

A-456-12
2014 FCA 18

A-456-12
2014 CAF 18

Marc Lemire (*Appellant*)

Marc Lemire (*appelant*)

v.

c.

Canadian Human Rights Commission, Richard Warman, the Attorney General of Canada (*Respondents*)

La Commission canadienne des droits de la personne, Richard Warman, le Procureur général du Canada (*intimés*)

and

et

African Canadian Legal Clinic (*Intervener*)

L’African Canadian Legal Aid Clinic (*intervenante*)

INDEXED AS: CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. WARMAN, SUB NOM. LEMIRE v. CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION)

RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) c. WARMAN, SUB NOM. LEMIRE c. CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE)

Federal Court of Appeal, Evans, Gauthier and Stratas JJ.A—Toronto, November 14, 2013; Ottawa, January 31, 2014.

Cour d’appel fédérale, juges Evans, Gauthier et Stratas, J.C.A.—Toronto, 14 novembre 2013; Ottawa, 31 janvier 2014.

Human Rights — Appeal from Federal Court decision granting judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision — Tribunal determining that appellant contravening Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 13 but declining to grant remedy on basis that when combined with penalty provisions of CHRA (ss. 51(1)(c) and 54(1.1)), s. 13 breaching Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), s. 2(b), not saved by s. 1 thereof — Federal Court agreeing that penalty provisions of CHRA not saved by Charter, s. 1 — However, finding that Tribunal having no jurisdiction to scrutinise Commission’s conduct in administering s. 13 as part of its s. 1 analysis, allowing judicial review on ground that offending provisions could be severed from CHRA so as to preserve validity of CHRA, s. 13 — Whether Commission’s conduct in administering CHRA, s. 13 relevant to determining whether s. 13 reasonable limit on Charter, s. 2(b) rights, saved by s. 1; whether application of CHRA, s. 13 to communication of hate messages through Internet constituting minimal impairment of right to freedom of expression guaranteed by Charter, s. 2(b); whether Tribunal erring in invalidating penalty provisions in CHRA, ss. 54(1)(c), 54(1.1) on ground punitive in nature — Manner in which Commission enforcing CHRA, s. 13 not relevant to determination of constitutional validity thereof — Federal Court thus correct in that regard — As to application of CHRA, s. 13 to Internet, Supreme Court of Canada’s analysis in Canada (Human Rights Commission) v. Taylor (adopted in Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott),

Droits de la personne — Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne — Le Tribunal a conclu que l’appelant avait contrevenu à l’art. 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP), mais a refusé de rendre une ordonnance de réparation au motif que, lorsque l’art. 13 était combiné aux dispositions de la LCDP relatives aux sanctions (les art. 51(1)c) et 54(1.1)), il violait l’art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte) et ne pouvait pas être justifié aux termes de l’article premier de la Charte — La Cour fédérale a convenu avec le Tribunal que les dispositions de la LCDP relatives aux sanctions n’étaient pas justifiées aux termes de l’article premier de la Charte — Cependant, la Cour fédérale a décidé que le Tribunal n’avait pas compétence pour examiner la façon dont la Commission appliquait l’art. 13 dans le cadre de l’analyse du Tribunal au regard de l’article premier de la Charte, et a accueilli la demande de contrôle judiciaire au motif que les dispositions attaquées pouvaient être dissociées de la LCDP de manière à préserver la validité de l’art. 13 — Il s’agissait de savoir si la manière dont la Commission a appliqué l’art. 13 était pertinente pour rechercher si cette disposition pose une limite raisonnable aux droits visés à l’art. 2b) de la Charte et est donc justifiée par l’article premier, si l’application de l’art. 13 de la LCDP à la communication de messages haineux par Internet constituait une atteinte minimale au droit à la liberté d’expression garanti

wherein upholding CHRA, s. 13 under Charter, s. 1 as minimal impairment of Charter, s. 2(b) still applicable — Finally, Federal Court wrong to agree with Tribunal that CHRA, s. 13 no longer “exclusively remedial”, not justifiable under Charter, s. 1 — Supreme Court recognizing in *Whatcott* that imposition of financial sanction constitutionally permissible remedy for breach of hate speech provision in human rights legislation — Penalty provisions herein, considered in context of CHRA objectives, remedial scheme, not properly characterized as penal — Penalty provisions upheld — Appeal allowed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Whether Canadian Human Rights Act, ss. 13(1), 54(1), (1.1) saved by Charter, s. 1 — Supreme Court of Canada upholding CHRA, s. 13 under Charter, s. 1 in Canada (Human Rights Commission) v. Taylor — Later adopting that analysis in Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott — These decisions applicable herein — CHRA, s. 13 minimally impairing freedom of expression — Provisions thus justifiable under Charter, s. 1 — Manner in which Canadian Human Rights Commission enforcing s. 13 not relevant to s. 1 analysis — Penalty provisions herein, considered in context of objectives of CHRA, remedial scheme, not properly characterized as penal — Use of word “penalty” not justifying characterizing impugned provisions as punitive — Penalty provisions upheld.

This was an appeal from a decision of the Federal Court granting an application for judicial review by the Canadian Human Rights Commission (Commission) to set aside a

*par l’art. 2b) de la Charte et si le Tribunal a commis une erreur lorsqu’il a invalidé les dispositions relatives aux sanctions contenues à l’art. 54(1)c) et à l’art. 54(1.1) au motif que ces dispositions étaient de nature punitive — La manière dont la Commission a appliqué l’art. 13 n’était pas pertinente au regard de la question de la validité constitutionnelle de cette disposition — La Cour fédérale avait par conséquent raison à cet égard — Quant à l’application de l’art. 13 de la LCDP, l’analyse de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor (adoptée dans l’affaire Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott)*, où elle avait alors confirmé, en vertu de l’article premier de la Charte, que l’art. 13 portait une atteinte minimale aux droits visés à l’art. 2b) de la Charte est encore applicable — Enfin, la Cour fédérale a eu tort de convenir avec le Tribunal que l’art. 13 de la LCDP ne pouvait plus être considéré comme étant de nature « exclusivement réparatrice », et qu’il n’était donc pas justifiable aux termes de l’article premier de la Charte — La Cour suprême du Canada a reconnu à l’occasion de l’affaire *Whatcott* que l’imposition d’une sanction pécuniaire constitue une mesure admissible en vertu de la Constitution en cas de contravention à une disposition relative au discours haineux figurant dans une loi sur les droits de la personne — L’appréciation des dispositions relatives aux sanctions au regard des objectifs de la LCDP et de son régime de réparation amène à conclure que ces dispositions ne sont pas de nature pénale — Les dispositions relatives aux sanctions ont été confirmées — Appel accueilli.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Il s’agissait de savoir si les art. 13(1), 54(1), (1.1) sont justifiés en vertu de l’article premier de la Charte — La Cour suprême du Canada a confirmé, en vertu de l’article premier de la Charte, la validité de l’art. 13 de la LCDP dans l’affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor — Elle a plus tard retenu cette analyse dans l’affaire Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott — Ces décisions peuvent être appliquées en l’espèce — L’art. 13 de la LCDP porte une atteinte minimale à la liberté d’expression — Les dispositions peuvent par conséquent être justifiées en vertu de l’article premier de la Charte — La manière dont la Commission a appliqué l’art. 13 n’était pas pertinente dans le cadre d’une analyse au regard de l’article premier de la Charte — L’appréciation des dispositions relatives aux sanctions en l’espèce au regard des objectifs de la LCDP et de son régime de réparation amène à conclure que ces dispositions ne sont pas de nature pénale — Le mot « sanction » (« penalty ») ne saurait justifier que les dispositions attaquées soient qualifiées de punitives — Les dispositions relatives aux sanctions ont été confirmées.**

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle

decision of the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) upholding a complaint concerning hate speech on the Internet but declining to grant a remedy.

The respondent Richard Warman filed complaints with the Commission alleging that the appellant had committed a discriminatory practice in breach of section 13 of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA) by communicating hate messages through the Internet. The complaints were referred to the Canadian Human Rights Tribunal. The Tribunal upheld the complaint about one of the messages and found that the appellant had communicated it contrary to section 13, but it declined to grant a remedy. The Tribunal held that, when combined with the penalty provisions of the CHRA (paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1)), section 13 breached paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) and could not be justified under section 1 as a reasonable limit on the right of free expression.

The Federal Court agreed with the Tribunal that the penalty provisions of the CHRA were not saved by section 1. However, it found that the Tribunal had no jurisdiction to scrutinise the Commission's conduct in administering section 13 as part of its section 1 analysis and allowed the application for judicial review on the ground that the offending provisions could be severed from the CHRA so as to preserve the validity of section 13. After the Federal Court rendered its decision, the Supreme Court of Canada, in the case of *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, upheld the constitutionality of analogous provisions of *The Saskatchewan Human Rights Code*. With only minor modification, the Court adopted the analysis in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor* where it had upheld section 13 of the CHRA under section 1 of the Charter, on the ground that it was a minimal impairment of paragraph 2(b) rights.

The principal issues were (1) whether the conduct of the Commission in administering section 13 is relevant to determining whether that section is a reasonable limit on paragraph 2(b) rights and thus saved by section 1; (2) whether the application of section 13 of the CHRA to the communication of hate messages through the Internet constitutes a minimal impairment of the right to freedom of expression

judiciaire déposée par la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) visant à faire annuler une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) qui avait confirmé une plainte concernant la communication de messages haineux par Internet, mais avait refusé d'accorder une mesure.

L'intimé, Richard Warman, a déposé des plaintes auprès de la Commission, alléguant que l'appellant avait commis un acte discriminatoire en contravention à l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la LCDP), en communiquant des messages haineux par Internet. Les plaintes ont été déferées au Tribunal canadien des droits de la personne pour décision. Le Tribunal a fait droit à la plainte pour ce qui concernait un des messages, et il a conclu que l'appellant avait communiqué ce message en contravention à l'article 13, mais le Tribunal a refusé d'accorder une mesure. Le Tribunal a statué que, lorsque l'article 13 était combiné aux dispositions de la LCDP relatives aux sanctions (l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1)), il violait l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) et ne pouvait pas être justifié aux termes de l'article premier de la Charte en tant que limite raisonnable au droit à la liberté d'expression.

La Cour fédérale a convenu avec le Tribunal que les dispositions relatives aux sanctions de la LCDP ne pouvaient pas être justifiées aux termes de l'article premier de la Charte. Cependant, elle a décidé que le Tribunal n'avait pas compétence pour examiner la façon dont la Commission appliquait l'article 13 dans le cadre de l'analyse du Tribunal au regard de l'article premier de la Charte et a accueilli la demande de contrôle judiciaire au motif que les dispositions attaquées pouvaient être dissociées de la LCDP de manière à préserver la validité de l'article 13. Après que la Cour fédérale eut rendu sa décision, la Cour suprême du Canada a confirmé, dans l'affaire *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, la constitutionnalité de dispositions analogues du *Saskatchewan Human Rights Code* (*The*). En n'y apportant qu'une modification mineure, la Cour suprême a retenu l'analyse qu'elle avait exposée à l'occasion de l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, dans laquelle elle avait confirmé, en vertu de l'article premier de la Charte, la validité de l'article 13 de la LCDP, au motif que l'article en question portait une atteinte minimale aux droits visés à l'alinéa 2b).

Il s'agissait principalement de savoir 1) si la manière dont la Commission applique l'article 13 est pertinente pour rechercher si cette disposition pose une limite raisonnable aux droits visés à l'alinéa 2b) de la Charte et est donc justifiée par l'article premier; 2) si l'application de l'article 13 de la LCDP à la communication de messages haineux par Internet constitue une atteinte minimale au droit à la liberté d'expression

guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter; and (3) whether the Tribunal erred in invalidating the penalty provisions contained in paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) on the ground that they are punitive in nature.

Held, the appeal should be dismissed.

The manner in which the Commission enforced section 13 is not relevant to a determination of the section's constitutional validity. Infringements of Charter rights that result from administrative action that was neither statutorily mandated nor authorized do not render legislation invalid. Since it is clear from *Taylor* that section 13 can be administered with a minimal impairment of paragraph 2(b) rights, the manner in which it is enforced cannot render it unconstitutional. The Federal Court was thus correct to hold that the Tribunal should not have taken the conduct of the Commission into account in the section 1 analysis, but not because its jurisdiction to determine Mr. Lemire's constitutional challenge to section 13 was narrower than that of the Court. Courts readily regard administrative tribunals' authority to decide questions of law as including constitutional challenges to the validity of their enabling legislation.

The application of section 13 to the Internet has not changed the minimal impairment analysis under section 1. The medium may be different but the essential message of *Taylor* and *Whatcott* remains the same. Hate speech constitutes an extreme form of expression of limited scope that fosters a climate in which unlawful discrimination may be regarded as acceptable and flourish. Since hate speech contributes little to the values underlying free speech, its proscription is fairly easily justifiable under section 1. To conclude that the application of section 13 to Internet communications is not a minimal impairment of paragraph 2(b) rights would seriously jeopardize Parliament's ability to pursue the legitimate objective of curbing hate speech in order to prevent discrimination against members of targeted groups.

Finally, the Federal Court was wrong to agree with the Tribunal that section 13 could no longer be considered to be "exclusively remedial" and thus not justifiable under section 1. The Supreme Court's emphasis in *Taylor* and *Whatcott* on the civil nature of human rights statutes indicates that it would not have upheld the hate speech provisions before them if they had found that they were penal in nature. The Supreme Court recognized for the first time in *Whatcott* that

garanti par l'alinéa 2b) de la Charte; et 3) si le Tribunal a commis une erreur lorsqu'il a invalidé les dispositions relatives aux sanctions contenues à l'alinéa 54(1)c) et au paragraphe 54(1.1) au motif que ces dispositions étaient de nature punitive.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La manière dont la Commission a appliqué l'article 13 n'est pas pertinente au regard de la question de la validité constitutionnelle de cette disposition. Les atteintes aux droits garantis par la Charte qui résultent d'un acte administratif qui n'était ni obligatoire ni autorisé en vertu d'une disposition législative ne rendent pas celle-ci invalide. Puisqu'il ressort clairement de la jurisprudence *Taylor* que l'article 13 peut être appliqué d'une manière qui porte une atteinte minimale aux droits visés à l'alinéa 2b), la manière dont l'article 13 est appliqué ne peut pas rendre celui-ci inconstitutionnel. La Cour fédérale était donc en droit de conclure que le Tribunal n'aurait pas dû tenir compte de la conduite de la Commission dans le cadre de l'analyse au regard de l'article premier de la Charte, mais non parce que sa compétence pour statuer sur la contestation constitutionnelle de l'article 13 était plus étroite que celle de la Cour. La jurisprudence enseigne clairement que le pouvoir des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit comprend le pouvoir de statuer sur les contestations constitutionnelles de la validité de leur loi habilitante.

L'application de l'article 13 à Internet n'a pas modifié l'analyse de l'atteinte minimale au regard de l'article premier de la Charte. Le médium est peut-être différent, mais l'enseignement essentiel des jurisprudences *Taylor* et *Whatcott* demeure le même. Le discours haineux constitue une forme extrême d'expression d'étendue limitée qui foment un climat dans lequel la discrimination illicite peut être considérée comme acceptable et prospérer. Puisque le discours haineux a peu de choses à voir avec les valeurs qui constituent le fondement de la liberté d'expression, son interdiction est assez facile à justifier aux termes de l'article premier de la Charte. Conclure que l'application de l'article 13 aux communications par Internet ne porte pas une atteinte minimale aux droits visés par l'alinéa 2b) compromettrait sérieusement la capacité du législateur à atteindre l'objectif légitime consistant à lutter contre les discours haineux afin de prévenir la discrimination contre les membres de groupes ciblés.

