



Date : 20121002

Dossier : T-1640-09

Référence : 2012 CF 1162

Ottawa (Ontario), le 2 octobre 2012

En présence de monsieur le juge Mosley

ENTRE :

**COMMISSION CANADIENNE DES DROITS  
DE LA PERSONNE**

**Demanderesse**

et

**RICHARD WARMAN ET  
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA  
et MARC LEMIRE**

**Défendeurs**

et

**LA BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES  
ASSOCIATION, L'ASSOCIATION  
CANADIENNE DES LIBERTÉS CIVILES, LA  
CANADIAN ASSOCIATION FOR FREE  
EXPRESSION INC., LA CANADIAN FREE  
SPEECH LEAGUE, L'AFRICAN CANADIAN  
LEGAL CLINIC, LA LIGUE DES DROITS DE  
LA PERSONNE DE B'NAI BRITH CANADA,  
LE CONGRÈS JUIF CANADIEN et LES AMIS  
DU CENTRE SIMON WIESENTHAL POUR  
LES ÉTUDES SUR L'HOLOCAUSTE**

**Intervenants**

**MOTIFS DU JUGEMENT ET JUGEMENT**

## **SURVOL**

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) présentée par la Commission canadienne des droits de la

personne (la Commission) en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, LRC, 1985, c F-7.

[2] Dans sa décision du 9 septembre 2009, le Tribunal a conclu que l'intimé, Marc Lemire, avait contrevenu à l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC, 1985, c H-6 (la LCDP ou la Loi) en publiant un article sur un site Web. Le Tribunal a refusé de rendre une ordonnance de réparation à l'endroit de M. Lemire au motif que les restrictions imposées par les paragraphes 13(1), 54(1) et 54(1.1) de la Loi ne sont pas compatibles avec l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 (la *Charte*), et ne représentent pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

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

[4] En l'espèce, M. Lemire a signifié un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et au procureur général de chaque province, conformément à l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Dans l'avis en question, il est demandé qu'un jugement déclaratoire portant que les paragraphes 13(1), 54(1) et 54(1.1) de la LCDP sont inopérants suivant les paragraphes 24(1) [sic]

et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 (la *Loi constitutionnelle de 1982*) soit rendu.

[5] La constitutionnalité du paragraphe 13(1) de la LCDP a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt majoritaire *Canada (Commission des droits de la personne) c Taylor*, [1990] 3 RCS 892 (l'arrêt *Taylor*). La Cour est liée par cet arrêt, à moins qu'il n'y ait des motifs de distinguer la présente affaire de cet arrêt, qui fait jurisprudence. En l'absence de tels motifs, la Cour doit se conformer à l'arrêt *Taylor*. Ce faisant, dans ses motifs, la Cour peut mentionner que le précédent peut se révéler problématique dans le contexte actuel. Il revient à la Cour suprême de déterminer si l'arrêt *Taylor* doit être infirmé : voir l'arrêt *Canada c Craig*, 2012 CSC 43, au paragraphe 21. La Cour suprême se penche actuellement sur cette question dans le cadre d'un appel interjeté contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan : *Whatcott c Saskatchewan Human Rights Tribunal*, 2010 SKCA 26 (autorisation accordée le 28 octobre 2010, [2010] CSCR n° 155 (QL)). Dans l'affaire *Whatcott*, les questions constitutionnelles étaient de savoir si l'alinéa 14(1)b) du *Saskatchewan Human Rights Code*, SS 1979, c S-24.1 contrevenait à l'alinéa 2a) de la *Charte*, et, le cas échéant, s'il était sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Même si les questions en litige dans l'affaire *Whatcott* concernent des dispositions législatives provinciales, elles sont analogues aux questions soulevées en l'espèce, et la Cour d'appel de la Saskatchewan a souligné qu'elle était liée par l'arrêt *Taylor*.

[6] Je prends connaissance d'office du fait législatif que le projet de loi C-304, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (protection des libertés)*, a fait l'objet d'une troisième lecture à la Chambre des communes le 6 juin 2012. Ce projet de loi aurait notamment pour effet

d'abroger l'article 13 de la LCDP. Selon la disposition de mise en vigueur du projet de loi, la loi prendrait effet un an après l'octroi de la sanction royale. Au moment de la rédaction des présents motifs, le projet de loi était examiné par le Sénat. En l'espèce, cela ne présente qu'un intérêt limité, dont je discuterai plus loin.

