tackling Racial Hatred: Conciliation, Reconciliation and Football” (2000), 6(2) *Austl. J. H. R.* 5.

Sharpe, Robert J. and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (2009 CHRT 26) finding that the respondent Marc Levine contravened section 13 of the *Canadian Human Rights Act*, but declining to issue any remedial order. Application allowed.

APPEARANCES

S. Margot Blight for applicant.
Richard Warman on his own behalf.
Barbara Kulaszka for respondent Marc Lemire.
 No one appearing for respondent Attorney General of Canada.
Jason Gratl for intervener British Columbia Civil Liberties Association.
Andrew K. Lokan and *Jodi Martin* for intervener Canadian Civil Liberties Association.
Gerald E. Langlois for intervener Canadian Association for Free Expression Inc.
Douglas H. Christie for intervener Canadian Free Speech League.

Bryden, Philip et William Black. « Mediation as a Tool for Resolving Human Rights Disputes: An Evaluation of the B.C. Human Rights Commission’s Early Mediation Project » (2004), 37 *U.B.C. L. Rev.* 73.

Commission canadienne des droits de la personne. *Rapport annuel 2006*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2007.

Commission canadienne des droits de la personne. *Rapport présenté à la Commission canadienne des droits de la personne concernant l’article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et la réglementation de la propagande haineuse sur Internet*, préparé par Richard Moon, octobre 2008.

Commission canadienne des droits de la personne. *Rapport spécial au Parlement : Liberté d’expression et droit à la protection contre la haine à l’ère d’Internet*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2009.

Gosnell, Chris. « Hate Speech on the Internet: A Question of Context » (1998), 23 *Queen’s L.J.* 369.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. feuilles mobiles. Toronto : Carswell, 2007.

McNamara, Lawrence. « Tackling Racial Hatred: Conciliation, Reconciliation and Football » (2000), 6(2) *Austl. J. H. R.* 5.

Sharpe, Robert J. et Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4^e éd. Toronto : Irwin Law, 2009.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (2009 TCDP 26) qui a conclu que le défendeur Marc Lemire avait contrevenu à l’article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, mais a refusé de rendre une ordonnance de réparation. Demande accueillie.

ONT COMPARU

S. Margot Blight pour le demandeur.
Richard Warman pour son propre compte.
Barbara Kulaszka pour le défendeur Marc Lemire.
 Personne n’a comparu pour le défendeur le procureur général du Canada.
Jason Gratl pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.
Andrew K. Lokan et *Jodi Martin* pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.
Gerald E. Langlois pour l’intervenante la Canadian Association for Free Expression Inc.
Douglas H. Christie pour l’intervenante la Canadian Free Speech League.

Moya Teklu and Ed Morgan for intervener African Canadian Legal Clinic.

Marvin Kurz for intervener League for Human Rights of B’Nai Brith Canada.

No one appearing for intervener Canadian Jewish Congress.

Steven Skurka for intervener Friends of Simon Wiesenthal Centre for Holocaust Studies.

Moya Teklu et Ed Morgan pour l’intervenante la African Canadian Legal Clinic.

Marvin Kurz pour l’intervenante la Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith.

Personne n’a comparu pour l’intervenant le Congrès juif canadien.

Steven Skurka pour l’intervenant les Amis du Centre Simon Wiesenthal pour les Études sur l’Holocauste.

SOLICITORS OF RECORD

Borden Ladner Gervais LLP, Toronto, for applicant.

Barbara Kulaszka, Brighton, Ontario, for respondent Marc Lemire.

Gratl & Company, Vancouver, for intervener British Columbia Civil Liberties Association.

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, for intervener Canada Civil Liberties Association.

Charron Langlois LLP, Hawkesbury, Ontario, for intervener Canadian Association for Free Expression Inc.

Douglas H. Christie, Victoria, for intervener Canadian Free Speech League.

African Legal Clinic, Toronto, for intervener African Canadian Legal Clinic.

Dale, Streiman & Kurz LLP, Brampton, Ontario for intervener League for Human Rights B’Nai Brith Canada.

Steven Skurka, Toronto, for intervener Friends of Simon Wiesenthal Centre for Holocaust Studies.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L., Toronto, pour le demandeur.

Barbara Kulaszka, Brighton (Ontario) pour le défendeur Marc Lemire.

Gratl & Company, Vancouver, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Charron Langlois, s.r.l., Hawkesbury (Ontario), pour l’intervenante la Canadian Association for Free Expression Inc.

Douglas H. Christie, Victoria, pour l’intervenante la Canadian Free Speech League.

African Legal Clinic, Toronto, pour l’intervenante la African Canadian Legal Clinic.

Dale, Streiman & Kurz s.r.l., Brampton (Ontario) pour l’intervenante la Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith

Steven Skurka, Toronto, pour l’intervenant les Amis du Centre Simon Wiesenthal pour les Études sur l’Holocauste.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

MOSLEY J.:

OVERVIEW

[1] This is an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal [Tribunal] [*Warman v. Lemire*, 2009 CHRT 26] brought by the Canadian Human Rights Commission [Commission] under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendu par

LE JUGE MOSLEY :

SURVOL

[1] Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) [*Warman c. Lemire*, 2009 TCDP 26] présentée par la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

[2] In the September 2, 2009 decision, the Tribunal determined that the respondent Marc Lemire contravened section 13 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (hereinafter the CHRA or the Act) by posting an article on a website. The Tribunal declined to issue any remedial order against Mr. Lemire on the ground that the restrictions imposed by subsection 13(1) and subsections 54(1) and (1.1) of the Act are inconsistent with paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter) and do not constitute a reasonable limit within the meaning of section 1 of the Charter.

[3] The Commission seeks declarations that the Tribunal erred in law in refusing to apply subsection 13(1) and in declining to exercise its discretion under paragraphs 54(1)(a) and/or (b) of the Act; and seeks orders to set aside the Tribunal's conclusions to the extent that they are inconsistent with the declarations sought and to refer the matter back to the Tribunal for a determination with respect to the remedy.

[4] In these proceedings, Mr. Lemire served a notice of constitutional question on the Attorney General of Canada and the attorneys general of each province in accordance with section 57 of the *Federal Courts Act*. The notice requests a declaration that subsections 13(1), 54(1) and 54(1.1) of the CHRA are of no force or effect pursuant to subsection 24(1) (*sic*) [of the Charter] and subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Constitution Act).

[5] The constitutionality of subsection 13(1) of the CHRA was confirmed by a majority of the Supreme Court of Canada in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892 (*Taylor*). This Court is bound by that decision unless there are grounds to distinguish the present case from the precedential

[2] Dans sa décision du 2 septembre 2009, le Tribunal a conclu que l'intimé, Marc Lemire, avait contrevenu à l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP ou la Loi) en publiant un article sur un site Web. Le Tribunal a refusé de rendre une ordonnance de réparation à l'endroit de M. Lemire au motif que les restrictions imposées par les paragraphes 13(1), 54(1) et 54(1.1) de la Loi ne sont pas compatibles avec l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II n° 44] (la Charte), et ne représentent pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte.

[3] La Commission sollicite un jugement déclaratoire portant que le Tribunal a rendu une décision entachée d'une erreur de droit en refusant d'appliquer le paragraphe 13(1) et en refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu des alinéas 54(1)a) ou 54(1)b) de la Loi. En outre, la Commission demande qu'une ordonnance infirmant les conclusions du Tribunal soit rendue dans la mesure où elles sont incompatibles avec le jugement déclaratoire sollicité, et que l'affaire soit renvoyée au Tribunal afin qu'il rende une décision concernant le recours.

[4] En l'espèce, M. Lemire a signifié un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et au procureur général de chaque province, conformément à l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Dans l'avis en question, il est demandé qu'un jugement déclaratoire portant que les paragraphes 13(1), 54(1) et 54(1.1) de la LCDP sont inopérants suivant les paragraphes 24(1) (*sic*) [de la Charte] et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la *Loi constitutionnelle de 1982*) soit rendu.

[5] La constitutionnalité du paragraphe 13(1) de la LCDP a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt majoritaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892 (l'arrêt *Taylor*). La Cour est liée par cet arrêt, à moins qu'il n'y ait des motifs de distinguer la présente affaire de cet

authority of that decision. Barring such grounds, the Court must follow *Taylor*. In doing so, the Court may set out such reasons that indicate that the precedent may be problematic in the present environment. It is for the Supreme Court itself to determine whether *Taylor* is to be overturned: *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at paragraph 21. That question is presently before the Supreme Court in an appeal from the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010 SKCA 26 (CanLII) [*Whatcott*], leave to appeal granted October 28, 2010, [2010] 2 S.C.R. viii [decision now rendered in 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467]. In *Whatcott*, the constitutional questions stated address whether paragraph 14(1)(b) of the *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, infringes paragraph 2(a) of the Charter and, if so, whether it is saved under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. While the issues in that matter concern provincial legislation, they are analogous to the matters raised in this case and the Saskatchewan Court of Appeal considered itself bound by *Taylor*.

[6] I take notice of the legislative fact that Bill C-304, entitled *An Act to amend the Canadian Human Rights Act (protecting freedom)* [1st Sess., 41st Parl., 2011], received third reading in the House of Commons on June 6, 2012. Among other things, the effect of the Bill would be to repeal section 13. Under the terms of the Bill's coming into force clause, the Act would be effective one year after receiving royal assent. At the time of writing, the Bill remained under consideration in the Senate [the Bill received royal assent on June 26, 2013 (S.C. 2013, c. 37)]. This is of relevance in these proceedings only to a limited extent that I will discuss below.

[7] For the reasons that follow, I find that the Tribunal was correct to decline to apply paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) of the Act and declare that they are of no force or effect. However, I find that the Tribunal erred in failing to apply section 13 and paragraphs 54(1)(a) and (b) of the Act. Consequently, the application by the

arrêt, qui fait jurisprudence. En l'absence de tels motifs, la Cour doit se conformer à l'arrêt *Taylor*. Ce faisant, dans ses motifs, la Cour peut mentionner que le précédent peut se révéler problématique dans le contexte actuel. Il revient à la Cour suprême de déterminer si l'arrêt *Taylor* doit être infirmé : voir l'arrêt *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, au paragraphe 21. La Cour suprême se penche actuellement sur cette question dans le cadre d'un appel interjeté contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan : *Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010 SKCA 26 (CanLII) [l'arrêt *Whatcott*] (autorisation d'appel accordée le 28 octobre 2010, [2010] 2 R.C.S. viii [décision maintenant disponible à 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467]). Dans l'affaire *Whatcott*, les questions constitutionnelles étaient de savoir si l'alinéa 14(1)b) du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, contrevenait à l'alinéa 2a) de la Charte, et, le cas échéant, s'il était sauvegardé par l'article premier de la Charte. Même si les questions en litige dans l'affaire *Whatcott* concernent des dispositions législatives provinciales, elles sont analogues aux questions soulevées en l'espèce, et la Cour d'appel de la Saskatchewan a souligné qu'elle était liée par l'arrêt *Taylor*.

[6] Je prends connaissance d'office du fait législatif que le projet de loi C-304, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (protection des libertés)* [1^{re} sess., 41^e lég., 2011], a fait l'objet d'une troisième lecture à la Chambre des communes le 6 juin 2012. Ce projet de loi aurait notamment pour effet d'abroger l'article 13 de la LCDP. Selon la disposition de mise en vigueur du projet de loi, la loi prendrait effet un an après l'octroi de la sanction royale. Au moment de la rédaction des présents motifs, le projet de loi était examiné par le Sénat [le projet de loi a reçu la sanction royale le 26 juin 2013 (L.C. 2013, ch. 37)]. En l'espèce, cela ne présente qu'un intérêt limité, dont je discuterai plus loin.

[7] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que le Tribunal a eu raison de refuser d'appliquer l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1) de la Loi, et de déclarer qu'ils sont inopérants. Cependant, j'estime que le Tribunal a commis une erreur en n'appliquant pas l'article 13 et les alinéas 54(1)a) et 54(1)b) de la Loi. Par

Commission is granted and the matter is remitted to the Tribunal to issue a declaration that the article posted by Mr. Lemire was in contravention of section 13 and to exercise its jurisdiction under paragraph 54(1)(a) or (b) of the Act to consider the issuance of a remedial order against Mr. Lemire.

BACKGROUND

[8] On November 24, 2003, the respondent Richard Warman filed a complaint with the Commission alleging that Mr. Lemire had communicated or caused to be communicated hate messages over the Internet in breach of section 13 of the CHRA. He alleged that these messages discriminated against persons or groups of persons on the basis of their religion, race, color, national or ethnic origin and sexual orientation, because the matter exposed them to hatred or contempt.

[9] Initially the complaint cited the content of messages posted on the website *Freedomsite.org* and alleged that Mr. Lemire was the owner and webmaster of that site. The complaint also named one Craig Harrison as a respondent. Mr. Harrison was alleged to have posted a large number of messages on the site in 2002 and 2003. The allegations against Mr. Harrison were referred to the Tribunal separately and a decision was issued by the Tribunal on August 15, 2006 finding that his messages were in breach of section 13: *Warman v. Harrison*, 2006 CHRT 30.

[10] Mr. Lemire received notice of Mr. Warman's November 24, 2003 complaint from the Commission in late March 2004. In responding to the Commission, through his counsel, on April 23, 2004, Mr. Lemire acknowledged that he was the webmaster and owner of the *Freedomsite.org* website and stated that he had removed the message board from the site prior to receiving notification of Mr. Warman's complaint. The message board, operated from 1999–2003, was a forum for discussions at the website. Visitors could access the content as "guests". Only registered users were allowed to post messages on the board. An article on the *Freedomsite.org*

conséquent, la demande de la Commission est accueillie et l'affaire est renvoyée au Tribunal pour qu'il rende un jugement déclaratoire portant que l'article publié par M. Lemire contrevenait à l'article 13, et qu'il envisage de rendre une ordonnance de réparation à l'endroit de M. Lemire en vertu du pouvoir discrétionnaire prévu aux alinéas 54(1)a) ou 54(1)b) de la Loi.

CONTEXTE

[8] Le 24 novembre 2003, le défendeur, Richard Warman, a déposé devant la Commission une plainte selon laquelle M. Lemire avait diffusé ou fait diffuser de la propagande haineuse sur Internet, infraction décrite à l'article 13 de la LCDP. Selon le défendeur, les messages diffusés constituaient de la discrimination fondée sur la religion, la race, la couleur, l'origine nationale ou ethnique ou l'orientation sexuelle, car ils exposaient des personnes ou des groupes de personnes à la haine ou au mépris.

[9] À l'origine, la plainte citait le contenu de certains messages diffusés sur le site *Web Freedomsite.org* et alléguait que M. Lemire était propriétaire et administrateur du site en question. En outre, Craig Harrison était mentionné dans la plainte à titre d'intimé; il était allégué que M. Harrison avait publié un grand nombre de messages sur le site *Web* en 2002 et en 2003. Les allégations visant M. Harrison ont été renvoyées au Tribunal de façon distincte. Le 15 août 2006, le Tribunal a conclu que les messages diffusés par M. Harrison contrevenaient à l'article 13 : *Warman c. Harrison*, 2006 TCDP 30.

[10] À la fin de mars 2004, la Commission a avisé M. Lemire de la plainte déposée contre lui par M. Warman le 24 novembre 2003. Le 23 avril 2004, dans sa réponse à l'avis de la Commission, M. Lemire a reconnu, par l'entremise de son avocat, qu'il était administrateur et propriétaire du site *Web Freedomsite.org*, et a déclaré qu'il avait retiré le babillard électronique du site avant d'être avisé de la plainte de M. Warman. Le babillard électronique, en service de 1999 à 2003, servait de forum de discussion pour les visiteurs du site *Web*. Ces visiteurs pouvaient accéder au contenu à titre d'« invités ». Seuls les utilisateurs inscrits étaient

org website referred to in the complaint was removed after the complaint had been filed.

[11] Subsequent to the filing of the complaint, additional allegedly offending material was also found by Mr. Warman on the websites JRBooksonline.com and Stormfront.org and referred to the Commission investigator in September 2004. This material was included in the investigation report recommending referral to the Tribunal in April 2005 as being linked to Mr. Lemire. In a joint statement of particulars dated December 7, 2005, Mr. Warman and the Commission alleged that Mr. Lemire communicated, or caused to be communicated, material observed on these websites in October 2004.

[12] At the hearing, Mr. Lemire denied the allegations in part on the ground that he had not communicated or caused to be communicated most of the impugned messages. In particular, while he acknowledged, through counsel, having participated in the creation of JRBooksonline.com, he denied having knowledge of or being responsible for any of the content of that website. With regard to material on Stormfront.org, Mr. Lemire argued that the Commission had not established that he had posted the messages and, in the alternative, that it was not discriminatory.

[13] Mr. Lemire brought a motion to have section 13 and the related remedial provisions in subsections 54(1) and (1.1) of the Act found to be in breach of paragraphs 2(a) and (b) and section 7 and not saved by section 1 of the Charter. He also cited the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III. The Attorney General of Canada exercised his right under section 57 of the *Federal Courts Act* to participate and to adduce evidence at the hearing in respect of the constitutional questions. Several additional interested parties were granted status to participate.

[14] Extensive evidentiary hearings were conducted by the Tribunal between January 29, 2007 and March 25,

autorisés à diffuser des messages sur le babillard. Un article publié sur le site Freedomsite.org et mentionné dans la plainte a été retiré du site après le dépôt de la plainte.

[11] Après qu'il a déposé sa plainte, M. Warman a trouvé d'autres documents prétendument répréhensibles sur les sites Web JRBooksonline.com et Stormfront.org, et il a communiqué avec l'enquêteur de la Commission à ce sujet en septembre 2004. Ces documents étaient mentionnés dans le rapport d'enquête d'avril 2005 où il était recommandé que l'affaire soit renvoyée au Tribunal puisqu'ils étaient liés à M. Lemire. Dans un exposé conjoint des précisions daté du 7 décembre 2005, M. Warman et la Commission ont affirmé que M. Lemire avait diffusé ou fait diffuser sur les sites Web susmentionnés le contenu qui s'y trouvait en octobre 2004.

[12] À l'audience, M. Lemire a nié partiellement les allégations formulées contre lui, faisant valoir qu'il n'avait pas diffusé ou fait diffuser la plupart des messages litigieux. Plus précisément, il a reconnu, par l'entremise de son avocat, avoir participé à la création du site JRBooksonline.com, mais a déclaré qu'il ne savait pas ce que contenait ce site Web et qu'il n'était pas responsable de ce contenu. En ce qui concerne le contenu figurant sur le site Stormfront.org, M. Lemire a fait valoir que la Commission n'avait pas prouvé qu'il avait affiché les messages et, subsidiairement, que ceux-ci ne présentaient aucun caractère discriminatoire.

[13] M. Lemire a déposé une requête visant à ce qu'il soit déclaré que l'article 13 et les dispositions réparatrices connexes des paragraphes 54(1) et 54(1.1) de la Loi contreviennent aux alinéas 2a) et 2b) et à l'article 7 de la Charte, et qu'ils ne sont pas sauvegardés par l'article premier de celle-ci. Il a également mentionné la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III. En vertu de l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, le procureur général du Canada a exercé son droit de participer à l'audience et de présenter des éléments de preuve concernant les questions constitutionnelles. Plusieurs autres parties intéressées se sont vu accorder l'autorisation de participer à l'audience.

[14] Des auditions de témoins de grande envergure ont été menées par le Tribunal du 29 janvier 2007 au 25 mars

2008. Submissions were presented in September 2008. The Tribunal rendered its decision on September 2, 2009: *Warman v. Lemire*, 2009 CHRT 26 (the decision).

[15] On this application, motions for intervener status were granted for the African Canadian Legal Clinic (hereinafter the ACLC), League for Human Rights of the B'nai Brith (B'nai Brith), Canadian Jewish Congress (CJC), Friends of Simon Wiesenthal Centre for Holocaust Studies (SWC), Canadian Association for Free Expression (CAFE), Canadian Free Speech League (CFSL), Canadian Civil Liberties Association (CCLA), and British Columbia Civil Liberties Association (BCCLA). The respondent Attorney General of Canada and the intervener CJC took no part in the argument of this application. The position of B'nai Brith and SWC was jointly presented.

CONSTITUTIONAL AND LEGISLATIVE FRAMEWORK

[16] Subsections 24(1) [of the Charter] and 52(1) of the Constitution Act read as follows:

[Charter]

Enforcement of guaranteed rights and freedoms

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[Constitution Act]

Primacy of Constitution of Canada

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[17] The wording of subsection 13(1) of the CHRA has remained unchanged since the Supreme Court upheld the constitutionality of the predecessor enactment in *Taylor*:

2008. Des observations ont été présentées en septembre 2008. Le Tribunal a rendu sa décision le 2 septembre 2009 : *Warman c. Lemire*, 2009 TCDP 26 (la décision).

[15] En l'espèce, le statut d'intervenant a été accordé à un certain nombre d'organismes ayant déposé une requête à cette fin, à savoir : l'African Canadian Legal Clinic (ACLC), la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith (B'nai Brith), le Congrès juif canadien (CJC), les Amis du Centre Simon Wiesenthal pour les études sur l'Holocauste (CSW), la Canadian Association for Free Expression (CAFE), la Canadian Free Speech League (CFSL), l'Association canadienne des libertés civiles (ACLC) et la British Columbia Civil Liberties Association (BCCLA). Le procureur général du Canada (défendeur) et le Congrès juif canadien (intervenant) n'ont pas pris part au débat concernant la présente demande. B'nai Brith et le CSW ont présenté une position commune.

CADRE CONSTITUTIONNEL ET LÉGISLATIF

[16] Les paragraphes 24(1) [de la Charte] et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont ainsi libellés :

[Charte]

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Recours en cas d'atteinte aux droits et libertés

[*Loi constitutionnelle de 1982*]

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Primauté de la Constitution du Canada

[17] Le libellé du paragraphe 13(1) de la LCDP n'a pas été modifié depuis la confirmation par la Cour suprême de la constitutionnalité du texte législatif antérieur mentionné dans l'arrêt *Taylor* :

Hate
messages

13. (1) It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.

[18] When *Taylor* was decided, the remedial powers of the Tribunal were set out in sections 53 and 54 of the CHRA. Section 53 authorized the Tribunal to order that a person cease a discriminatory practice and take measures to prevent its recurrence (at paragraph 53(2)(a)), make available to the victim the rights that had been denied (at paragraph 53(2)(b)), compensate the victim for wages lost and expenses (at paragraph 53(2)(c)), and compensate the victim for the costs and expenses of obtaining alternatives (at paragraph 53(2)(d)). In addition, subsection 53(3) permitted the Tribunal, if the person had engaged in the discriminatory practice willfully or recklessly, or the victim had suffered, to order compensation not exceeding \$5 000 to be paid. Subsection 53(4) authorized the Tribunal to order that premises and facilities be adapted to accommodate disabilities if reasonable. Section 54 allowed the Tribunal to make only the orders listed in section 53 and prohibited orders firing or evicting employees or tenants in good faith.

[19] In 1998, Parliament enacted amendments to the Act, which, with the prior legislation, had the effect of conferring additional remedial powers on the Tribunal: S.C. 1998, c. 9, sections 27 and 28. A new paragraph 53(2)(e) allowed the Tribunal to order compensation to victims in an amount not exceeding \$20 000 for their pain and suffering. The amount which could be ordered paid under subsection 53(3) was raised from \$5 000 to \$20 000 and subsection 53(4) was added, permitting the compensation order to include interest. As well, a new

Propagande
haineuse

13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.

[18] Au moment où l'arrêt *Taylor* a été rendu, les pouvoirs réparateurs dont disposait le Tribunal étaient énoncés aux articles 53 et 54 de la LCDP. L'article 53 permettait au Tribunal d'ordonner à une personne de mettre fin à un acte discriminatoire et à prendre des mesures destinées à prévenir des actes semblables (alinéa 53(2)a)), d'accorder à la victime les droits dont l'acte l'avait privée (alinéa 53(2)b)), d'indemniser la victime des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte (alinéa 53(2)c)), et d'indemniser la victime des frais supplémentaires occasionnés par le recours à des alternatives (alinéa 53(2)d)). En outre, le paragraphe 53(3) permettait au Tribunal, s'il en venait à la conclusion que l'acte discriminatoire était délibéré ou inconsidéré, d'ordonner à l'auteur de l'acte de payer à la victime une indemnité maximale de 5 000 \$. Le paragraphe 53(4) donnait au Tribunal le pouvoir d'ordonner la prise de mesures raisonnables pour adapter des locaux ou des installations aux besoins des personnes atteintes d'une déficience. Suivant l'article 54, le Tribunal pouvait seulement rendre les ordonnances prévues à l'article 53, et ne pouvait pas exiger le retrait d'un employé d'un poste qu'il avait accepté de bonne foi, ou l'expulsion de l'occupant de bonne foi de locaux, de moyens d'hébergement ou de logements.

[19] En 1998, le Parlement a modifié la Loi; conjuguées aux dispositions législatives antérieures, ces modifications ont eu pour effet de conférer de nouveaux pouvoirs réparateurs au Tribunal (L.C. 1998, ch. 9, articles 27 et 28). Le nouvel alinéa 53(2)e) permettait au Tribunal d'indemniser jusqu'à concurrence de 20 000 \$ les victimes qui avaient souffert un préjudice moral. L'indemnité maximale pouvant être accordée en vertu du paragraphe 53(3) a été relevée de 5 000\$ à 20 000 \$. La nouvelle version du paragraphe 53(4) permettait

paragraph 54(1)(b) empowered the Tribunal to order, in addition to the remedial measures which were in place at the time *Taylor* was decided, compensation not exceeding \$10 000 for a victim specifically identified in the communication that constituted a discriminatory practice; and a new paragraph 54(1)(c) provided for a penalty of not more than \$10 000.