Enfin, la Cour fédérale a, à tort, convenu avec le Tribunal que l'article 13 ne pouvait plus être considéré comme étant de nature « exclusivement réparatrice », et qu'il n'était donc pas justifiable aux termes de l'article premier de la Charte. Il ressort de l'insistance de la Cour suprême dans *Taylor* et *Whatcott* sur la nature civile des lois sur les droits de la personne que la Cour n'aurait pas confirmé la validité des dispositions relatives au discours haineux auxquelles elle

the imposition of a financial sanction was a constitutionally permissible remedy for breach of a hate speech provision in human rights legislation. The starting point for an analysis of the validity of a remedial provision is that Parliament is entitled to considerable deference in any determination of the proportionality of a measure that it has selected to tackle a complex social problem. The minimal impairment requirement is satisfied if Parliament “has chosen one of several reasonable alternatives”. Perfection is not required. When the penalty provisions are considered in the context of the objectives of the CHRA and its remedial scheme, they are not properly characterized as penal in nature. Paragraph 54(1)(c) is designed to induce compliance with the statutory scheme in order to impose a measure of financial accountability on those in breach of section 13 and to deter future breaches. The penalty provisions thus advance the statutory objective set out in section 2 of the CHRA. The imposition of a liability to pay an amount to the general revenue fund in the circumstances set out in paragraph 54(1)(c) is consistent with the objectives of the CHRA in general and of section 13 in particular. The factors in subsection 54(1.1) that the Tribunal must consider when deciding whether to impose a penalty under paragraph 54(1)(c) do not necessarily give the provisions a punitive character. They are consistent with the objectives of general deterrence (paragraph 54(1.1)(a)) and specific deterrence (paragraph 54(1.1)(b)), and thus of enhancing compliance with section 13. The use of the word “penalty” by Parliament in the CHRA cannot justify characterizing the impugned provisions as punitive.

avait affaire si elle avait jugé que ces dispositions étaient de nature pénale. La Cour suprême du Canada a reconnu pour la première fois à l’occasion de l’affaire *Whatcott* que l’imposition d’une sanction pécuniaire constitue une mesure admissible en vertu de la Constitution en cas de contravention à une disposition relative au discours haineux figurant dans une loi sur les droits de la personne. Le point de départ de l’analyse relative à la validité d’une disposition réparatrice est qu’il faut faire preuve d’une déférence considérable à l’égard du législateur dans le cadre de toute appréciation de la proportionnalité de la mesure que le législateur a choisie pour s’attaquer à un problème social complexe. Il est satisfait à l’exigence de l’atteinte minimale si le législateur « a choisi l’une des diverses solutions raisonnables qui s’offraient ». La perfection n’est pas exigée. L’appréciation des dispositions relatives aux sanctions au regard des objectifs de la LCDP et de son régime de réparation amène à conclure que ces dispositions ne sont pas de nature pénale. L’alinéa 54(1)c) est conçu pour inciter à l’observation du régime législatif afin d’imposer un certain fardeau financier à ceux qui contreviennent à l’article 13 et de décourager les manquements à l’avenir. Les dispositions relatives aux sanctions contribuent donc à l’atteinte de l’objectif législatif consacré par l’article 2 de la LCDP. L’imposition d’une obligation de payer une somme d’argent au Trésor dans les cas recensés à l’alinéa 54(1)c) est donc compatible avec les objectifs de la LCDP en général et de l’article 13 en particulier. Les facteurs recensés au paragraphe 54(1.1), que le Tribunal doit prendre en compte avant de décider d’imposer une sanction en vertu de l’alinéa 54(1)c), ne confèrent pas nécessairement aux dispositions un caractère punitif. Ces facteurs s’accordent avec les objectifs de dissuasion générale (alinéa 54(1.1)a)) et de dissuasion spécifique (alinéa 54(1.1)b)), et donc avec l’objectif consistant à favoriser le respect de l’article 13. Le fait que le législateur ait choisi le mot « sanction » (« *penalty* ») dans la LCDP ne saurait justifier que les dispositions attaquées soient qualifiées de punitives.

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.

An Act to Amend the Canadian Human Rights Act (protecting freedom), S.C. 2013, c. 37, s. 2.

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41, s. 88.

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(b), 11, 24(1), 52(1).

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, 2b), 11, 24(1), 52(1). *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

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, 13, 40(1),(5)b), 50, 53(2),(3), 54(1),(1.1).

Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (protection des libertés), L.C. 2013, ch. 37, art. 2.

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 13, 40(1), (5)(b), 50, 53(2), (3), 54(1), (1.1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Saskatchewan Human Rights Code (The), S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14(1)(b), 31.4(a), (b).

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.
Saskatchewan Human Rights Code (The), S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 14(1)(b), 31.4(a), (b).

CASES CITED

APPLIED:

Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, (1990), 75 D.L.R. (4th) 577.

CONSIDERED:

Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice), 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, (1993), 125 N.S.R. (2d) 81; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610.

REFERRED TO:

Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board), [1991] 2 S.C.R. 5, (1991), 81 D.L.R. (4th) 1211; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, (1997), 223 A.R. 201; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *United States Steel Corporation v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1; *Canada v. Guindon*, 2013 FCA 153, 360 D.L.R. (4th) 515; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737.

AUTHORS CITED

House of Commons Debates, Vol. 135, 1st Sess., 36th Parl. (February 11, 1998), at p. 3744 (Hon. McLellan).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610.

DÉCISIONS CITÉES :

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; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *United States Steel Corporation c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 176; *Canada c. Guindon*, 2013 CAF 153; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Martineau c. M.N.R.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737.

DOCTRINE CITÉE

Débats de la Chambre des communes, vol. 135, 1^{re} sess., 36^e Lég. (11 février 1998), à la p. 3744 (L'hon. McLellan).

APPEAL from a decision of the Federal Court (2012 FC 1162, [2014] 1 F.C.R. 608) granting an application for judicial review by the Canadian Human Rights Commission to set aside a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (2009 CHRT 26, 68 C.H.R.R. D/205) finding that the appellant had contravened section 13 of the *Canadian Human Rights Act* but declining to grant a remedy. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Barbara Kulaszka for appellant.
S. Margot Blight for respondents.
Virginia Nelder, Bruce B. Ryder, Andrew K. Lokan, Jodi Martin and *Barclay W. Johnson* for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Barbara Kulaszka, Brighton, Ontario, for appellant.
Borden Ladner Gervais LLP, Toronto, for respondents.
African Canadian Legal Clinic, Toronto, *Canadian Civil Liberties Association*, Toronto, and *The Canadian Association for Free Expression*, Victoria, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] EVANS J.A.: This is an appeal by Marc Lemire from a decision of the Federal Court, which is reported as *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Warman*, 2012 FC 1162, [2014] 1 F.C.R. 608. In that decision, Justice Mosley (Judge) granted an application for judicial review by the Canadian Human Rights Commission (Commission) to set aside a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal). The Tribunal's decision is reported as *Warman v. Marc Lemire*, 2009 CHRT 26, 68 C.H.R.R. D/205.

[2] The proceedings arise from complaints filed with the Commission by Richard Warman in November 2003. He alleged that Mr. Lemire had committed a

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2012 CF 1162, [2014] 1 R.C.F. 608) qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire déposée par la Commission canadienne des droits de la personne visant à faire annuler une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (2009 TCDP 26) qui avait conclu que l'appelant avait contrevenu à l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, mais avait refusé de rendre une ordonnance de réparation. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Barbara Kulaszka pour l'appelant.
S. Margot Blight pour les intimés.
Virginia Nelder, Bruce B. Ryder, Andrew K. Lokan, Jodi Martin et *Barclay W. Johnson* pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Barbara Kulaszka, Brighton (Ontario) pour l'appelant.
Borden Ladner Gervais s.e.n.c.r.l., s.r.l., Toronto, pour les intimés.
African Canadian Legal Clinic, Toronto, *Association canadienne des libertés civiles*, Toronto, et *The Canadian Association for Free Expression*, Victoria, pour l'intervenant.

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

[1] LE JUGE EVANS, J.C.A. : Notre Cour est saisie d'un appel interjeté par Marc Lemire d'une décision de la Cour fédérale, qui est publiée sous l'intitulé *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Warman*, 2012 CF 1162, [2014] 1 R.C.F. 608. Par cette décision, le juge Mosley (le juge) a accueilli une demande de contrôle judiciaire déposée par la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) visant à faire annuler une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal). La décision du Tribunal est publiée sous l'intitulé *Warman c. Marc Lemire*, 2009 TCDP 26.

[2] La présente procédure est née des plaintes que Richard Warman a déposées auprès de la Commission

discriminatory practice in breach of section 13 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA) by the communication of hate messages through the Internet. After investigating Mr. Warman's complaints, the Commission referred them to the Tribunal for adjudication.

[3] The Tribunal upheld the complaint about one of the messages and found that Mr. Lemire had communicated it contrary to section 13, but declined to grant a remedy. It held that, when combined with the penalty provisions of the CHRA (paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1)), section 13 breached 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 could not be justified under section 1 as a reasonable limit on the right of free expression. The Commission made an application for judicial review to the Federal Court to set aside the Tribunal's decision.

[4] The Judge agreed with the Tribunal that the penalty provisions of the CHRA were not saved by section 1 as a minimal impairment of paragraph 2(b) rights, and granted a declaration pursuant to subsection 52(1) of the Charter that paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) were of no force or effect. However, he allowed the application for judicial review on the ground that the offending provisions could be severed from the CHRA so as to preserve the validity of section 13. The Judge rejected Mr. Lemire's other constitutional objections to section 13.

[5] After the Judge had rendered his decision, the Supreme Court of Canada upheld the constitutionality of paragraph 14(1)(b) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1 (Code), which is analogous to section 13 of the CHRA: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467 (*Whatcott*). With only minor modification, the Court adopted the analysis in *Canada*

en novembre 2003. M. Warman alléguait que M. Lemire avait commis un acte discriminatoire en contravention à l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP), en communiquant des messages haineux par Internet. Après avoir mené une enquête au sujet des plaintes de M. Warman, la Commission a déferé les plaintes au Tribunal pour décision.

[3] Le Tribunal a fait droit à la plainte pour ce qui concernait un des messages, et il a conclu que M. Lemire avait communiqué ce message en contravention à l'article 13, mais le Tribunal a refusé d'accorder une mesure. Il a statué que, lorsque l'article 13 était combiné aux dispositions de la LCDP relatives aux sanctions (l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1)), il violait 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 pouvait pas être justifié aux termes de l'article premier de la Charte en tant que limite raisonnable au droit à la liberté d'expression. La Commission a déposé une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale pour faire annuler la décision du Tribunal.

[4] Le juge a convenu avec le Tribunal que les dispositions de la LCDP relatives aux sanctions n'étaient pas justifiées aux termes de l'article premier de la Charte en tant qu'atteintes minimales aux droits visés à l'alinéa 2b), et il a déclaré en vertu du paragraphe 52(1) de la Charte que l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1)) étaient inopérants. Cependant, le juge a accueilli la demande de contrôle judiciaire, au motif que les dispositions attaquées pouvaient être dissociées de la LCDP de manière à préserver la validité de l'article 13. Le juge a rejeté les autres arguments constitutionnels formulés par M. Lemire à l'encontre de l'article 13.

[5] Après que le juge eut rendu sa décision, la Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité de l'alinéa 14(1)(b) du *Saskatchewan Human Rights Code (The)*, S.S. 1979, ch. S-24.1 (le Code), qui est analogue à l'article 13 de la LCDP : *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467 (*Whatcott*). En n'y apportant qu'une modification

(*Human Rights Commission*) v. *Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892 (*Taylor*), where it had upheld section 13 of the CHRA as then drafted under section 1 of the Charter, on the ground that it was a minimal impairment of paragraph 2(b) rights.

[6] As Mr. Lemire acknowledges, *Whatcott* has resolved some of the constitutional objections to section 13 that he raised in the Federal Court. However, the following three issues remain:

(1) Is the manner in which the Commission administers section 13 relevant in a section 1 analysis for determining whether the section is a reasonable limit on paragraph 2(b) of the Charter?

(2) Does section 1 of the Charter save section 13 in so far as it applies to the communication of a hate message through the Internet?

(3) Are the penalty provisions (paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1)) constitutional? If not, can they be severed so as to render section 13 a reasonable limit on paragraph 2(b)?

[7] In her memorandum of fact and law, counsel for Mr. Lemire also argued that section 13 is invalid because Internet and other communications through computers can include private communications. She submitted that, unlike *Taylor*, *Whatcott* held (at paragraph 83) that a statutory prohibition of private communications by human rights legislation could not be justified under section 1.

[8] In my view, it would be inappropriate for the Court to entertain this issue in the present appeal. There is no supporting factual record before us because the issue was not raised before the Tribunal. Nor does it arise on the facts of this case.

mineure, la Cour suprême a retenu l'analyse qu'elle avait exposée à l'occasion de l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892 (*Taylor*); elle avait alors confirmé, en vertu de l'article premier de la Charte, la validité de l'article 13 de la LCDP dans son libellé de l'époque, au motif que l'article en question portait une atteinte minimale aux droits visés à l'alinéa 2b).

[6] Comme M. Lemire le reconnaît, la jurisprudence *Whatcott* a réglé certaines des questions constitutionnelles qu'il avait soulevées devant la Cour fédérale au sujet de l'article 13. Cependant, les trois questions suivantes demeurent à ce jour sans réponse :

1) Est-ce que la manière dont la Commission applique l'article 13 est pertinente dans le cadre d'une analyse au regard de l'article premier de la Charte pour rechercher si l'article 13 pose une limite raisonnable à l'alinéa 2b) de la Charte?

2) L'article premier de la Charte justifie-t-il l'article 13 dans la mesure où celui-ci vise la communication de messages haineux par Internet?

3) Les dispositions relatives aux sanctions (l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1)) sont-elles constitutionnelles? Dans la négative, ces dispositions peuvent-elles être dissociées de manière à ce que l'article 13 pose une limite raisonnable à l'alinéa 2b)?

[7] Dans son mémoire des faits et du droit, l'avocate de M. Lemire a également soutenu que l'article 13 était invalide, parce qu'Internet et d'autres communications par ordinateur peuvent inclure des communications privées. Elle a soutenu que, contrairement à la jurisprudence *Taylor*, la jurisprudence *Whatcott* enseigne, au paragraphe 83, qu'une interdiction légale de communications privées imposée par une loi sur les droits de la personne ne pouvait pas être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

[8] À mon avis, il serait inapproprié que la Cour statue sur cette question dans le présent appel. Nous ne disposons d'aucun élément de fait, parce que la question n'a pas été soulevée devant le Tribunal. Elle ne se pose pas non plus au regard des faits de l'espèce.

[9] Although not relevant to the disposition of this appeal, it should be noted that a recent amendment to the CHRA repeals section 13: *An Act to Amend the Canadian Human Rights Act (protecting freedom)*, S.C. 2013, c. 37, section 2. The Act received royal assent on June 26, 2013 and comes into effect one year from that date: *ibid.*, section 6.

[10] The Commission is the principal respondent to the appeal. In addition, three interveners were given leave to make submissions to the Court. Two of them, the Canadian Civil Liberties Association (CCLA) and the Canadian Association for Free Expression argued that the Judge erred in upholding the validity of section 13. The third, the African Canadian Legal Clinic (ACLC), argued that the Judge erred in finding the penalty provisions of the CHRA (paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1)) to be invalid, an issue on which the Commission took no position in the appeal.