[20] Subsection 54(1.1), also added in 1998, set out the factors that the member or panel must take into account in deciding whether to order the person to pay the penalty at paragraph 54(1)(c), such as the nature of the discriminatory practice, the intent of the person who engaged in the practice, any prior history, and ability to pay.

[21] In 2001, Parliament further enacted, at subsection 13(2), that for greater certainty, discriminatory practices included communications via computers or the Internet: *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, section 88 (*Anti-terrorism Act*).

[22] The relevant provisions of the CHRA as they read now are as follows:

Purpose 2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.

...

désormais d'accorder des intérêts sur l'indemnité. Par ailleurs, le nouvel alinéa 54(1)(b) permettait au Tribunal, en plus de pouvoir prendre les mesures de réparation qui étaient en place au moment où l'arrêt *Taylor* avait été rendu, d'ordonner le versement d'une indemnité maximale de 10 000 \$ à la victime identifiée dans la communication constituant l'acte discriminatoire. Enfin, le nouvel alinéa 54(1)(c) prévoyait une sanction pécuniaire maximale de 10 000 \$.

[20] Le paragraphe 54(1.1), lui aussi ajouté en 1998, énonce les facteurs dont le membre instructeur du Tribunal doit tenir compte au moment de décider si une sanction pécuniaire doit être imposée en vertu de l'alinéa 54(1)(c), par exemple la nature de l'acte discriminatoire, la nature délibérée de l'acte, les antécédents discriminatoires de son auteur ou la capacité de payer de ce dernier.

[21] En 2001, le législateur a aussi précisé, au paragraphe 13(2), qu'il demeure entendu que les actes discriminatoires peuvent être faits au moyen d'un ordinateur ou d'Internet (voir l'article 88 de la *Loi anti-terroriste*, L.C. 2001, ch. 41).

[22] Voici le libellé en vigueur des dispositions pertinentes de la LCDP :

Objet 2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

[...]

Prohibited grounds of discrimination	<p>3. (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.</p>	<p>3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.</p>	Motifs de distinction illicite
Idem	<p>(2) Where the ground of discrimination is pregnancy or child-birth, the discrimination shall be deemed to be on the ground of sex.</p>	<p>(2) Une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe.</p>	Idem
	...	[...]	
Hate messages	<p>13. (1) It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.</p>	<p>13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.</p>	Propagande haineuse
Interpretation	<p>(2) For greater certainty, subsection (1) applies in respect of a matter that is communicated by means of a computer or a group of interconnected or related computers, including the Internet, or any similar means of communication, but does not apply in respect of a matter that is communicated in whole or in part by means of the facilities of a broadcasting undertaking.</p>	<p>(2) Il demeure entendu que le paragraphe (1) s'applique à l'utilisation d'un ordinateur, d'un ensemble d'ordinateurs connectés ou reliés les uns aux autres, notamment d'Internet, ou de tout autre moyen de communication semblable mais qu'il ne s'applique pas dans les cas où les services d'une entreprise de radiodiffusion sont utilisés.</p>	Interprétation
Interpretation	<p>(3) For the purposes of this section, no owner or operator of a telecommunication undertaking communicates or causes to be communicated any matter described in subsection (1) by reason only that the facilities of a telecommunication undertaking owned or operated by that person are used by other persons for the transmission of that matter.</p>	<p>(3) Pour l'application du présent article, le propriétaire ou exploitant d'une entreprise de télécommunication ne commet pas un acte discriminatoire du seul fait que des tiers ont utilisé ses installations pour aborder des questions visées au paragraphe (1).</p>	Interprétation
	...	[...]	
Report	<p>44. (1) An investigator shall, as soon as possible after the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.</p>	<p>44. (1) L'enquêteur présente son rapport à la Commission le plus tôt possible après la fin de l'enquête.</p>	Rapport

Action on receipt of report	(2) If, on receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission is satisfied	(2) La Commission renvoie le plaignant à l'autorité compétente dans les cas où, sur réception du rapport, elle est convaincue, selon le cas :	Suite à donner au rapport
	<i>(a)</i> that the complainant ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available, or	<i>a)</i> que le plaignant devrait épuiser les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;	
	<i>(b)</i> that the complaint could more appropriately be dealt with, initially or completely,	<i>b)</i> que la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes	
	by means of a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act,	les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale.	
	it shall refer the complainant to the appropriate authority.		
Idem	(3) On receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission	(3) Sur réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission :	Idem
	<i>(a)</i> may request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry under section 49 into the complaint to which the report relates if the Commission is satisfied	<i>a)</i> peut demander au président du Tribunal de désigner, en application de l'article 49, un membre pour instruire la plainte visée par le rapport, si elle est convaincue :	
	<i>(i)</i> that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted, and	<i>(i)</i> d'une part, que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié,	
	<i>(ii)</i> that the complaint to which the report relates should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e); or	<i>(ii)</i> d'autre part, qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la plainte en application du paragraphe (2) ni de la rejeter aux termes des alinéas 41(c) à e);	
	<i>(b)</i> shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied	<i>b)</i> rejette la plainte, si elle est convaincue :	
	<i>(i)</i> that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted, or	<i>(i)</i> soit que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié,	
	<i>(ii)</i> that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e).	<i>(ii)</i> soit que la plainte doit être rejetée pour l'un des motifs énoncés aux alinéas 41(c) à e).	
	...	[...]	

Appointment
of conciliator

47. (1) Subject to subsection (2), the Commission may, on the filing of a complaint, or if the complaint has not been

(a) settled in the course of investigation by an investigator,

(b) referred or dismissed under subsection 44(2) or (3) or paragraph 45(2)(a) or 46(2)(a), or

(c) settled after receipt by the parties of the notice referred to in subsection 44(4),

...

Conduct of
inquiry

50. (1) After due notice to the Commission, the complainant, the person against whom the complaint was made and, at the discretion of the member or panel conducting the inquiry, any other interested party, the member or panel shall inquire into the complaint and shall give all parties to whom notice has been given a full and ample opportunity, in person or through counsel, to appear at the inquiry, present evidence and make representations.

Power to
determine
questions of
law or fact

(2) In the course of hearing and determining any matter under inquiry, the member or panel may decide all questions of law or fact necessary to determining the matter.

Additional
powers

(3) In relation to a hearing of the inquiry, the member or panel may

(a) in the same manner and to the same extent as a superior court of record, summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce any documents and things that the member or panel considers necessary for the full hearing and consideration of the complaint;

(b) administer oaths;

(c) subject to subsections (4) and (5), receive and accept any evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, that the member or panel sees fit, whether or not that evidence or information is or would be admissible in a court of law;

Nomination
du
conciliateur

47. (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Commission peut charger un conciliateur d'arriver à un règlement de la plainte, soit dès le dépôt de celle-ci, soit ultérieurement dans l'un des cas suivants :

a) l'enquête ne mène pas à un règlement;

b) la plainte n'est pas renvoyée ni rejetée en vertu des paragraphes 44(2) ou (3) ou des alinéas 45(2)a) ou 46(2)a);

c) la plainte n'est pas réglée après réception par les parties de l'avis prévu au paragraphe 44(4).

[...]

Fonctions

50. (1) Le membre instructeur, après avis conforme à la Commission, aux parties et, à son appréciation, à tout intéressé, instruit la plainte pour laquelle il a été désigné; il donne à ceux-ci la possibilité pleine et entière de comparaître et de présenter, en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat, des éléments de preuve ainsi que leurs observations.

Questions de
droit et de
fait

(2) Il tranche les questions de droit et les questions de fait dans les affaires dont il est saisi en vertu de la présente partie.

Pouvoirs

(3) Pour la tenue de ses audiences, le membre instructeur a le pouvoir :

a) d'assigner et de contraindre les témoins à comparaître, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables à l'examen complet de la plainte, au même titre qu'une cour supérieure d'archives;

b) de faire prêter serment;

c) de recevoir, sous réserve des paragraphes (4) et (5), des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire;

	(d) lengthen or shorten any time limit established by the rules of procedure; and	<i>d)</i> de modifier les délais prévus par les règles de pratique;	
	(e) decide any procedural or evidentiary question arising during the hearing.	<i>e)</i> de trancher toute question de procédure ou de preuve.	
Limitation in relation to evidence	(4) The member or panel may not admit or accept as evidence anything that would be inadmissible in a court by reason of any privilege under the law of evidence.	(4) Il ne peut admettre en preuve les éléments qui, dans le droit de la preuve, sont confidentiels devant les tribunaux judiciaires.	Restriction
Conciliators as witnesses	(5) A conciliator appointed to settle the complaint is not a competent or compellable witness at the hearing.	(5) Le conciliateur n'est un témoin ni compétent ni contraignable à l'instruction.	Le conciliateur n'est ni compétent ni contraignable
Witness fees	(6) Any person summoned to attend the hearing is entitled in the discretion of the member or	(6) Les témoins assignés à comparaître en vertu du présent article peuvent, à l'appréciation	Frais des témoins
	panel to receive the same fees and allowances as those paid to persons summoned to attend before the Federal Court.	du membre instructeur, recevoir les frais et indemnités accordés aux témoins assignés devant la Cour fédérale.	
Duty of Commission on appearing	51. In appearing at a hearing, presenting evidence and making representations, the Commission shall adopt such position as, in its opinion, is in the public interest having regard to the nature of the complaint.	51. En comparaisant devant le membre instructeur et en présentant ses éléments de preuve et ses observations, la Commission adopte l'attitude la plus proche, à son avis, de l'intérêt public, compte tenu de la nature de la plainte.	Obligations de la Commission
Hearing in public subject to confidentiality order	52. (1) An inquiry shall be conducted in public, but the member or panel conducting the inquiry may, on application, take any measures and make any order that the member or panel considers necessary to ensure the confidentiality of the inquiry if the member or panel is satisfied, during the inquiry or as a result of the inquiry being conducted in public, that	52. (1) L'instruction est publique, mais le membre instructeur peut, sur demande en ce sens, prendre toute mesure ou rendre toute ordonnance pour assurer la confidentialité de l'instruction s'il est convaincu que, selon le cas :	Instruction en principe publique
	(a) there is a real and substantial risk that matters involving public security will be disclosed;	<i>a)</i> il y a un risque sérieux de divulgation de questions touchant la sécurité publique;	
	(b) there is a real and substantial risk to the fairness of the inquiry such that the need to prevent disclosure outweighs the societal interest that the inquiry be conducted in public;	<i>b)</i> il y a un risque sérieux d'atteinte au droit à une instruction équitable de sorte que la nécessité d'empêcher la divulgation de renseignements l'emporte sur l'intérêt qu'a la société à ce que l'instruction soit publique;	
	(c) there is a real and substantial risk that the disclosure of personal or other matters will cause undue hardship to the persons involved such that the need to prevent disclosure outweighs the societal interest that the inquiry be conducted in public; or	<i>c)</i> il y a un risque sérieux de divulgation de questions personnelles ou autres de sorte que la nécessité d'empêcher leur divulgation dans l'intérêt des personnes concernées ou dans l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt qu'a la société à ce que l'instruction soit publique;	

	<p>(d) there is a serious possibility that the life, liberty or security of a person will be endangered.</p>	<p>d) il y a une sérieuse possibilité que la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne puisse être mise en danger par la publicité des débats.</p>	
Confidentiality of application	<p>(2) If the member or panel considers it appropriate, the member or panel may take any measures and make any order that the member or panel considers necessary to ensure the confidentiality of a hearing held in respect of an application under subsection (1).</p>	<p>(2) Le membre instructeur peut, s'il l'estime indiqué, prendre toute mesure ou rendre toute ordonnance qu'il juge nécessaire pour assurer la confidentialité de la demande visée au paragraphe (1).</p>	Confidentialité
Complaint dismissed	<p>53. (1) At the conclusion of an inquiry, the member or panel conducting the inquiry shall dismiss the complaint if the member or panel finds that the complaint is not substantiated.</p>	<p>53. (1) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur rejette la plainte qu'il juge non fondée.</p>	Rejet de la plainte
Complaint substantiated	<p>(2) If at the conclusion of the inquiry the member or panel finds that the complaint is substantiated, the member or panel may, subject to section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in the order any of the following terms that the member or panel considers appropriate:</p> <p>(a) that the person cease the discriminatory practice and take measures, in consultation with the Commission on the general purposes of the measures, to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in future, including</p> <p>(i) the adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or</p> <p>(ii) making an application for approval and implementing a plan under section 17;</p> <p>(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, the rights, opportunities or privileges that are being or were denied the victim as a result of the practice;</p> <p>(c) that the person compensate the victim for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice;</p>	<p>(2) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur qui juge la plainte fondée, peut, sous réserve de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire :</p> <p>a) de mettre fin à l'acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures de redressement ou des mesures destinées à prévenir des actes semblables, notamment :</p> <p>(i) d'adopter un programme, un plan ou un arrangement visés au paragraphe 16(1),</p> <p>(ii) de présenter une demande d'approbation et de mettre en œuvre un programme prévus à l'article 17;</p> <p>b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l'acte l'a privée;</p> <p>c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;</p>	Plainte jugée fondée

	<p>(d) that the person compensate the victim for any or all additional costs of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and</p> <p>(e) that the person compensate the victim, by an amount not exceeding twenty thousand dollars, for any pain and suffering that the victim experienced as a result of the discriminatory practice.</p>	<p>d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des frais supplémentaires occasionnés par le recours à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte;</p> <p>e) d'indemniser jusqu'à concurrence de 20 000 \$ la victime qui a souffert un préjudice moral.</p>	
Special compensation	<p>(3) In addition to any order under subsection (2), the member or panel may order the person to pay such compensation not exceeding twenty thousand dollars to the victim as the member or panel may determine if the member or panel finds that the person is engaging or has engaged in the discriminatory practice wilfully or recklessly.</p>	<p>(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le membre instructeur peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de 20 000 \$, s'il en vient à la conclusion que l'acte a été délibéré ou inconsidéré.</p>	Indemnité spéciale
Interest	<p>(4) Subject to the rules made under section 48.9, an order to pay compensation under this section may include an award of interest at a rate and for a period that the member or panel considers appropriate.</p>	<p>(4) Sous réserve des règles visées à l'article 48.9, le membre instructeur peut accorder des intérêts sur l'indemnité au taux et pour la période qu'il estime justifiés.</p>	Intérêts
Orders relating to hate messages	<p>54. (1) If a member or panel finds that a complaint related to a discriminatory practice described in section 13 is substantiated, the member or panel may make only one or more of the following orders:</p> <p>(a) an order containing terms referred to in paragraph 53(2)(a);</p> <p>(b) an order under subsection 53(3) to compensate a victim specifically identified in the communication that constituted the discriminatory practice; and</p> <p>(c) an order to pay a penalty of not more than ten thousand dollars.</p>	<p>54. (1) Le membre instructeur qui juge fondée une plainte tombant sous le coup de l'article 13 peut rendre :</p> <p>a) l'ordonnance prévue à l'alinéa 53(2)a);</p> <p>b) l'ordonnance prévue au paragraphe 53(3) — avec ou sans intérêts — pour indemniser la victime identifiée dans la communication constituant l'acte discriminatoire;</p> <p>c) une ordonnance imposant une sanction pécuniaire d'au plus 10 000 \$.</p>	Cas de propagande haineuse
Factors	<p>(1.1) In deciding whether to order the person to pay the penalty, the member or panel shall take into account the following factors:</p> <p>(a) the nature, circumstances, extent and gravity of the discriminatory practice; and</p>	<p>(1.1) Il tient compte, avant d'imposer la sanction pécuniaire visée à l'alinéa (1)c) :</p> <p>a) de la nature et de la gravité de l'acte discriminatoire ainsi que des circonstances l'entourant;</p>	Facteurs

(b) the wilfulness or intent of the person who engaged in the discriminatory practice, any prior discriminatory practices that the person has engaged in and the person's ability to pay the penalty.

b) de la nature délibérée de l'acte, des antécédents discriminatoires de son auteur et de sa capacité de payer.

Idem

(2) No order under subsection 53(2) may contain a term

(2) L'ordonnance prévue au paragraphe 53(2) ne peut exiger : Idem

(a) requiring the removal of an individual from a position if that individual accepted employment in that position in good faith; or

a) le retrait d'un employé d'un poste qu'il a accepté de bonne foi;

(b) requiring the expulsion of an occupant from any premises or accommodation, if that occupant obtained such premises or accommodation in good faith.

b) l'expulsion de l'occupant de bonne foi de locaux, moyens d'hébergement ou logements.

DECISION UNDER REVIEW

[23] In the decision, the Tribunal found that the evidence did not establish that Mr. Lemire had actual or constructive knowledge of the content of Mr. Harrison's posts on the Freedomsite.org message board notwithstanding Lemire's role as administrator of the host website. Similarly, there was no evidence to establish a *prima facie* case that Mr. Lemire was aware of posts submitted by persons other than Mr. Harrison that could constitute hate messages. These were posted on "threads" or strings of messages that Lemire did not directly control or regularly visit. Mr. Lemire thus did not "communicate or cause to communicate" these messages within the meaning of section 13 of the Act.

[24] With regards to JRBooksonline.com, the Tribunal found that there was "insufficient evidence to establish, even on a *prima facie* basis, that Mr. Lemire or a group of persons that includes him, communicated or caused to be communicated, the material found on JRBooksonline.com, within the meaning of s. 13" (at paragraph 47 of the decision). Mr. Warman had alleged that the website was controlled by Mr. Lemire. The Tribunal found that the evidence showed that while Mr. Lemire had assisted with the registration of the

DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

[23] Dans sa décision, le Tribunal a conclu que les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir que M. Lemire avait une connaissance, directement ou par déduction, du contenu des messages affichés par M. Harrison sur le babillard électronique du site Freedomsite.org, et ce, indépendamment du fait que M. Lemire était administrateur du site Web hôte. De même, aucun élément de preuve ne permettait d'établir une preuve *prima facie* du fait que M. Lemire savait que des personnes autres que M. Harrison affichaient des messages pouvant constituer de la propagande haineuse. Ces messages ont été diffusés sur des « fils » ou des chaînes de messages que M. Lemire ne consultait pas régulièrement et sur lesquels il n'exerçait aucune emprise directe. Par conséquent, M. Lemire n'a pas « communiqué ou fait communiquer » ces messages au sens de l'article 13 de la Loi.

[24] En ce qui a trait au site JRBooksonline.com, le Tribunal a conclu que « la preuve est insuffisante pour établir, même *prima facie*, que M. Lemire ou un groupe de personnes dont il fait partie, a transmis ou a fait transmettre, au sens de l'article 13, les documents qui figuraient dans le site Web JRBooksonline.com. » (au paragraphe 47 de la décision). M. Warman avait affirmé que le site Web était dirigé par M. Lemire. Le Tribunal a conclu que les éléments de preuve permettaient d'établir que, à l'origine, M. Lemire avait participé à

domain at the outset, a third party was the webmaster and the owner of that website and that there was no evidence that Mr. Lemire visited the site or controlled its content.

[25] Regarding a poem Mr. Lemire had posted on the website Stormfront.org, the Tribunal found that the content did not amount to hate speech as defined by the Supreme Court in *Taylor*. A number of other articles posted by Mr. Lemire or of which he evidently had actual or constructive knowledge, which were posted on his site, Freedomsite.org, were also found to not amount to hate speech as they fell short of expressing the required level of detestation, calumny and vilification to meet the test.

[26] Lemire had control over the posting of articles in a section of the Freedomsite.org site which published the work of authors described as “Controversial Columnists”. Any member of the public could access that section of the website. One of the articles posted there by Lemire was entitled “AIDS Secrets”. The Tribunal found that the article contained material that is likely to expose homosexuals and blacks to hatred or contempt (at paragraph 198 of the decision), and that Mr. Lemire repeatedly communicated the matter within the meaning of section 13 (at paragraph 212 of the decision). The complaint was thus substantiated in respect of that one item. Mr. Lemire has not sought judicial review of that finding.

[27] Turning to the issue of the constitutionality of section 13 of the Act, the Tribunal noted that the question had been determined by the Supreme Court in *Taylor*. While the Supreme Court had found that subsection 13(1) infringed Charter paragraph 2(b), it was satisfied that the enactment satisfied both aspects of the test for justification under Charter section 1: *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 [*Oakes*] (a sufficiently important objective and a proportional measure to achieve it).

l’enregistrement du nom de domaine du site, mais qu’une tierce partie agissait à titre d’administratrice et de propriétaire du site Web, et qu’aucun élément de preuve n’établissait que M. Lemire consultait le site ou exerçait un contrôle sur son contenu.

[25] En ce qui concerne un poème que M. Lemire avait affiché sur le site Web Stormfront.org, le Tribunal a conclu que le poème ne constituait pas de la propagande haineuse au sens donné à ce terme par la Cour suprême dans l’arrêt *Taylor*. En outre, il a été conclu qu’un certain nombre d’articles affichés sur le site de M. Lemire, Freedomsite.org, ou desquels il avait une connaissance, directement ou par déduction, ne constituait pas de la propagande haineuse, vu qu’ils ne véhiculaient pas le degré de détestation, de calomnie et de diffamation requis pour répondre au critère établi en la matière.

[26] M. Lemire exerçait un contrôle sur l’affichage des articles dans une section du site Freedomsite.org intitulé « Controversial Columnists » (« chroniqueurs controversés »). Tout membre du public pouvait accéder à cette section du site Web. L’un des articles affichés à cet endroit par M. Lemire était intitulé « AIDS Secrets » (« Les secrets du sida »). Le Tribunal a conclu que l’article contenait des passages susceptibles d’exposer les homosexuels et les noirs à la haine ou au mépris (au paragraphe 198 de la décision), et que M. Lemire les avait communiqués de façon répétée au sens de l’article 13 (au paragraphe 212 de la décision). Il a donc été conclu que la plainte était fondée à cet égard. M. Lemire n’a pas demandé que cette conclusion fasse l’objet d’un contrôle judiciaire.

[27] En ce qui a trait à la question de la constitutionnalité de l’article 13 de la Loi, le Tribunal a souligné que la Cour suprême avait tranché cette question dans l’arrêt *Taylor*. Bien qu’elle ait conclu que le paragraphe 13(1) de la Loi contrevenait à l’alinéa 2b) de la Charte, la Cour suprême a indiqué qu’elle était convaincue que cette disposition législative répondait aux deux volets du critère relatif à la justification au regard de l’article premier de la Charte : *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 [l’arrêt *Oakes*] (un objectif suffisamment important et une mesure proportionnelle pour l’atteindre).

[28] The Tribunal considered that it could revisit the question of section 1 justification since the section 13 regime had been modified by Parliament since *Taylor*. As such, the Tribunal found that *Taylor* was distinguishable from the case at hand. The scheme of the Act had been changed from “an exclusively remedial, preventive and conciliatory” regime (at paragraph 279 of the decision) at the time of *Taylor* to one that was quasi-penal. In the Tribunal’s view, this stemmed largely from the amendments to the Act in 1998 mentioned at paragraph 19 above, which authorized the Tribunal, in addition to issuing a cease and desist order and ordering that the victim be compensated up to the amount of now \$20 000, to order the defendant to pay a penalty of up to \$10 000 dollars having considered certain specified factors (the new paragraph 54(1)(c) of 1998).

[29] The Tribunal found that the Commission’s practice of referring section 13 complaints contributed to its finding that the nature of the scheme had changed since it was considered in *Taylor* (at paragraph 283 of the decision). The Tribunal expressed five concerns: first, that the Commission referred this complaint to the Tribunal even though most of the impugned material had already been removed from the Internet; second, that the Commission had referred other complaints to the Tribunal under section 13 in similar circumstances; third, that it had declined the respondent’s request that a mediator or conciliator be appointed; fourth, that the Commission showed a low settlement rate for section 13 complaints; and fifth, that the Commission did not generally offer to mediate section 13 complaints.

[30] Based on the legislative changes and concerns about the Commission’s practices, the Tribunal concluded that it was not bound by *Taylor* as it considered that the majority decision in that case had been premised on the assumption that the Commission’s procedures functioned in a conciliatory manner as intended by the statute. At paragraph 290 of the decision, the Tribunal stated:

[28] Le Tribunal a estimé qu’il pouvait réexaminer la question du caractère justifiable de l’article 13 au regard de l’article premier de la Charte, vu que la Loi a été modifiée par le Parlement depuis que l’arrêt *Taylor* a été rendu. Ainsi, le Tribunal a conclu qu’il était possible de distinguer le cas en l’espèce de l’affaire *Taylor*. À l’époque où l’arrêt *Taylor* a été rendu, la Loi présentait un « caractère exclusivement réparateur, préventif et conciliatoire » (au paragraphe 279 de la décision), alors qu’il présente désormais un caractère quasi pénal. De l’avis du Tribunal, cela était en grande partie attribuable aux modifications apportées à la Loi en 1998, mentionnées au paragraphe 19 des présentes, lesquelles habilitaient le Tribunal non seulement à délivrer une ordonnance d’interdiction et à accorder une indemnité maximale de 20 000 \$ à la victime, mais également, après l’examen de quelques facteurs bien précis, à imposer au défendeur une sanction pécuniaire maximale de 10 000 \$ (le nouvel alinéa 54(1)c) de 1998).

[29] Le Tribunal a conclu que la pratique de la Commission consistant à lui renvoyer les plaintes fondées sur l’article 13 avait contribué à sa conclusion selon laquelle la nature de la Loi avait changé depuis qu’elle avait été examinée dans le cadre de l’arrêt *Taylor* (au paragraphe 283 de la décision). Le Tribunal a exprimé les cinq préoccupations suivantes : la Commission a renvoyé la plainte au Tribunal même si la majeure partie des documents litigieux avaient déjà été retirés d’Internet; dans des circonstances semblables, la Commission avait renvoyé au Tribunal d’autres plaintes fondées sur l’article 13; la Commission a rejeté la demande de médiation ou de conciliation présentée par l’intimé; le taux de règlement des plaintes fondées sur l’article 13 de la Commission était faible; enfin, en règle générale, la Commission n’offre pas de séance de médiation dans les cas de plaintes fondées sur l’article 13.