Tribunal's Decision

[11] The Tribunal started its hearing on Mr. Warman's complaints in January 2007 and ended two years later. The Tribunal dismissed all his complaints, except that in respect of an article entitled "AIDS Secrets: What the Government and the Media Don't Want You to Know" (AIDS Secrets). This article appeared in a "Controversial Columnists" section of a website, *Freedomsite.org* (*Freedomsite*), to which members of the public had access through the Internet.

[12] Mr. Lemire owned *Freedomsite* and administered it from Canada. This degree of control, the Tribunal held, was sufficient to make him responsible for posting the "Controversial Columnists" material on the Website. The Tribunal concluded that "AIDS Secrets" was likely to expose homosexuals and Blacks to hatred and

[9] Bien que cela ne soit pas pertinent aux fins de trancher le présent appel, il convient de noter qu'une modification récente de la LCDP a abrogé l'article 13 : *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (protection des libertés)*, L.C. 2013, ch. 37, article 2. La Loi a reçu la sanction royale le 26 juin 2013, et elle entrera en vigueur un an après cette date : *ibid.*, à l'article 6.

[10] La Commission est l'intimée principale dans le présent appel. En outre, trois intervenantes ont été autorisées à présenter des observations devant la Cour. Deux d'entre elles, l'Association canadienne des libertés civiles (l'ACDLC) et la Canadian Association for Free Expression, ont soutenu que le juge a commis une erreur lorsqu'il a confirmé la validité de l'article 13. La troisième intervenante, l'African Canadian Legal Clinic a soutenu que le juge a commis une erreur lorsqu'il a conclu que les dispositions de la LCDP relatives aux sanctions (l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1)) étaient invalides, une question à l'égard de laquelle la Commission n'a pris aucune position dans le présent appel.

La décision du Tribunal

[11] Le Tribunal a entamé l'audition des plaintes de M. Warman en janvier 2007 et l'a conclue deux ans plus tard. Il a rejeté toutes les plaintes de M. Warman, sauf celle concernant un article intitulé « *AIDS Secrets: What the Government and the Media Don't Want You to Know* » (Secrets au sujet du SIDA : ce que le gouvernement et les médias ne veulent pas que vous sachiez, ci-après Secrets au sujet du SIDA). Cet article figurait dans une section intitulée « *Controversial Columnists* » (Chroniqueurs controversés) d'un site Web, *Freedomsite.org* (*Freedomsite*), auquel les membres du public avaient accès par Internet.

[12] M. Lemire était propriétaire de *Freedomsite*, et il administrait ce site à partir du Canada. Le Tribunal a conclu que ce degré de contrôle était suffisant pour tenir M. Lemire responsable d'avoir affiché les documents de la section « *Controversial Columnists* » sur le site Web. Le Tribunal a conclu que « *Secrets au sujet du SIDA* » était susceptible d'exposer les homosexuels et les Noirs

contempt, and that Mr. Lemire had repeatedly communicated it in breach of the prohibition in section 13.

[13] Turning to the constitutional objections to section 13, the Tribunal held that the application of section 13 to the Internet, which had been added “for greater certainty” by the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, section 88, was a reasonable limit on paragraph 2(b) rights because it had a rational connection with the legislative objective of preventing discrimination.

[14] However, the Tribunal found that section 13 no longer constituted a minimal impairment of paragraph 2(b) rights because of the addition of the penalty provisions by S.C. 1998, c. 9 [*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*], sections 27 and 28, and the Commission’s non-conciliatory approach to complaints of breaches of section 13. As a result, section 13 had become less preventive and more punitive, and had thus lost the conciliatory character on which the Supreme Court of Canada had based its conclusion in *Taylor* that section 13 as then drafted constituted a minimal impairment of paragraph 2(b) rights.

[15] In particular, the Tribunal noted, unlike complaints of other kinds of discriminatory practices, the Commission had rarely attempted to mediate section 13 complaints. Instead, it referred the vast majority of them to the Tribunal for adjudication, and regularly sought compensatory awards and penalties. Moreover, the Commission often continued to process complaints after impugned material had been removed from the website on which it was posted. Indeed, in the present case, Mr. Lemire had removed most of the material before he was notified of Mr. Warman’s complaints, and promptly removed “AIDS Secrets” from Freedomsite after learning that it was the subject of a complaint to the Commission. Further, the Tribunal found, the

à de la haine et à du mépris, et que M. Lemire avait communiqué ce texte à répétition en violation de l’interdiction énoncée à l’article 13.

[13] En ce qui concerne les arguments d’ordre constitutionnel dirigés contre l’article 13, le Tribunal a conclu que l’application de l’article 13 à Internet, que l’article 88 de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, avait ajouté « pour plus de certitude », posait une limite raisonnable aux droits visés à l’alinéa 2b), parce cette application avait un lien rationnel avec l’objectif législatif de prévention de la discrimination.

[14] Cependant, le Tribunal a conclu que l’article 13 ne constituait plus une atteinte minimale aux droits visés à l’alinéa 2b) à cause de l’ajout des dispositions relatives aux sanctions par la *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, articles 27 et 28, et de l’attitude non-conciliante de la Commission à l’égard des plaintes de contravention à l’article 13. En conséquence, l’article 13 était devenu moins préventif et plus punitif, et il avait donc perdu le caractère conciliant sur lequel la Cour suprême du Canada avait fondé sa conclusion à l’occasion de l’affaire *Taylor* selon laquelle l’article 13 dans son libellé de l’époque portait une atteinte minimale aux droits visés à l’alinéa 2b).

[15] En particulier, le Tribunal a relevé que, contrairement à ce qu’elle faisait lorsqu’elle était saisie de plaintes relatives à d’autres types d’actes discriminatoires, la Commission avait rarement tenté de régler par médiation les plaintes fondées sur l’article 13. Au lieu de cela, elle avait renvoyé la vaste majorité de ces plaintes au Tribunal pour décision, et elle avait régulièrement sollicité des indemnités et l’imposition de sanctions. En outre, la Commission avait souvent continué d’instruire des plaintes après que les documents à l’origine de ces plaintes avaient été retirés du site Web sur lequel ils avaient été affichés. De fait, en l’espèce, M. Lemire avait retiré la plupart des documents avant qu’il ne soit avisé des plaintes de M. Warman, et il a rapidement retiré « Secrets au sujet du SIDA » du site Freedomsite après avoir appris que ce document était

Commission had not attempted to resolve the complaint by conciliation.

[16] Citing *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5 and *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 (*Martin*), the Tribunal recognized that it had no jurisdiction under subsection 24(1) of the Charter to grant a formal declaration that section 13, in conjunction with paragraph 54(1)(c) and subsection (1.1), was invalid. Nonetheless, because it had concluded that these provisions were unconstitutional, the Tribunal declined to issue any order to remedy the breach of section 13.

Federal Court's Decision

[17] The Judge agreed with the Tribunal that Mr. Lemire had communicated "AIDS Secrets" through the Internet in breach of section 13, and that the section infringed the right to freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b). He also agreed that the penalty provisions of paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) were invalid because they could not be justified under section 1 as reasonable limits on paragraph 2(b) rights.

[18] However, the Judge disagreed with the Tribunal on two issues. First, he held that the Tribunal had no jurisdiction to scrutinise the Commission's conduct in administering section 13 as part of its section 1 analysis: allegations of improper conduct by the Commission could only be considered by the Federal Court on an application for judicial review. Second, the Judge found that, while the post-*Taylor* penalty provisions added an impermissible, punitive aspect to section 13, they could be severed and the validity of section 13 preserved.

l'objet d'une plainte à la Commission. En outre, le Tribunal a relevé que la Commission n'avait pas tenté de régler la plainte par conciliation.

[16] Citant les arrêts *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des Relations de Travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 (*Martin*), le Tribunal a reconnu qu'il n'avait pas compétence aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte pour déclarer que l'article 13, combiné à l'alinéa 54(1)c) et au paragraphe 54(1.1), était invalide. Néanmoins, étant donné qu'il avait conclu que ces dispositions étaient inconstitutionnelles, le Tribunal a refusé de rendre toute ordonnance visant à remédier à la contravention à l'article 13.

La décision de la Cour fédérale

[17] Le juge a convenu avec le Tribunal que M. Lemire avait communiqué « Secrets au sujet du SIDA » par Internet en contravention à l'article 13 et que cette disposition violait la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b). Le juge a également convenu que les dispositions de l'alinéa 54(1)c) et du paragraphe 54(1.1) relatives aux sanctions étaient invalides, parce qu'elles ne pouvaient pas être justifiées aux termes de l'article premier de la Charte en tant que limites raisonnables aux droits visés à l'alinéa 2b).

[18] Cependant, le juge a rejeté les conclusions du Tribunal sur deux points. Premièrement, il a décidé que le Tribunal n'avait pas compétence pour examiner la façon dont la Commission appliquait l'article 13 dans le cadre de l'analyse du Tribunal au regard de l'article premier de la Charte : les allégations de conduite inappropriée de la Commission peuvent seulement être examinées par la Cour fédérale dans le cadre d'une procédure en contrôle judiciaire. Deuxièmement, le juge a conclu que, même si les dispositions relatives aux sanctions postérieures à la jurisprudence *Taylor* ajoutaient un aspect punitif inadmissible à l'article 13, ces dispositions pouvaient être dissociées et la validité de l'article 13 pouvait être préservée.

[19] Accordingly, the Judge granted the Commission's application for judicial review. He remitted the matter to the Tribunal to issue a declaration that "AIDS Secrets" constituted hate speech and that Mr. Lemire had communicated it in breach of section 13. He also directed the Tribunal to determine whether to award a remedy under paragraphs 54(1)(a) (cease and desist order) and (b) (compensation). Finally, he declared that paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) (penalty) were of no force or effect pursuant to subsection 52(1) of the Charter but could be severed from the CHRA so as to preserve the validity of section 13.

Statutory and Constitutional Framework

[20] Subsection 13(1) of the CHRA provides that it is a discriminatory practice to communicate hate messages telephonically. Subsection 13(2) was added to the CHRA in 2001 to make it clear that subsection (1) applies to hate messages communicated through the use of computers, including the Internet:

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.

Interpretation

(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. [Emphasis added.]

[21] The Tribunal's powers to remedy a breach of section 13 are found in subsections 54(1) and (1.1):

[19] En conséquence, le juge a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la Commission. Il a renvoyé l'affaire au Tribunal afin que celui-ci déclare que « Secrets au sujet du SIDA » constituait un discours haineux et que M. Lemire l'avait communiqué en contravention à l'article 13. Il a également donné instruction au Tribunal de rechercher s'il y avait lieu d'accorder une réparation en vertu des alinéas 54(1)a) (ordonnance de cessation) et b) (indemnisation). Enfin, le juge a déclaré, en vertu du paragraphe 52(1) de la Charte, que l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1) (sanction) étaient inopérants, mais il a conclu que ces dispositions pouvaient être dissociés de la LCDP de manière à ce que soit préservée la validité de l'article 13.

Le cadre législatif et constitutionnel

[20] Le paragraphe 13(1) de la LCDP dispose que constitue un acte discriminatoire le fait de communiquer des messages haineux par téléphone. Le paragraphe 13(2) a été ajouté à la LCDP en 2001 pour préciser que le paragraphe (1) vise les messages haineux communiqués au moyen d'ordinateurs, notamment par Internet :

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.

Propagande haineuse

(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. [Non souligné dans l'original.]

Interprétation

[21] Les pouvoirs du Tribunal de remédier aux contraventions à l'article 13 sont prévus aux paragraphes 54(1) et (1.1) :

Orders
relating to
hate
messages

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:

(a) an order containing terms referred to in paragraph 53(2)(a);

(b) an order under subsection 53(3) to compensate a victim specifically identified in the communication that constituted the discriminatory practice; and

(c) an order to pay a penalty of not more than ten thousand dollars.

Factors

(1.1) In deciding whether to order the person to pay the penalty, the member or panel shall take into account the following factors:

(a) the nature, circumstances, extent and gravity of the discriminatory practice; and

(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. [Emphasis added.]

[22] Paragraph 53(2)(a) and subsection 53(3), referred to in paragraphs 54(1)(a) and (b), further define the Tribunal's powers under subsection 54(1):

53. ...

Complaint
substanti-
ated

(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:

(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

54. (1) Le membre instructeur qui juge fondée une plainte tombant sous le coup de l'article 13 peut rendre :

a) l'ordonnance prévue à l'alinéa 53(2)a);

b) l'ordonnance prévue au paragraphe 53(3) — avec ou sans intérêts — pour indemniser la victime identifiée dans la communication constituant l'acte discriminatoire;

c) une ordonnance imposant une sanction pécuniaire d'au plus 10 000 \$.

Cas de
propagande
haineuse

(1.1) Il tient compte, avant d'imposer la sanction pécuniaire visée à l'alinéa (1)c) :

a) de la nature et de la gravité de l'acte discriminatoire ainsi que des circonstances l'entourant;

b) de la nature délibérée de l'acte, des antécédents discriminatoires de son auteur et de sa capacité de payer. [Non souligné dans l'original.]

[22] L'alinéa 53(2)a) et le paragraphe 53(3), mentionnés aux alinéas 54(1)a) et b), précisent les pouvoirs conférés au Tribunal au paragraphe 54(1) :

53. [...]

(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 :

Plainte jugée
fondée

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 :

(i) the adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or

(ii) making an application for approval and implementing a plan under section 17;

(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;

(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;

(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

(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.

Special
compensa-
tion

(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. [Emphasis added.]

[23] Section 1 and paragraph 2(*b*) are the provisions of the Charter relevant to this appeal:

Rights and
freedoms in
Canada

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

(i) d'adopter un programme, un plan ou un arrangement visés au paragraphe 16(1),

(ii) de présenter une demande d'approbation et de mettre en œuvre un programme prévus à l'article 17;

b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l'acte l'a privée;

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;

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;

e) d'indemniser jusqu'à concurrence de 20 000 \$ la victime qui a souffert un préjudice moral.

Indemnité
spéciale

(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. [Non souligné dans l'original.]

[23] Les dispositions pertinentes de la Charte en l'espèce sont l'article premier et l'alinéa 2*b*) :

Droits et
libertés au
Canada

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Fundamen-
tal freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

Libertés
fondamenta-
les

[...]

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Issues and Analysis

[24] Since the only issues in dispute in the Federal Court concerned the constitutionality of section 13, it is common ground that the Judge appropriately selected the correctness standard to review the Tribunal's decision. This Court must decide if the Judge applied that standard correctly: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47.

[25] As indicated earlier in these reasons, the Supreme Court of Canada's decision in *Whatcott* has substantially narrowed the scope of the issues raised by this appeal, and frames much of the analysis of those that remain.

[26] Writing for the Court in *Whatcott*, Justice Rothstein summarized (at paragraph 59) the principal elements of hate speech provisions in human rights legislation that provide the degree of objectivity required by the Charter:

... where the term “hatred” is used in the context of a prohibition of expression in human rights legislation, it should be applied objectively to determine whether a reasonable person, aware of the context and circumstances, would view the expression as likely to expose a person or group to detestation and vilification on the basis of a prohibited ground of discrimination.

[27] In other words, “[t]ribunals must focus on the likely effects of impugned expression in order to achieve the preventive goals of anti-discrimination statutes” (at paragraph 54). The Court held that the prohibition by paragraph 14(1)(b) of the Saskatchewan Code of speech that “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity” of members of a vulnerable group was not rationally

Questions en litige et analyse

[24] Puisque les seules questions en litige devant la Cour fédérale concernaient la constitutionnalité de l'article 13, il n'est pas controversé entre les parties que le juge a choisi à juste titre la norme de la décision correcte pour examiner la décision du Tribunal. Notre Cour doit décider si le juge a appliqué cette norme correctement : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47.