[30] En se fondant sur les modifications législatives et les préoccupations soulevées par les pratiques de la Commission, le Tribunal a conclu qu’il n’était pas lié par l’arrêt *Taylor*, vu que, selon lui, dans cette affaire, l’arrêt rendu à la majorité s’appuyait sur le principe selon lequel la procédure de la Commission était de nature conciliatoire, conformément à l’esprit de la loi. Au paragraphe 290 de la décision, le Tribunal a déclaré ce qui suit :

In my view, it is clear that *Taylor's* confidence that the human rights process under the *Act* merely serves to prevent discrimination and compensate victims hinged on the absence of any penal provision akin to the one now found at s. 54(1)(c), as well as on the belief that the process itself was not only structured, but actually functioned in as conciliatory manner as possible. The evidence before me demonstrates that the situation is not as the Court contemplated in both respects. Thus, following the reasoning of Justice Dickson, at 933, one can no longer say that the absence of intent in s. 13(1) “raises no problem of minimal impairment” and “does not impinge so deleteriously upon the s. 2(b) freedom of expression so as to make intolerable” the provision’s existence in a free and democratic society. On this basis, I find that the *Oakes* minimum impairment test has not been satisfied, and that s. 13(1) goes beyond what can be defended as a reasonable limit on free expression under s. 1 of the *Charter*.

[31] The combined effect of the legislative changes and of the Commission’s practices in administering the revised statute compelled the conclusion, in the Tribunal’s view, that section 13 in conjunction with paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1), no longer minimally impaired the right to freedom of speech and could not be saved under section 1 of the *Charter*. In arriving at this conclusion the Tribunal did not find that the compensation provisions in subsection 53(3) and paragraph 54(1)(b), the cease and desist order power in paragraph 54(1)(a), or the other remedial measures in section 53, were constitutionally unsound but focused exclusively on paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1).

[32] As noted at paragraph 21 above, section 13 had been further amended in 2001 to insert the current version of subsection 13(2) which provides, for greater certainty, that the definition of discriminatory practices set out in subsection 13(1) applies to communications by means of a computer or group of interconnected or related computers, including the Internet. The impact of the Internet on communications contributed to the Tribunal’s *Charter* section 1 analysis, but it did not rely on this amendment to reach its invalidity finding.

Selon moi, il est clair que la conclusion de la Cour dans la décision *Taylor*, selon laquelle le processus relatif aux droits de la personne prévu dans la Loi ne vise que la prévention de la discrimination et l’indemnisation des victimes, découlait directement de l’absence d’une disposition pénale semblable à celle qui figure à l’alinéa 54(1)c), ainsi que de la conviction que non seulement le processus lui-même était structuré, mais qu’il fonctionnait de la manière la plus conciliatrice possible. La preuve qui m’a été soumise démontre que la situation n’est pas ce que la Cour envisageait sur ces deux points. Par conséquent, selon le raisonnement du juge Dickson, à la page 933, on ne peut plus affirmer que l’absence d’un élément d’intention au paragraphe 13(1) « ne soulève aucun problème en matière d’atteinte minimale » et « n’a pas d’incidence si préjudiciable sur la liberté d’expression garantie par l’alinéa 2b) que la présence de la disposition contestée devient intolérable » dans une société libre et démocratique. Pour ce motif, je conclus que le critère de l’atteinte minimale énoncé dans l’arrêt *Oakes* n’a pas été satisfait et que le paragraphe 13(1) va au-delà de ce qui peut être justifié au regard de l’article premier de la Charte, en tant que limite raisonnable à la liberté d’expression.

[31] Selon le Tribunal, l’effet conjugué des modifications législatives et des pratiques de la Commission au moment d’appliquer la loi modifiée a imposé la conclusion selon laquelle l’article 13, l’alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1) ne portaient plus une atteinte minimale à la liberté d’expression, et ne pouvaient pas être sauvegardés au regard de l’article premier de la Charte. Au moment d’en arriver à cette conclusion, le Tribunal n’a pas conclu que le paragraphe 53(3) et l’alinéa 54(1)b) — les dispositions relatives à l’indemnisation —, l’alinéa 54(1)a) — qui octroie le pouvoir de délivrer une ordonnance d’interdiction — ou les autres mesures réparatrices prévues à l’article 53 étaient inconstitutionnels, et s’est plutôt concentré exclusivement sur l’alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1).

[32] Comme il a été souligné au paragraphe 21 des présentes, en 2001, l’article 13 a de nouveau été modifié; on y a ajouté la version actuelle du paragraphe 13(2), lequel prévoit qu’il demeure entendu que la définition d’actes discriminatoires énoncée au paragraphe 13(1) s’applique à l’utilisation d’un ordinateur, d’un ensemble d’ordinateurs connectés ou reliés les uns aux autres, notamment d’Internet. L’incidence d’Internet sur les communications a contribué à l’analyse de l’article premier de la Charte effectuée par le Tribunal, mais celui-ci

[33] Mr. Lemire had also alleged that section 13 infringed on his freedom of conscience or religion, as guaranteed under paragraph 2(a) of the Charter. The Tribunal found that there was no evidence that the messages in question had been made as a matter of conscience or religious practice. Arguments that sections 13 and 54 of the Act violated Mr. Lemire's section 7 Charter rights were held to be inadequate to support a constitutional remedy. The Tribunal found that the incidents cited by Mr. Lemire in support of these arguments did not bring his life, liberty or security of the person into question as required by the Supreme Court in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 47. Evidence that the Commission cooperated with law enforcement agencies on some occasions was found to have no bearing on the circumstances of Mr. Lemire's case.

[34] Mr. Lemire argued in addition that the Supreme Court's findings in *Taylor* were based on fundamental factual and evidentiary errors. The Tribunal did not find it appropriate to revisit every aspect of the Supreme Court's Charter analysis, noting at paragraph 221 of the decision that it remained bound by most of the findings in *Taylor* and by *McAleer v. Canada (Human Rights Commission)* 1999 CanLII 8202, 175 D.L.R. (4th) 766 (F.C.A.) (*McAleer*). In *McAleer*, the Federal Court of Appeal had applied the *Taylor* findings to matters exposing persons to hatred or contempt on grounds other than those raised in *Taylor* (race and religion) such as sexual orientation, as in the case of the "AIDS Secrets" article.

[35] Mr. Lemire contended that the manner in which the 2001 amendment to subsection 13(2), specifying that it applied to computers and the Internet, was adopted,

ne s'est pas fondé sur cette modification pour en arriver à sa conclusion relative à l'invalidité.

[33] M. Lemire avait également affirmé que l'article 13 portait atteinte à sa liberté de conscience ou de religion, garantie par l'alinéa 2a) de la Charte. Le Tribunal a conclu qu'aucun élément de preuve n'établissait que les messages en cause avaient été rédigés pour des raisons de conscience ou de religion, et que les arguments selon lesquels les articles 13 et 54 de la Loi violaient les droits garantis à M. Lemire par l'article 7 de la Charte n'étaient pas suffisants pour justifier l'octroi d'une réparation constitutionnelle. D'après le Tribunal, les incidents mentionnés par M. Lemire à l'appui de ces arguments ne mettaient pas en cause sa vie, sa liberté ou la sécurité de sa personne, conformément au critère établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, au paragraphe 47. Il a été conclu que les éléments de preuve selon lesquels la Commission avait parfois collaboré avec des organismes d'application de la loi n'avaient aucune incidence sur l'affaire concernant M. Lemire.

[34] En outre, M. Lemire a fait valoir que les conclusions tirées par la Cour suprême dans l'arrêt *Taylor* étaient fondées sur des erreurs factuelles et des erreurs de preuve fondamentales. Le Tribunal estimait qu'il n'était pas approprié de réexaminer chaque élément de l'analyse des dispositions de la Charte effectuée par la Cour suprême, faisant observer au paragraphe 221 de sa décision qu'il demeurerait lié par la plupart des conclusions de l'arrêt *Taylor* et de l'arrêt *McAleer c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 1999 CanLII 8202 (C.A.F.) (l'arrêt *McAleer*). Dans l'arrêt *McAleer*, la Cour d'appel fédérale avait appliqué les conclusions de l'arrêt *Taylor* à des affaires où des personnes avaient été exposées à la haine ou au mépris sur le fondement de motifs autres que ceux mentionnés dans l'arrêt *Taylor* (la race et la religion), par exemple l'orientation sexuelle, comme c'est le cas dans l'article intitulé « AIDS Secrets ».

[35] M. Lemire a soutenu que le fait que la modification de 2001 au paragraphe 13(2) — précisant que cette disposition s'applique aux ordinateurs et à Internet — avait

as part of the *Anti-terrorism Act*, demonstrated that section 13 is not a remedial statute to prevent discrimination but rather has as its objective to control opposition to government policies such as multiculturalism. The Tribunal, citing the legislative history of the amendment, found that this did not represent a change in circumstances that would justify revisiting the Supreme Court's findings in *Taylor* regarding subsection 13(1)'s objective (at paragraph 231 of the decision). The amendment was adopted to clarify what was already the interpretation of the section, that it applied to the communication of hate messages using new technology.

[36] The Tribunal acknowledged that a formal declaration of invalidity was not a remedy available to it: *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5. Citing *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 (*Martin*), at paragraphs 26–27, the Tribunal refused to apply section 13 and subsections 54(1) and (1.1) to issue a remedial order against Mr. Lemire for his breach of the Act.

[37] While not expressly stated in the Tribunal's decision, the authority to decline to apply the statute was exercised under subsection 52 (1) of the *Constitution Act, 1982* (see *Martin*, at paragraph 28). Mr. Lemire had also sought a remedy under subsection 24(1) of the Charter before the Tribunal, as he does before this Court, but has not articulated how subsection 24(1) might apply or what remedy the Tribunal or the Court might fashion under that section for the alleged breach of his Charter rights.

ISSUES

[38] The Commission, supported by the respondent Richard Warman and the interveners the ACLC, B'nai

été adoptée dans le cadre de la *Loi antiterroriste*, ce qui prouvait que l'article 13 constituait non pas une disposition législative réparatrice visant à empêcher la discrimination, mais plutôt un moyen visant à maîtriser l'opposition aux politiques gouvernementales comme celles en matière de multiculturalisme. À propos de cet historique de la modification législative en question, le Tribunal a conclu que la nouvelle disposition législative ne représentait pas un changement de situation justifiant le réexamen des conclusions tirées par la Cour suprême dans l'arrêt *Taylor* quant à l'objectif du paragraphe 13(1) (au paragraphe 231 de la décision). La modification avait été adoptée afin de préciser l'interprétation existante de cet article, à savoir qu'il s'appliquait à la communication de propagande haineuse au moyen des nouvelles technologies.

[36] Le Tribunal a reconnu qu'il ne pouvait pas prononcer une déclaration d'invalidité en bonne et due forme, en raison de l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5. En s'appuyant sur l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 [l'arrêt *Martin*], aux paragraphes 26 et 27, le Tribunal a refusé d'appliquer l'article 13 et les paragraphes 54(1) et 54(1.1) de manière à délivrer une ordonnance réparatrice à l'endroit de M. Lemire en raison de sa violation de la Loi.

[37] Même si cela n'est pas expressément mentionné dans la décision du Tribunal, celui-ci a exercé son pouvoir de refuser d'appliquer la Loi en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (voir l'arrêt *Martin*, au paragraphe 28). Devant le Tribunal, comme il le fait à présent devant la Cour, M. Lemire avait cherché à obtenir une réparation au titre du paragraphe 24(1) de la Charte, mais il n'a pas expliqué comment ce paragraphe pourrait s'appliquer, ni quelle réparation le Tribunal ou la Cour pourrait envisager de lui octroyer au titre de ce paragraphe relativement à la violation alléguée des droits garantis par la Charte dont il aurait été victime.

QUESTIONS EN LITIGE

[38] La Commission, appuyée par le défendeur, Richard Warman, et les intervenants, à savoir l'ACLC

Brith and the SWC, frames the issues on the present application in the following terms:

a. whether the Tribunal erred in law when it found that the manner by which the Commission exercises its statutory mandate could render sections 13 and 54(1)(a) & (b) of the CHRA unconstitutional; and

b. whether the Tribunal erred when it refused to apply section 13 and section 54(1) and (1.1) of the CHRA in their entirety when the constitutional concern could be remedied by refusing to apply sections 54(1)(c) and (1.1) of the CHRA.

[39] The Commission submits that it seeks to preserve the core of the scheme established in 1977 and applied in the modern context to Internet based communications. The Commission does not contest the Tribunal's ruling with respect to the penalty provisions and, in its oral submissions, indicated that it has not taken the position since the Tribunal's decision in this matter that the penalty provisions should be applied in other proceedings. It argues that the only constitutional remedy that should have flowed from the Tribunal's findings is that the penalty provisions ought to be read out of the statute, applying the doctrine of severance.

[40] The Commission contends that the Tribunal erred in not issuing a declaration that the publication of the article "AIDS Secrets" constituted a breach of section 13 and in failing to exercise the Tribunal's jurisdiction to consider whether a remedy ought to be granted under paragraph 54(1)(a)—the authority to issue a cease and desist order—or paragraph 54(1)(b)—the compensation provision. The Commission does not contend that the Tribunal was obliged to make an order under either of these provisions but argues that the Tribunal was bound to make the subsection 13(1) declaration and consider these remedies. It seeks to have the matter remitted to the Tribunal for these purposes.

[41] In oral argument, the Commission pointed out that there is no formal application before the Court for

(African Canadian Legal Clinic), B'Nai Brith et le CSW, a libellé les questions en litige relatives à la présente demande de la manière suivante :

a) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en concluant que la manière dont la Commission exerce son mandat légal pourrait rendre inconstitutionnels l'article 13 et les alinéas 54(1)a) et 54(1)b) de la LCDP?

b) Est-ce que le Tribunal a commis une erreur en refusant d'appliquer l'article 13 et les paragraphes 54(1) et 54(1.1) de la LCDP dans leur intégralité, alors que la préoccupation d'ordre constitutionnel pourrait être atténuée par le refus d'appliquer l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1) de la LCDP?

[39] La Commission soutient qu'elle tient à préserver l'essentiel du régime établi en 1977, et qui s'applique dans un contexte moderne aux communications par Internet. La Commission ne conteste pas la décision rendue par le Tribunal relativement aux dispositions sur les sanctions, et, durant ses observations de vive voix, elle a indiqué que, depuis la décision du Tribunal, elle n'avait pas fait valoir que les dispositions sur les sanctions devraient être appliquées dans d'autres instances. Elle avance que l'unique réparation constitutionnelle qui aurait dû découler des conclusions du Tribunal est celle selon laquelle les dispositions sur les sanctions devraient être exclues de la loi par application de la doctrine de la dissociation.

[40] La Commission soutient que le Tribunal a commis une erreur en omettant de déclarer que la publication de l'article intitulé « AIDS Secrets » constituait une violation de l'article 13, et en n'exerçant pas son pouvoir d'examiner si une réparation devait être accordée au titre de l'alinéa 54(1)a) — qui lui octroie le pouvoir de délivrer une ordonnance d'interdiction — ou de l'alinéa 54(1)b) — qui contient les dispositions relatives aux indemnités. La Commission ne fait pas valoir que le Tribunal était obligé de délivrer une ordonnance au titre de l'un ou l'autre de ces alinéas, mais plutôt que le Tribunal devait faire la déclaration relative au paragraphe 13(1) et envisager la prise de ces mesures réparatrices. À ces fins, la Commission cherche à faire renvoyer l'affaire au Tribunal.

[41] Durant sa plaidoirie orale, la Commission a souligné qu'aucune demande officielle de contrôle judiciaire

judicial review of the Tribunal's finding that Mr. Lemire contravened subsection 13(1). A request for a declaration of constitutional invalidity is contained in the notice of constitutional question which was served in May 2011. The Commission takes the position that the only issues properly before me in this proceeding are those set out in its notice of application. If the respondent Lemire is successful in defending the application, the Commission argues, the only remedy available to the Court under section 18.1 of the *Federal Courts Act* is to dismiss the application.

[42] Mr. Lemire, supported by the interveners CFSL, CAFE, the CCLA and the BCCLA, calls for a broader consideration of the constitutionality of the hate speech regime governed by section 13 of the Act. They strenuously object to the scope of this application being restricted to the issues framed in the Commission's notice of application. As the Tribunal found in Mr. Lemire's favour on his constitutional motion, they argue, he had no basis in law to seek judicial review of that decision. Since this Court has the authority to make a general declaration of constitutional invalidity he should not be restrained from seeking such relief through the vehicle of the application brought by the Commission.

[43] As noted by Justice Anne Mactavish in *Air Canada Pilots Association v. Kelly*, 2011 FC 120, [2012] 4 F.C.R. 277, at paragraphs 481–489, the power of this Court to grant declaratory relief is predicated upon a finding that the Tribunal in question erred in one of the ways identified in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*. In that case, Justice Mactavish found that the Tribunal had not erred in its determination of Charter invalidity. Consequently, she held, the remedial powers conferred on the Court by subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act* were not engaged. The proper remedy in those circumstances was to dismiss the applications for judicial review insofar as they related to the Charter issue. Assuming, without deciding, that a general declaration of invalidity could ever be granted

de la conclusion du Tribunal selon laquelle M. Lemire avait contrevenu au paragraphe 13(1) n'avait été soumise à la Cour. Une demande de déclaration d'inconstitutionnalité est contenue dans l'avis de question constitutionnelle signifié en mai 2011. La Commission estime que les seules questions sur lesquelles je dois me pencher en l'espèce sont celles énoncées dans l'avis de demande qu'elle a déposé. D'après la Commission, si le défendeur, M. Lemire, réussit à contester la demande, l'unique recours qui s'offrira à la Cour consistera à rejeter la demande, conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[42] M. Lemire réclame qu'un examen plus vaste de la constitutionnalité du régime législatif relatif à la propagande haineuse régie par l'article 13 de la Loi soit effectué, et dispose à cet égard du soutien des intervenants suivants : la CFSL, la CAFE, l'ACLC (Association canadienne des libertés civiles) et la BCCLA. Ces derniers s'opposent vigoureusement à ce que la portée de la présente demande soit restreinte aux questions énoncées dans l'avis de demande de la Commission. Comme le Tribunal a tranché en faveur de M. Lemire en ce qui a trait à sa requête de nature constitutionnelle, ils font valoir que la demande de contrôle judiciaire de la décision n'était pas fondée en droit. Comme la Cour a le pouvoir de prononcer une déclaration générale d'inconstitutionnalité, M. Lemire ne devrait pas être empêché d'obtenir une telle réparation par l'intermédiaire de la demande déposée par la Commission.

[43] Comme l'a mentionné la juge Anne Mactavish dans la décision *Association des pilotes d'Air Canada c. Kelly*, 2011 CF 120, [2012] 4 R.C.F. 277, aux paragraphes 481 à 489, le pouvoir qu'a la Cour d'accorder un jugement déclaratoire est subordonné au fait qu'il soit conclu que le tribunal en question a commis une erreur de l'une des quatre façons mentionnées au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Dans ce jugement, la juge Mactavish a conclu que le Tribunal n'avait pas commis d'erreur en concluant à l'invalidité au regard de la Charte. Par conséquent, elle a conclu que les pouvoirs de réparation conférés à la Cour par le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* n'entraient pas en jeu. La mesure de réparation appropriée consistait à rejeter les demandes de contrôle

to a responding party on an application for judicial review, she declined to grant such a remedy. The responding parties had not given notice to the attorneys general that they would be seeking such a remedy and the request, in that case, was found to be a collateral attack on the Tribunal's remedial decision.

[44] Here it has been clear from the outset that the respondent Lemire and the interveners who support his position have been seeking a general declaration of invalidity and they have given proper notice of the question to the attorneys general. While the matter is not without some doubt, I am satisfied that if I were to dismiss the application for judicial review and uphold the Tribunal's decision I could exercise the jurisdiction to issue a general declaration of invalidity with respect to section 13 and subsections 54(1) and (1.1). Similarly, I am confident that I can uphold the Tribunal's decision in part and remit that portion where I conclude the Tribunal fell into error.

[45] I see no reason to address the other arguments by Mr. Lemire and the CFSL respecting paragraph 2(a) and section 7 of the Charter, which the Tribunal did not accept. Those arguments and the Tribunal's findings are secondary to the main controversy between the parties in respect of section 13 of the Act and paragraph 2(b) of the Charter. They were not supported by the evidence received by the Tribunal and are not properly before the Court on this application. In general, I agree with the Tribunal's disposition of those arguments.

[46] In my view, the issues raised by the parties and interveners in these proceedings that the Court must address are as follows:

1. Was it appropriate for the Tribunal to consider the manner by which the Commission exercises its statutory

judiciaire dans la mesure où elles concernaient la question relative à la Charte. En présumant, sans toutefois trancher la question, qu'une déclaration générale d'inconstitutionnalité peut être accordée à une partie défenderesse dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, elle a refusé de prendre une telle mesure de réparation en l'espèce. Les parties défenderesses n'avaient pas avisé les procureurs généraux du fait qu'elles chercheraient à obtenir une telle réparation, et la demande, dans cette affaire, a été considérée comme une attaque indirecte de la décision réparatrice du Tribunal.

[44] En l'espèce, il est évident depuis le début que le défendeur, M. Lemire, de même que les intervenants appuyant sa position, ont cherché à obtenir une déclaration générale d'invalidité, et qu'ils ont dûment avisé les procureurs généraux de cette question. Même si l'affaire n'est pas sans soulever quelques doutes, je suis convaincu que, si je devais rejeter la demande de contrôle judiciaire et confirmer la décision du Tribunal, je pourrais exercer le pouvoir de prononcer une déclaration générale d'invalidité à l'égard de l'article 13 et des paragraphes 54(1) et 54(1.1). De même, je suis certain d'être en mesure de confirmer une partie de la décision du Tribunal, et de renvoyer la partie de la décision contenant ce que j'estime être une erreur du Tribunal.

[45] Je ne vois aucune raison d'examiner les autres arguments formulés par M. Lemire et la CFSL, qui concernent l'alinéa 2a) et l'article 7 de la Charte, arguments que le Tribunal a récusés. Ces arguments et les conclusions du Tribunal sont secondaires par rapport au litige principal qui oppose les parties en ce qui concerne l'article 13 de la Loi et l'alinéa 2b) de la Charte. Ces arguments n'étaient pas appuyés par des éléments de preuve soumis au Tribunal, et la Cour n'en a pas été dûment saisie dans le cadre de la présente demande. De façon générale, je suis d'accord avec la décision rendue par le Tribunal à leur égard.

[46] À mon avis, les questions que les parties et les intervenants ont soulevées et que la Cour doit examiner en l'espèce sont les suivantes :

1. Était-il approprié de la part du Tribunal de se pencher sur la manière dont la Commission exerce son mandat

mandate in determining whether to apply section 13 of the Act?

2. Do section 13, subsections 54(1) and (1.1) of the Act violate paragraph 2(b) of the Charter and if so, are they saved by section 1 of the Charter?

3. What is the appropriate remedy, if section 13, subsections 54(1) and (1.1) of the Act, read together, are found to be unconstitutional? Is severance available?

ANALYSIS

Standard of Review

[47] As a result of *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765 [*Conway*], at paragraph 81, the tests for determining the constitutional issues that may be decided by administrative tribunals have been merged. What is to be determined post-*Conway* is whether the Tribunal has the authority to decide questions of law. The Tribunal is a specialized body that has the statutory authority to determine questions of law (subsection 50(2) of the Act) and is therefore competent to consider and apply the Charter and Charter remedies when resolving the matters properly before it.

[48] Insofar as the issues before the Court relate to constitutional matters, the Tribunal's findings are reviewable on a standard of correctness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 58. "Such questions, as well as other constitutional issues, are necessarily subject to a correctness review because of the unique role of s. 96 courts as interpreters of the Constitution: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54." This applies equally to courts established under section 101 of the Constitution [Constitution Act] in respect of matters falling within their jurisdiction. This Court, therefore, owes no deference to the Tribunal with respect to its determination of the constitutional questions.

légal au moment de décider si l'article 13 de la Loi doit être appliqué?

2. Est-ce que l'article 13 et les paragraphes 54(1) et 54(1.1) contreviennent à l'alinéa 2b) de la Charte, et, le cas échéant, sont-ils sauvegardés par l'article premier de la Charte?

3. Quelle mesure de réparation convient-il de prendre si, pris ensemble, l'article 13 et les paragraphes 54(1) et 54(1.1) de la Loi sont déclarés inconstitutionnels? La dissociation est-elle une solution possible?

ANALYSE

Normes de contrôle

[47] Par suite de l'arrêt *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765 [l'arrêt *Conway*], au paragraphe 81, les critères à appliquer pour établir quelles questions d'ordre constitutionnel peuvent être tranchées par un tribunal administratif ont été fusionnés. Depuis l'arrêt *Conway*, la question consiste à déterminer si un tribunal a le pouvoir de trancher des questions de droit. Le Tribunal est une instance spécialisée ayant le pouvoir légal de trancher des questions de droit (paragraphe 50(2) de la Loi), et a donc la compétence d'examiner et d'appliquer la Charte et les mesures réparatrices qu'elle prévoit au moment de trancher les affaires dont il a été dûment saisi.

[48] Dans la mesure où les questions dont la Cour a été saisie sont d'ordre constitutionnel, les conclusions du Tribunal peuvent faire l'objet d'un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte. À cet égard, voici un extrait du paragraphe 58 de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 : « Il ne pouvait en aller autrement pour ces questions et celles touchant par ailleurs à la Constitution à cause du rôle unique des cours de justice visées à l'article 96 en tant qu'interprètes de la Constitution (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54). » Cela s'applique également aux tribunaux établis au titre de l'article 101 de la Constitution [*Loi constitutionnelle de 1982*] en ce qui concerne les questions relevant de leur compétence. Par conséquent, la Cour n'a pas à faire preuve de

[49] Questions which require the Tribunal to interpret a provision in its own enabling legislation in relation to an issue falling within its core function and expertise will presumptively attract a reasonableness standard of review, and will only attract a correctness standard in limited circumstances: see *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraph 28; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 34; and *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paragraph 24.