[25] Comme je l'ai signalé précédemment dans les présents motifs, la jurisprudence *Whatcott* de la Cour suprême du Canada a considérablement réduit la portée des questions soulevées en l'espèce et elle fixe dans une large mesure les questions qui subsistent.

[26] À l'occasion de l'affaire *Whatcott*, le juge Rothstein, s'exprimant au nom de la Cour, a résumé, au paragraphe 59, les principaux éléments des dispositions relatives au discours haineux des lois sur les droits de la personne qui assurent le degré d'objectivité exigé par la Charte :

[...] lorsque le mot « haine » est employé dans une loi sur les droits de la personne pour interdire certains propos, il faudrait l'appliquer de façon objective pour déterminer si une personne raisonnable, informée du contexte et des circonstances, estimerait que les propos sont susceptibles d'exposer autrui à la détestation et à la diffamation pour un motif de discrimination illicite.

[27] Autrement dit, « [l]es tribunaux administratifs doivent axer l'analyse sur les effets probables des propos reprochés pour réaliser les objectifs préventifs des lois antidiscrimination » (au paragraphe 54). La Cour a conclu que l'interdiction prévue à l'alinéa 14(1)(b) du Code de la Saskatchewan qui vise toute forme d'expression qui [TRADUCTION] « ridiculise, rabaisse ou porte par

related to the legislative objective of preventing discrimination, and was not a justifiable limit on freedom of speech under section 1. Such speech does not necessarily expose to hatred those at whom it is aimed. However, the Court also held that these words could be severed. See paragraphs 89–95.

[28] Addressing the objectives of hate speech provisions in human rights legislation, Justice Rothstein said (at paragraph 71):

When people are vilified as blameworthy or undeserving, it is easier to justify discriminatory treatment. The objective of ... [hate speech provisions] may be understood as reducing the harmful effects and social costs of discrimination by tackling certain causes of discriminatory activity.

[29] Justice Rothstein noted (at paragraph 75) that a “particularly insidious aspect of hate speech” is that it effectively blocks the target group from responding:

It does this not only by attempting to marginalize the group so that their reply will be ignored: it also forces the group to argue for their basic humanity or social standing, as a precondition to participating in the deliberative aspects of democracy.

[30] Finally, Justice Rothstein observed (at paragraph 120) that because of its narrow definition, hate speech constitutes “an extreme and marginal type of expression”. It “contributes little to the values underlying freedom of expression and ... [its] restriction is therefore easier to justify” under section 1.

[31] Against the background of these observations, I turn to the issues raised in the present appeal.

ISSUE 1: Is the conduct of the Commission in administering section 13 relevant to determining if it is a reasonable limit on paragraph 2(b) rights and thus saved by section 1?

ailleurs atteinte à [la] dignité » des membres d’un groupe vulnérable ne présentait pas de lien rationnel avec l’objectif législatif de prévention de la discrimination et ne constituait pas une limite justifiable à liberté d’expression en vertu de l’article premier de la Charte. Pareil discours n’expose pas nécessairement les personnes qu’il vise à de la haine. Cependant, la Cour a également statué que ces mots pouvaient être dissociés. Voir les paragraphes 89 à 95.

[28] Au sujet des objectifs des dispositions relatives aux discours haineux des lois sur les droits de la personne, le juge Rothstein a observé, au paragraphe 71 :

Lorsque les gens sont diffamés parce qu’ils sont jugés indignes ou infâmes, il est plus facile de justifier un traitement discriminatoire. [Les dispositions relatives au discours haineux] vise[nt] à atténuer les effets préjudiciables et les coûts sociaux de la discrimination en s’attaquant à certaines des causes de la discrimination.

[29] Le juge Rothstein relève, au paragraphe 75, que « le discours haineux comporte un aspect particulièrement insidieux » en ce qu’il prive le groupe ciblé de tout moyen de riposter ou de rétorquer :

C’est ce qu’il fait non seulement en tentant de marginaliser le groupe de manière à ce que ses réactions soient ignorées, mais également en employant des mots qui forcent les membres du groupe à défendre leur propre humanité fondamentale ou leur propre statut social avant même d’être admis à participer au débat démocratique.

[30] Enfin, le juge Rothstein observait, au paragraphe 120, qu’en raison de sa définition étroite, le discours haineux constitue « un type d’expression extrême et marginale ». Il « ne contribue guère à défendre les valeurs sous-jacentes à la liberté d’expression et dont la restriction est par conséquent plus facile à justifier » en vertu de l’article premier de la Charte.

[31] Avec ces observations en toile de fond, j’examinerai maintenant les questions soulevées dans le présent appel.

QUESTION 1 : Est-ce que la manière dont la Commission applique l’article 13 est pertinente pour rechercher si cette disposition pose une limite raisonnable aux droits visés à l’alinéa 2b)

[32] Mr. Lemire was supported on this issue by the CCLA. They conceded that the Judge was correct to hold that an application for judicial review would be the proper recourse for challenging the legality of the Commission's conduct in investigating and processing complaints of breaches of section 13.

[33] However, they say that it was appropriate for the Tribunal to have regard to the manner in which the Commission enforced section 13 as a contextual factor in determining whether the section as administered is a minimal impairment of paragraph 2(b) rights. In particular, they adopt the Tribunal's findings concerning the Commission's refusal to mediate or otherwise take a conciliatory approach to section 13 complaints, and the manner in which the Commission had processed Mr. Warman's complaints against Mr. Lemire. The Commission's conduct, they argue, displaced the conciliatory and remedial objectives of the CHRA and gave it a distinctly punitive character.

[34] The Judge divided the issue into two discrete parts. First, did the Tribunal have the authority to take the Commission's enforcement of section 13 into account in assessing whether it was a reasonable limit on freedom of expression? If not, was the Commission's conduct relevant to the Court's analysis of whether section 13 could be justified under section 1?

[35] The Judge started his analysis of the first of these questions by noting (at paragraph 52) that the Tribunal had the implied power to determine Mr. Lemire's motion challenging the constitutionality of section 13. For this purpose, the Tribunal:

... has the authority to receive systemic evidence as to how s. 13 is administered and the effect of the legislation but it has no jurisdiction to review the actions of the Commission.

de la Charte et est donc justifiée par l'article premier?

[32] L'ACDLC appuyait la position de M. Lemire à l'égard de cette question. Ces deux parties ont concédé que le juge avait eu raison de conclure que la procédure en contrôle judiciaire constitue la voie de recours indiquée pour contester la légalité des actes de la Commission lorsque celle-ci enquête et instruit les plaintes en contravention à l'article 13.

[33] Cependant, l'ACDLC et M. Lemire soutiennent qu'il était approprié que le Tribunal tienne compte de la manière dont la Commission appliquait l'article 13 à titre de facteur contextuel pertinent au regard de la question de savoir si la disposition en question, telle qu'elle était appliquée, portait une atteinte minimale aux droits visés par l'alinéa 2b). En particulier, les deux parties retiennent les conclusions du Tribunal concernant le refus de la Commission de tenter de régler les plaintes fondées sur l'article 13 par la médiation ou d'adopter par ailleurs une attitude conciliante à l'égard de ces plaintes, et concernant la façon dont la Commission a traité les plaintes de M. Warman contre M. Lemire. Ils soutiennent que la conduite de la Commission a fait fi des objectifs conciliateurs et réparateurs de la LCDP et a donné à cette loi un caractère clairement punitif.

[34] Le juge a disjoint la question en deux parties. Premièrement, le Tribunal avait-il le pouvoir de tenir compte de l'application de l'article 13 par la Commission pour apprécier si cette disposition imposait une limite raisonnable à la liberté d'expression? Dans la négative, la conduite de la Commission était-elle pertinente au regard de l'analyse par la Cour de la question de savoir si l'article 13 pouvait être justifié aux termes de l'article premier de la Charte?

[35] Le juge a commencé son analyse de la première de ces questions en relevant, au paragraphe 52, que le Tribunal avait implicitement le pouvoir de trancher la requête de M. Lemire contestant la constitutionnalité de l'article 13. À cette fin, le Tribunal :

[...] a le pouvoir de recevoir des éléments de preuve systématiques 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.

[36] The Judge inferred this latter restriction from the Tribunal's jurisdiction to decide only those constitutional issues properly before it. He held that the propriety of the Commission's conduct fell outside the Tribunal's mandate to inquire into a complaint of a breach of the CHRA (section 50). Since Parliament had entrusted the administration of the CHRA to the Commission, it was not open to the Tribunal to find section 13 inoperative on the basis of the manner in which the Commission administered it: paragraphs 54–55.

[37] Accordingly, the Tribunal overstepped its legal authority to inquire into Mr. Warman's complaint when it commented in its section 1 analysis on the Commission's decision to refer this or other section 13 cases for adjudication, the low rate of settlements, and the Commission's refusal to offer mediation or to attempt a conciliation. Allegations of improper conduct by the Commission, the Judge held, can only be made through an application for judicial review to the Federal Court: paragraphs 56–62.

[38] In any event, he concluded (at paragraphs 63–65), the Tribunal's criticisms of the Commission's handling of section 13 complaints, including those made by Mr. Warman against Mr. Lemire, were not warranted on the basis of the record before him.

[39] After finding that the Tribunal had no authority to examine the conduct of the Commission for the purpose of determining Mr. Lemire's constitutional challenge to section 13, the Judge considered whether the Court could examine the manner in which the Commission administered section 13 when determining whether it is a reasonable limit on paragraph 2(b) rights and thus saved by section 1. He held that the way in which Commission exercised its statutory administrative powers was not relevant to the validity of section 13.

[36] Le juge a inféré cette dernière restriction de la compétence du Tribunal pour trancher uniquement les questions constitutionnelles dont il était régulièrement saisi. Le juge a conclu que le bien-fondé de la conduite de la Commission débordait le cadre du mandat du Tribunal d'instruire une plainte de violation de la LCDP (article 50). Puisque le législateur a chargé la Commission d'appliquer la LCDP, il n'était pas loisible au Tribunal de statuer que l'article 13 était inopérant vu la manière dont la Commission l'appliquait : paragraphes 54 et 55.

[37] En conséquence, le Tribunal a outrepassé les pouvoirs que la loi lui conférait d'instruire la plainte de M. Warman lorsque, dans le cadre de son analyse au regard de l'article premier de la Charte, le Tribunal a commenté la décision de la Commission de renvoyer pour décision la présente affaire ou d'autres affaires mettant en cause l'article 13, la faible proportion de règlements et le refus de la Commission d'offrir la médiation ou de tenter une conciliation. Le juge a conclu que les allégations de conduite inappropriée de la part de la Commission ne pouvaient être formulées que dans le cadre d'une procédure en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale : paragraphes 56 à 62.

[38] Quoi qu'il en soit, le juge a conclu, aux paragraphes 63 à 65, que les éléments dont il disposait ne justifiaient pas les critiques du Tribunal concernant la manière dont la Commission instruisait les plaintes fondées sur l'article 13, dont celles de M. Warman contre M. Lemire.

[39] Après avoir conclu que le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'examiner la conduite de la Commission aux fins de statuer sur la contestation constitutionnelle de l'article 13 par M. Lemire, le juge a examiné la question de savoir si la Cour pouvait examiner la manière dont la Commission appliquait l'article 13 au moment de rechercher si cette disposition impose une limite raisonnable aux droits visés à l'alinéa 2b) et est donc justifiée en vertu de l'article premier de la Charte. Le juge a statué que la manière dont la Commission exerçait les pouvoirs administratifs que la loi lui confère n'était pas pertinente au regard de la validité de l'article 13.

[40] The Judge stated that legislation is invalid only if it infringes the Charter by virtue of either its terms or its necessary effects: the administration of a statute cannot otherwise invalidate it. An application for judicial review would be the appropriate means of challenging conduct by the Commission on the ground that it was inconsistent with Charter values or unlawful for some other reason. If such an application were successful, the Court could fashion an appropriate remedy without invalidating the statute: paragraphs 69–70.

[41] The Judge acknowledged that Charter challenges should not be determined in a factual vacuum and that the effects of legislation could attain such importance as to become its dominant feature and displace its original purpose. In the present case, however, he saw no indication of such effects.

[42] I agree with the Judge's conclusion that the manner in which the Commission enforced section 13 is not relevant to a determination of the section's constitutional validity. The effects of legislation may invalidate it if they flow necessarily from its terms. Infringements of Charter rights that result from administrative action that was neither statutorily mandated nor authorized do not render legislation invalid: see, for example, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at paragraph 20; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120 (*Little Sisters*), at paragraph 125; *Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262 (*Thomson*), at paragraph 48.

[43] In the present case, the broad administrative powers conferred by the CHRA do not expressly or impliedly authorize the Commission to infringe Charter-protected rights. Accordingly, since it is clear from *Taylor* that section 13 can be administered with a minimal impairment of paragraph 2(b) rights, the manner in which it is enforced cannot render it unconstitutional.

[40] Le juge a affirmé qu'une loi est invalide seulement si elle est contraire à la Charte vu sa teneur ou en raison de ses effets nécessaires : l'application d'une loi ne peut pas invalider celle-ci autrement. La procédure en contrôle judiciaire constitue la voie de recours indiquée pour attaquer la conduite de la Commission soit pour cause d'incompatibilité avec les valeurs consacrées par la Charte ou pour cause d'illégalité pour quelque autre motif. Si un tel recours est accueilli, la Cour peut déterminer la sanction indiquée sans invalider la loi : paragraphes 69 et 70.

[41] Le juge a reconnu que les contestations fondées sur la Charte ne doivent pas être tranchées dans l'abstrait et que les effets d'une loi peuvent devenir importants au point d'en devenir la caractéristique dominante et d'en éclipser l'objectif original. En l'espèce, toutefois, le juge n'a rien relevé qui aurait indiqué que la loi en l'espèce avait de tels effets.

[42] Je retiens la conclusion du juge portant que la manière dont la Commission a appliqué l'article 13 n'est pas pertinente au regard de la question de la validité constitutionnelle de cette disposition. Les effets d'une disposition législative peuvent l'invalider si ces effets résultent nécessairement du texte de la disposition. Les atteintes aux droits garantis par la Charte qui résultent d'un acte administratif qui n'était ni obligatoire ni autorisé en vertu d'une disposition législative ne rendent pas celle-ci invalide : voir, par exemple, *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au paragraphe 20; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120 (*Little Sisters*), au paragraphe 125; *Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262 (*Thomson*), au paragraphe 48.

[43] En l'espèce, les vastes pouvoirs administratifs conférés par la LCDP n'autorisent pas expressément ni implicitement la Commission à porter atteinte aux droits protégés par la Charte. En conséquence, puisqu'il ressort clairement de la jurisprudence *Taylor* que l'article 13 peut être appliqué d'une manière qui porte une atteinte minimale aux droits visés à l'alinéa 2b), la manière dont l'article 13 est appliqué ne peut pas rendre celui-ci inconstitutionnel.

[44] True, there is judicial authority for the proposition that the practical effects of legislation may be relevant to determining its constitutional validity. For example, in *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at page 514, it was noted that the restrictions in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 on access to abortions that had been struck down in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (*Morgentaler I*) because the provisions themselves had the effect of imposing unacceptable delays, and subjecting women seeking abortion services to undue stress and trauma.