[50] The Tribunal's findings of fact as to the subject-matter of the complaint referred to it for determination are to be accorded deference and are reviewable on a standard of reasonableness. Paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Courts Act* provides that the Court can intervene only if it considers that the board "based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it": see *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at paragraph 38. There was no serious attempt made in these proceedings to challenge the Tribunal's finding that the article "AIDS Secrets" contravened subsection 13(1) and it will not be necessary for me to review the evidence in support of that finding.

In determining whether to apply section 13 of the Act, was it appropriate for the Tribunal to consider the manner in which the Commission exercises its statutory mandate?

[51] The constitutional basis for allowing Canadians to assert their Charter rights in the most accessible form available and without the need for bifurcated proceedings between superior courts and administrative tribunals is beyond dispute. The denial of early access to remedies when early or immediate access is clearly needed or

déférence à l'égard du Tribunal en ce qui a trait à une décision quant aux questions d'ordre constitutionnel.

[49] Les questions qui exigent du Tribunal qu'il interprète une disposition de sa propre loi habilitante relativement à une question qui relève essentiellement de son mandat et de son domaine d'expertise sont présumées entraîner l'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable, et n'entraîneront l'application du critère de la décision correcte que dans certaines circonstances : voir les arrêts *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, au paragraphe 28; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 34; et *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, au paragraphe 24.

[50] Les conclusions de fait du Tribunal quant à l'objet de la plainte lui ayant été renvoyée aux fins de décision doivent se voir accorder une déférence et peuvent faire l'objet d'un contrôle suivant la norme de la décision raisonnable. Selon l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour ne peut intervenir que si elle estime que l'office fédéral « a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose » : voir l'arrêt *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 38. En l'espèce, aucune véritable tentative n'a été faite afin de contester la conclusion du Tribunal selon laquelle l'article intitulé « AIDS Secrets » contrevenait au paragraphe 13(1), et il est inutile que j'examine les éléments de preuve produits à l'appui de cette conclusion.

Était-il approprié de la part du Tribunal de se pencher sur la manière dont la Commission exerce son mandat légal au moment de décider si l'article 13 de la Loi doit être appliqué?

[51] Le fondement constitutionnel de la solution qui consiste à permettre aux Canadiens de faire valoir les droits et les libertés que leur garantit la Charte devant le tribunal qui est le plus à leur portée, sans qu'ils aient à fractionner leur recours et saisir à la fois une cour supérieure et un tribunal administratif ne fait aucun doute.

when delay itself is a perpetuation of a Charter violation is in effect a denial of an appropriate and just remedy, as Lamer J. [as he then was] pointed out in his dissent to *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at page 890. And as stated by the Supreme Court in *Conway*, at paragraph 79:

Over two decades of jurisprudence has confirmed the practical advantages and constitutional basis for allowing Canadians to assert their *Charter* rights in the most accessible forum available, without the need for bifurcated proceedings between superior courts and administrative tribunals (*Douglas College*, at pp. 603–4; *Weber*, at para. 60; *Cooper*, at para. 70; *Martin*, at para. 29). The denial of early access to remedies is a denial of an appropriate and just remedy, as Lamer J. pointed out in *Mills*, at p. 891. And a scheme that favours bifurcating claims is inconsistent with the well-established principle that an administrative tribunal is to decide all matters, including constitutional questions, whose essential factual character falls within the tribunal's specialized statutory jurisdiction (*Weber*; *Regina Police Assn.*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*; *Quebec (Human Rights Tribunal)*; *Vaughan*; *Okwuobi*. See also *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 49.).

[52] In the present case, the Tribunal has the authority to receive systemic evidence as to how section 13 is administered and the effects of the legislation but it has no jurisdiction to review the actions of the Commission. There is nothing in sections 50 to 54 of the Act, which define the Tribunal's powers in conducting an inquiry, to give it such authority. See, in this respect, *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854 [*Cooper*], at paragraph 50. The controversy between the parties is over the nature and extent of the Tribunal's review of the Commission's actions in this case.

[53] It is, therefore, clear that the Tribunal had the authority and duty to receive systemic evidence as to how section 13 is administered and the effects of the legislation in determining the constitutional motion brought before it. The Tribunal's view of this responsibility is set out at paragraphs 286–290 of its decision.

Comme le signale le juge Lamer [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la page 890, empêcher le demandeur d'obtenir rapidement réparation équivaut à lui refuser une réparation convenable et juste. Comme l'a expliqué la Cour suprême dans l'arrêt *Conway*, au paragraphe 79 :

Depuis plus de deux décennies, la jurisprudence confirme les avantages pratiques et le fondement constitutionnel de la solution qui consiste à permettre aux Canadiens de faire valoir les droits et les libertés que leur garantit la *Charte* devant le tribunal qui est le plus à leur portée sans qu'ils aient à fractionner leur recours et saisir à la fois une cour supérieure et un tribunal administratif (*Douglas College*, p. 603-604; *Weber*, par. 60; *Cooper*, par. 70; *Martin*, par. 29). Comme le signale le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, empêcher le demandeur d'obtenir rapidement réparation équivaut à lui refuser une réparation convenable et juste (p. 891). Et le régime qui favorise le fractionnement des recours est incompatible avec le principe bien établi selon lequel un tribunal administratif se prononce sur toutes les questions, y compris celles de nature constitutionnelle, dont le caractère essentiellement factuel relève de la compétence spécialisée que lui confère la loi (*Weber*; *Regina Police Assn.*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*; *Québec (Tribunal des droits de la personne)*; *Vaughan*; *Okwuobi*. Voir également l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190, par. 49.).

[52] En l'espèce, le Tribunal a le pouvoir de recevoir des éléments de preuve systémiques quant à la manière dont l'article 13 est appliqué et aux effets des dispositions législatives, mais il n'a pas compétence pour examiner les décisions de la Commission. Les articles 50 à 54 de la Loi, qui définissent les pouvoirs dont dispose le Tribunal au moment de mener une enquête, ne contiennent aucune disposition lui octroyant un tel pouvoir. À cet égard, voir l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854 [l'arrêt *Cooper*], au paragraphe 50. Le litige opposant les parties concerne la nature et la portée du contrôle que peut effectuer le Tribunal à propos de la façon de procéder de la Commission en l'espèce.

[53] Par conséquent, il est évident que le Tribunal a le pouvoir et le devoir de recevoir des éléments de preuve systémiques quant à la manière dont l'article 13 est appliqué et aux effets des dispositions législatives au moment de prendre une décision concernant la requête fondée sur la Constitution qui lui a été soumise.

While it acknowledged that the position advanced by the Attorney General that it had no jurisdiction to sit in review of the decisions taken by the Commission was correct, it considered that the real and factual context in which the enactment exists and is applied could not be ignored.

[54] However, the Tribunal can only consider Charter issues that arise in the course of a matter within the jurisdiction of the Tribunal: *Martin*, at paragraph 45; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, at paragraph 24. The question is whether the remedy in question is one that the legislature intended would fit within the statutory framework of the particular tribunal; *Conway*, at paragraph 82.

[55] The CHRA establishes two distinct institutions, each of which has a particular role as described by the statute. It sets out a complete mechanism for dealing with human rights complaints. Central to this mechanism is the Commission. Under the scheme of the Act, the Commission is the body empowered to accept, manage and process complaints of discriminatory practices. The Tribunal has no statutory mandate under the Act with respect to its administration, except as set out in section 50 which provides that “it shall inquire into the complaint” when a request is made by the Commission that it do so. These factors suggest that the legislature did not intend that the Tribunal would have the authority to find the Act inoperative based on the manner in which the statute was administered.

[56] In particular, the Tribunal has no jurisdiction over the exercise of the Commission’s discretion under CHRA subsection 44(3) (rejecting or referring a complaint) and section 47 (appointing a conciliator). The proper way to challenge a Commission decision in respect of such matters is through judicial review by the Federal Court.

Le Tribunal a énoncé son opinion à propos de cette responsabilité aux paragraphes 286 à 290 de ses motifs de décision. Il a reconnu que l’opinion du procureur général selon laquelle le Tribunal n’avait pas compétence pour réexaminer les décisions prises par la Commission était correcte, mais il a indiqué que l’on ne pouvait pas faire abstraction du contexte réel et factuel dans lequel la disposition législative existe et est appliquée.

[54] Toutefois, le Tribunal ne peut examiner que les questions portant sur des dispositions de la Charte qui sont soulevées dans le cadre d’une affaire relevant de sa compétence : voir les arrêts *Martin*, au paragraphe 45; et *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, au paragraphe 24. Il s’agit de décider si la réparation en question fait partie de celles que le législateur a voulu que le tribunal administratif en cause puisse accorder eu égard au cadre législatif établi (voir l’arrêt *Conway*, au paragraphe 82).

[55] La LCDP instaure deux institutions distinctes; chacune d’elle se voit assigner un rôle particulier, lequel est décrit dans la Loi. En outre, la Loi met en place un mécanisme complet de traitement des plaintes liées aux droits de la personne. La Commission est au cœur de ce mécanisme; sous le régime de la Loi, la Commission joue le rôle d’organisme habilité à recevoir, à administrer et à traiter les plaintes relatives à des actes discriminatoires. La Loi n’octroie au Tribunal aucun mandat en ce qui a trait à l’application de ce mécanisme; elle indique uniquement, à l’article 50, que le Tribunal « instruit la plainte » lorsque la Commission formule une requête à cette fin. Ces facteurs donnent à penser que le législateur n’entendait pas que le Tribunal dispose du pouvoir de déclarer la Loi inopérante sur le fondement de la manière dont elle est administrée.

[56] Plus précisément, le Tribunal n’a pas compétence en ce qui concerne l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission aux termes du paragraphe 44(3) (rejet ou renvoi d’une plainte) et de l’article 47 (nomination d’un conciliateur) de la LCDP. Un contrôle judiciaire de la Cour fédérale est la voie qu’il convient de suivre pour contester une décision de la Commission touchant de telles questions.

[57] In exercising its authority, the Tribunal cannot collaterally question a Commission decision that is within the statutory authority of that body. This is properly left to judicial review: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 53; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Mayrand*, 2005 FC 702, [2006] 2 F.C.R. 543 [*Sam Lévy & Associés Inc.*], at paragraph 169, affirmed by 2006 FCA 205, 58 Admin. L.R. (4th) 255, leave to appeal to the S.C.C. refused, [2006] 2 S.C.R. xi; and *Canada v. Prentice*, 2005 FCA 395, [2006] 3 F.C.R. 135, at paragraphs 32–33, leave to appeal to S.C.C. refused, [2006] 1 S.C.R. xiii.

[58] The concern that the Commission referred this complaint to the Tribunal even though most of the impugned material had been moved from the Internet is, in effect a comment on the Commission's decision to request that the Tribunal hold an inquiry. That is outside the Tribunal's mandate. The Tribunal compounded the error when it commented on other complaints that had been referred to it in similar circumstances and remarked on the low settlement rate for section 13 complaints and on the fact that the Commission did not generally offer to mediate such matters. Those questions were not before the Tribunal for inquiry.

[59] The member took a critical view of the manner in which the Commission's investigation was conducted and factored that into his conclusion that the scheme was constitutionally flawed. The member considered that the Commission should have made additional efforts to communicate with Mr. Lemire and questioned that the Commission proceeded with the complaint when Mr. Lemire had taken down the message board and deleted the post found to constitute a hate message from his website prior to the proceedings.

[60] In this instance, the member accepted Mr. Lemire's contention that the complainant and the Commission declined to mediate or conciliate a settlement to the

[57] Au moment d'exercer son pouvoir discrétionnaire, le Tribunal ne peut pas subsidiairement remettre en question une décision que la Commission a rendue conformément au pouvoir qui lui est conféré par la loi, cette contestation doit prendre la forme d'un contrôle judiciaire : voir les décisions *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 53; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Mayrand*, 2005 CF 702, [2006] 2 R.C.F. 543 [la décision *Sam Lévy & Associés Inc.*], au paragraphe 169, confirmée par 2006 CAF 205, autorisation d'appel devant la C.S.C. refusée, [2006] 2 R.C.S. xi; et *Canada c. Prentice*, 2005 CAF 395, [2006] 3 R.C.F. 135, aux paragraphes 32 et 33, autorisation d'appel devant la CSC refusée, [2006] 1 R.C.S. xiii.

[58] La préoccupation soulevée quant au fait que la Commission ait renvoyé la plainte en cause au Tribunal même si la majeure partie des documents litigieux avaient été retirés d'Internet constitue, dans les faits, un commentaire sur la décision de la Commission de demander au Tribunal de tenir une enquête. Le Tribunal n'a pas le mandat de formuler de tels commentaires. De plus, il a aggravé cette erreur en formulant des observations sur d'autres plaintes qui lui avaient été renvoyées dans des circonstances semblables, sur le faible taux de règlement des plaintes fondées sur l'article 13 et sur le fait que la Commission n'offrait habituellement pas de séance de médiation dans de tels cas. Le Tribunal n'était pas saisi de ces questions.

[59] Le membre instructeur a porté un regard critique sur la manière dont l'enquête de la Commission a été menée, et a pris ce facteur en considération au moment de conclure que le régime était inconstitutionnel. Le membre instructeur a estimé que la Commission aurait dû déployer des efforts supplémentaires pour communiquer avec M. Lemire, et a remis en question le fait que la Commission ait donné suite à la plainte même si M. Lemire avait, avant le début de la procédure, retiré le babillard électronique du site Web et supprimé de celui-ci le message considéré comme constituant de la propagande haineuse.

[60] En l'espèce, le membre instructeur a admis l'affirmation de M. Lemire selon laquelle le plaignant et la Commission ont refusé que la plainte soit réglée au

complaint. This is not borne out by the record of the Tribunal proceedings. Repeated efforts were made to engage Mr. Lemire in mediating or negotiating a settlement of the complaint. However, they were conditional on Lemire's acceptance of a cease and desist order, which he refused to accept.

[61] The member's analysis that this complaint had not been handled in a sufficiently conciliatory and remedial fashion does not reflect the record. The member declined to receive information pertaining to the settlement efforts on the ground that such information was privileged. However, he allowed Mr. Lemire to repeatedly question Mr. Warman and Commission staff as to why the complaint had not been withdrawn following removal of the "AIDS Secrets" article. The proceedings were adjourned on at least one occasion, February 1, 2007, to allow such discussions to take place.

[62] Absent a cease and desist order there was nothing to prevent the strategic removal of material in violation of the Act and reposting of it as soon as the complaint had been withdrawn. Mr. Lemire argued on this application that had he done so the complaint could be filed again. "Relaying a one page complaint doesn't seem to be too much of a hassle" as his counsel put it in oral argument. I disagree. Bad faith of this nature would render the process essentially meaningless and ineffective and is hardly consistent with the objectives of the legislation.

[63] As was noted by counsel for the Attorney General of Canada before the Tribunal, the hearing went beyond the scope of the Tribunal's mandate to determine the factual and legal issues and became an inquiry into the manner in which the complainant and the Commission conducted themselves in relation to the complaint. The

moyen d'un processus de médiation ou de conciliation. Le compte rendu de l'instance du Tribunal n'appuie pas une telle affirmation. Plus d'une fois, des efforts ont été déployés pour amener M. Lemire à participer à un processus de médiation ou de négociation visant à régler la plainte. Toutefois, pour qu'un tel processus puisse être lancé, M. Lemire devait d'abord consentir à la délivrance d'une ordonnance d'interdiction, ce qu'il a refusé de faire.

[61] L'analyse du membre instructeur selon laquelle la plainte en cause n'a pas été traitée d'une manière suffisamment conciliatrice et réparatrice ne cadre pas avec le contenu du dossier. Le membre instructeur a refusé de recevoir des renseignements touchant les efforts déployés en vue de conclure un règlement au motif que de tels renseignements étaient confidentiels. Cependant, il a permis à M. Lemire de poser à plusieurs reprises des questions à M. Warman et au personnel de la Commission concernant la raison pour laquelle la plainte n'avait pas été retirée à la suite de la suppression de l'article intitulé « AIDS Secrets ». L'audience a été ajournée au moins une fois, à savoir le 1^{er} février 2007, de manière à ce que des discussions à ce sujet puissent avoir lieu.

[62] En l'absence d'une ordonnance d'interdiction, rien n'empêchait les personnes en cause de poser un geste stratégique et de retirer du site Web les documents contrevenant à la loi et de les diffuser de nouveau une fois la plainte retirée. Dans sa demande, M. Lemire a fait valoir que, s'il avait agi de la sorte, la plainte aurait pu être déposée de nouveau. Durant sa plaidoirie, l'avocat de M. Lemire a déclaré que [TRADUCTION] « le fait de transmettre de nouveau une plainte tenant en une page ne devait pas poser de grande difficulté ». Je ne suis pas de cet avis. Une telle mauvaise foi rendrait le processus essentiellement futile, ce qui ne correspond certainement pas aux objectifs des dispositions législatives.

[63] Comme l'a souligné l'avocat du procureur général du Canada devant le Tribunal, dans le cadre de l'audience, le Tribunal a outrepassé son mandat consistant à trancher des questions de nature factuelle et juridique en se lançant dans une enquête sur la façon dont le plaignant et la Commission ont agi relativement

Tribunal stepped over the line of its proper role—adjudication of the complaint—and assumed the role the Court would have upon an application for judicial review of the actions or decisions of the Commission.

[64] Section 13 cases, while few in number, tend to be among the most intractable handled by the Commission due to the nature of hate speech. They do not lend themselves easily to mediation or conciliation. See for example Richard Moon, *Report to the Canadian Human Rights Commission Concerning Section 13 of the Canadian Human Rights Act and the Regulation of Hate Speech on the Internet* (October 2008) (Moon Report), at page 10: “In contrast to other discrimination complaints, conciliation tends to play only a minor role in section 13 cases because the expression that is the subject of the complaint is often extreme in character, and because the parties ordinarily have no relationship prior to the complaint.” See also Lawrence McNamara, “Tackling Racial Hatred: Conciliation, Reconciliation and Football” (2000), 6(2) *Austl. J. H. R.* 5, at pages 24–25; and Philip Bryden and William Black, “Mediation as a Tool for Resolving Human Rights Disputes: An Evaluation of the B.C. Human Rights Commission’s Early Mediation Project” (2004), 37 *U.B.C. L. Rev.* 73. These cases represent a small part of the workload for both the Commission and the Tribunal. The Commission’s *Annual Report 2006* (Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2007) [2006 Report], at pages 7 and 24 shows that between 2002 and 2006 the Commission received 57 section 13 allegations of which 55 were complaints of hate messages on the Internet. Twenty-nine of the 55 complaints were sent to the Tribunal. In all, the Commission dealt with 6 003 allegations of all types during the years 2002–2006 (2006 Report, at page 7), 591 of which were referred to the Tribunal (2006 Report, at page 21). Section 13 complaints represented only 1 percent to 2 percent of the total number of complaints dealt with by the Commission.

à la plainte. Le Tribunal a outrepassé le rôle qui lui est assigné, à savoir celui de régler la plainte, et a assumé celui qui incomberait à la Cour si elle était saisie d’une demande de contrôle judiciaire des actes ou des décisions de la Commission.

[64] Bien qu’elles soient peu nombreuses, les affaires portant sur l’article 13 ont tendance à faire partie des affaires les plus épineuses que doit traiter la Commission, en raison de la nature de la propagande haineuse. De telles affaires ne se prêtent pas facilement à la médiation ou à la conciliation; voir, par exemple le rapport de Richard Moon, intitulé *Rapport présenté à la Commission canadienne des droits de la personne concernant l’article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et la réglementation de la propagande haineuse sur Internet* (Octobre 2008) (le rapport Moon), à la page 11 : « contrairement à d’autres plaintes de discrimination, la conciliation joue un rôle mineur dans les affaires mettant en cause l’article 13, parce que les propos faisant l’objet de la plainte ont souvent un caractère extrême et parce que les parties n’ont généralement pas de relation entre elles avant le dépôt de la plainte ». Voir également Lawrence McNamara, « Tackling Racial Hatred: Conciliation, Reconciliation and Football » (2000), 6(2) *Austl. J. H. R.* 5, aux pages 24 et 25; et Philip Bryden et William Black, « Mediation as a Tool for Resolving Human Rights Disputes: An Evaluation of the B.C. Human Rights Commission’s Early Mediation Project » (2004), 37 *U.B.C. L. Rev.* 73. Les affaires de ce genre représentent une faible proportion de la charge de travail de la Commission et du Tribunal. Le *Rapport annuel 2006* de la Commission (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2007 (le Rapport 2006) montre, aux pages 7 et 24, que, de 2002 à 2006, la Commission a reçu 57 plaintes fondées sur l’article 13, dont 55 portaient sur de la propagande haineuse sur Internet. Vingt-neuf de ces 55 plaintes ont été renvoyées au Tribunal. Au total, la Commission a traité 6 003 plaintes de tout genre pendant la période de 2002 à 2006 (Rapport 2006, à la page 7) et en a renvoyé 591 au Tribunal (Rapport 2006, à la page 21). Les plaintes fondées sur l’article 13 représentaient seulement entre 1 p. 100 et 2 p. 100 de toutes les plaintes traitées par la Commission.

[65] While the Tribunal member clearly understood the difficulties presented by such proceedings, it was unreasonable of him to expect that this matter could have been resolved by conciliation or that the Commission and Mr. Warman would abandon the complaint when Lemire removed the one article found to communicate hate for which Lemire was found to be directly responsible. Decisions were required from the Tribunal on the nature of the content found on Lemire's site and on the extent of his involvement with the other websites.

[66] The member directly linked his finding that Mr. Lemire had "amended his conduct by removing the impugned material as soon as he learned of the complaint against him" to his conclusion that the process Lemire experienced was not what the Supreme Court understood in *Taylor*. However, the fundamental structure of the human rights process under the Act has not changed since *Taylor*. Referring a complaint to conciliation is and was but one of the many routes that the Commission may pursue to resolve a complaint. The structure on which the Supreme Court based its decision and upon which the Tribunal sought to distinguish *Taylor* has not changed. What changed, as the Tribunal properly found, were the remedies.

[67] As counsel for the Commission pointed out in argument, the practical difficulties that may arise when the Tribunal strays outside of its mandate, as experienced in this case, were foreshadowed by the following comment of Justice La Forest in *Cooper*, above, at paragraph 65:

I would add a practical note of caution with respect to a tribunal's jurisdiction to consider *Charter* arguments. First, as already noted, a tribunal does not have any special expertise except in the area of factual determinations in the human rights context. Second, any efficiencies that are *prima facie* gained by avoiding the court system will be lost when the inevitable judicial review proceeding is brought in the Federal Court. Third, the unfettered

[65] Le membre instructeur du Tribunal comprenait parfaitement les difficultés posées par une procédure de ce genre, mais il était déraisonnable de sa part de s'attendre à ce que l'affaire puisse être réglée au moyen d'une conciliation, ou à ce que la Commission et M. Warman retirent leur plainte à la suite du retrait par M. Lemire de l'article considéré comme constituant de la propagande haineuse et dont il avait été déclaré directement responsable. Le Tribunal était appelé à rendre une décision quant à la nature du contenu trouvé sur le site Web de M. Lemire et sur l'ampleur du rôle qu'il avait joué au sein d'autres sites Web.

[66] Le membre instructeur a établi un lien direct entre sa conclusion selon laquelle M. Lemire avait [TRADUCTION] « modifié sa conduite en retirant les documents en litige [...] dès qu'il a appris qu'une plainte avait été déposée contre lui » et sa conclusion selon laquelle le processus par lequel était passé M. Lemire ne correspondait pas à ce que la Cour suprême avait à l'esprit au moment de rendre l'arrêt *Taylor*. Cependant, la structure fondamentale du processus relatif aux droits de la personne prévu par la Loi n'a pas changé depuis l'arrêt *Taylor*. Le renvoi d'une plainte à un processus de conciliation n'est et n'a toujours été que l'une des nombreuses voies que la Commission peut emprunter aux fins du règlement d'une plainte. La structure sur laquelle la Cour suprême s'est appuyée au moment de rendre son arrêt et sur laquelle le Tribunal s'est fondé pour distinguer l'affaire de l'arrêt *Taylor* n'a pas changé. Ce qui a changé, comme le Tribunal l'a constaté à juste titre, ce sont les mesures réparatrices.

[67] Comme l'avocat de la Commission l'a fait observer durant sa plaidoirie, les difficultés d'ordre pratique qui peuvent surgir lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un tribunal outrepassé ses pouvoirs, avaient été prévues par le juge La Forest. Au paragraphe 65 des motifs qu'il a prononcés dans l'arrêt *Cooper*, précité, il a déclaré ce qui suit :

J'ajouterais une mise en garde pratique en ce qui concerne le pouvoir d'un tribunal des droits de la personne d'examiner des arguments fondés sur la *Charte*. Premièrement, comme il en a déjà été fait état, un tel tribunal ne dispose pas toujours d'une expertise particulière, exception faite du domaine de l'appréciation des faits dans un contexte de droits de la personne. Deuxièmement, les gains en efficacité que semble à

ability of a tribunal to accept any evidence it sees fit is well suited to a human rights complaint determination but is inappropriate when addressing the constitutionality of a legislative provision. Finally, and perhaps most decisively, the added complexity, cost, and time that would be involved when a tribunal is to hear a constitutional question would erode to a large degree the primary goal sought in creating the tribunals, i.e., the efficient and timely adjudication of human rights complaints.

[68] The hearings before the Tribunal in this matter took more than 18 months to complete. Many of the hearing days were expended on evidence relating to the Commission's investigation and treatment of section 13 cases despite repeated objections. Another year was required to produce the decision. The "inevitable judicial review proceeding" followed. As forecast by Justice La Forest in *Cooper*, the added complexity, cost and time involved in hearing this matter eroded any pretence of an efficient and timely adjudication of the complaint.

[69] The Tribunal erred in focusing its attention on the Commission's administration of the statute in this case, a subject beyond its mandate and the scope of its authority.

[70] I will turn now to the constitutional question. As the Commission submits, section 13 of the Act may be found to be unconstitutional only if the legislation itself is the source of the Charter violation. Administration of the statute by the Commission cannot, in itself, render the statute unconstitutional: *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624 (*Eldridge*), at paragraph 20; and *Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262 (*Thomson*), at paragraph 44; leave to appeal to S.C.C. refused, [2004] 1 S.C.R. xv.

première vue procurer la voie permettant d'éviter le système judiciaire disparaissent lorsque les inévitables demandes de contrôle judiciaire sont déposées devant la Cour fédérale. Troisièmement, si la capacité absolue de recevoir toute preuve jugée utile peut convenir pour trancher une plainte en matière de droits de la personne, elle n'est pas appropriée lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative. Enfin, la raison peut-être la plus déterminante est que la complexité, les coûts et les délais accrus qui découleraient de la possibilité pour les tribunaux des droits de la personne d'entendre des questions constitutionnelles mineaient, dans une large mesure, l'objectif principal poursuivi par la création de ces tribunaux, savoir le traitement efficace et diligent des plaintes en matière de droits de la personne.

[68] Les audiences tenues devant le Tribunal dans le cadre de la présente affaire se sont déroulées sur plus de 18 mois. Bon nombre de journées d'audience ont été consacrées à la preuve concernant l'enquête de la Commission et le traitement des affaires fondées sur l'article 13, et ce, en dépit des objections renouvelées ayant été formulées à cet égard. Il a ensuite fallu attendre un an avant que la décision soit rendue. L'« inévitable demande de contrôle judiciaire » a été déposée par la suite. Comme l'avait prévu le juge La Forest dans l'arrêt *Cooper*, la complexité, les coûts et les délais accrus dont s'est assortie l'audition de la présente affaire ont miné toute prétention à traiter la plainte de manière efficace et diligente.

[69] Le Tribunal a commis une erreur en faisant porter principalement son attention sur la manière dont la Commission a appliqué la loi dans la présente affaire, sujet qui ne relève ni de son mandat ni de sa compétence.

[70] Je vais maintenant me pencher sur la question d'ordre constitutionnel. Comme l'a soutenu la Commission, l'article 13 de la Loi ne peut être déclaré inconstitutionnel que si le texte législatif lui-même constitue la source de la violation de la Charte. La manière dont la Commission a appliqué la loi ne peut pas en elle-même rendre la loi inconstitutionnelle : voir les arrêts *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624 (l'arrêt *Eldridge*), au paragraphe 20; et *Thomson c. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262 (l'arrêt *Thomson*), au paragraphe 44, autorisation d'appel devant la C.S.C. refusée, [2004] 1 R.C.S. xv.

[71] If the Commission has performed its statutory mandate in a manner inconsistent with the Charter, subsection 24(1) is the appropriate provision of the Charter upon which to grant a remedy, not subsection 52(1) [of the Constitution Act]: *Eldridge*, at paragraph 20; *Thomson*, at paragraph 44; and *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120 [*Little Sisters*], at paragraph 133. Section 24 remedies which do not involve striking down the legislation would include such things as a stay of proceedings, the exclusion of evidence in the particular matter or the referral back to the administrative decision maker with appropriate directions as to how the matter ought to be decided. Those are all remedies which the Court could grant on judicial review.

Do section 13, subsections 54(1) and (1.1) of the CHRA violate paragraph 2(b) of the Charter and, if so, are they saved by section 1 of the Charter?

[72] I start from the proposition, as did the Tribunal, that *Taylor* remains binding unless persuaded that it is no longer precedential authority due to changed factual and legal circumstances since it was decided. Mr. Lemire, the CCLA, the BCCLA and the CFSL argue that the inclusion of a penalty provision in the section 13 regime is sufficient to distinguish this case from *Taylor*. Alternatively, they contend that the extension of the regime to the Internet is an alternate ground on which to uphold the Tribunal's decision, notwithstanding that the Tribunal did not rely on that ground: *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at page 240:

In both civil and criminal matters it is open to a respondent to advance any argument to sustain the judgment below, and he is not limited to appellants' points of law. A party cannot, however, raise an entirely new argument which has not been raised below and in relation to which it might have been necessary to adduce evidence at trial.

[71] Si la Commission n'a pas exécuté son mandat légal conformément à la Charte, la disposition de la Charte sur laquelle il convient de s'appuyer au moment d'accorder une réparation est celle énoncée non pas au paragraphe 52(1) [de la *Loi constitutionnelle de 1982*], mais au paragraphe 24(1) [de la Charte] : voir les arrêts *Eldridge*, au paragraphe 20; *Thomson*, au paragraphe 44; et *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2009 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120 [l'arrêt *Little Sisters*], au paragraphe 133. Les réparations fondées sur l'article 24 qui n'exigent pas l'invalidation comprennent la suspension d'instance, l'exclusion d'une preuve dans l'affaire en cause ou le renvoi à un décideur administratif s'assortissant de directives appropriées quant à la manière de trancher l'affaire. Il s'agit là de mesures réparatrices que la Cour pourrait octroyer à l'issue du contrôle judiciaire.

Est-ce que l'article 13 et les paragraphes 54(1) et 54(1.1) contreviennent à l'alinéa 2b) de la Charte, et, le cas échéant, sont-ils sauvegardés par l'article premier de la Charte?

[72] Comme l'a fait le Tribunal, je pars du principe selon lequel l'arrêt *Taylor* continue à s'appliquer, à moins que des facteurs convaincants n'établissent que cet arrêt n'a plus valeur jurisprudentielle en raison de circonstances de natures factuelle et juridique survenues depuis qu'il a été rendu. M. Lemire, l'ACLC (Association canadienne des libertés civiles), la BCCLA et la CFSL ont soutenu que l'inscription au sein de l'article 13 d'une disposition sur les sanctions était suffisante pour distinguer la présente affaire de l'arrêt *Taylor*. Subsidiairement, ils font valoir que l'application de l'article 13 au contenu sur Internet constitue un autre motif en fonction duquel la décision du Tribunal peut être confirmée, indépendamment du fait que le Tribunal ne s'est pas appuyé sur ce motif : voir l'arrêt *Perka et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, à la page 240 :

En matière civile et en matière criminelle, il est loisible à un intimé de soumettre des arguments à l'appui du jugement d'instance inférieure et il n'est pas limité aux points de droit soulevés par les appelants. Une partie ne peut cependant pas soulever un argument entièrement nouveau qui n'a pas été soulevé devant les cours d'instance inférieure et au sujet duquel il aurait pu être nécessaire de soumettre des éléments de preuve au procès.

[73] The Commission, Mr. Warman, B'nai Brith and the ACLC submit that *Taylor* is still applicable to the modified section 13 regime. They accept that paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) of the CHRA (the penalty provisions) can not be justified under section 1 of the Charter but contend that this constitutional infirmity is not sufficient to strike down the section 13 regime as a whole.

[74] The arguments raised by the parties who urge the Court to distinguish *Taylor* are, in essence, that the regime has become too punitive—this is the argument adopted by the Tribunal—and that the Internet has considerably broadened the application of section 13—this argument was not accepted by the Tribunal. As a result, they contend, section 13 now fails the minimal impairment test and/or the proportionality of the effects test of section 1 of the Charter.

[75] It is trite law that a court cannot assess the constitutionality of a provision in a factual vacuum: *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pages 361–362; and *Martin*, at paragraph 30. The courts must look at the social context and the legislative facts that surround the impugned legislation: *RJR-MacDonald Inc v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199 (*RJR-MacDonald*), at paragraphs 129 and 132–133; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232 [*Rocket*], at pages 246–247; and *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, at page 318. In this case, some of the legislative effects of section 13 can only be “measured” through the actions of the Commission to which the CHRA gives substantial discretionary power and important responsibilities.

[76] As stated in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at paragraph 97 the effects of the legislation have to be considered because: “It is possible that those effects might, over time, acquire such significance as to become the dominant feature of

[73] La Commission, M. Warman, B'nai Brith et l'ACLC (African Canadian Legal Clinic) soutiennent que l'arrêt *Taylor* s'applique encore, malgré la modification de l'article 13. Ils admettent que l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1) de la LCDP (les dispositions relatives aux sanctions) ne peuvent pas être justifiées au regard de l'article premier de la Charte, mais font valoir que cette lacune d'ordre constitutionnel n'est pas suffisante pour invalider l'intégralité de l'article 13.

[74] Pour l'essentiel, les parties qui enjoignent à la Cour de distinguer la présente affaire de l'arrêt *Taylor* ont fait valoir que le régime était devenu trop punitif — argument admis par le Tribunal — et qu'Internet avait considérablement élargi la portée de l'article 13 — argument auquel le Tribunal n'a pas souscrit. Par conséquent, ils ont soutenu que l'article 13 ne répond plus au critère de l'atteinte minimale ni au critère de la proportionnalité appliqués au titre de l'article premier de la Charte.

[75] Il est bien établi en droit qu'un tribunal ne peut pas évaluer la constitutionnalité d'une disposition dans un vide factuel : voir les arrêts *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pages 361 et 362; et *Martin*, au paragraphe 30. Le tribunal doit prendre en considération le contexte social et les faits d'intérêt public entourant les dispositions législatives en litige : voir les arrêts *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 (l'arrêt *RJR-MacDonald*), aux paragraphes 129, 132 et 133; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232 [l'arrêt *Rocket*], aux pages 246 et 247; et *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, à la page 318. En l'espèce, quelques-uns des effets légaux de l'article 13 ne peuvent être « mesurés » que par l'évaluation des actes posés par la Commission, à laquelle la LCDP confère un pouvoir discrétionnaire substantiel et d'importantes responsabilités.

[76] Comme il est mentionné dans l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, au paragraphe 97, les effets de la mesure législative en cause doivent être examinés pour la raison suivante : « Il se peut qu'avec le temps ces

the legislation, thereby displacing the original purpose.” And at paragraph 98 the Court stated:

There are two types of effect which must be examined in order to properly categorize the dominant feature of the legislative scheme: legal effect, and practical effect (*Morgentaler, supra*, at pp. 482-88). The legal effect has been described as “how the legislation as a whole affects the rights and liabilities of those subject to its terms, and is determined from the terms of the legislation itself” (*Morgentaler*, at p. 482) the second type of effect mentioned in *Morgentaler, supra*, at p. 483, ... is the “actual or predicted practical effect of the legislation in operation”.

[77] The *Oakes* test requires an analysis of the factual and contextual background of the impugned legislation. Where the statute itself does not carry any infringing effects but the complaint is with administrative actions, as in *Little Sisters*, the legislation in question should be upheld. In this context, in determining whether the statute is unconstitutional, the actions of the CHRC are relevant to the extent that the Act authorizes the Commission to act unconstitutionally. Absent such a finding, the proper means to obtain a remedy would have been to seek judicial review of the Commission’s actions: *Eldridge*, at paragraph 20; *Thomson*, at paragraph 44; and *Sam Lévy et Associés Inc.*, at paragraph 169.

(a) Freedom of Expression

[78] It is important to recall at the outset of this analysis that even hate speech is protected under paragraph 2(b) of the Charter: *Taylor*, at page 914. As indicated in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927 (*Irwin Toy*), paragraph 2(b) covers nearly any form of expression except physical violence, which hate speech is not: *Taylor*, at page 915; and *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697 [*Keegstra*], at page 732. In determining if paragraph 2(b) applies we must not look at the content of the expression: *Keegstra*, at pages 729–730. The content and value of the expression are

effets deviennent importants au point de constituer la caractéristique principale de la mesure législative et d’en supplanter ainsi l’objet initial. » De plus, au paragraphe 98, la Cour a déclaré ce qui suit :

Il faut examiner deux types d’effet pour bien qualifier la caractéristique principale du régime législatif : l’effet juridique et l’effet pratique (*Morgentaler*, précité, aux pp. 482 à 488). L’effet juridique a été décrit comme « la manière dont le texte législatif dans son ensemble influe sur les droits et les obligations de ceux qui sont assujettis à ses dispositions, et est déterminé en fonction des termes mêmes du texte » (*Morgentaler*, aux pp. 482 et 483). [...] Il faut alors prendre en considération le deuxième type d’effet mentionné dans l’arrêt *Morgentaler*, précité, à la p. 483, soit « l’effet pratique, réel ou prévu, de l’application du texte législatif ».

[77] Le critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* exige une analyse des faits et du contexte entourant la mesure législative litigieuse. Dans les cas où la loi en tant que telle n’a aucun effet attentatoire, et que la plainte porte sur des mesures administratives, comme dans l’affaire *Little Sisters*, la validité de la mesure législative en cause doit être confirmée. En l’espèce, au moment de décider si la Loi est constitutionnelle, les actes posés par la Commission seraient pertinents dans la mesure où il était conclu que la Loi autorise la Commission à agir de façon inconstitutionnelle. En l’absence d’une telle conclusion, le moyen qu’il convient d’utiliser pour obtenir une réparation consiste à demander le contrôle judiciaire des actes de la Commission : *Eldridge*, au paragraphe 20; *Thomson*, au paragraphe 44; et *Sam Lévy et Associés Inc.*, au paragraphe 169.

a) Liberté d’expression

[78] Il est important de rappeler, au moment d’entreprendre la présente analyse, que même la propagande haineuse est protégée au titre de l’alinéa 2b) de la Charte : *Taylor*, à la page 914. Comme il a été mentionné dans l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 [l’arrêt *Irwin Toy*], l’alinéa 2b) englobe pratiquement toute forme d’expression, à l’exception de la violence physique, dont ne relève pas la propagande haineuse : *Taylor*, à la page 915; et *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 [l’arrêt *Keegstra*], à la page 732. Au moment de décider si l’alinéa 2b)

only relevant at the section 1 justification stage: *Taylor*, at pages 914–915.

(b) Objective and Context of Section 13

[79] Most of the interested parties agree that the objectives of section 13, the suppression of hate speech and the promotion of equality, are pressing and substantial. Only Mr. Lemire and the CFSL appear to take issue with that proposition. Neither, in my view, have submitted any valid argument as to why the objective of section 13 is not pressing and substantial and why this Court should depart from *Taylor* on that point.

[80] Lemire and the interveners in support of his position contend that the Internet has resulted in a radical change in communications and provides a means to instantly counter hate speech that was not available when *Taylor* was decided. Educating and counter-arguing through the Internet is a more effective means to counter hate speech than to prohibit and infringe freedom of expression, they argue, while the effect of section 13 is to censor legitimate debate in the search for truth. In their view, the meaning of the term “hate” is subjective and vague and inaccessible to the public who post messages on the Internet.

[81] Lemire further questions the legitimacy of the finding in *Taylor*, that hate speech can cause substantial psychological stress, arguing that the Supreme Court relied not on expert evidence, such as he presented to the Tribunal, but on extrinsic research, to reach that conclusion.

[82] On the question of the objective, Chief Justice Dickson stated in *Taylor*, at page 919:

s’applique, le contenu de l’expression n’entre pas en ligne de compte : *Keegstra*, aux pages 729 et 730. Le contenu et la valeur de l’expression ne sont pertinents qu’à l’étape de la justification au regard de l’article premier de la Charte : *Taylor*, aux pages 914 et 915.

b) Objectif et contexte de l’article 13

[79] La plupart des parties intéressées s’entendent sur le caractère urgent et réel de l’objectif de l’article 13, à savoir la suppression de la propagande haineuse et la promotion de l’égalité. Seuls M. Lemire et la CFSL semblent être en désaccord avec cette affirmation; à mon avis, ni l’un ni l’autre n’ont présenté le moindre argument valable afin d’établir que l’objectif de l’article 13 n’est ni urgent ni réel et que la Cour devrait aller à l’encontre de l’arrêt *Taylor* à ce chapitre.

[80] M. Lemire et les intervenants qui appuient sa position font valoir qu’Internet a changé radicalement le monde des communications, et qu’il constitue un moyen de contrecarrer immédiatement la propagande haineuse, moyen qui n’existait pas au moment où l’arrêt *Taylor* a été rendu. Ils soutiennent que l’éducation et la riposte au moyen d’arguments sur Internet représentent des moyens de lutter contre la propagande haineuse plus efficaces que l’interdiction et la violation de la liberté d’expression. Ils avancent que l’article 13 a pour effet de censurer un débat légitime dans le cadre de la recherche de la vérité. Selon eux, la signification du terme « haineuse » est subjective et vague, et incompréhensible pour les personnes qui affichent des messages sur Internet.

[81] En outre, M. Lemire remet en question la légitimité de la conclusion de l’arrêt *Taylor* selon laquelle la propagande haineuse peut occasionner une profonde détresse psychologique, vu qu’il estime qu’au moment de tirer cette conclusion, la Cour suprême s’est appuyée non pas sur une preuve d’expert — comme celle qu’il a présentée au Tribunal —, mais sur une recherche extrinsèque.

[82] En ce qui concerne la question de l’objectif, le juge en chef Dickson a, à la page 919 de l’arrêt *Taylor*, déclaré ce qui suit :

In seeking to prevent the harms caused by hate propaganda, the objective behind s. 13(1) is obviously one of pressing and substantial importance sufficient to warrant some limitation upon the freedom of expression. It is worth stressing, however, the heightened importance attached to this objective by reason of international human rights instruments to which Canada is a party and ss. 15 and 27 of the *Charter*.

[83] In arriving at this conclusion, the Chief Justice looked at the purpose of the CHRA, found in section 2 of the CHRA, the legislative history and the evidence of harm caused by hate speech (*Taylor*, at pages 917–919). He also indicated that the objective was compatible with international law as well as other Charter values, equality and multiculturalism (at pages 919–921):

The stance taken by the international community in protecting human rights is relevant in reviewing legislation under s. 1, and especially in assessing the significance of a government objective (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038). Both Article 4 of the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Can. T.S. 1970 No. 28, and Article 20 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (1966), as well as the jurisprudence of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 (1950) (see, e.g., Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187) demonstrate that the commitment of the international community to eradicate discrimination extends to the prohibition of the dissemination of ideas based on racial or religious superiority.

Indeed, in 1983 a complaint to the United Nations Human Rights Committee by Mr. Taylor and the Western Guard Party alleging a violation of the freedom of expression guaranteed in the *International Covenant on Civil and Political Rights* was rejected on the ground that “the opinions which Mr. T. seeks to disseminate through the telephone system clearly constitute the advocacy of racial or religious hatred which Canada has an obligation under article 20(2) of the Covenant to prohibit”: *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), para. 8(b), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R.D/2097. This conclusion is indicative of the approach taken in the realm of international human rights, and thus emphasizes the

Puisqu’il s’agit d’une tentative de prévenir les préjudices découlant de la propagande haineuse, l’objet que vise le par. 13(1) est de toute évidence suffisamment urgent et réel pour justifier certaines restrictions à la liberté d’expression. Il convient toutefois de souligner l’importance accrue attachée à cet objectif en raison de certains instruments internationaux concernant les droits de la personne, auxquels le Canada est partie, et en raison des articles 15 et 27 de la *Charte*.

[83] Au moment d’en arriver à cette conclusion, le juge en chef a examiné l’objectif de la LCDP — énoncé à l’article 2 —, l’historique du texte législatif et les éléments de preuve relatifs au préjudice causé par la propagande haineuse (*Taylor*, aux pages 917 à 919). Il a également indiqué que l’objectif concordait avec le droit international et d’autres valeurs énoncées dans la Charte, à savoir l’égalité et le multiculturalisme. Voici les pages 919 à 921 de l’arrêt *Taylor* :

La position prise par la communauté internationale dans le domaine de la protection des droits de la personne est pertinente aux fins de l’examen d’un texte législatif en vertu de l’article premier et surtout aux fins de l’appréciation de l’importance d’un objectif gouvernemental (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038). Aussi bien l’article 4 de la *Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, R.T. Can. 1970 n° 28, que l’article 20 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (1966), ainsi que la jurisprudence concernant la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (1950) (voir par exemple Comm. Eur. D. H., Requêtes n°s 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187), démontrent que l’engagement de la communauté internationale envers l’élimination de la discrimination va jusqu’à l’interdiction de la diffusion d’idées fondées sur la notion de supériorité raciale ou religieuse.

De fait, en 1983, une plainte de violation de la liberté d’expression garantie par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, portée devant le Comité des droits de l’homme de l’Organisation des Nations Unies par M. Taylor et le Western Guard Party, a été rejetée au motif que « les opinions que M. T. cherche à diffuser par téléphone constituent nettement une incitation à la haine raciale ou religieuse, que le Canada est tenu d’interdire en vertu du paragraphe 2 de l’article 20 du *Pacte* » : voir *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981), Rapport du Comité des droits de l’homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), par. 8b), décision publiée en partie à (1983), 5 CHRR D/2097. Cette conclusion indique la position qui a été adoptée dans le domaine des droits internationaux de

substantial weight which must be given the aim of preventing the harms caused by hate propaganda.

That the values of equality and multiculturalism are enshrined in ss. 15 and 27 of the *Charter* further magnify the weightiness of Parliament's objective in enacting s. 13(1). These *Charter* provisions indicate that the guiding principles in undertaking the s. 1 inquiry include respect and concern for the dignity and equality of the individual and a recognition that one's concept of self may in large part be a function of membership in a particular cultural group. As the harm flowing from hate propaganda works in opposition to these linchpin *Charter* principles, the importance of taking steps to limit its pernicious effects becomes manifest.

[84] Chief Justice Dickson arrived at the same conclusion in *Keegstra*, at pages 744–758. He stated, at page 758:

In my opinion, it would be impossible to deny that Parliament's objective in enacting s. 319(2) is of the utmost importance. Parliament has recognized the substantial harm that can flow from hate propaganda, and in trying to prevent the pain suffered by target group members and to reduce racial, ethnic and religious tension in Canada, has decided to suppress the willful promotion of hatred against identifiable groups. The nature of Parliament's objective is supported not only by the work of numerous study groups, but also by our collective historical knowledge of the potentially catastrophic effects of the promotion of hatred (*Jones, supra, per* La Forest J., at pp. 299-300). Additionally, the international commitment to eradicate hate propaganda and the stress placed upon equality and multiculturalism in the *Charter* strongly buttress the importance of this objective. I consequently find that the first part of the test under s. 1 of the *Charter* is easily satisfied and that a powerfully convincing legislative objective exists such as to justify some limit on freedom of expression.

[85] These international commitments have not changed and remain valid: Moon Report, at pages 17-19; and Canadian Human Rights Commission, *Special Report to Parliament: Freedom of Expression and Freedom From Hate in the Internet Age* (Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 2009) (CHRC Special Report), at pages 9–10. The jurisprudence of the Tribunal on the topic is quite extensive: see *Citron v. Zundel*, 2002 CanLII 23557 (*Citron*), at paragraphs 174–180; and

la personne et souligne donc l'importance capitale qu'il faut accorder au but de prévenir les préjudices causés par la propagande haineuse.

Le fait que les valeurs de l'égalité et du multiculturalisme sont consacrées aux articles 15 et 27 de la *Charte* met davantage en relief l'importance de l'objectif visé par le législateur fédéral quand il a adopté le par. 13(1). Il se dégage de ces dispositions de la *Charte* que, parmi les principes directeurs de l'analyse fondée sur l'article premier, figurent notamment le respect de la dignité et de l'égalité de l'individu et la reconnaissance que la conception qu'on se fait de soi-même peut dépendre dans une large mesure de l'appartenance à un groupe culturel particulier. Comme le préjudice découlant de la propagande haineuse va à l'encontre de ces principes fondamentaux inhérents à la *Charte*, l'importance de prendre des mesures en vue de limiter les effets pernicioeux de cette propagande est évidente.

[84] Le juge en chef Dickson en arrive à une conclusion semblable dans l'arrêt *Keegstra*, aux pages 744 à 758. À la page 758, il a déclaré ce qui suit :

L'importance capitale de l'objectif que visait le Parlement en adoptant le par. 319(2) est à mon avis indéniable. Le législateur a reconnu le préjudice réel pouvant découler de la propagande haineuse et, cherchant à empêcher que des membres d'un groupe cible en souffrent et à réduire la tension raciale, ethnique et religieuse au Canada, a décidé d'éliminer la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. Cet objectif du Parlement est appuyé non seulement par les travaux de nombreux groupes d'étude, mais aussi par notre connaissance historique collective des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine (l'arrêt *Jones*, précité, le juge La Forest, aux pp. 299 et 300). Qui plus est, l'engagement international d'éliminer la propagande haineuse ainsi que l'accent mis dans la *Charte* sur l'égalité et sur le multiculturalisme étayaient fortement l'importance de cet objectif. Je conclus donc que la première condition du critère à appliquer aux fins de l'article premier de la *Charte* est largement remplie et qu'il existe un objectif législatif très convaincant, justifiant une restriction de la liberté d'expression.

[85] Ces engagements internationaux n'ont pas changé et demeurent valides : rapport Moon, aux pages 17 à 19; et Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport spécial au Parlement : Liberté d'expression et droit à la protection contre la haine à l'ère d'Internet* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2009) [Rapport spécial de la CCDP], aux pages 9 et 10. La jurisprudence du Tribunal à ce sujet est assez vaste : voir *Citron c. Zundel*, 2002 CanLII 23557

Schnell v. Machiavelli and Associates Emprize Inc., 2002 CanLII 1887 (C.H.R.T.) (*Schnell*), at paragraph 144. As B'nai Brith has submitted, a number of recent studies and reports confirm that the dangers of hate propaganda remain substantial today. This is supported by the CHRC Special Report, at Part I. The danger of hate speech was also recognized by the Supreme Court in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100 [cited above], in the context of inciting crimes against humanity.