[45] Chief Justice Dickson held in his concurring judgment in *Morgentaler I* (at pages 75–76) that the procedural requirement imposed by the impugned provisions of the *Criminal Code* before a woman could obtain an abortion—the approval of a therapeutic abortion committee—could not be justified under section 1 because the evidence indicated that these committees often operated in an unfair and arbitrary manner. In other words, because the *Criminal Code* made committee approval a defence, it was necessary to examine the way in which the committees actually worked. See also *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at paragraph 98.

[46] Counsel could cite no authority for the proposition that the potentially invalidating practical effects of legislation can include unauthorized administrative action by the body charged with enforcing it. Indeed, *Little Sisters* and *Thomson* are to the contrary. This is no doubt because unauthorized infringements of Charter rights by those administering a statutory scheme are regarded as more appropriately dealt with by the grant of a remedy under subsection 24(1) (such as a stay of administrative proceedings) that does not invalidate the legislation itself: see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pages 719–720.

[44] Il est vrai qu'une certaine jurisprudence enseigne que les effets pratiques d'une disposition législative peuvent être pertinents au regard de la question de sa validité constitutionnelle. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, à la page 514, il a été relevé que les restrictions que le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, imposait à l'accès aux avortements, lesquelles restrictions avaient été déclarées inopérantes dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (*Morgentaler I*), parce que les dispositions mêmes avaient pour effet d'imposer des délais inacceptables et d'assujettir les femmes qui tentaient d'obtenir des services d'avortement à un stress et à un traumatisme indus.

[45] Le juge en chef Dickson a conclu, dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Morgentaler I* (aux pages 75 et 76), que la formalité qu'une femme devait accomplir en vertu des dispositions attaquées du *Code criminel* avant de pouvoir obtenir un avortement — l'approbation d'un comité de l'avortement thérapeutique — ne pouvait pas être justifiée aux termes de l'article premier de la Charte, parce qu'il ressortait des éléments de preuve que ces comités fonctionnaient souvent d'une manière inéquitable et arbitraire. Autrement dit, étant donné que le *Code criminel* faisait de l'approbation d'un comité un moyen de défense, il était nécessaire d'examiner la manière dont les comités fonctionnaient correctement. Voir aussi *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, au paragraphe 98.

[46] Les avocats n'ont pu citer aucune source à l'appui de la thèse portant que les effets pratiques potentiellement invalidants d'une disposition législative peuvent englober un acte administratif non-autorisé posé par l'organisme chargé d'appliquer la disposition en question. D'ailleurs, les jurisprudences *Little Sisters* et *Thomson* militent en faveur de la thèse contraire. Cela s'explique sans aucun doute par le fait que les atteintes non autorisées au droits protégés par la Charte par ceux qui appliquent un régime législatif sont considérées comme se prêtant mieux à une mesure en vertu du paragraphe 24(1) (comme l'arrêt d'une procédure administrative, par exemple) qui n'invalide pas la disposition

[47] Nor do I accept that the effects of the Commission's conduct have displaced the valid objectives of section 13, namely the prevention of discrimination against vulnerable groups on prohibited grounds. Conciliation is not the only constitutionally permissible manner in which the Commission may approach the enforcement of the CHRA in general and of section 13 in particular.

[48] Because of the nature and relatively small number of section 13 complaints, as well as the extreme kinds of speech proscribed, I agree with the Judge (at paragraphs 63–64) that the Commission cannot reasonably be criticized for being reluctant, in this and other section 13 complaints, to devote scarce resources to mediation and conciliation, or to accept offers to take down offending material voluntarily.

[49] On the other hand, I agree with the CCLA's submission that the Judge erred in holding that the Tribunal's jurisdiction is narrower than the Court's in deciding Mr. Lemire's constitutional challenge to the validity of section 13. In particular, the Judge inferred (at paragraph 55) from the CHRA's creation of two separate administrative bodies, and the restriction of the Tribunal's authority to "inquire into the complaint", that Parliament did not authorize the Tribunal to render the CHRA inoperative on the basis of the Commission's conduct.

[50] Courts readily regard administrative tribunals' authority to decide questions of law as including constitutional challenges to the validity of their enabling legislation: for a synopsis of the relevant law, see *Martin*, at paragraph 48. This enables a tribunal to create a factual record, avoids the bifurcation of administrative proceedings, and otherwise facilitates access to justice: see, for example, *Martin*, at paragraphs 29–30; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at paragraph 79.

législative même : voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pages 719 et 720.

[47] Je n'admets pas non plus que les effets de la conduite de la Commission ont éclipsé les objectifs valides de l'article 13, à savoir la prévention de la discrimination contre des groupes vulnérables pour des motifs prohibés. La conciliation n'est pas la seule méthode à laquelle la Constitution permet à la Commission de recourir pour appliquer la LCDP en général ni l'article 13 en particulier.

[48] Étant donné la nature et le nombre relativement restreint de plaintes fondées sur l'article 13, de même que les types extrêmes de discours interdits, je suis d'accord avec le juge lorsque celui-ci affirme, aux paragraphes 63 et 64, que l'on ne peut raisonnablement reprocher à la Commission sa réticence, en l'espèce et dans le cadre d'autres plaintes fondées sur l'article 13, à consacrer des ressources limitées à la médiation et à la conciliation, ou à accepter des offres de retirer volontairement des documents offensants.

[49] En revanche, je retiens la thèse de l'ACDLC portant que le juge a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le Tribunal avait une compétence plus étroite que la Cour pour statuer sur la contestation constitutionnelle de la validité de l'article 13 par M. Lemire. En particulier, au paragraphe 55, le juge a inféré du fait que la LCDP crée deux organes administratifs distincts et que le pouvoir du Tribunal se limite à « instruire la plainte », que le législateur n'avait pas autorisé le Tribunal à rendre la LCDP inopérante sur le fondement de la conduite de la Commission.

[50] La jurisprudence enseigne clairement que le pouvoir des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit comprend le pouvoir de statuer sur les contestations constitutionnelles de la validité de leur loi habilitante : pour un résumé du droit applicable, voir l'arrêt *Martin*, au paragraphe 48. Cela permet au tribunal de constituer un dossier des faits, cela évite la division des procédures administratives et cela facilite par ailleurs l'accès à la justice : voir, par exemple, *Martin*, aux paragraphes 29 et 30, et *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, au paragraphe 79.

[51] In my respectful view, the Judge's narrow construction of the Tribunal's jurisdiction to "inquire into the complaint" would undermine the reasons for conferring legal authority on it to decide the constitutional validity of its enabling legislation. The Tribunal would have had jurisdiction to consider the propriety of the conduct of the Commission, if it had been relevant to determining the constitutional issue in this case, because the validity of section 13 was integral to Mr. Lemire's response to Mr. Warman's complaint.

[52] Thus, I agree with the Judge that the Tribunal should not have taken the conduct of the Commission into account in the section 1 analysis, but not because its jurisdiction to determine Mr. Lemire's constitutional challenge to section 13 was narrower than that of the Court.

ISSUE 2: Does the application of section 13 of the CHRA to the communication of hate messages through the Internet constitute a minimal impairment of the right to freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter?

[53] Mr. Lemire argues that *Taylor* is not determinative of the validity of section 13's prohibition of hate messages communicated through the Internet. When *Taylor* was decided, he says, section 13 applied only to messages communicated by telephone. However, in 2001 the CHRA was amended by the addition of subsection 13(2), which provides that subsection 13(1) applies to material communicated by means of computers, including the Internet. This, he says, has vastly increased the scope of section 13 since *Taylor* was decided, and has thus expanded the statutory restrictions on freedom of expression. The argument has six aspects.

[54] First, the Court in *Taylor* emphasized that the communication of a taped message by telephone was particularly likely to have an impact on the recipient because of the impression it creates of a direct and personal contact by the speaker. In contrast, Mr. Lemire

[51] Soit dit avec respect, je suis d'avis que l'interprétation étroite que le juge a retenue quant à la compétence du Tribunal d'« instruire la plainte » saperait les raisons de lui conférer le pouvoir légal de statuer sur la validité constitutionnelle de sa loi habilitante. Le Tribunal aurait eu compétence pour examiner le bien-fondé de la conduite de la Commission si cela avait été pertinent aux fins de trancher la question constitutionnelle en l'espèce, parce que la validité de l'article 13 était un élément essentiel de la réponse de M. Lemire à la plainte de M. Warman.

[52] Je conviens donc avec le juge que le Tribunal n'aurait pas dû tenir compte de la conduite de la Commission dans le cadre de l'analyse au regard de l'article premier de la Charte, mais non parce que sa compétence pour statuer sur la contestation constitutionnelle de l'article 13 par M. Lemire était plus étroite que celle de la Cour.

QUESTION 2 : L'application de l'article 13 de la LCDP à la communication de messages haineux par Internet constitue-t-elle une atteinte minimale au droit à la liberté d'expression garanti par l'alinéa 2b) de la Charte?

[53] M. Lemire soutient que la jurisprudence *Taylor* n'est pas déterminant quant à la validité de l'interdiction de messages haineux communiqués par Internet prévue à l'article 13. M. Lemire soutient qu'à l'époque où l'arrêt *Taylor* a été rendu, l'article 13 visait seulement les messages communiqués par téléphone. Cependant, la LCDP a été modifiée en 2001 par l'ajout du paragraphe 13(2), qui dispose que le paragraphe 13(1) s'applique aux messages communiqués au moyen d'ordinateurs, notamment par Internet. M. Lemire prétend que cela a considérablement étendu la portée de l'article 13 depuis que l'arrêt *Taylor* a été rendu, et cela a donc étendu les restrictions législatives à la liberté d'expression. Cette thèse comporte six aspects.

[54] Premièrement, la Cour suprême du Canada a souligné à l'occasion de l'affaire *Taylor* que la communication d'un message enregistré par téléphone était particulièrement susceptible d'avoir une incidence sur le destinataire du message à cause de l'impression que crée cette communication d'un contact direct et

argued, a message that appears on a computer screen, or is heard through a computer, is a less effective communication because it lacks the personal quality of a message communicated by telephone.

[55] Second, the range of material available through the Internet greatly exceeds that available by telephone: it includes both video and audio content, political speeches, newspapers, journals, and material posted on message or discussion boards. These additional infringements on freedom of speech have a chilling effect on speech of a political nature and are not justifiable under section 1, particularly in the absence of a defence of truth or fair comment.

[56] Third, the Internet provides ample opportunity for members of the public to respond to material that they regard as hateful by posting material on their own websites. In addition, blogs and message boards often allow visitors to respond immediately to material posted there. These features of Internet communication advance the educative effects of free debate. In contrast, as the Court noted in *Taylor* (at pages 937–938), a taped message communicated by telephone does not enable the recipient to reply directly.

[57] Fourth, unlike telephone companies, Internet Service Providers (ISPs) that provide access to the Internet may not be common carriers and have no statutory protection from liability for the content of communications. Hence, they are susceptible to pressure to remove material from websites that are perceived by the Commission or others to constitute hate speech, without any adjudication of whether it contravenes section 13. A failure by an ISP to respond to a complaint by quickly removing the offending material from its server, or inserting keyword “filters” to block certain words from being posted, may attract adverse publicity for the

personnel avec celui ou celle qui parle. Par contraste, selon ce qu’a soutenu M. Lemire, un message qui apparaît sur un écran d’ordinateur ou qui est entendu par le truchement d’un ordinateur est une communication moins efficace, parce qu’il lui manque la qualité personnelle d’un message communiqué par téléphone.

[55] Deuxièmement, l’éventail des formes d’expression qui peuvent être communiquées par Internet est considérablement plus vaste que celui des formes d’expression qui peuvent être communiquées par téléphone : il peut s’agir de contenu vidéo et audio, de discours politiques, de journaux et de messages affichés sur des babillards. Ces atteintes additionnelles à la liberté d’expression ont un effet paralysant sur le discours de nature politique et ne sont pas justifiables aux termes de l’article premier de la Charte, particulièrement en l’absence d’un moyen de défense de véracité ou de commentaire loyal.

[56] Troisièmement, Internet offre amplement la possibilité aux membres du public de répondre aux documents qu’ils jugent haineux en affichant des documents sur leurs propres sites Web. En outre, les blogues et les babillards permettent souvent aux visiteurs de répondre immédiatement aux messages qui y sont affichés. Ces caractéristiques de la communication par Internet favorisent les effets éducatifs de la libre discussion. Par contraste, comme la Cour suprême du Canada l’a relevé à l’occasion de l’affaire *Taylor* (aux pages 937 et 938), un message enregistré communiqué par téléphone ne permet pas à son destinataire d’y répondre directement.

[57] Quatrièmement, à la différence des entreprises de téléphonie, les fournisseurs d’accès Internet (les FAI) qui fournissent un accès à Internet ne sont pas nécessairement des entreprises de télécommunication qui jouissent, aux termes de la loi, d’une protection contre la responsabilité découlant du contenu des communications. En conséquence, les FAI peuvent être vulnérables aux pressions exercées pour les amener à retirer de sites Web des messages que la Commission ou d’autres considèrent comme des discours haineux, et ce, en l’absence de toute décision portant que les messages en question contreviennent à l’article 13. Le défaut d’un FAI de donner suite à une plainte en retirant rapidement

ISP as a result of either a complaint under section 13 or the activities of interest groups.

[58] Fifth, the Commission has no jurisdiction over material posted on servers located and managed outside Canada that can be accessed by computers anywhere in the world. Since it is difficult to prevent Canadians from reading hate messages posted and stored on servers outside Canada, section 13 is ineffective in achieving its objective of prohibiting the communication of hate messages.

[59] Sixth, the communication of material on a website to an individual who accesses it through the Internet is by nature private because it requires a person to locate and click onto a website in order to read the impugned material. It is thus communicated solely to that person and not to the world at large. For this reason, Mr. Lemire submits, section 13 constitutes a limit on freedom of expression that cannot be justified under section 1.

[60] Whether Mr. Lemire's arguments are considered individually or collectively, the application of section 13 to the Internet has not, in my opinion, changed the minimal impairment analysis under section 1. The medium may be different but the essential message of *Taylor* and *Whatcott* remains the same. Hate speech constitutes an extreme form of expression of limited scope that fosters a climate in which unlawful discrimination may be regarded as acceptable and flourish. It does this by demeaning, vilifying, and marginalizing groups of individuals who share characteristics that constitute a prohibited ground of discrimination under the CHRA. Since hate speech contributes little to the values underlying free speech, its proscription is fairly easily justifiable under section 1.

[61] The taped telephone message may be an effective medium of communication, but the pervasiveness of

le message offensant de son serveur ou en insérant des « filtres » de mots-clés pour empêcher l'affichage de certains mots peut lui attirer de la publicité négative par suite soit d'une plainte en vertu de l'article 13 ou des activités de groupes d'intérêt.

[58] Cinquièmement, la Commission n'a aucune compétence sur les documents affichés sur des serveurs situés ou gérés à l'extérieur du Canada qui sont accessibles au moyen d'ordinateurs n'importe où dans le monde. Puisqu'il est difficile d'empêcher les Canadiens de lire des messages haineux affichés et conservés sur des serveurs à l'extérieur du Canada, l'article 13 n'atteint pas son objectif d'interdiction de la communication de messages haineux.

[59] Sixièmement, la communication de messages sur un site Web à une personne qui y accède par Internet est privée par nature, parce qu'elle exige qu'elle repère le site Web et clique dessus afin de lire le message controversé. Le message est donc communiqué uniquement à cette personne, et non au monde entier. Pour cette raison, M. Lemire soutient que l'article 13 constitue une limite à la liberté d'expression qui ne peut pas être justifiée aux termes de l'article premier de la Charte.