[86] In this case, the Tribunal agreed that the suppression of hate speech remains a valid objective. The Tribunal heard the opinion evidence presented by Mr. Lemire and reached the conclusion that there was insufficient evidence to revisit the findings of *Taylor* on this point (see the decision, at paragraphs 226–240). On a question such as this, which involves a mixed question of fact and law, the Court owes deference to the Tribunal: *RJR-MacDonald*, at paragraph 151.

[87] Until recently, it was clear that Parliament continued to support the objective of section 13 as evidenced by the amendments to give the regime stronger remedies. The mandate to promote equality and seek resolution of human rights conflicts through the administration of section 13 was given to the CHRC. As noted above, the House of Commons has recently supported a private member's bill to repeal the section, the effect of which would be to leave the suppression of hate speech to criminal prosecution. This is part of the social and political context of the legislation that must be considered when applying the *Oakes* test: *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825 (*Ross*), at paragraph 78; *Rocket*, at paragraph 28; *RJR-MacDonald*, at paragraphs 62–63.

[88] Notwithstanding the recent legislative effort to repeal section 13, I have no difficulty concluding that

[la décision *Citron*], aux paragraphes 174 à 180; et *Schnell c. Machiavelli and Associates Emprize Inc.*, 2002 CanLII 1887 (T.C.D.P.) (la décision *Schnell*), au paragraphe 144. Comme B'nai Brith l'a fait valoir, un certain nombre d'études et de rapports récents confirment que les dangers posés par la propagande haineuse demeurent réels. Cette affirmation est soutenue par le Rapport spécial de la CDDP, partie I. Ces dangers ont également été reconnus par la Cour suprême dans l'arrêt *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100 [précité], dans le contexte de l'incitation à poser des crimes contre l'humanité.

[86] En l'espèce, le Tribunal a reconnu que la suppression de la propagande haineuse demeurerait un objectif valide. Le Tribunal a entendu le témoignage d'opinion présenté par M. Lemire, et en est arrivé à la conclusion que les éléments de preuve présentés n'étaient pas suffisants pour justifier un réexamen des conclusions de l'arrêt *Taylor* à cet égard (voir les paragraphes 226 à 240 de la décision). Sur une question de cette nature, à savoir une question mixte de droit et de fait, la Cour doit faire preuve de déférence à l'égard du Tribunal : *RJR-MacDonald*, au paragraphe 151.

[87] Jusqu'à tout récemment, il était clair que le Parlement continuait de soutenir l'objectif de l'article 13, comme le montrent les modifications visant à doter la Loi de mesures réparatrices plus solides. La CDDP s'est vu attribuer le mandat de promouvoir l'égalité et de régler les différends en matière de droits de la personne par l'application de l'article 13. Comme il a été mentionné précédemment, la Chambre des communes a récemment appuyé un projet de loi d'initiative parlementaire visant l'abrogation de cette disposition, ce qui aurait pour effet de confier aux poursuites pénales la tâche de supprimer la propagande haineuse. Il s'agit là d'un élément du contexte social et politique du texte législatif qui doit être pris en considération au moment d'appliquer le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* : *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825 (l'arrêt *Ross*), au paragraphe 78; *Rocket*, au paragraphe 28; et *RJR-MacDonald*, aux paragraphes 62 et 63.

[88] Abstraction faite des initiatives législatives récentes visant l'abrogation de l'article 13, je n'ai aucune difficulté

the objective of the enactment continues to be substantial and pressing.

(c) Rational Connection

[89] Mr. Lemire submits in support of his position that there is no rational connection between the objective and the means used to achieve the objective. The Tribunal was not persuaded that the extension of the scope of section 13 to the Internet demonstrated the absence of a rational connection between the provision and its objectives, as was argued, because the same material may be freely available in a library or bookstore.

[90] On this application, Mr. Lemire and the interveners supporting his position make two points; the first concerning the lack of evidence of harm was dealt with above. The second is the lack of evidence that section 13 has had a positive effect on diminishing hate speech on the Internet. They argue that section 13 has no effect on hate speech originating in other countries and posted by their nationals (see the Moon Report, at pages 26–27) as it has no extraterritorial application.

[91] The Tribunal found that there was no evidence with respect to the availability outside of the Internet of the message which Mr. Lemire was found to have communicated within the meaning of section 13. Dissemination of printed material likely to expose persons to hatred or contempt could constitute a discriminatory practice under provincial legislation. Communication through the Internet is also consistently been found to be repeated communications within section 13's meaning. Such communications, the Tribunal wrote, are not necessarily comparable to messages conveyed in print form through traditional means.

[92] In discussing the question of the rational connection between Parliament's objective in enacting section

à conclure que l'objectif du texte législatif continue d'être réel et urgent.

c) Lien rationnel

[89] À l'appui de sa position, M. Lemire a fait valoir qu'il n'y avait aucun lien rationnel entre l'objectif et les moyens utilisés pour le réaliser. Le Tribunal a indiqué qu'il n'était pas convaincu que le fait que la portée de l'article 13 ait été élargie de manière à ce qu'il s'applique à Internet établissait l'absence d'un lien rationnel entre la disposition et son objectif, comme M. Lemire l'avait soutenu, vu que le même document pourrait être obtenu sans difficulté dans une bibliothèque ou une librairie.

[90] Dans le cadre de la présente demande, M. Lemire et les intervenants appuyant sa position ont formulé deux arguments. Le premier, qui concerne l'absence d'éléments de preuve démontrant l'existence d'un préjudice, a été examiné plus haut. Le deuxième concerne l'absence d'éléments de preuve établissant que l'article 13 a contribué à une diminution de la transmission de propagande haineuse sur Internet. Selon M. Lemire et les intervenants qui l'appuient, l'article 13 n'a eu aucune incidence sur la propagande haineuse provenant de l'étranger et diffusée par des gens de l'étranger (voir le rapport Moon, à la page 28) car il n'a aucune portée extraterritoriale.

[91] Le Tribunal a conclu qu'il ne disposait d'aucun élément de preuve concernant l'accessibilité hors d'Internet du message qui, selon ses conclusions, avait été transmis au sens de l'article 13 par M. Lemire. La transmission de documents imprimés susceptibles d'exposer des personnes à la haine ou au mépris pourrait constituer un acte discriminatoire au titre de lois provinciales. Les transmissions par Internet ont systématiquement été considérées comme des transmissions faites de façon répétée au sens de l'article 13. Le Tribunal a indiqué que de telles transmissions ne sont pas nécessairement comparables aux messages transmis sous forme d'imprimé par des moyens traditionnels.

[92] Au moment de se pencher sur la question du lien rationnel entre l'objectif visé par le Parlement au

13 and the means chosen, Chief Justice Dickson had the following to say in *Taylor*, at pages 923–924:

In my view, once it is accepted that hate propaganda produces effects deleterious to the guiding principles of s. 2 of the *Canadian Human Rights Act*, there remains no question that s. 13(1) is rationally connected to the aim of restricting activities antithetical to the promotion of equality and tolerance in society. The section labels as discriminatory the transmission of messages likely to expose individuals to hatred or contempt by reason of their being identifiable on the basis of certain characteristics, including race and religion. Sections 41 and 42 of the Act [now s. 54] allow the Human Rights Tribunal to issue a cease and desist order against an individual found to be engaging in this discriminatory practice, and this order can be enforced upon application to the Federal Court of Canada by the Commission (s. 43). In sum, when conjoined with the remedial provisions of the *Canadian Human Rights Act*, s. 13(1) operates to suppress hate propaganda and its harmful consequences, and hence is rationally connected to furthering the object sought by Parliament.

...

In addition, although criminal law is not devoid of impact upon the rehabilitation of offenders, the conciliatory nature of the human rights procedure and the absence of criminal sanctions make s. 13(1) especially well suited to encourage reform of the communicator of hate propaganda.

In combating discrimination legislative efforts to suppress hate propaganda are but one available form of response, and the fact that the international community considers such laws to be an important weapon against racial and religious intolerance strongly suggests that s. 13(1) cannot be viewed as ineffectual.

[93] In comparison with the recorded telephone messages in *Taylor*, the websites in question here are very different mediums of communication. Where Mr. Taylor went out into the community and passed out pieces of paper urging people to call a number for a message, the website Lemire controlled is but one of many in the Internet universe that requires some effort to find and access the content. However, at most it would require either the entry of the site uniform resource locator (URL) in the browser address bar or a few key words in a web search engine. This is the modern equivalent

moment de promulguer l'article 13 et les moyens choisis pour le réaliser, le juge en chef Dickson a déclaré ce qui suit (*Taylor*, aux pages 923 et 924) :

À mon avis, dès lors qu'on accepte que la propagande haineuse produit des effets qui portent atteinte aux principes directeurs énoncés à l'art. 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il n'y a plus à douter que le par. 13(1) a un lien rationnel avec l'objectif de limiter les activités qui s'opposent à la promotion de l'égalité et de la tolérance dans notre société. Ce paragraphe qualifie de discriminatoire la transmission de messages susceptibles d'exposer des particuliers à la haine ou au mépris parce que ces derniers sont identifiables sur la base de certaines caractéristiques, notamment la race et la religion. Les articles 41 et 42 de la Loi autorisent le Tribunal des droits de la personne à rendre une ordonnance d'interdit contre un individu qui se livre à cette pratique discriminatoire. Cette ordonnance peut être exécutée si la Commission en fait la demande à la Cour fédérale du Canada (art. 43). En résumé, quand on y joint les dispositions réparatrices de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le par. 13(1) joue de manière à supprimer la propagande haineuse et à écarter ses conséquences préjudiciables et il a donc un lien rationnel avec la réalisation de l'objet visé par le législateur fédéral.

[...]

En outre, bien que le droit criminel ait une certaine importance dans la réinsertion sociale des contrevenants, la nature conciliatoire de la procédure dans le domaine des droits de la personne ainsi que l'absence de sanctions criminelles font que le par. 13(1) est particulièrement bien conçu pour encourager le diffuseur de propagande haineuse à s'amender.

Dans la lutte contre la discrimination, les efforts du législateur pour supprimer la propagande haineuse ne sont qu'une des réactions possibles, et le fait que la communauté internationale considère de telles lois comme une arme importante pour combattre l'intolérance raciale et religieuse laisse fortement entendre que le par. 13(1) ne peut être considéré comme inefficace.

[93] Les sites Web en cause en l'espèce sont un moyen de communication très différent des messages téléphoniques enregistrés faisant l'objet de l'arrêt *Taylor*. Alors que M. Taylor distribuait aux membres de la collectivité des cartes les invitant à composer un numéro de téléphone pour entendre un message enregistré, le site Web administré par M. Lemire n'est qu'un des innombrables sites présents sur Internet, et les personnes souhaitant le trouver et accéder à son contenu doivent déployer quelques efforts. Cela dit, ces efforts se résument à la saisie de l'adresse URL (localisateur de ressources

of Mr. Taylor's little pieces of paper bearing the telephone number. The communications are available to any member of the public who has access to a computer and an Internet service provider account. In this instance, the Tribunal found, Mr. Lemire advertised the Freedomsite.org website on Stormfront.org and invited visitors.

[94] I acknowledge the force of the argument that callers to Taylor's recorded message received just one perspective whereas today, multiple perspectives are available on the Internet. It is true that there are opportunities to contest and refute that were not available in listening to a recorded message. Is that reason enough to distinguish the Internet environment from that considered by the Supreme Court in *Taylor*? I don't think so. While it may be possible in some instances to respond to information presented or offer counterarguments that is not always the case.

[95] Apart from the technology, there is little to choose between *Taylor's* callers and like-minded individuals looking for confirmation of their views on a white supremacist website. And the suggestion that they are open to countervailing views can not be taken seriously.

[96] The Internet has made it considerably easier to access hate speech than the strategies employed by Mr. Taylor: *Canada (Human Rights Commission) v. Winnicki*, 2005 FC 1493, [2006] 3 F.C.R. 446, at paragraph 32. It has also made it more difficult to restrain such activities: Moon Report, at pages 26–27; Yaman Akdeniz, "Governing Racist Content on the Internet: National and International Responses" (2007), 56 *U.N.B.L.J.* 103. The Internet is an inexpensive means of mass distribution of ideas, recruitment of followers and promotion of intolerance. It also permits a degree of

uniforme) dans la barre d'adresse d'un navigateur Web ou de quelques mots clés dans un moteur de recherche. Il s'agit là de l'équivalent moderne des petites cartes portant un numéro de téléphone que distribuait M. Taylor. Tout particulier ayant accès à un ordinateur et disposant d'un compte auprès d'un fournisseur d'accès Internet peut consulter les documents diffusés. Dans l'affaire qui nous occupe, le Tribunal a conclu que M. Lemire avait fait la promotion de Freedomsite.org sur le site Web Stormfront.org, et qu'il avait invité des personnes à consulter le site.

[94] J'admets la force de l'argument selon lequel le message enregistré de M. Taylor ne représentait qu'un seul point de vue, alors que, aujourd'hui, Internet donne accès à une multiplicité de points de vue. Il est vrai qu'Internet offre la possibilité de contester et de réfuter un message, possibilité que n'offre pas un message enregistré. S'agit-il d'une raison suffisante pour établir une distinction entre l'environnement d'Internet et celui examiné par la Cour suprême dans l'arrêt *Taylor*? Je ne le crois pas. Il peut être possible, dans certains cas, de réagir à des renseignements diffusés ou de prendre leur contre-pied, mais cela n'est pas toujours vrai.

[95] Hormis la technologie employée, il y a peu de différences entre les personnes accédant au message enregistré dont il est question dans l'arrêt *Taylor* et les personnes se réclamant de la même idée de la suprématie de la race blanche et cherchant à la confirmer en consultant un site Web. En outre, l'affirmation selon laquelle ces personnes sont réceptives aux points de vue contraires au leur, ne peut pas être prise au sérieux.

[96] En raison d'Internet, il est actuellement considérablement plus facile d'accéder à de la propagande haineuse que cela ne l'était à l'époque des stratégies employées par M. Taylor : voir la décision *Canada (Commission des droits de la personne) c. Winnicki*, 2005 CF 1493, [2006] 2 R.C.F. 446, au paragraphe 32. En outre, il est devenu beaucoup plus difficile de restreindre de telles activités : rapport Moon, aux pages 28 à 30; Yaman Akdeniz, « Governing Racist Content on the Internet: National and International Responses » (2007), 56 *R.D. U.N.-B.* 103. Internet permet, à faible

anonymity to people who might not publicly express hateful ideas if they were being held accountable for them.

[97] As indicated by Chief Justice Dickson in *Keegstra*, at page 784, there are many ways to regulate hate speech, and Parliament is entitled to use more than one approach to reach its goal:

It is important, in my opinion, not to hold any illusions about the ability of this one provision [subsection 319(2) of the *Criminal Code*] to rid our society of hate propaganda and its associated harms. Indeed, to become overly complacent, forgetting that there are a great many ways in which to address the problem of racial and religious intolerance, could be dangerous. Obviously, a variety of measures need be employed in the quest to achieve such lofty and important goals.

[98] The Tribunal has previously held that the Internet facilitates hate speech and thus section 13 should apply with greater force to that medium: *Schnell*, at paragraph 156; see also Chris Gosnell, “Hate Speech on the Internet: A Question of Context” (1998), 23 *Queen’s L.J.* 369. The Ontario Court of Appeal has expressed a similar view with regards to defamation on the Internet: *Black v. Breeden*, 2010 ONCA 547, 102 O.R. (3d) 748, at paragraph 65; and *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia*, 2004 CanLII 12938, 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), at paragraphs 29–35.

[99] As found by the Tribunal at paragraph 231 of the decision, the conclusion in *Taylor* on rational connection to the legislative objective still applies. I am of the same view.

(d) Minimal Impairment

[100] This is the stage of the analysis at which the Tribunal found that section 13 was no longer justified. The Tribunal held that the monetary penalty of paragraph 54(1)(c) of the CHRA no longer minimally impaired paragraph 2(b) of the Charter. The Tribunal based

coût, de diffuser des idées à grande échelle, de recruter des adeptes et de promouvoir l’intolérance. De plus, il offre un certain anonymat à des personnes qui n’exprimeraient peut-être pas publiquement des idées haineuses s’ils étaient tenus responsables de leurs propos.

[97] Comme l’a mentionné le juge en chef Dickson, à la page 784 de l’arrêt *Keegstra*, il existe de nombreux moyens de réglementer la propagande haineuse, et le Parlement a le droit d’en employer plus d’un pour réaliser son objectif :

Il est important, selon moi, de ne pas s’illusionner quant à la capacité de cette seule disposition [le paragraphe 319(2) du *Code criminel*] de débarrasser notre société de la propagande haineuse et des maux qui en découlent. De fait, il pourrait être dangereux de se laisser aller à une complaisance excessive et d’oublier qu’il existe une multitude de façons d’aborder le problème de l’intolérance raciale et religieuse. Évidemment, il faut avoir recours à diverses mesures dans la poursuite de buts aussi nobles et importants.

[98] Le Tribunal a précédemment conclu qu’Internet facilite la propagande haineuse et que l’article 13 devrait donc être appliqué avec une force accrue à ce moyen de communication : *Schnell*, au paragraphe 156; voir également Chris Gosnell, « Hate Speech on the Internet: A Question of Context » (1998), 23 *Queen’s L.J.* 369. La Cour d’appel de l’Ontario a exprimé un point de vue semblable en ce qui concerne la diffamation sur Internet : *Black v. Breeden*, 2010 ONCA 547, 102 R.J.O. (3^e) 748, au paragraphe 65; et *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia*, 2004 CanLII 12938, 71 R.J.O. (3^e) 416, aux paragraphes 29 à 35.

[99] Comme l’a mentionné le Tribunal au paragraphe 231 de la décision, la conclusion tirée dans l’arrêt *Taylor* quant au lien rationnel avec l’objectif législatif s’applique toujours. Je partage cet avis.

d) Atteinte minimale

[100] Il s’agit de l’étape de l’analyse où le Tribunal a conclu que l’article 13 n’était plus justifié. Le Tribunal a estimé que la sanction pécuniaire prévue à l’alinéa 54(1)c) de la LCDP ne portait plus une atteinte minimale à l’alinéa 2b) de la Charte. Il a fondé cette conclusion sur

this finding on the ground that one of the reasons for minimal impairment in *Taylor* was the conciliatory nature of the Act. The member found that this was no longer true based on the administration of the Act by the Commission and based on what he considered to be the “now penal nature” of the Act.

[101] The concept of minimal impairment requires that Parliament choose the least restrictive means that can actually create results to meet the objective of the legislation: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paragraph 53; *Keegstra*, at pages 784–785; and Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. loose-leaf (Toronto: Carswell, 2007) (Hogg), at pages 38–36 to 38–43. The legislative history of section 13 indicates that Parliament concluded that cease and desist orders were no longer sufficient to meet the objective of the legislation. The Tribunal has commented on the inadequacy of such orders: *Citron*, at paragraph 298. Parliament has to choose between imperfect alternatives and courts owe some deference to the legislative choice: *Ross*, at paragraph 88; and *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610 (*JTI-Macdonald Corp.*), at paragraph 41. This is especially true when the impugned legislation, like the CHRA, seeks to protect vulnerable groups: *Ross*, at paragraph 86; *Irwin Toy*, at paragraph 79; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (*Edwards Books*), at page 781; and Robert J. Sharpe and Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. (Toronto: Irwin Law, 2009) (Sharpe and Roach), at pages 81–82.

[102] In *Citron*, at paragraph 294 and in *Schnell*, at paragraph 160, the Tribunal upheld the constitutionality of section 13 with the penalty provision. In this matter, the Tribunal distinguished those rulings on the basis that at the time they were decided, data on the activities of the Commission was not available to be considered. Since, as I have earlier discussed, it was not open to the Tribunal to review the manner in which the Commission conducts its investigations, this can not justify arriving at a different conclusion than in the prior Tribunal decisions and in *Taylor*.

le fait que l’un des motifs relatifs à l’atteinte minimale énoncés dans l’arrêt *Taylor* tenait à la nature conciliaire de la Loi. Le membre instructeur a conclu que cela n’était plus valable, compte tenu de la manière dont la Loi était appliquée par la Commission et du fait que, selon lui, la Loi était à présent de nature pénale.

[101] La notion d’atteinte minimale exige que le Parlement choisisse le moyen le moins restrictif susceptible de contribuer concrètement à la réalisation de l’objectif de la disposition législative : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, au paragraphe 53; *Keegstra*, aux pages 784 et 785; et Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., feuilles mobiles (Toronto : Carswell, 2007), aux pages 38-36 à 38-43. L’historique de l’article 13 indique que le Parlement a conclu que les ordonnances d’interdiction n’étaient plus suffisantes pour réaliser l’objectif de la disposition législative. Le Tribunal a formulé des observations sur l’insuffisance de ces ordonnances : *Citron*, au paragraphe 298. Le Parlement doit choisir entre diverses solutions imparfaites, et les tribunaux doivent faire preuve d’une certaine déférence à l’égard du choix du législateur : *Ross*, au paragraphe 88; et *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610 (l’arrêt *JTI-Macdonald Corp.*), au paragraphe 41. Cela est particulièrement vrai dans les cas où le texte législatif en litige, par exemple la LCDP, cherche à protéger des groupes vulnérables : *Ross*, au paragraphe 86; *Irwin Toy Ltd.*, au paragraphe 79; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (*Edwards Books*), à la page 781; et Robert J. Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 4^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2009) (Sharpe and Roach), aux pages 81 et 82.

[102] Dans les décisions *Citron*, au paragraphe 294, et *Schnell*, au paragraphe 160, le Tribunal a confirmé la constitutionnalité de l’article 13, y compris ses dispositions relatives aux sanctions. En l’espèce, le Tribunal a établi une distinction entre la présente affaire et ces décisions, car au moment où ces dernières ont été rendues, il n’était pas possible d’examiner les données touchant les activités de la Commission. Vu que, comme je l’ai expliqué précédemment, il n’était pas loisible au Tribunal de se pencher sur la manière dont la Commission mène ses enquêtes, cela ne peut pas justifier le

[103] The Tribunal found, at paragraphs 287–290 of its decision, that the majority in *Taylor*:

... was clearly of the view, and relied upon its perception, that many, if not all, of the conciliatory measures provided for in the *Act* would find their way into all s. 13 proceedings.

...

As I have pointed out several times in this decision, Mr. Lemire had not only “amended” his conduct by removing the impugned material, but sought conciliation and mediation as soon as he learned of the complaint against him. The process understood by the Supreme Court was not what Mr. Lemire experienced.

In my view, it is clear that *Taylor*’s confidence that the human rights process under the *Act* merely serves to prevent discrimination and compensate victims hinged on the absence of any penal provision akin to the one now found at s. 54(1) (c), as well as on the belief that the process itself was not only structured, but actually functioned in as conciliatory a manner as possible. The evidence before me demonstrates that the situation is not as the Court contemplated in both respects.

[104] Unlike the Tribunal, I find no support in *Taylor* for the proposition that the majority was “clearly of the view ... that many, if not all, of the conciliatory measures provided for in the *Act* would find their way into all s. 13 proceedings”, that “[t]he process understood by the Supreme Court was not what Mr. Lemire experienced” or that “the situation is not as the Court contemplated in both respects.” There is no evidence either in *Taylor* or in the Tribunal decision of what the Commission’s actual pre-referral practices were when *Taylor* was decided and how, or whether they have changed. The Tribunal’s view of the Supreme Court’s understanding of the process is based entirely upon comments in the dissenting decision of Justice McLachlin, as she then was.

fait d’en arriver à une conclusion différente que celle tirée dans des décisions antérieures du Tribunal et dans l’arrêt *Taylor*.

[103] Aux paragraphes 287 à 290 de la décision, le Tribunal a conclu que, dans l’arrêt *Taylor*, les juges majoritaires étaient :

[...] clairement d’avis, et ils se sont fiés à leur perception, que de nombreuses mesures conciliatoires prévues dans la Loi, sinon toutes, se retrouvent dans toutes les instances relatives à l’article 13.

[...]

Comme je l’ai souligné à plusieurs reprises dans la présente décision, M. Lemire a non seulement « modifié » sa conduite en retirant les documents en litige, mais il a également fait une demande de conciliation et de médiation dès qu’il a appris qu’une plainte avait été déposée contre lui. Ce que M. Lemire a vécu ne correspond pas au processus que la Cour suprême avait à l’esprit.

Selon moi, il est clair que la conclusion de la Cour dans la décision *Taylor*, selon laquelle le processus relatif aux droits de la personne prévu dans la Loi ne vise que la prévention de la discrimination et l’indemnisation des victimes, découlait directement de l’absence d’une disposition pénale semblable à celle qui figure à l’alinéa 54(1)c), ainsi que de la conviction que non seulement le processus lui-même était structuré, mais qu’il fonctionnait de la manière la plus conciliatrice possible. La preuve qui m’a été soumise démontre que la situation n’est pas ce que la Cour envisageait sur ces deux points.

[104] À la différence du Tribunal, j’estime que l’arrêt *Taylor* ne soutient aucunement l’affirmation selon laquelle les juges majoritaires étaient « clairement d’avis [...] que de nombreuses mesures conciliatoires prévues dans la Loi, sinon toutes, se retrouvent dans toutes les instances relatives à l’article 13 », celle selon laquelle « [c]e que M. Lemire a vécu ne correspond pas au processus que la Cour suprême avait à l’esprit », ou celle selon laquelle « [l]a situation n’est pas ce que la Cour envisageait sur ces deux points ». L’arrêt *Taylor* et la décision du Tribunal ne contiennent aucun élément de preuve quant à la teneur concrète des pratiques préalables aux renvois qu’utilisait la Commission au moment où l’arrêt *Taylor* a été rendu, sur la question de savoir si ces pratiques ont changé et, le cas échéant, sur les modifications qui y auraient été apportées. Le point de vue du Tribunal à propos de la compréhension qu’avait la

[105] Moreover, the Tribunal appears to have interpreted *Taylor* as meaning that the only justification for section 13 was that it was solely conciliatory and remedial. However, this is not the case. Chief Justice Dickson indicated that the minimal impairment test was met because section 13 was less penal and more conciliatory than criminal law.