[60] Peu importe que les thèses de M. Lemire soient appréciées une par une ou de concert, l'application de l'article 13 à Internet n'a pas modifié, selon moi, l'analyse de l'atteinte minimale au regard de l'article premier de la Charte. Le médium est peut-être différent, mais l'enseignement essentiel des jurisprudences *Taylor* et *Whatcott* demeure le même. Le discours haineux constitue une forme extrême d'expression d'étendue limitée qui foment un climat dans lequel la discrimination illicite peut être considérée comme acceptable et prospérer. Le discours haineux produit ce résultat en rabaissant, en diffamant et en marginalisant des groupes de personnes qui ont en commun une caractéristique qui constitue un motif prohibé de discrimination selon la LCDP. Puisque le discours haineux a peu de choses à voir avec les valeurs qui constituent le fondement de la liberté d'expression, son interdiction est assez facile à justifier aux termes de l'article premier de la Charte.

[61] Le message téléphonique enregistré peut être un moyen de communication efficace, mais l'omniprésence

the Internet in contemporary daily life, as well as its global reach, makes it a more effective medium than the telephone. Communications through the Internet take a variety of highly effective forms, including material that incorporates text, graphics, and video. Indeed, a statutory prohibition of the communication of hate speech without including such a widely used and powerful means of communication as the Internet would be an exercise bordering on futility. To conclude that the application of section 13 to Internet communications is not a minimal impairment of paragraph 2(b) rights would seriously jeopardize Parliament's ability to pursue the legitimate objective of curbing hate speech in order to prevent discrimination against members of targeted groups.

[62] Justice Rothstein recognized the power of this relatively new form of communication in *Whatcott* when he said (at paragraph 72):

In terms of the effects of disseminating hateful messages, there is today the added impact of the Internet.

It is true that the hate messages in *Whatcott* were disseminated by “low tech” means: the distribution of flyers and the insertion of personal advertisements in newspapers. However, the section of the Saskatchewan Code impugned in *Whatcott* defines very broadly the prohibited means of communicating hate messages, and may well include Internet or other computer mediated communications. Nothing in the Court's reasons suggests that this feature of the section threatened its constitutional validity.

[63] Nor is it a fatal flaw that section 13 cannot prevent the communication to Canadians of hate messages that are stored on servers outside Canada, and posted on websites owned and managed from abroad. Justice Rothstein convincingly dealt with the ineffectiveness argument in *Whatcott* (at paragraph 98) as follows:

d'Internet dans la vie quotidienne contemporaine, de même que sa portée mondiale, en fait un moyen bien plus efficace que le téléphone. Les communications par Internet prennent différentes formes très efficaces, notamment des documents qui comprennent des textes, des graphiques et des vidéos. En fait, une interdiction législative de la communication de discours haineux qui ne viserait pas un moyen de communication aussi largement utilisé et puissant qu'Internet serait une démarche qui friserait la futilité. Conclure que l'application de l'article 13 aux communications par Internet ne porte pas une atteinte minimale aux droits visés par l'alinéa 2b) compromettrait sérieusement la capacité du législateur à atteindre l'objectif légitime consistant à lutter contre les discours haineux afin de prévenir la discrimination contre les membres de groupes ciblés.

[62] Le juge Rothstein a reconnu le pouvoir de cette forme de communication relativement nouvelle à l'occasion de l'affaire *Whatcott* lorsqu'il a affirmé, au paragraphe 72 :

Pour ce qui est des effets de la propagation des messages haineux, il faut également tenir compte de nos jours de l'influence nouvelle de l'Internet.

Il est vrai que les messages haineux dans l'affaire *Whatcott* étaient diffusés par des moyens technologiques rudimentaires : la distribution de dépliants et la publication d'annonces personnelles dans des journaux. Cependant, la disposition attaquée du Code de la Saskatchewan à l'occasion de l'affaire *Whatcott* définit de manière très large les moyens prohibés de communication de messages haineux, et elle pourrait bien viser les communications par Internet ou d'autres communications par le truchement d'ordinateurs. On ne saurait inférer des motifs de la Cour suprême du Canada que cet aspect de la disposition en question en menaçait la validité constitutionnelle.

[63] Ne constitue pas non plus un vice rédhibitoire le fait que l'article 13 ne peut pas empêcher la communication à des Canadiens de messages haineux qui sont conservés sur des serveurs à l'extérieur du Canada et sont affichés sur des sites Web dont les propriétaires sont à l'étranger et gèrent les sites en question à l'étranger. Le juge Rothstein a disposé de manière convaincante de l'argument

As to effectiveness, Dickson C.J. indicated at pp. 923–24 of *Taylor*, that one should not be quick to assume that prohibitions against hate speech are ineffectual. In his view, the process of hearing a complaint and, if necessary, of issuing a cease and desist order, “reminds Canadians of our fundamental commitment to equality of opportunity” and the eradication of intolerance. The failure of the prohibition to render hate speech extinct or stop hate crimes is not fatal.

[64] *Whatcott* also undermines the argument that section 13 is not a minimal impairment of freedom of expression because the Internet provides ample opportunities for members of vulnerable and targeted groups to respond to hate speech and to engage in an educative exchange of views on controversial topics that are of public interest. A common characteristic of hate speech, Justice Rothstein held, is that far from encouraging the exchange of ideas, it tends to stifle members of the vulnerable group from entering into an educative discussion of its subject matter: paragraphs 75, 76, 104, 116 and 117.

[65] In my opinion, these observations are as true of hate messages communicated by the Internet as by any other means. Moreover, because of the extreme nature of prohibited hate speech it strikes me as fanciful to imagine that those who engage in it are likely to be open to an educative exchange of ideas.

[66] Although the expression of political views is at the core of the protection provided by paragraph 2(b), hate speech does not get a pass simply because its subject-matter could be regarded as political or of public interest. As Justice Rothstein stated in *Whatcott* (at paragraph 117):

Political expression contributes to our democracy by encouraging the exchange of opposing views. Hate speech is antithetical to this objective in that it shuts down dialogue by making it difficult or impossible for members of the vulnerable group to respond, thereby stifling discourse. Speech that has

d’inefficacité dans le passage suivant de l’arrêt *Whatcott*, au paragraphe 98 :

S’agissant de l’efficacité, le juge en chef Dickson a indiqué, aux p. 923–924 de l’arrêt *Taylor*, qu’il ne faut pas conclure trop hâtivement que les interdictions frappant les discours haineux sont inefficaces. À son avis, le processus consistant à entendre une plainte et, si la plainte est fondée, à rendre une ordonnance d’interdit « rappelle aux Canadiens notre engagement fondamental envers l’égalité des chances » et l’élimination de l’intolérance. Le fait que l’interdiction en question ne réussisse pas à éradiquer les discours haineux ou à mettre un terme aux crimes haineux n’est pas fatal.

[64] La jurisprudence *Whatcott* fragilise également la thèse portant que l’article 13 ne porte pas une atteinte minimale à la liberté d’expression, parce qu’Internet offre amplement d’occasions aux membres de groupes vulnérables et ciblés de répondre aux discours haineux et de prendre part à un échange éducatif de points de vue sur des sujets controversés qui sont d’intérêt public. Une des caractéristiques communes aux discours haineux, selon ce qu’a décidé le juge Rothstein, est que, loin de favoriser l’échange d’idées, ces discours tendent à décourager les membres du groupe vulnérable de s’engager dans une discussion éducatif sur le sujet qui est l’objet du discours : paragraphes 75, 76, 104, 116 et 117.

[65] À mon avis, ces observations sont tout aussi valables en matière des messages haineux communiqués par Internet qu’en matière de discours haineux communiqués par tout autre moyen. En outre, compte tenu de la nature extrême des discours haineux prohibés, il me paraît étonnant que d’aucuns puissent imaginer que ceux qui tiennent de tels discours soient susceptibles d’être ouverts à un échange éducatif d’idées.

[66] Bien que l’expression d’opinions politiques soit au cœur de la protection assurée par l’alinéa 2b), le discours haineux n’a pas la voie libre du seul fait qu’il porte sur un sujet qui pourrait être considéré comme politique ou d’intérêt public. Comme le juge Rothstein l’a affirmé, au paragraphe 117 de l’arrêt *Whatcott* :

L’expression d’opinions politiques contribue à la démocratie en encourageant l’échange d’opinions opposées. Les propos haineux vont directement à l’encontre de cet objectif du fait qu’ils empêchent tout dialogue, en rendant difficile, voire impossible, pour les membres du groupe vulnérable de réagir, entravant ainsi l’échange d’idées. Un discours qui a pour effet

the effect of shutting down public debate cannot dodge prohibition on the basis that it promotes debate.

[67] Similarly, the absence of a defence of truth is not required for the validity of statutory prohibitions of hate speech. As Justice Rothstein put it (at paragraph 141):

To the extent that truthful statements are used in a manner or context that exposes a vulnerable group to hatred, their use risks the same potential harmful effects on the vulnerable groups that false statements can provoke. The vulnerable group is no less worthy of protection because the publisher has succeeded in turning true statements into a hateful message. In not providing for a defence of truth, the legislature has said that even truthful statements may be expressed in language or context that exposes a vulnerable group to hatred.

[68] It may be true that ISPs are more susceptible than telephone companies to pressure to close down a website or block the posting of material that is or may become the subject of a complaint under section 13. Nonetheless, in view of the power of the Internet as a medium of communication, and my rejection of the other arguments advanced by Mr. Lemire in this context, I do not regard the ability and potential willingness of ISPs to block or remove communications as in themselves sufficient to render section 13 more than a minimal impairment of paragraph 2(b) rights.

[69] Nor do I agree with the argument that when a person accesses material on a website that is available to anyone with a computer the communication of the material to that individual is private. In my view, having posted “AIDS Secrets” on Freedomsite, Mr. Lemire caused it to be communicated to the public whenever any member of the public visited the website and read the article.

[70] In any event, the entire basis of Mr. Lemire’s argument, namely that subsection 13(1) did not apply to the Internet when *Taylor* was decided, may be unfounded. Since subsection 13(2) states that it was enacted to provide “greater certainty” that subsection

d’empêcher la tenue d’un débat public ne peut échapper à l’interdiction prévue par la loi pour la raison qu’il favorise le débat.

[67] De même, l’absence d’un moyen de défense de véracité ne rend pas nécessairement invalides les interdictions législatives des discours haineux. Comme l’a dit le juge Rothstein, au paragraphe 141 :

Dans la mesure où des déclarations véridiques sont utilisées d’une manière ou dans un contexte qui expose un groupe vulnérable à la haine, leur utilisation risque d’entraîner, pour les groupes vulnérables, les mêmes effets préjudiciables éventuels que ceux que peuvent provoquer les fausses déclarations. Le groupe vulnérable n’est pas moins digne de protection parce que l’auteur des propos a réussi à transformer des déclarations véridiques en message haineux. En ne prévoyant pas de moyen de défense fondé sur la véracité, le législateur déclare en fait que même les déclarations véridiques peuvent être exprimées en des mots ou dans un contexte qui exposent un groupe vulnérable à la haine.

[68] Il est peut-être vrai que les FAI sont plus vulnérables que les compagnies de téléphonie aux pressions visant à faire fermer un site Web ou à bloquer l’affichage de messages qui sont l’objet d’une plainte en vertu de l’article 13 ou qui peuvent le devenir. Néanmoins, compte tenu de la puissance d’Internet comme moyen de communication, et compte tenu de mon rejet des autres arguments avancés par M. Lemire dans ce contexte, je ne considère pas que la capacité et la volonté éventuelle de FAI de bloquer ou de retirer des communications sont en elles-mêmes suffisantes pour faire que l’article 13 porte plus qu’une atteinte minimale aux droits visés à l’alinéa 2b).

[69] Je ne retiens pas non plus la thèse portant que lorsqu’une personne accède sur un site Web à un document auquel peut accéder quiconque dispose d’un ordinateur, la communication de ce document à cette personne est privée. À mon avis, lorsqu’il a affiché « Secrets au sujet du SIDA » sur Freedomsite, M. Lemire s’est assuré que ce document soit communiqué au public chaque fois que quiconque a visité ce site Web et a lu l’article.

[70] De toute manière, la thèse de M. Lemire, à savoir que le paragraphe 13(1) ne s’appliquait pas à Internet à l’époque où l’arrêt *Taylor* a été rendu, est peut-être dénuée de fondement. En effet, puisque le paragraphe 13(2) précise que cette disposition a été édictée

13(1) applies to material communicated through the Internet, it may not have changed the existing law.

ISSUE 3: Did the Tribunal err in invalidating the penalty provisions contained in paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) on the ground that they are punitive in nature?

(i) *Federal Court decision*

[71] The Judge prefaced his discussion of this issue by noting (at paragraph 109) that the discussion of the validity of the penalty provisions was “somewhat artificial” because the Commission was no longer asking for the imposition of a penalty on Mr. Lemire. Nonetheless, he went on to determine their constitutionality. It is appropriate in this appeal to consider the Judge’s conclusion that the penalty provisions are invalid because they are not a minimal impairment of paragraph 2(b) rights: the issue was argued on the appeal to this Court, and the Judge’s ruling may have an impact on any subsequent section 13 proceedings.

[72] The Judge rejected the argument of the Attorney General that because the penalty provisions form part of a statutory regulatory scheme they should be regarded as designed to induce compliance with the CHRA, rather than to express society’s condemnation of hate speech. The Judge characterized (at paragraph 113) the Tribunal’s power under paragraph 54(1)(c) to impose a penalty for breach of section 13 as “inherently punitive”.

[73] Like a fine in criminal proceedings, the Judge reasoned, a penalty imposed under paragraph 54(1)(c) is paid into the general revenue fund. Unlike, for example, a liability to contribute to a fund for anti-discrimination education or for victims of hate speech, a penalty does not have a compensatory purpose. Rather, it was intended to express society’s opprobrium of the conduct. He regarded the factors in subsection 54(1.1) that the

pour préciser qu’« [i]l demeure entendu » que le paragraphe 13(1) s’applique aux messages communiqués par Internet, le paragraphe 13(2) n’a peut-être pas changé l’état du droit.

QUESTION 3 : Le Tribunal a-t-il commis une erreur lorsqu’il a invalidé les dispositions relatives aux sanctions contenues à l’alinéa 54(1)c) et au paragraphe 54(1.1) au motif que ces dispositions étaient de nature punitive?

i) *La décision de la Cour fédérale*

[71] Au début de sa discussion de cette question, au paragraphe 109, le juge a relevé que la discussion de la validité des dispositions relatives aux sanctions était « quelque peu artificielle », parce que la Commission ne demandait plus l’imposition d’une sanction à M. Lemire. Néanmoins, le juge a ensuite procédé à l’examen de la constitutionnalité des dispositions en question. Il est indiqué dans le présent appel d’examiner la conclusion du juge selon laquelle les dispositions relatives aux sanctions sont invalides du fait qu’elles ne portent pas une atteinte minimale aux droits visés par l’alinéa 2b); la question a été débattue dans le cadre de l’appel devant notre Cour, et la décision du juge pourrait avoir une incidence sur toute procédure ultérieure mettant en cause l’article 13.

[72] Le juge a rejeté la thèse du procureur général portant que, puisque les dispositions relatives aux sanctions font partie d’un régime de réglementation législatif, elles doivent être considérées comme étant conçues pour inciter à l’observation de la LCDP plutôt que pour exprimer la condamnation des discours haineux par la société. Au paragraphe 113, le juge a qualifié d’« intrinsèquement punitive » la sanction que le Tribunal a le pouvoir d’imposer en vertu de l’alinéa 54(1)c) en cas de contravention à l’article 13.