[106] The only non-remedial aspects of the regime are the penalty provisions adopted in 1998.

[107] It is true that the majority recognized that human rights legislation generally operates in a less confrontational manner in contrast with criminal procedure and that the opportunities for a conciliatory settlement made section 13 especially well suited to encourage reform of the communicator of hate propaganda. But the majority's description of its understanding of the human rights complaint process that was in place at the time, as set out at pages 909–910 of *Taylor*, was based on the discussion by the Federal Court of Appeal, in the decision appealed from, which focused on how the Commission process met the requirements of natural justice such as notice, disclosure, the opportunity to be heard and access to judicial review. The Tribunal read into the majority's reasons an emphasis on conciliation that, in my respectful view, is not there.

[108] Nonetheless, I agree with the Tribunal that the addition of the penalty provision has fundamentally altered the nature of the section 13 process and brought it uncomfortably close to the state's ultimate control measure, criminal prosecution, with which it was favourably compared by the Court in *Taylor*.

Cour suprême du processus est entièrement fondé sur des observations contenues dans les motifs dissidents de la juge McLachlin [tel était alors son titre].

[105] De surcroît, le Tribunal semble avoir compris de l'arrêt *Taylor* que l'unique justification de l'article 13 tenait à ce qu'il était de nature exclusivement conciliatoire et réparatrice. Toutefois, cela n'est pas le cas. Le juge en chef Dickson a indiqué que le critère relatif à l'atteinte minimale avait été rempli parce que l'article 13 avait une nature moins pénale et plus conciliatoire que le droit criminel.

[106] Les seuls éléments de la Loi qui sont d'une nature non réparatrice sont les dispositions relatives aux sanctions adoptées en 1998.

[107] Il est vrai que la majorité de la Cour suprême a reconnu que les dispositions législatives relatives aux droits de la personne se caractérisent généralement par une approche moins conflictuelle que celle propre à la procédure pénale, et que, vu les occasions de règlement fondées sur la conciliation auquel il donne lieu, l'article 13 est particulièrement bien conçu pour encourager le diffuseur de propagande haineuse à s'amender. Cependant, comme les juges majoritaires l'indiquent aux pages 909 et 910 de l'arrêt *Taylor*, leur compréhension du processus relatif aux plaintes en matière de droits de la personne qui était en place à l'époque était fondée sur l'analyse effectuée par la Cour d'appel fédérale dans le cadre de la décision faisant l'objet de l'appel, analyse axée sur la mesure dans laquelle le processus de la Commission répondait aux exigences relatives à la justice naturelle, par exemple en ce qui a trait aux avis, à la divulgation, à l'occasion d'être entendu et à l'accès au contrôle judiciaire. Le Tribunal a estimé que, dans leurs motifs de décision, les juges majoritaires avaient accordé une prépondérance à la conciliation; à mon humble avis, cette interprétation est erronée.

[108] Néanmoins, je suis d'accord avec le Tribunal pour dire que l'ajout des dispositions relatives aux sanctions a fondamentalement modifié la nature du processus fondé sur l'article 13, ce qui a eu pour effet de le rapprocher de façon inquiétante de l'ultime mesure de contrôle dont dispose l'État, à savoir les poursuites pénales, avec

[109] I note here that the discussion of the penalty provision in this matter has been somewhat artificial. When it was clear that Mr. Lemire would not be held accountable for the JRBooksonline.com content, the Commission abandoned its request for a financial penalty. The greater concern for Lemire, as the record makes clear, was always the possibility of a “cease and desist” order.

[110] As discussed by the Tribunal, the financial penalty which could be imposed under paragraph 54(1)(c) may have true penal consequences as described in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, at page 561—either imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of “redressing the wrong done to society at large”. The maximum amount is not insignificant and failure to pay it could result in contempt proceedings in this Court with a possible sanction of imprisonment until the contempt was purged.

[111] The penalty in this instance is distinguishable from that discussed in *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737, at paragraphs 36 and 45. In that case, the Court found that a demand for an “ascertained forfeiture” of \$315 458 under the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, was not intended to punish an offender in order to produce a deterrent effect and redress a wrong to society but rather to be a mechanism to ensure compliance with the statute. The amount was determined through a mathematical calculation based on the value of the property involved that had been falsely declared.

[112] I note that in its written submissions to the Tribunal, the Attorney General took the position that the penalty provisions were constitutionally valid because they were part of a broader regulatory scheme within federal jurisdiction; the conduct to which they were

lesquelles la Cour suprême l’avait favorablement comparé dans l’arrêt *Taylor*.

[109] Je tiens à souligner que l’analyse des dispositions relatives aux sanctions qui a été effectuée en l’espèce était quelque peu artificielle. Du moment où il était évident que M. Lemire ne serait pas tenu responsable du contenu du site JRBooksonline.com, la Commission a laissé tomber sa requête de sanction pécuniaire. Comme le compte rendu l’indique clairement, la plus grande préoccupation de M. Lemire était toujours la possibilité qu’une ordonnance d’interdiction soit délivrée.

[110] Comme l’a expliqué le Tribunal, la sanction pécuniaire qui pourrait être infligée en vertu de l’alinéa 54(1)c) pourrait avoir une véritable conséquence pénale — voir *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, à la page 561 —, à savoir une peine d’emprisonnement ou une amende qui, par son importance, semblerait imposée dans le but de « réparer le tort causé à la société en général ». Le montant maximal de la sanction n’est pas négligeable, et l’omission de l’acquitter pourrait se traduire par une procédure pour outrage au tribunal devant la Cour, et éventuellement par une peine d’emprisonnement jusqu’à ce que la personne en cause ait fait amende honorable.

[111] En l’espèce, la sanction peut être distinguée de celle examinée dans *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737, aux paragraphes 36 et 45. Dans cet arrêt, la Cour suprême a conclu qu’une demande de « confiscation compensatoire » de 315 458 \$ au titre de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl), ch. 1, était un mécanisme visant non pas à punir un contrevenant de manière à produire un effet dissuasif et à réparer un tort causé à la société, mais plutôt à assurer le respect de cette loi. Le montant est fixé au moyen d’un calcul mathématique fondé sur la valeur des biens ayant fait l’objet de fausses déclarations.

[112] Je constate que, dans les observations écrites qu’il a soumises au Tribunal, le procureur général a soutenu que les dispositions relatives aux sanctions étaient constitutionnelles parce qu’elles s’inscrivaient dans un système plus vaste de réglementation relevant

addressed is not criminal in nature; and the administrative penalty was not punitive but had other objects to ensure compliance with the preventative and remedial provisions of the Act. The Attorney General argued further that the penalties could be the subject of mediation and conciliation and must be tailored to the respondent's ability to pay.

[113] In my view, the penalty is inherently punitive. Like a fine, it goes into the general revenue fund and not towards any compensatory measure such as an education or victim's fund. In *Schnell*, at paragraph 163, the Tribunal noted that paragraph 54(1)(c) was designed to express "society's opprobrium for the discriminator's conduct." That view of the purpose of the penalty is enhanced by the factors set out in subsection 54(1.1) which are similar to those which a criminal court would consider in determining the fine to be imposed on someone found guilty of an offence. Included is the wilfulness or recklessness of the respondent's discriminatory practice, his or her prior discriminatory practices and his or her ability to pay.

[114] I agree with the Tribunal that these are all reasons to support a finding that the section 13 regime with these aspects can no longer be considered exclusively remedial. I part company with the Tribunal on its conclusion that this applies to the regime as a whole. As discussed below, I am satisfied that with severance of the problematic aspects, the regime can be preserved.

[115] Mr. Lemire and certain of the interveners also contend that the concept of hate is too vague, that the application of section 13 to the Internet has made the scope of the provision too broad, and that the lack of a defence of truth and the lack of an intent requirement in section 13 makes the provision too harsh.

de la compétence fédérale, que les actes qu'elles visaient n'étaient pas de nature criminelle et que la sanction administrative visait non pas à punir, mais à assurer le respect des dispositions préventives et réparatrices de la Loi. En outre, le procureur général a fait valoir que les sanctions pouvaient être soumises à un processus de médiation et de conciliation, et que leur montant devait être fixé en fonction des capacités financières de l'intimé.

[113] À mes yeux, la sanction est intrinsèquement punitive. Les sommes payées sont versées au Trésor, comme c'est le cas des sommes découlant du paiement d'amendes, et non pas dans un quelconque fonds d'indemnisation, par exemple un fonds d'éducation ou un fonds d'aide aux victimes. Dans la décision *Schnell*, au paragraphe 163, le Tribunal a fait observer que l'alinéa 54(1)c) représentait « l'expression de l'opprobre de la société envers le comportement du discriminateur ». Ce point de vue à propos de l'objectif de la sanction est soutenu par les facteurs énoncés au paragraphe 54(1.1), qui sont semblables à ceux qu'un tribunal pénal prendrait en considération au moment de fixer le montant de l'amende à imposer à une personne déclarée coupable d'une infraction. Parmi ces facteurs, mentionnons la nature délibérée ou insouciance de l'acte discriminatoire posé par l'intimé, ses antécédents discriminatoires et sa capacité de payer.

[114] Je suis d'accord avec le Tribunal pour dire que tous ces motifs soutiennent une conclusion selon laquelle il n'est plus possible de considérer que, sous sa forme actuelle, l'article 13 est de nature exclusivement réparatrice. Cela dit, je ne suis pas d'accord avec la conclusion du Tribunal selon laquelle cette conclusion s'applique à l'ensemble du cadre législatif. Comme je l'explique ci-dessous, je suis convaincu que la dissociation des éléments problématiques permet de préserver le texte législatif.

[115] M. Lemire et quelques-uns des intervenants soutiennent également que la notion de « haine » est trop vague, que l'application de l'article 13 à Internet a trop élargi la portée de la disposition, et que le fait que l'article 13 ne permettait pas la présentation d'une défense de vérité et n'avait aucune exigence d'une preuve de

[116] On the issue of intent, Chief Justice Dickson stated in *Taylor*, at pages 931–933:

An intent to discriminate is not a precondition of a finding of discrimination under human rights codes (*Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at pp. 549-50; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, at p. 586). The preoccupation with effects, and not with intent, is readily explicable when one considers that systemic discrimination is much more widespread in our society than is intentional discrimination. To import a subjective intent requirement into human rights provisions, rather than allowing tribunals to focus solely upon effects, would thus defeat one of the primary goals of anti-discrimination statutes. At the same time, however, it cannot be denied that to ignore intent in determining whether a discriminatory practice has taken place according to s. 13(1) increases the degree of restriction upon the constitutionally protected freedom of expression. This result flows from the realization that an individual open to condemnation and censure because his or her words may have an unintended effect will be more likely to exercise caution via self-censorship.

The absence of an intent requirement in the *Canadian Human Rights Act* thus presents the Court with a conflict between the objective of eradicating the discriminatory effects of certain expressive activities and the need to keep to a minimum restrictions upon the freedom of expression. This conflict is perhaps best discussed under the “effects” segment of the *Oakes* proportionality test, for the question is not so much whether the objective of s. 13(1) can be accomplished in a less restrictive way as it is whether the sacrifice required in order to combat successfully discriminatory effects is so severe as to make the impact of s. 13(1) upon the freedom of expression unacceptable. Nevertheless, putting aside this categorizational point, it seems to me that the important Parliamentary objective behind s. 13(1) can only be achieved by ignoring intent, and therefore the minimal impairment requirement of the *Oakes* proportionality test is not transgressed.

...

In sum, it is my opinion that the absence of an intent component in s. 13(1) raises no problem of minimal impairment when one considers that the objective of the section requires

l'intention rendait les dispositions législatives trop sévères.

[116] En ce qui concerne l'intention, aux pages 931 à 933 de l'arrêt *Taylor*, le juge en chef Dickson a déclaré ce qui suit :

L'intention d'établir une distinction n'est pas une condition préalable à la conclusion de discrimination en vertu des codes des droits de la personne (*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, aux pp. 549 et 550; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, à la p. 586). L'accent mis sur les effets, et non sur l'intention, s'explique facilement si l'on tient compte du fait que la discrimination systémique est beaucoup plus répandue dans notre société que la discrimination intentionnelle. Inclure dans des dispositions relatives aux droits de la personne l'exigence subjective de l'intention, au lieu de permettre aux tribunaux de porter uniquement leur attention sur les effets, ferait donc échec à l'un des principaux objectifs des lois interdisant la discrimination. En même temps, toutefois, on ne peut nier que ne pas tenir compte de l'intention pour déterminer si un acte discriminatoire a été commis au sens du par. 13(1) accroît le degré de restriction apporté à la liberté d'expression garantie par la Constitution. Cela résulte de ce que l'on sait qu'un individu risquant la condamnation ou la censure, parce que ses propos peuvent avoir une conséquence non voulue, exercera probablement une plus grande prudence par auto-censure.

L'absence de l'exigence d'une intention dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* place la Cour devant un conflit opposant l'objectif d'éliminer les effets discriminatoires de certaines activités expressives et la nécessité de maintenir au minimum les restrictions à la liberté d'expression. Il peut être préférable de traiter de ce conflit dans le cadre de l'examen du volet « effets » du critère de proportionnalité selon l'arrêt *Oakes*, car la question n'est pas tant de savoir si l'objectif du par. 13(1) peut être atteint avec des restrictions moindres, que de savoir si le sacrifice demandé pour réussir dans la lutte contre les effets discriminatoires est assez grave pour rendre inacceptable l'effet du par. 13(1) sur la liberté d'expression. Néanmoins, si l'on écarte cette question de classification, j'estime que l'objectif important visé par le législateur au par. 13(1) ne peut être atteint que si l'intention n'est pas prise en compte. En conséquence, l'exigence de l'atteinte minimale, dans le cadre du critère de proportionnalité selon l'arrêt *Oakes*, est respectée.

[...]

En somme, j'estime que l'absence d'un élément d'intention au par. 13(1) ne soulève aucun problème en matière d'atteinte minimale si l'on considère que l'objectif de cette disposition

an emphasis upon discriminatory effects. Moreover, and this is where I am perhaps jumping ahead to the “effects” component of the proportionality test, the purpose and impact of human rights codes is to prevent discriminatory effects rather than to stigmatize and punish those who discriminate. Consequently, in this context the absence of intent in s. 13(1) does not impinge so deleteriously upon the s. 2(b) freedom of expression so as to make intolerable the challenged provision’s existence in a free and democratic society. [Emphasis in original.]

[117] I see no reason to depart from the holding in *Taylor* that intent is not appropriate in non-criminal human rights schemes. Discrimination, even if committed unintentionally, remains discrimination. Adding an intent requirement would render section 13 ineffectual as it would make the provision nearly as difficult to establish as the criminal provision. Evidence of animus or the lack thereof may, however, assist the Tribunal to determine the appropriate remedy under section 54 of the CHRA.

[118] With respect to the question of whether the lack of a defence of truth was fatal, Chief Justice Dickson had these comments in *Taylor*, at pages 934–935:

Although I have found the absence of an intent requirement in s. 13(1) to be constitutionally acceptable, the section evinces yet another feature which is said to give it a fatally broad scope. In contrast to s. 319(2) of the *Criminal Code*, s. 13(1) provides no defences to the discriminatory practice it describes, and most especially does not contain an exemption for truthful statements. Accepting that the value of truth in all facets of life, including the political, is central to the s. 2(b) guarantee, the question becomes whether a restriction upon freedom of expression is excessive where it operates to suppress statements which are either truthful or perceived to be truthful.

In *Keegstra*, I dealt in considerable detail with hate propaganda and the defence of truth, though in relation to the criminal offence of wilfully promoting hatred against an identifiable group. It was not strictly necessary in that appeal to decide whether or not this defence was essential to the constitutional validity of the impugned criminal provision,

exige de mettre l’accent sur les effets discriminatoires. De plus, et c’est peut-être sauter un peu trop tôt au chapitre des « effets » du critère de proportionnalité, le but et le rôle des codes des droits de la personne sont de prévenir des effets discriminatoires plutôt que de punir et de stigmatiser les personnes qui pratiquent la discrimination. En conséquence et dans ce contexte, l’absence d’intention au par. 13(1) n’a pas d’incidence si préjudiciable sur la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) que la présence de la disposition contestée devient intolérable dans une société libre et démocratique. [Souligné dans l’original.]

[117] Je ne vois aucune raison d’aller à l’encontre de la conclusion tirée dans l’arrêt *Taylor* selon laquelle l’intention n’est pas appropriée dans le cas des dispositions législatives de nature non pénale relatives aux droits de la personne. Qu’il soit commis de façon intentionnelle ou non, un acte discriminatoire demeure un acte discriminatoire. L’ajout d’une exigence relative à une intention rendrait l’article 13 inefficace, car son application serait presque aussi difficile que celle de la disposition législative de nature pénale. Toutefois, l’établissement d’une intention ou d’une absence d’intention pourrait aider le Tribunal à trancher sur la réparation appropriée au titre de l’article 54 de la LCDP.

[118] En ce qui a trait à la question de savoir si l’absence d’une défense de vérité invalide les dispositions législatives en question, pages 934 et 935 de l’arrêt *Taylor*, on peut lire ce qui suit sous la plume du juge en chef Dickson :

Bien que je juge acceptable du point de vue constitutionnel l’absence d’exigence en matière d’intention au par. 13(1), celui-ci comporte une autre particularité qui, dit-on, lui donne une portée trop large. À la différence du par. 319(2) du *Code criminel*, le par. 13(1) ne prévoit aucun moyen de défense à l’égard de l’acte discriminatoire visé et, surtout, il ne renferme pas d’exception pour les déclarations véridiques. Si l’on tient pour acquis que la vérité en matière politique et dans tous les autres aspects de la vie est un élément essentiel de la garantie énoncée à l’al. 2b), la question qui se pose alors est de savoir si une restriction imposée à la liberté d’expression devient excessive lorsqu’elle a pour effet de réprimer des déclarations qui sont soit vraies soit perçues comme telles.

Dans l’affaire *Keegstra*, je traite en détail de la propagande haineuse et du moyen de défense de véracité, quoique dans le contexte de l’infraction criminelle de la fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable. Or, il n’était pas strictement nécessaire dans l’arrêt *Keegstra* de décider si l’existence de ce moyen de défense est essentielle à la

but I nevertheless offered an opinion on the matter, stating (at p. 781):

The way in which I have defined the s. 319(2) offence, in the context of the objective sought by society and the value of the prohibited expression, gives me some doubt as to whether the *Charter* mandates that truthful statements communicated with an intention to promote hatred need be excepted from criminal condemnation. Truth may be used for widely disparate ends, and I find it difficult to accept that circumstances exist where factually accurate statements can be used for no other purpose than to stir up hatred against a racial or religious group. It would seem to follow that there is no reason why the individual who intentionally employs such statements to achieve harmful ends must under the Charter be protected from criminal censure. [Emphasis in original.]

[119] The parties have raised no new arguments with regards to those two points and I cannot see how this Court could depart from the above-cited reasoning of Chief Justice Dickson in *Taylor*. A statement, even if in essence technically true, may still constitute hate speech in certain contexts and cause harm. As I discuss below, controversial issues may be addressed without promoting hatred.

[120] It is true that the application of section 13 to Internet communications has significantly broadened its scope. However, this has not necessarily resulted in greater impairment of the protected freedom. The reasoning in *Taylor*, in this respect, did not directly address the scope of the communication covered by section 13 but its effect on free speech. Apart from the penalty provision, which is addressed below, the effects remain the same.

[121] I would note here that the application of section 13 to the Internet is not, in my view, dependent on the 2001 amendment which was, as it states, enacted “for greater certainty”. Section 13 as it read before the enactment of that amendment was broad enough to encompass Internet based telecommunications. This does not appear to have been questioned in these proceedings and the Tribunal did not rely on the 2001 amendment

constitutionnalité de la disposition pénale attaquée; j’exprime néanmoins l’opinion suivante sur la question (à la page 781) :

Vu ma définition de l’infraction prévue au par. 319(2), dans le contexte de l’objectif visé par la société et de la valeur de l’expression interdite, j’ai quelques doutes sur la question de savoir si la *Charte* exige que des déclarations véridiques communiquées avec l’intention de fomenter la haine échappent à la condamnation criminelle. La vérité peut servir aux fins les plus diverses, et j’ai de la difficulté à accepter qu’il existe des circonstances dans lesquelles des déclarations conformes aux faits puissent être utilisées à la seule fin de fomenter la haine contre un groupe racial ou religieux. Il semble donc en découler qu’il n’y a aucune raison qu’un individu, qui utilise intentionnellement de telles déclarations à des fins préjudiciables, bénéficie en vertu de la Charte d’une protection contre les sanctions criminelles. [Souligné dans l’original.]

[119] Les parties n’ont présenté aucun nouvel argument en ce qui concerne ces deux points, et je ne vois pas comment la Cour pourrait s’écarter du raisonnement adopté par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Taylor*, cité ci-dessus. Dans certaines circonstances, même si, en principe, une affirmation est intrinsèquement véridique, elle peut tout de même constituer de la propagande haineuse et causer un préjudice. Comme je l’explique ci-dessous, il est possible de discuter de questions prêtant à la controverse sans faire la promotion de la haine.

[120] Il est vrai que l’application de l’article 13 aux communications sur Internet a considérablement élargi la portée de cette disposition, mais cela ne s’est pas nécessairement traduit par une plus grande atteinte à une liberté garantie par la Charte. À cet égard, le raisonnement exposé dans l’arrêt *Taylor* ne traitait pas directement de l’ampleur des communications visées par l’article 13; il traitait plutôt des effets de l’application de cet article sur la liberté d’expression. Abstraction faite de dispositions relatives aux sanctions, dont il est question ci-dessous, les effets demeurent les mêmes.

[121] Je tiens à souligner que, à mon avis, l’application de l’article 13 aux communications sur Internet n’est pas fonction de la modification de 2001, qui a été apportée par souci de précision. Avant cette modification, le libellé de l’article 13 était d’une portée suffisamment vaste pour englober la communication sur Internet. Il semble que cela n’ait pas été remis en question dans la présente procédure, et le Tribunal ne s’est

in reaching its conclusion. It did place great weight on the changing nature of the communications environment since *Taylor*, as did the parties supporting the Tribunal's decision.

[122] On the point of vagueness, raised by Mr. Lemire and the CFSL, the argument was rejected by the Supreme Court and the Tribunal. *Taylor* has created a very restrictive definition of what constitutes hate speech. This limits the application of section 13 and makes the infringement on freedom of expression minimal. *Taylor*, at pages 938–939:

As the preceding discussion shows, the freedom of expression is not unnecessarily impaired by s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*. The terms of the section, in particular the phrase “hatred or contempt”, are sufficiently precise and narrow to limit its impact to those expressive activities which are repugnant to Parliament's objective of promoting equality and tolerance in society. That no special provision exists to emphasize the importance of minimally impairing the freedom of expression does not create in s. 13(1) an overly wide or loose scope, for both its purpose and the common law's traditional desire to protect expressive activity permit an interpretation solicitous of this important freedom.

[123] Concerns about the possibility of an extension of section 13 to the traditional media, raised by the BCCLA, are diminished by the very narrow definition of what constitutes hate approved in *Taylor*. In *Elmasry and Habib v. Roger's Publishing and MacQueen (No. 4)*, 2008 BCHRT 378 (CanLII), 64 C.H.R.R. D/509 (*Elmasry*), for example, the complaint was dismissed on that ground.

[124] The cases of *Whatcott and Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2006 SKCA 41 (CanLII), [2006] 7 W.W.R. 433 (*Owens*) in Saskatchewan; *Boissoin v. Lund*, 2009 ABQB 592 (CanLII) (*Lund*) in Alberta; and *Elmasry* in British Columbia, show that the restricted definition of hate does serve as an effective limit on the broadness of hate speech legislation. On this

pas fondé sur la modification de 2001 pour tirer sa conclusion. Il a accordé une grande importance au fait que le monde des communications avait changé depuis l'arrêt *Taylor*, comme l'ont fait les parties ayant appuyé sa décision.

[122] L'argument présenté par M. Lemire et la CFSL en ce qui concerne le caractère vague de la notion de discours haineux a été rejeté par la Cour suprême et le Tribunal. La définition de discours haineux énoncée dans l'arrêt *Taylor* est très restrictive. Cela limite la portée de l'application de l'article 13 et réduit au minimum les restrictions violant la liberté d'expression (*Taylor*, aux pages 938 et 939) :

Comme l'examen qui précède l'indique, la liberté d'expression n'est pas inutilement limitée en vertu du par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le libellé du paragraphe, et surtout l'expression « à la haine [ou] au mépris » sont assez précis et restrictifs pour limiter son effet aux activités d'expression qui sont contraires à l'objectif poursuivi par le législateur de favoriser l'égalité et la tolérance dans la société. L'absence de disposition qui soulignerait l'importance de restreindre le moins possible la liberté d'expression ne donne pas au par. 13(1) une portée trop générale ou trop étendue, parce que son objectif et le souci traditionnel de la common law de protéger les activités d'expression permettent de l'interpréter d'une manière qui respecte cette importante liberté.

[123] Les préoccupations soulevées par la BCCLA en ce qui a trait à la possibilité que la portée de l'application de l'article 13 puisse être élargie de manière à ce qu'elle englobe les communications dans les médias conventionnels sont atténuées par la définition très restrictive de la notion de haine énoncée dans l'arrêt *Taylor*. Dans la décision *Elmasry and Habib v. Roger's Publishing and MacQueen (No. 4)*, 2008 BCHRT 378 (CanLII), 64 C.H.R.R. D/509 (*Elmasry*), par exemple, la plainte a été rejetée pour cette raison.