[73] Le juge a observé qu’à l’instar de l’amende imposée au terme de la procédure pénale, le montant de la sanction imposée aux termes de l’alinéa 54(1)c) est versé au Trésor. À la différence, par exemple, de l’obligation de cotiser à un fonds voué à l’éducation au sujet de la discrimination ou à un fonds d’aide aux victimes de discours haineux, la sanction n’a pas une finalité indemnitaire. Son régime a plutôt été instauré pour

Tribunal must take into account in imposing a penalty and fixing its amount as supporting this view because of their resemblance to the sentencing principles applied in criminal proceedings.

[74] Having found that the penalty provisions brought section 13 “uncomfortably close to the state’s ultimate control measure, criminal prosecution” (at paragraph 108), the Judge agreed with the Tribunal that the section could no longer be considered to be “exclusively remedial” and thus not justifiable under section 1.

[75] For the reasons that follow, I respectfully disagree with the Judge on this issue.

(ii) *Jurisprudence*

(a) penal provisions

[76] I agree with the Judge that it is not constitutionally permissible for human rights legislation to include a sanction designed to impose a punishment that expresses society’s moral opprobrium of the conduct of the wilful communicator of hate speech.

[77] Neither *Taylor* nor *Whatcott* expressly states that a penal sanction for a breach of a prohibition of hate speech in human rights legislation constitutes more than a minimal impairment of paragraph 2(b) rights. Nonetheless, their emphasis on the civil nature of human rights statutes indicates that the Court would not have upheld the hate speech provisions before them if they had found that they were penal in nature. The penalty provisions were added to the CHRA after *Taylor* was decided, and a violation of the Saskatchewan Code had ceased to be an offence before *Whatcott* was decided.

exprimer l’opprobre de la société à l’égard de la conduite en cause. Le juge a considéré que les facteurs recensés au paragraphe 54(1.1), que le Tribunal doit prendre en considération lorsqu’il impose la sanction et en fixe le montant, allaient dans ce sens à cause de la ressemblance de ces facteurs aux principes de détermination de la peine appliqués dans les instances pénales.

[74] Après avoir conclu, au paragraphe 108, que les dispositions relatives aux sanctions rapprochaient l’article 13 « de façon inquiétante de l’ultime mesure de contrôle dont dispose l’État, à savoir les poursuites pénales », le juge a convenu avec le Tribunal que l’article 13 ne pouvait plus être considéré comme étant de nature « exclusivement réparatrice », et qu’il n’était donc pas justifiable aux termes de l’article premier de la Charte.

[75] Par les motifs qui suivent, avec respect, je rejette la conclusion du juge sur cette question.

ii) *La jurisprudence*

a) Les dispositions pénales

[76] Je conviens avec le juge que la Constitution ne permet pas qu’une loi sur les droits de la personne prévoie une sanction conçue pour imposer un châtement qui exprime l’opprobre moral de la société à l’égard de la conduite de celui ou celle qui tient délibérément un discours haineux.

[77] Ni la jurisprudence *Taylor* ni la jurisprudence *Whatcott* n’enseignent expressément qu’une disposition d’une loi sur les droits de la personne qui prévoit l’imposition d’une sanction pénale en cas de contravention à une interdiction visant les discours haineux constitue plus qu’une atteinte minimale aux droits visés à l’alinéa 2b). Néanmoins, il ressort de l’insistance dans les deux arrêts susmentionnés sur la nature civile des lois sur les droits de la personne que la Cour n’aurait pas confirmé la validité des dispositions relatives au discours haineux auxquelles elle avait affaire si elle avait jugé que ces dispositions étaient de nature pénale. Les dispositions relatives aux sanctions ont été ajoutées à la LCDP après l’arrêt *Taylor*, et une violation du Code de

[78] Financial penalties imposed for non-compliance with a statutory scheme and payable into the general revenue fund have been found not to be penal in nature for the purpose of determining if the procedural protections of section 11 of the Charter apply: see, for example, *United States Steel Corporation v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1 (*U.S. Steel*); *Canada v. Guindon*, 2013 FCA 153, 360 D.L.R. (4th) 515, at paragraphs 46–47. Penalties for non-compliance imposed by regulatory legislation for the protection of the public in accordance with the objectives of the statute are not necessarily penal in nature for the purpose of section 11: *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, at page 560; *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737, at paragraph 22; *U.S. Steel*, at paragraphs 47–49.

(b) non-penal financial sanctions

[79] The Supreme Court recognized for the first time in *Whatcott* that the imposition of a financial sanction was a constitutionally permissible remedy for breach of a hate speech provision in human rights legislation. Thus, Justice Rothstein said (at paragraph 149):

As in tort law, an award of damages made pursuant to the *Code* is characterized as compensatory, not punitive, and is directed at compensating the victim. However, the circumstances in which a compensation award will be merited should be rare and will often involve repeat litigants who refuse to participate in a conciliatory approach.

[80] A communicator of hate speech was liable under paragraph 31.4(b) of the Saskatchewan Code to compensate a person injured by the contravention of the Code who had suffered with respect to “feeling, dignity or self-respect”. The Supreme Court in *Whatcott* (at paragraph 204) upheld the compensatory awards made by the Tribunal under paragraph 31.4(b) in favour of two

la Saskatchewan avait cessé de constituer une infraction avant que l’arrêt *Whatcott* ne soit tranché.

[78] La jurisprudence enseigne que les sanctions pécuniaires imposées en cas d’observation d’un régime législatif et payables au Trésor ne sont pas de nature pénale lorsqu’il faut rechercher si les garanties procédurales de l’article 11 de la Charte jouent : voir, par exemple, *United States Steel Corporation c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 176 (*U.S. Steel*); et *Canada c. Guindon*, 2013 CAF 153, aux paragraphes 46 et 47. Les sanctions en cas d’observation imposées par une loi réglementaire visant à protéger le public en conformité avec les objectifs de la loi ne sont pas nécessairement de nature pénale aux fins de l’application de l’article 11 : *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, à la page 560; *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737, au paragraphe 22; *U.S. Steel*, aux paragraphes 47 à 49.

b) Les sanctions pécuniaires non pénales

[79] La Cour suprême du Canada a reconnu pour la première fois à l’occasion de l’affaire *Whatcott* que l’imposition d’une sanction pécuniaire constitue une mesure admissible en vertu de la Constitution en cas de contravention à une disposition relative au discours haineux figurant dans une loi sur les droits de la personne. Le juge Rothstein a observé, au paragraphe 149 :

Comme c’est le cas en matière de responsabilité civile délictuelle, la condamnation à des dommages-intérêts prononcée en vertu du *Code* se caractérise par l’octroi de dommages-intérêts compensatoires et non punitifs qui ne visent qu’à indemniser la victime. Toutefois, les circonstances dans lesquelles une telle condamnation est justifiée sont rares et se présentent surtout dans le cas de plaideurs qui reviennent à plusieurs reprises devant le Tribunal et refusent de participer à un processus de conciliation.

[80] L’auteur d’un discours haineux était tenu, aux termes de l’alinéa 31.4(b) du Code de la Saskatchewan, d’indemniser la personne lésée par la contravention au Code qui avait subi un préjudice moral. Dans l’arrêt *Whatcott*, au paragraphe 204, la Cour suprême du Canada a confirmé la validité des indemnités que le Tribunal avait accordées en vertu de l’alinéa 31.4(b) à deux plaignants au titre du préjudice qui leur avait été

complainants on the basis of the harm caused to them when they received flyers containing the hate messages.

[81] In order to apply this jurisprudence to the present case I shall first examine the terms of the penalty provisions in the CHRA and the wider remedial context of which they are an integral part.

(iii) *Remedial scheme of the CHRA*

[82] Paragraph 54(1)(c) provides that the Tribunal may order a person who has breached section 13 to pay a penalty of not more than \$10 000. Subsection 54(1.1) prescribes the factors that the Tribunal must take into account when deciding whether to impose a penalty for a breach of section 13. Those listed in paragraph 54(1.1)(a) focus on the discriminatory practice: its nature, extent, and seriousness, and the circumstances surrounding it. In contrast, the factors in paragraph (b) are directed at the person who engaged in the discriminatory practice: whether he or she acted wilfully or recklessly and had a record of prior discriminatory practices, and his or her ability to pay.

[83] A breach of section 13 is the only discriminatory practice in the CHRA that can be remedied by the imposition of a penalty. However, those who have engaged in discriminatory practices other than hate speech are liable under subsection 53(2) to compensate victims who have been injured in specified ways, including a liability under paragraph 53(2)(e) to pay a sum of up to \$20 000 for pain and suffering. None of these apply to a breach of section 13.

[84] Paragraph 54(1)(b) provides that a compensatory order may be made under subsection 53(3) against a person who has contravened section 13 if the claimant was specifically identified in the hate speech. Subsection 53(3) empowers the Tribunal to award up to \$20 000 to the victim of a discriminatory practice if the person who engaged in that conduct acted wilfully or recklessly.

[85] Since subsection 53(3) does not in terms require proof of loss by the victim, it is not compensatory in precisely the same way as paragraph 31.4(b) of the

causé lorsqu'elles avaient reçu des dépliants contenant les messages haineux en cause.

[81] Afin d'appliquer cette jurisprudence en l'espèce, j'examinerai d'abord le libellé des dispositions de la LCDP relatives aux sanctions et le contexte plus large du régime de mesures dont elles font partie intégrante.

iii) *Le régime de mesures de la LCDP*

[82] L'alinéa 54(1)c) dispose que le Tribunal peut ordonner à la personne qui a contrevenu à l'article 13 de payer une indemnité d'au plus 10 000 \$. Le paragraphe 54(1.1) recense les facteurs dont le Tribunal doit tenir compte avant de décider d'imposer une sanction au titre d'une contravention à l'article 13. Les facteurs recensés à l'alinéa 54(1.1)a) concernent l'acte discriminatoire : sa nature, sa gravité et les circonstances l'entourant. Par contraste, les facteurs recensés à l'alinéa b) concernent l'auteur de l'acte discriminatoire : la nature délibérée ou non de l'acte, les antécédents discriminatoires de l'auteur de l'acte, le cas échéant, et sa capacité de payer.

[83] La contravention à l'article 13 est le seul acte discriminatoire visé à la LCDP auquel il peut être remédié par l'imposition d'une sanction (*penalty*). Cependant, les personnes qui commettent des actes discriminatoires autres que des discours haineux sont tenues, aux termes du paragraphe 53(2), d'indemniser les victimes qui ont été lésées de certaines manières précises, notamment en indemnisant jusqu'à concurrence de 20 000 \$, aux termes de l'alinéa 53(2)e), la victime qui a souffert d'un préjudice moral. Aucune de ces dispositions ne joue en cas de contravention à l'article 13.

[84] L'alinéa 54(1)b) dispose qu'une ordonnance d'indemnisation peut être rendue en vertu du paragraphe 53(3) contre la personne qui a contrevenu à l'article 13 si la victime a été identifiée dans le discours haineux. Le paragraphe 53(3) habilite le Tribunal à accorder jusqu'à 20 000 \$ à la victime d'un acte discriminatoire si celui-ci était délibéré ou inconsideré.

[85] Puisque le paragraphe 53(3) n'exige pas que soit rapportée la preuve des dommages subis par la victime, il n'est pas de nature indemnitaire, tout comme l'alinéa

Saskatchewan Code which applies when the hate speech caused the injured person to suffer with respect to feeling, dignity or self-respect. Nonetheless, when applied to breaches of section 13, subsection 53(3) can be regarded as compensating victims specifically identified in hate speech for the damage presumptively caused to their “sense of human dignity and belonging to the community at large” which *Whatcott* recognized (at paragraph 81) that hate speech causes.

[86] Although Mr. Lemire requested a declaration that subsection 54(1) was invalid, counsel did not make submissions specifically directed to the validity of paragraph 54(1)(b). Since the Judge’s order included a direction that the Tribunal consider granting a remedy under paragraph 54(1)(b), he must have considered it to be valid. I agree with this conclusion.

[87] Unlike the Saskatchewan Code, the CHRA does not make a person found in breach of section 13 liable to compensate members of a targeted group by hate speech unless it specifically identifies them. In these circumstances, a penalty is the only means provided by the CHRA for imposing a financial sanction for non-compliance with section 13.

[88] I consider now whether the penalty provisions in paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) are a minimal impairment of paragraph 2(b) rights and thus justifiable under section 1.

(iv) Are the penalty provisions a minimal impairment of paragraph 2(b) right?

[89] The starting point for an analysis of the validity of a remedial provision is that Parliament is entitled to

31.4(b) du Code de la Saskatchewan, qui joue lorsque le discours haineux a causé des dommages moraux à la personne lésée. Néanmoins, lorsqu’il est appliqué aux cas de contravention à l’article 13, l’on peut considérer que le paragraphe 53(3) indemnise les victimes identifiées dans un discours haineux au titre du dommage présumé avoir été causé à leur « sentiment de dignité humaine et d’appartenance à l’ensemble de la collectivité », un dommage que la Cour suprême du Canada a reconnu être causé par les discours haineux par la jurisprudence *Whatcott*, au paragraphe 81.

[86] Bien que M. Lemire ait demandé à ce que le paragraphe 54(1) soit déclaré invalide, son avocat n’a pas présenté d’observations concernant précisément la validité de l’alinéa 54(1)b). Puisqu’aux termes de son ordonnance, le juge enjoignait notamment au Tribunal d’envisager d’accorder une réparation en vertu de l’alinéa 54(1)b), il a dû le considérer valide. Je retiens cette conclusion.

[87] À la différence du Code de la Saskatchewan, la LCDP n’oblige pas l’auteur de la contravention à l’article 13 à indemniser les membres d’un groupe ciblé par un discours haineux, à moins que celui-ci ne les identifie. Dans ces circonstances, la sanction constitue le seul moyen prévu par la LCDP d’imposer une responsabilité financière au titre de l’inobservation de l’article 13.

[88] J’examinerai maintenant la question de savoir si les dispositions relatives à des sanctions contenues à l’alinéa 54(1)c) et au paragraphe 54(1.1) portent une atteinte minimale aux droits visés à l’alinéa 2b) et sont donc justifiables aux termes de l’article premier de la Charte.

(iv) Les dispositions relatives aux sanctions portent-elles une atteinte minimale au droit visé à l’alinéa 2b)?

[89] Le point de départ de l’analyse relative à la validité d’une disposition réparatrice est qu’il faut faire

considerable deference in any determination of the proportionality of a measure that it has selected to tackle a complex social problem: *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610 (*JTI-Macdonald*), at paragraph 43. Fashioning remedies in these circumstances calls for the weighing and balancing of competing considerations on the bases of expertise, knowledge, and perspectives beyond those of the courts. Accordingly, the minimal impairment requirement is satisfied if Parliament “has chosen one of several reasonable alternatives”: *JTI-Macdonald, ibid.*; *Whatcott*, at paragraph 78. Perfection is not required.

[90] In my view, when the penalty provisions are considered in the context of the objectives of the CHRA and its remedial scheme, they are not properly characterized as penal in nature. They are no more intended to express society’s moral opprobrium of the conduct in question than the award of compensation under subsection 53(3) for wilfully or recklessly breaching section 13.

[91] Like the financial penalties often contained in other regulatory legislation, paragraph 54(1)(c) is designed to induce compliance with the statutory scheme in order to impose a measure of financial accountability on those in breach of section 13 and to deter future breaches. The penalty provisions thus advance the statutory objective set out in section 2, namely, to give effect to the principle that individuals should have an opportunity equal to that of others to lead the lives that they are able and wish to have without being hindered by discriminatory practices based on a prohibited ground. On the preventive purpose of paragraph 54(1)(c), see *House of Commons Debates*, Vol. 135, 1st Sess., 36th Parl. (February 11, 1998), at page 3744 (Hon. Anne McLellan).

[92] Justice Rothstein stated in *Whatcott* (at paragraphs 79–82) that statutory prohibitions of hate speech are not primarily aimed at protecting individuals from a loss of a sense of human dignity, but at protecting the societal standing of vulnerable groups and

preuve d’une déférence considérable à l’égard du législateur dans le cadre de toute appréciation de la proportionnalité de la mesure que le législateur a choisie pour s’attaquer à un problème social complexe : *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610 (*JTI-Macdonald*), au paragraphe 43. L’élaboration de solutions dans ces circonstances appelle la pondération et la conciliation des éléments contradictoires par le recours aux compétences spécialisées et aux connaissances que les juges n’ont pas. En conséquence, il est satisfait à l’exigence de l’atteinte minimale si le législateur « a choisi l’une des diverses solutions raisonnables qui s’offraient » : *JTI-Macdonald, ibid.*; *Whatcott*, au paragraphe 78. La perfection n’est pas exigée.

[90] À mon sens, l’appréciation des dispositions relatives aux sanctions au regard des objectifs de la LCDP et de son régime de réparation m’amène à conclure que ces dispositions ne sont pas de nature pénale. Elles ne visent pas plus à exprimer l’opprobre moral de la société à l’égard de la conduite en question que l’octroi d’une indemnité en vertu du paragraphe 53(3) en cas de contravention délibérée ou inconsidérée à l’article 13.

[91] Tout comme les sanctions pécuniaires souvent prévues par d’autres lois de nature réglementaire, l’alinéa 54(1)c) est conçu pour inciter à l’observation du régime législatif afin d’imposer un certain fardeau financier à ceux qui contreviennent à l’article 13 et de décourager les manquements à l’avenir. Les dispositions relatives aux sanctions contribuent donc à l’atteinte de l’objectif législatif consacré par l’article 2, à savoir le droit de toute personne à l’égalité des chances d’épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de ses besoins indépendamment de considérations fondées sur des motifs de distinction prohibés. Au sujet de l’objectif préventif de l’alinéa 54(1)c), voir les *Débats de la Chambre des communes*, Vol. 135, 1^{re} sess., 36^e Lég. (11 février 1998), à la page 3744 (l’honorable Anne McLellan).

[92] Le juge Rothstein a observé, aux paragraphes 79 à 82 de l’arrêt *Whatcott*, que les interdictions législatives des discours haineux ne visent pas principalement à protéger les personnes contre la perte d’un sentiment de dignité humaine, mais plutôt à protéger le statut social de groupes vulnérables et à prévenir la discrimination

preventing discrimination against them. On the social harm caused by hate messages, see also *Taylor*, at page 919. The imposition of a liability to pay an amount to the general revenue fund in the circumstances set out in paragraph 54(1)(c) is thus consistent with the objectives of the CHRA in general and of section 13 in particular.

[93] An important function of the penalty provisions is to plug the gap left in the remedial scheme for a breach of section 13 when Parliament limited compensation awards under paragraph 54(1)(b) to hate speech that specifically identified individuals. Without paragraph 54(1)(c) most violators of section 13 would be exonerated from financial liability—a valuable tool for enhancing compliance with the law—because hate speech typically targets vulnerable groups as a whole, rather than individuals within the group.

[94] Parliament could have chosen different means of imposing financial accountability on those who have communicated hate speech that does not specifically identify individuals. Like paragraph 31.4(a) of the Saskatchewan Code, the CHRA could have imposed liability to compensate individual members of a targeted group, even when the hate speech was directed at the group and not at identified individuals.

[95] However, a complaint of a breach of section 13 may be made by a person who is not a member of the group targeted by hate speech: see CHRA, subsection 40(1) and paragraph 40(5)(b). If those entitled to compensation under such a provision were not parties to the proceeding, it is difficult to see how a compensation order could be made. It would make little sense to impose liability to make a payment to a complainant who was not a member of the group. In any event, to gear financial accountability to the compensation of individuals misses the principal harm of hate speech at which statutory prohibitions of it are aimed: see paragraph 92 above.

[96] The CHRA could, as the Judge suggested (at paragraph 112), have empowered the Tribunal to require

à leur endroit. Au sujet du préjudice social que causent les messages haineux, voir aussi l'arrêt *Taylor*, à la page 919. L'imposition d'une obligation de payer une somme d'argent au Trésor dans les cas recensés à l'alinéa 54(1)c) est donc compatible avec les objectifs de la LCDP en général et de l'article 13 en particulier.

[93] Les dispositions relatives aux sanctions ont notamment pour rôle important de combler la lacune qui demeure dans le régime de réparation en cas de contravention à l'article 13, là où le législateur a limité les indemnités en vertu de l'alinéa 54(1)b) aux discours haineux qui identifient des personnes. Si ce n'était de l'alinéa 54(1)c), la plupart des contrevenants à l'article 13 seraient exonérés de toute responsabilité financière — un moyen fort utile d'inciter au respect de la loi — parce que les discours haineux ciblent habituellement des groupes vulnérables pris dans leur ensemble, plutôt que des personnes au sein du groupe.

[94] Le législateur aurait pu choisir d'autres moyens d'imposer une responsabilité financière à ceux qui ont communiqué un discours haineux qui n'identifie pas précisément des personnes. À l'instar de l'alinéa 31.4(a) du Code de la Saskatchewan, la LCDP aurait pu imposer une obligation d'indemniser individuellement les membres d'un groupe ciblé, même lorsque le discours haineux vise le groupe, et non des personnes identifiées.

[95] Cependant, la plainte relative à une contravention à l'article 13 peut être déposée par une personne qui n'appartient pas au groupe visé par le discours haineux : voir le paragraphe 40(1) et l'alinéa 40(5)b) de la LCDP. Si les personnes ayant droit à une indemnité aux termes d'une telle disposition n'étaient pas parties à l'instance, une ordonnance d'indemnisation serait difficilement concevable. Il serait peu logique d'imposer une obligation de faire un paiement à un plaignant qui n'appartient pas au groupe. Dans tous les cas, aligner la responsabilité financière sur l'indemnisation d'individus méconnaît le principal préjudice qui résulte des discours haineux et que leurs interdictions législatives visent à empêcher : voir le paragraphe 92 qui précède.

[96] Comme le juge le faisait observer au paragraphe 112, la LCDP aurait pu habiliter le Tribunal

a person in breach of section 13 to make a payment in support of an organization or activity beneficial to the group targeted by the hate speech. However, identifying appropriate recipients might well present serious practical problems for the Tribunal.

[97] There is no basis in the record for asserting that the potential imposition of liability to make a payment to the general revenue fund of up to \$10 000 has a more chilling effect on freedom of expression than the liability to pay up to \$20 000 under paragraph 54(1)(b) to individuals specifically identified in a hate message. Indeed, by limiting the amount payable to a single penalty of no more than \$10 000 paragraph 54(1)(c) imposes a lower limit on potential liability than would a provision to compensate multiple individual victims of hate speech, even if they were not specifically identified.

[98] When viewed in the context of the CHRA's remedial scheme, the imposition of a penalty under paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) carries no more of a moral stigma than a finding that an individual has wilfully or recklessly engaged in the communication of hate speech, and by virtue of paragraph 54(1)(b) is required to compensate specifically identified individuals.

[99] On the comparatively rare occasions when hate speech specifically identifies individuals within the targeted group, the Tribunal may both award compensation to the victims under paragraph 54(1)(b) and impose a penalty under paragraph 54(1)(c). This additional sanction may be particularly appropriate to deter those who have repeatedly engaged in discriminatory practices.

[100] I do not, with respect, agree with the Judge's view that the factors in subsection 54(1.1) that the Tribunal must consider when deciding whether to impose a penalty under paragraph 54(1)(c) necessarily give the provisions a punitive character. In my opinion, they are consistent with the objectives of general deterrence (paragraph 54(1.1)(a)) and specific deterrence

à exiger que la personne qui contrevient à l'article 13 effectue un paiement à un organisme ou un programme au profit du groupe visé par le discours haineux. Cependant, le Tribunal pourrait bien éprouver dans la pratique de sérieuses difficultés à identifier des bénéficiaires appropriés.

[97] Il n'y a rien au dossier qui permette d'inférer que la possibilité d'être condamné à verser au Trésor un montant pouvant aller jusqu'à 10 000 \$ a un effet plus paralysant sur la liberté d'expression que l'obligation de payer jusqu'à concurrence de 20 000 \$ en vertu de l'alinéa 54(1)(b) à des personnes identifiées dans un message haineux. Certes, en limitant le montant payable à une sanction unique d'au plus 10 000 \$, l'alinéa 54(1)(c) impose un plafond à la responsabilité éventuelle qui est inférieur au montant que pourrait atteindre une sanction imposée en vertu d'une disposition obligeant à indemniser plusieurs victimes d'un discours haineux prises individuellement, même si elles n'étaient pas identifiées.

[98] Lorsqu'elle est appréciée au regard du régime de réparation de la LCDP, l'imposition d'une sanction aux termes de l'alinéa 54(1)(c) et du paragraphe 54(1.1) ne donne pas lieu à un plus grand stigmatisme moral qu'une conclusion selon laquelle une personne a communiqué de manière délibérée ou inconsidérée un discours haineux et est tenu en vertu de l'alinéa 54(1)(b) d'indemniser les personnes identifiées.

[99] Dans les cas comparativement rares où un discours haineux identifie des personnes au sein du groupe visé, le Tribunal peut accorder une indemnité aux victimes aux termes de l'alinéa 54(1)(b) et imposer une sanction en vertu de l'alinéa 54(1)(c). Cette sanction additionnelle peut s'avérer particulièrement indiquée pour dissuader les récidivistes.

[100] Soit dit avec égards, je ne puis retenir la conclusion du juge portant que les facteurs recensés au paragraphe 54(1.1), que le Tribunal doit prendre en compte avant de décider d'imposer une sanction en vertu de l'alinéa 54(1)(c), confèrent nécessairement aux dispositions un caractère punitif. À mon avis, ces facteurs

(paragraph 54(1.1)(b)), and thus of enhancing compliance with section 13.

[101] For example, the requirement that a penalty may only be imposed in respect of wilful or reckless conduct is also found in subsection 53(3), which directs payment to the victim. The discriminator's state of mind is relevant to whether the imposition of financial liability is appropriate to ensure compliance and to deter.

[102] The requirement that the Tribunal must consider the individual's ability to pay can also be regarded as linked to deterrence: a person of limited means may be deterred from future breaches by a smaller penalty than a wealthier person. Similarly, it may take a larger penalty to deter a person who has been a repeat offender. In truth, the considerations relevant to sentencing may overlap with those governing the imposition of an administrative penalty since both are designed to prevent statutorily prohibited conduct.

[103] That Parliament chose the word "penalty" to describe the financial liability that may be imposed in respect of wilful hate speech that does not specifically identify individuals cannot justify characterizing the impugned provisions as punitive.

[104] In short, even though the financial liability imposed under paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) may not be based on a loss to individual victims, they are not penal in nature. Rather, they represent a reasonable means of imposing financial accountability for the damage caused by the vilification of targeted groups and of deterring the communication of hate speech in order to decrease discrimination against them.

s'accordent avec les objectifs de dissuasion générale (alinéa 54(1.1)a)) et de dissuasion spécifique (alinéa 54(1.1)b)), et donc avec l'objectif consistant à favoriser le respect de l'article 13.

[101] Par exemple, le paragraphe 53(3), qui prévoit la possibilité d'ordonner qu'un paiement soit fait à la victime, prévoit lui aussi qu'une sanction peut seulement être imposée lorsque l'acte sanctionné était délibéré ou inconsideré. L'état d'esprit de l'auteur de la communication est pertinent lorsqu'il s'agit de rechercher s'il est indiqué d'imposer une responsabilité financière pour assurer le respect de la loi ou en dissuader la transgression.

[102] L'exigence faite au Tribunal de prendre en compte la capacité de payer de l'individu peut également être rattachée à la dissuasion : la personne aux moyens limités est susceptible d'être dissuadée de récidiver par une sanction d'un montant moins élevé que dans le cas de la personne plus fortunée. De même, une sanction d'un montant plus élevé peut s'avérer nécessaire pour dissuader le récidiviste. En vérité, les considérations pertinentes au regard de la détermination de la peine peuvent recouper celles qui régissent l'imposition d'une sanction administrative, puisque les dispositions visent dans les deux cas à prévenir une conduite interdite par la loi.

[103] Le fait que le législateur ait choisi le mot « sanction » (« *penalty* ») pour qualifier la responsabilité financière qui peut être imposée en cas de discours haineux délibéré qui n'identifie aucune personne ne saurait justifier que les dispositions attaquées soient qualifiées de punitives.

[104] En bref, même si la responsabilité financière imposée en vertu de l'alinéa 54(1)c) et du paragraphe 54(1.1) n'est pas nécessairement fondée sur une perte subie par des victimes prises individuellement, ces dispositions ne sont pas de nature pénale. Elles représentent plutôt une voie, d'une part, d'imposer une responsabilité financière au titre du dommage causé par le fait de diffamer des groupes ciblés, et d'autre part, de décourager la communication de discours haineux afin de réduire la discrimination à l'endroit de ces groupes.

[105] Section 1 does not entitle or require courts to search out an optimal remedy for a complex social problem—a task for which they are not equipped. This is a matter for the legislature. The role of the courts is to ensure that the statutory remedy selected is within the range of what is reasonable. In my opinion, when considered in context paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) meet this standard.

[106] In view of this conclusion, it is not necessary to decide if, as the Judge held (at paragraphs 130–137), the penalty provisions may be severed from the body of the CHRA so as to preserve the validity of section 13. That said, I would have reached the same conclusion as the Judge, and for substantially the reasons that he gave.

Conclusion

[107] For these reasons, I would dismiss the appeal, but would vary the order of the Federal Court by setting aside the declaration pursuant to subsection 52(1) of the Charter that paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) are of no force and effect. Because the Commission does not seek the imposition of a penalty in this case, it is not necessary to require the Tribunal to determine whether to make an award against Mr. Lemire under paragraph 54(1)(c) and subsection 54(1.1) to remedy his breach of section 13.

GAUTHIER J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

[105] L'article premier de la Charte n'habilite pas ni n'oblige le juge à rechercher une solution idéale à un problème social complexe — une mission qu'il n'est pas en mesure de remplir. Cette mission incombe au législateur. Le rôle du juge consiste à s'assurer que la solution législative choisie est du domaine du raisonnable. À mon avis, lorsqu'ils sont appréciés au regard du contexte, l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1) satisfont à cette norme.

[106] Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de décider si, comme le juge l'a statué aux paragraphes 130 à 137, les dispositions relatives aux sanctions peuvent être dissociées du corps de la LCDP, de manière à préserver la validité de l'article 13. Cela dit, j'en serais arrivé à la même conclusion que le juge, et essentiellement pour les mêmes motifs que ceux qu'il a exposés.

Conclusion

[107] Par ces motifs, je rejetterais l'appel, mais je modifierais l'ordonnance de la Cour fédérale en supprimant la déclaration faite en vertu du paragraphe 52(1) de la Charte selon laquelle l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1) sont inopérants. Étant donné que la Commission ne demande pas l'imposition d'une sanction en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'exiger que le Tribunal décide d'imposer ou non des sanctions à M. Lemire en vertu de l'alinéa 54(1)c) et du paragraphe 54(1.1) pour remédier à sa contravention à l'article 13.

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je suis d'accord.