[124] Les affaires *Whatcott et Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2006 SKCA 41 (CanLII), [2006] 7 W.W.R. 433 (*Owens*), en Saskatchewan; *Boissoin v. Lund*, 2009 ABQB 592 (CanLII) (*Lund*), en Alberta; et *Elmasry*, en Colombie-Britannique, montrent que la définition restreinte de la notion de haine est un élément efficace au moment de limiter la portée des

point, the Saskatchewan Court of Appeal had this to say in *Whattcott*, at paragraphs 73–74:

Some of the words and phrases taken in isolation are de-meaning. It is not enough that particular words or phrases may be considered to meet the standard established in *Taylor* for “hatred” of calumny, detestation and vilification. It is doubtful if any of the words and phrases isolated by the Tribunal or the Queen’s Bench judge would, standing alone, meet the test set out in *Taylor* for hatred, i.e., detestation, calumny and vilification. Moreover, when examined in the context of a debate about the actions of the Saskatoon School Board, the entire flyer would not be seen by a reasonable person as communicating the level of emotion required to expose persons on the basis of their sexual orientation to a level of hatred within the meaning of that term as prescribed in *Bell*.

To use the derogatory form of a word is not by itself hatred. Many in Canadian society would find it offensive, may refrain from using such a word and not associate with persons who use the word. In balancing the right of freedom of expression against the limitation contained in s. 14(1)(b) of the *Code*, one must not seize on a word or phrase in isolation and censor persons who use the offensive form of a word or phrase in a publication. There, of course, will be circumstances in which a word or phrase in another context, or without any context, may well breach s. 14(1)(b) of the *Code*. This does not give a license to use such words or phrases, but neither is it obviously hatred within the meaning of s. 14(1)(b) of the *Code*.

[125] The Tribunal has itself provided more precise guidelines as to what constitutes hate speech: see *Warman v. Kouba*, 2006 CHRT 50, at paragraphs 24–81. These are:

(a) The targeted group is portrayed as a powerful menace that is taking control of the major institutions in society and depriving others of their livelihoods, safety, freedom of speech and general well-being

...

(b) The messages use “true stories”, news reports, pictures and references from purportedly reputable sources to make negative generalizations about the targeted group.

dispositions législatives relatives aux discours haineux. Voici ce que la Cour d’appel de la Saskatchewan a déclaré sur cette question aux paragraphes 73 et 74 de l’arrêt *Whattcott* :

[TRADUCTION] Pris isolément, certains mots et certaines expressions ont un caractère dégradant. Il ne suffit pas que des mots ou des expressions en particulier puissent être considérés comme répondant au critère établi dans *Taylor* quant à ce qui constitue de la « haine », c’est-à-dire une émotion de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation. Il est peu probable que les mots et les expressions dégagés par le Tribunal ou le juge de la Cour du Banc de la Reine répondraient, pris isolément, au critère relatif à la haine énoncé dans *Taylor*, à savoir une émotion de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation. De plus, dans le cadre d’un débat concernant les actes posés par la Saskatoon School Board, une personne raisonnable ne pourrait pas considérer que le prospectus en question suscite le degré d’émotion requis pour exposer à la haine au sens énoncé dans *Bell* des personnes en raison de leur orientation sexuelle.

En soi, l’utilisation d’un mot dans son sens péjoratif n’est pas assimilable à une expression de haine. Bon nombre de membres de la société canadienne pourraient trouver que ce mot est choquant, s’abstenir de l’employer et éviter de fréquenter des personnes qui l’utilisent. Au moment de concilier le droit à la liberté d’expression et la restriction prévue à l’alinéa 14(1)*b* du Code, il faut éviter d’examiner isolément un mot ou une expression et de censurer les gens qui emploient la forme péjorative d’un mot ou d’une expression dans une publication. Bien sûr, dans certaines circonstances, un mot ou une expression peuvent, dans un contexte particulier ou abstraction faite de leur contexte, contrevenir à l’alinéa 14(1)*d* du Code. Cela ne signifie pas qu’il est permis de les utiliser, mais cela ne veut pas dire non plus qu’ils constituent évidemment de la haine au sens de l’alinéa 14(1)*b* du Code.

[125] Le Tribunal a lui-même fourni, aux paragraphes 24 à 81 de la décision *Warman c. Kouba*, 2006 TCDP 50, des lignes directrices plus précises quant à ce qui constitue un discours haineux :

a) Le groupe identifiable est décrit comme constituant une puissante menace qui prend le contrôle des principales institutions de la société et qui prive les autres de leur gagne-pain, de leur sécurité, de leur liberté de parole et de leur bien-être général.

[...]

b) Dans les messages en litige on utilise des « faits authentiques », des informations de presse, des photos et des propos provenant de sources censément dignes de

		confiance pour faire des généralisations négatives à propos du groupe identifiable.
	...	[...]
(c) The targeted group is portrayed as preying upon children, the aged, the vulnerable, etc.		c) Le groupe identifiable est décrit comme un groupe qui s'en prend aux enfants, aux personnes âgées, aux personnes vulnérables, etc.
	...	[...]
(d) The targeted group is blamed for the current problems in society and the world		d) Le groupe identifiable est tenu responsable des problèmes actuels de la société et du monde
	...	[...]
(e) The targeted group is portrayed as dangerous or violent by nature		e) Le groupe identifiable est décrit comme étant foncièrement dangereux ou violent
	...	[...]
(f) The messages convey the idea that members of the targeted group are devoid of any redeeming qualities and are innately evil		f) Les messages transmettent l'idée que les membres des groupes identifiables n'ont aucune qualité qui rachète leurs défauts et qu'ils sont foncièrement mauvais.
	...	[...]
(g) The messages communicate the idea that nothing but the banishment, segregation or eradication of this group of people will save others from the harm being done by this group		g) Les messages véhiculent l'idée que seuls le bannissement, la ségrégation ou l'éradication du groupe de personnes en question épargneront aux autres les préjudices causés par ce groupe
	...	[...]
(h) The targeted group is de-humanized through comparisons to and associations with animals, vermin, excrement, and other noxious substances.		h) On déshumanise le groupe identifiable en comparant ses membres à des animaux, à de la vermine, à des excréments et à d'autres substances nocives.
	...	[...]
(i) Highly inflammatory and derogatory language is used in the messages to create a tone of extreme hatred and contempt		i) Un langage incendiaire et méprisant est utilisé dans les messages afin de créer un climat de haine et de mépris extrême
	...	[...]
(j) The messages trivialize or celebrate past persecution or tragedy involving members of the targeted group [and]		j) Les messages banalisent ou glorifient les persécutions ou les tragédies dont ont été victimes les membres du groupe identifiable dans le passé
	...	[...]
(k) The messages contain calls to take violent action against the targeted group. [Boldface in original]		k) Les appels à la violence contre le groupe identifiable. [En caractère gras dans l'original.]

[126] These “hallmarks” of hate speech can not be characterized as vague and imprecise. They were applied in the present case to exclude many of the messages that formed part of the complaint. In the result, only one article met the stringent test: the “AIDS Secrets” article. It is thus possible to discuss controversial topics without infringing section 13 and causing harm to vulnerable groups. Simply put, there are ways to convey expression that is respectful of others and not hateful. This is in accord with the values of paragraph 2(b) of the Charter and the free exercise of democratic institutions.

(e) *Proportionality of Effects*

[127] Chief Justice Dickson discussed this element of the section 1 Charter analysis in *Taylor*, at pages 939–940:

It will be apparent from the preceding discussion that I do not view the effects of s. 13(1) upon the freedom of expression to be so deleterious as to make intolerable its existence in a free and democratic society. The section furthers a government objective of great significance and impinges upon expression exhibiting only tenuous links with the rationale underlying the freedom of expression guarantee. Moreover, operating in the context of the procedural and remedial provisions of the *Canadian Human Rights Act*, s. 13(1) plays a minimal role in the imposition of moral, financial or incarcerating sanctions, the primary goal being to act directly for the benefit of those likely to be exposed to the harms caused by hate propaganda. It is therefore my opinion that the degree of limitation imposed upon the freedom of expression by s. 13(1) is not unduly harsh, and that the third requirement of the *Oakes* proportionality approach is satisfied.

[128] He also noted in *Keegstra*, at page 787, in relation to the criminal prohibition, that the expressive activity at which it was aimed is “only tenuously connected with the values underlying the guarantee of freedom of speech.” Further, few concerns he stated “can be as central to the concept of a free and democratic society as the dissipation of racism, and the especially strong value which Canadian society attaches to this goal must never be forgotten in assessing the effects of an impugned legislative measure”.

[126] Il n’est pas possible de qualifier de vagues et d’imprécis ces « thèmes » du discours haineux. En l’espèce, leur application a entraîné l’exclusion de bon nombre des messages visés par la plainte. En fin de compte, un seul article a répondu au critère rigoureux, à savoir celui intitulé « AIDS Secrets ». Il est donc possible de discuter de sujets controversés sans violer l’article 13 et sans occasionner de préjudice à des groupes vulnérables. Simplement dit, il existe des façons de transmettre un message de manière respectueuse et sans caractère haineux. Cela concorde avec les valeurs énoncées à l’alinéa 2b) de la Charte et le libre exercice des droits prévu par les institutions démocratiques.

e) *Proportionnalité des effets*

[127] Le juge en chef Dickson s’est penché sur cet élément de l’analyse de l’article premier de la Charte, aux pages 939 et 940 de l’arrêt *Taylor* :

Il ressort de l’examen qui précède que je ne considère pas que l’effet du par. 13(1) sur la liberté d’expression soit si dommageable qu’il rende son existence intolérable dans une société libre et démocratique. Le paragraphe vise un objet gouvernemental d’une grande importance et limite une expression qui n’a que des liens ténus avec le fondement de la garantie de la liberté d’expression. De plus, puisqu’il s’applique dans le contexte des procédures et des dispositions réparatrices prévues par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le par. 13(1) a peu d’effet sur l’imposition de sanctions morales, financières ou d’incarcération, son but premier étant de profiter directement à ceux qui sont susceptibles d’être exposés aux maux de la propagande haineuse. Je suis donc d’avis que le par. 13(1) n’impose pas un degré de restriction trop sévère à la liberté d’expression et que la troisième condition du critère de proportionnalité de l’arrêt *Oakes* est respectée.

[128] À la page 787 de l’arrêt *Keegstra*, il a également mentionné, en ce qui concerne l’interdiction criminelle, que l’activité expressive visée « n’a qu’un faible lien avec les valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d’expression ». En outre, il a déclaré que peu de préoccupations « sont aussi cruciales pour le concept d’une société libre et démocratique que celle de l’élimination du racisme et, lorsqu’on apprécie les effets d’une mesure législative contestée, il ne faut jamais perdre d[e] vue la valeur particulièrement élevée que la société canadienne attache à cet objectif ».

[129] Hate speech has little value and section 13 minimally impairs freedom of expression. Considering the deference this Court owes to Parliament, considering the minimal value hate speech possesses and considering the context and the objective of the Act, I find that the minimal harm caused by section 13 to freedom of expression is far outweighed by the benefit it provides to vulnerable groups and to the promotion of equality.

[130] I conclude, therefore, that section 13 and section 54 of the Act are justifiable in a free and democratic society and that the Tribunal erred in declining to apply the legislation .

What is the appropriate remedy if subsections 13(1), 54(1) and (1.1) of the CHRA, read together, are found to be unconstitutional?

[131] As indicated above, and in light of my finding that the penalty provisions in paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) cannot withstand constitutional scrutiny, the appropriate remedy to apply is severance. Severance would minimally intrude in the legislative domain, respect the objective of the legislation, and respect the values of the Charter.

[132] The doctrine of severance was explained by the Supreme Court in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679 (*Schachter*), at pages 696–697:

The flexibility of the language of s. 52 is not a new development in Canadian constitutional law. The courts have always struck down laws only to the extent of the inconsistency using of the doctrine of severance or “reading down”. Severance is used by the courts so as to interfere with the laws adopted by the legislature as little as possible. Generally speaking, when only a part of a statute or provision violates the Constitution, it is common sense that only the offending portion should be declared to be of no force or effect, and the rest should be spared.

...

[129] La propagande haineuse a peu de valeur, et l’article 13 porte minimalement atteinte à la liberté d’expression. Vu la déférence dont la Cour doit faire preuve à l’égard du Parlement, vu la valeur minimale que revêt la propagande haineuse et vu le contexte et les objectifs de la Loi, je conclus que l’atteinte minimale portée par l’article 13 à la liberté d’expression est largement compensée par l’effet bénéfique sur les groupes vulnérables et la promotion de l’égalité.

[130] Par conséquent, je conclus que l’article 13 et l’article 54 de la Loi sont justifiables au sein d’une société libre et démocratique, et que le Tribunal a commis une erreur en refusant d’appliquer ces dispositions.

Quelle mesure de réparation convient-il de prendre si, pris ensemble, l’article 13 et les paragraphes 54(1) et 54(1.1) de la Loi sont déclarés inconstitutionnels?

[131] Comme il a été indiqué précédemment, et à la lumière de ma conclusion selon laquelle les dispositions relatives aux sanctions de l’alinéa 54(1)c) et du paragraphe 54(1.1) ne peuvent pas résister à un examen constitutionnel, la mesure de réparation qu’il convient de prendre consiste en l’application de la doctrine de la dissociation, laquelle n’intervient que minimalement dans le domaine législatif, respecte l’objectif des dispositions législatives et respecte les valeurs énoncées dans la Charte.

[132] Dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 (*Schachter*), aux pages 696 et 697, la Cour suprême a expliqué la doctrine de la dissociation de la façon suivante :

La souplesse du libellé de l’art. 52 n’a rien de nouveau en droit constitutionnel canadien. Les tribunaux n’ont toujours annulé que les dispositions incompatibles des lois en appliquant la doctrine de la dissociation ou de « l’interprétation atténuée ». Les tribunaux ont recours à la dissociation de façon à s’ingérer le moins possible dans les lois adoptées par le corps législatif. En règle générale, lorsque seulement une partie d’une loi ou d’une disposition viole la Constitution, il est logique de déclarer inopérante seulement la partie fautive et de maintenir en vigueur le reste du texte.

[...]

Therefore, the doctrine of severance requires that a court define carefully the extent of the inconsistency between the statute in question and the requirements of the Constitution, and then declare inoperative (a) the inconsistent portion, and (b) such part of the remainder of which it cannot be safely assumed that the legislature would have enacted it without the inconsistent portion.

[133] See also Gérald A. Beaudouin and Pierre Thibault, *La Constitution du Canada*, 3rd ed. (Montréal: Wilson & Lafleur, 2004), at pages 862–864; Henri Brun, Guy Tremblay and Eugénie Brouillet, *Droit Constitutionnel*, 5th ed. (Cowansville (Que.): Y. Blais, 2008), at pages 1004–1005; Sharpe and Roach, at pages 390–391; and Hogg, at pages 40-12 to 40-15.

[134] The classic test for severance was set out in *Alberta, Attorney-General for v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at page 518:

The real question is whether what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive or, as it has sometimes been put, whether on a fair review of the whole matter it can be assumed that the legislature would have enacted what survives without enacting the part that is *ultra vires* at all.

[135] At page 713 of *Schachter*, Chief Justice Lamer observed:

It is sensible to consider the significance of the remaining portion when asking whether the assumption that the legislature would have enacted the remaining portion is a safe one. If the remaining portion is very significant, or of a long standing nature, it strengthens the assumption that it would have been enacted without the impermissible portion.

The significance of the remaining portion may be enhanced where the Constitution specifically encourages that sort of provision.

[136] Applying the doctrine of severance requires that the Court carefully define the extent of the inconsistency between the statute in question and the requirements of the Constitution. In this case, paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) of the CHRA can readily be severed from subsection 13(1). These provisions were not part of the statute when it was considered in *Taylor*. The offending parts are not inextricably bound up with that

En conséquence, la doctrine de la dissociation exige du tribunal qu'il précise soigneusement la mesure de l'incompatibilité entre la loi en question et les exigences de la Constitution et qu'il déclare inopérantes a) la partie incompatible, ainsi que b) toute partie du reste de la loi relativement à laquelle il n'y aurait pas lieu de supposer que le législateur l'aurait adoptée sans la partie incompatible.

[133] Voir également Gérald A. Beaudouin et Pierre Thibault, *La Constitution du Canada*, 3^e éd. (Montréal : Wilson & Lafleur, 2004), aux pages 862 à 864; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd. (Cowansville (Qc) : Y. Blais, 2008), aux pages 1004 et 1005; Sharpe and Roach, aux pages 390 et 391; et Hogg, aux pages 40-12 à 40-15.

[134] L'énoncé classique du critère applicable en cas de dissociation figure dans l'arrêt *Alberta, Attorney-General for v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), à la page 518 :

[TRADUCTION] La véritable question qui se pose est de savoir si le reste n'est pas si inextricablement lié à la partie déclarée invalide qu'il ne saurait subsister indépendamment, ou comme on l'a dit parfois, si, après un examen impartial de toute la question, on peut présumer que le législateur n'aurait jamais adopté ce qui subsiste sans adopter la partie qui est *ultra vires*.

[135] À la page 713 de l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer formule l'observation suivante :

Il est raisonnable d'examiner le sens de la partie qui reste lorsqu'on se demande si la supposition que le législateur l'aurait quand même adoptée est fondée. Si la partie qui reste a une très grande importance ou existe depuis longtemps, ce fait vient renforcer la supposition que cette partie aurait été adoptée sans la portion inacceptable.

La partie qui reste a un sens encore plus important si la Constitution favorise expressément l'adoption de ce genre de disposition.

[136] Au moment d'appliquer la doctrine de la dissociation, la Cour doit établir de façon rigoureuse l'ampleur de l'incompatibilité entre le texte législatif en cause et les exigences de la Constitution. En l'espèce, l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1) de la LCDP peuvent facilement être dissociés du paragraphe 13(1). Ces dispositions ne faisaient pas partie du texte législatif au moment où il a été examiné dans l'arrêt *Taylor*. Les

part of the legislation held to be valid in *Taylor*. The remaining portion of the legislation is very significant and of a long-standing nature. It may safely be assumed that the legislator would have enacted section 13 without a penalty provision as it had done so at the time of its initial adoption in 1977.

[137] This is not a case in which the Tribunal found that the section could not be administered in a way that is consistent with the Supreme Court's findings in *Taylor* as the section read prior to the 1998 amendments. Although the Tribunal expressed concerns as to the evidence that it had heard with respect to the administration of the statute in this and other cases in recent years, its conclusion turned primarily on the penalty provisions. The Tribunal did not express any view on the question of severance.

[138] For that reason, I do not accept the arguments advanced in these proceedings that the penalty provisions are so integrated with section 13 that they can no longer be severed. The Tribunal's concerns with respect to the lack of a conciliatory approach by the Commission were not an inevitable consequence of the law or an effect of the law itself.

[139] Severance of the problematic sections and preservation of the core of the section 13 regime would be in accord with the objective of the CHRA (see section 2 of the CHRA; *Taylor*, at pages 917–918; and *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at pages 546–547). It is also compatible with the view of the Supreme Court and the Ontario Court of Appeal that a just remedy must take into consideration other Charter values and human rights conferred on vulnerable groups: *Haig v. Canada*, 1992 CanLII 2787, 9 O.R. (3d) 495 (C.A.), at paragraph 22; and *Edwards Books*, at pages 778–779.

dispositions invalides ne sont pas inextricablement liées aux dispositions législatives déclarées valides dans l'arrêt *Taylor*. La partie qui reste a une très grande importance et existe depuis longtemps. Il y a lieu de supposer que le législateur aurait adopté l'article 13 sans les dispositions relatives aux sanctions, comme il l'avait fait au moment où il a été adopté pour la première fois, en 1977.

[137] En l'espèce, le Tribunal n'a pas conclu que l'article en question, sous la forme qu'il prenait avant les modifications de 1998, ne pouvait pas être appliqué conformément aux conclusions tirées par la Cour suprême dans l'arrêt *Taylor*. Même si le Tribunal a soulevé des préoccupations par suite du témoignage qu'il a entendu relativement à l'application de la loi en l'espèce et dans le cadre d'autres affaires récentes, sa conclusion portait principalement sur les dispositions relatives aux sanctions. Le Tribunal n'a exprimé aucun point de vue sur la question de la dissociation.

[138] Pour cette raison, je ne souscris pas aux arguments exposés en l'espèce selon lesquels les dispositions relatives aux sanctions sont désormais tellement intégrées à l'article 13 qu'elles ne peuvent plus être dissociées du reste du texte législatif. Les préoccupations soulevées par le Tribunal quant au fait que la Commission n'a pas adopté une démarche conciliatrice ne découlent pas inévitablement du texte législatif ou d'un effet de celui-ci.

[139] La dissociation des dispositions problématiques et la préservation de l'essentiel de l'article 13 sont compatibles avec l'objectif de la LCDP (voir l'article 2 de la LCDP; les pages 917 et 918 de l'arrêt *Taylor*; et les pages 546 et 547 de l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536). En outre, elle est compatible avec le point de vue de la Cour suprême et de la Cour d'appel de l'Ontario selon lequel une mesure de réparation juste doit prendre en considération d'autres valeurs énoncées dans la Charte et d'autres droits de la personne octroyés à des groupes vulnérables : *Haig v. Canada*, 1992 CanLII 2787, 9 R.J.O. (3^e) 495 (C.A.), au paragraphe 22, et *Edwards Books*, aux pages 778 et 779.

CONCLUSION

[140] I find that the Tribunal erred in refusing to apply section 13 and to exercise its discretion under paragraphs 54(1)(a) and/or (b) of the Act to determine a remedy. Since it found the publication of the article “AIDS Secrets” to be in breach of section 13, the adjudicator should have issued a declaration to that effect and should have proceeded to consider ordering a remedy under paragraphs 54(1)(a) and (b).

[141] Having found that paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) did not survive constitutional scrutiny, the appropriate remedy for the Tribunal to have applied would have been to sever those provisions from section 13. The Tribunal erred in failing to consider whether section 13 remained constitutionally viable if it declined to apply the penalty provisions. The adjudicator erred in adopting an all or nothing approach to the constitutional remedy. The balance of section 13 could stand without applying the later enacted punitive provisions.

[142] The application for judicial review is, therefore, granted and the matter is remitted to the Tribunal to determine a remedy for the breach of section 13 under paragraph 54(1)(a) or (b). The request for a declaration that section 13 is no longer of any force or effect is denied.

COSTS

[143] The applicant made no request for costs in its notice of application and memorandum of fact and law. For that reason, despite its success on this application, none will be awarded.

[144] Mr. Warman requested his costs during his oral submissions but not in his memorandum of fact and law. While his record was prepared by counsel, he represented himself on the hearing of this application. He

CONCLUSION

[140] Je conclus que le Tribunal a commis une erreur en refusant d’appliquer l’article 13 et d’exercer son pouvoir discrétionnaire de choisir une mesure de réparation qui lui est conféré par les alinéas 54(1)a) et 54(1)b) de la Loi. Comme il a conclu que la publication de l’article « AIDS Secrets » contrevenait à l’article 13, le membre instructeur aurait dû prononcer une déclaration en ce sens, et aurait dû envisager de rendre une ordonnance de réparation au titre des alinéas 54(1)a) et b).

[141] Comme il a conclu que l’alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1) ne résistaient pas à un examen constitutionnel, le Tribunal aurait dû prendre la mesure de réparation qui s’imposait, à savoir la dissociation de ces dispositions de l’article 13. Le Tribunal a commis une erreur en n’examinant pas la question de savoir si l’article 13 demeurerait constitutionnel s’il refusait d’appliquer les dispositions relatives aux sanctions. Le membre instructeur a commis une erreur en adoptant la démarche du tout ou rien relativement à la réparation constitutionnelle. Le reste de l’article 13 pourrait subsister indépendamment de l’application des dispositions punitives promulguées ultérieurement.

[142] Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire est accueillie et l’affaire est renvoyée au Tribunal afin qu’il décide quelle mesure réparatrice doit être prise en vertu des alinéas 54(1)a) ou b) relativement à la violation de l’article 13. La demande relative à un jugement déclaratoire portant que l’article 13 n’a plus force exécutoire est rejetée.

DÉPENS

[143] L’avis de demande et le mémoire des faits et du droit présentés par la demanderesse ne contiennent aucune demande relative aux dépens. Pour cette raison, même si la demande a été accueillie, aucuns dépens ne seront alloués.

[144] M. Warman a demandé le remboursement de ses dépens dans le cadre de ses observations de vive voix, mais pas dans son exposé des faits et du droit. Même si son dossier a été préparé par son avocat, il s’est

shall have his costs for the preparation of his record and any out of pocket expenses incurred in preparing for the hearing.

représenté lui-même durant l'audience relative à la présente demande. Les dépens liés à l'élaboration de son dossier et les dépenses remboursables qu'il a engagées pour se préparer à l'audience lui seront remboursés.

JUDGMENT

JUGEMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

LA COUR STATUE :

1. The application for judicial review is granted and the matter is remitted to the Tribunal to;

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie et l'affaire est renvoyée au Tribunal afin qu'il

a. issue a declaration that the publication of the article "AIDS Secrets" by the respondent Marc Lemire constituted a breach of section 13 of the *Canadian Human Rights Act*; and

a. prononce un jugement déclaratoire portant que la publication de l'article intitulé « AIDS Secrets » par l'intimé Marc Lemire constituait une violation de l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*;

b. for determination of whether a remedy for the breach is to be imposed under section 13 and paragraphs 54(1)(a) and (b) of the Act;

b. décide si une réparation liée à la violation doit être imposée en vertu de l'article 13 et des alinéas 54(1)a) et b) de la Loi.

2. It is declared that paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) of the *Canadian Human Rights Act* are of no force or effect pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44];

2. L'alinéa 54(1)(c) et le paragraphe 54(1.1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont déclarés inopérants suivant le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

3. The respondent Richard Warman is awarded costs for the preparation of his record and his out of pocket disbursements for attendance at the hearing against the respondent Marc Lemire.

3. Le défendeur, Richard Warman, se voit adjuger les dépens et les dépenses remboursables qu'il a engagées afin d'élaborer son dossier et de se présenter à l'audience l'opposant à l'intimé, Marc Lemire.