[7] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que le Tribunal a eu raison de refuser d'appliquer l'alinéa 54(1)c) et le paragraphe 54(1.1) de la Loi, et de déclarer qu'ils sont inopérants. Cependant, j'estime que le Tribunal a commis une erreur en n'appliquant pas l'article 13 et les alinéas 54(1)a) et 54(1)b) de la Loi. Par conséquent, la demande de la Commission est accueillie et l'affaire est renvoyée au Tribunal pour qu'il rende un jugement déclaratoire portant que l'article publié par M. Lemire contrevenait à l'article 13, et qu'il envisage de rendre une ordonnance de réparation à l'endroit de M. Lemire en vertu du pouvoir discrétionnaire prévu aux alinéas 54(1)a) ou 54(1)b) de la Loi.

## CONTEXTE

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

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

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

[11] Après qu'il a déposé sa plainte, M. Warman a trouvé d'autres documents prétendument répréhensibles sur les sites Web « [JRBooksonline.com](http://JRBooksonline.com) » et « [Stormfront.org](http://Stormfront.org) », et il a communiqué avec l'enquêteur de la Commission à ce sujet en septembre 2004. Ces documents étaient mentionnés dans le rapport d'enquête d'avril 2005 où il était recommandé que l'affaire soit renvoyée au Tribunal puisqu'ils étaient liés à M. Lemire. Dans un exposé conjoint des précisions

daté du 7 décembre 2005, M. Warman et la Commission ont affirmé que M. Lemire avait diffusé ou fait diffuser sur les sites Web susmentionnés le contenu qui s'y trouvait en octobre 2004.

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

[13] M. Lemire a déposé une requête visant à ce qu'il soit déclaré que l'article 13 et les dispositions réparatrices connexes des paragraphes 54(1) et 54(1.1) de la Loi contreviennent aux alinéas 2a) et 2b) et à l'article 7 de la *Charte*, et qu'ils ne sont pas sauvegardés par l'article premier de celle-ci. Il a également mentionné la *Déclaration canadienne des droits*, LC 1960, c 44. En vertu de l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, le procureur général du Canada a exercé son droit de participer à l'audience et de présenter des éléments de preuve concernant les questions constitutionnelles. Plusieurs autres parties intéressées se sont vu accorder l'autorisation de participer à l'audience.

[14] Des auditions de témoins de grande envergure ont été menées par le Tribunal du 29 janvier 2007 au 25 mars 2008. Des observations ont été présentées en septembre 2008. Le Tribunal a rendu sa décision le 2 septembre 2009 : *Warman c Lemire*, 2009 TCDP 26 (la décision).

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

## CADRE CONSTITUTIONNEL ET LÉGISLATIF

[16] Les paragraphes 24(1) et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 sont ainsi libellés :

*Recours en cas d'atteinte aux droits et libertés*

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

*Primauté de la Constitution du Canada*

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes

*Enforcement of guaranteed rights and freedoms*

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

*Primacy of Constitution of Canada*

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is

les dispositions incompatibles  
de toute autre règle de droit.

inconsistent with the  
provisions of the Constitution  
is, to the extent of the  
inconsistency, of no force or  
effect.

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

*Propagande haineuse*

*Hate messages*

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.

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

[18] Au moment où l'arrêt *Taylor* a été rendu, les pouvoirs réparateurs dont disposait le Tribunal étaient énoncés aux articles 53 et 54 de la LCDP. L'article 53 permettait au Tribunal d'ordonner à une personne de mettre fin à un acte discriminatoire et à prendre des mesures destinées à prévenir des actes semblables (alinéa 53(2)a)), d'accorder à la victime les droits dont l'acte l'avait privée (alinéa 53(2)b)), d'indemniser la victime des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte

(alinéa 53(2)c)) et d'indemniser la victime des frais supplémentaires occasionnés par le recours à des alternatives (53(2)d)). En outre, le paragraphe 53(3) permettait au Tribunal, s'il en venait à la conclusion que l'acte discriminatoire était délibéré ou inconsidéré, d'ordonner à l'auteur de l'acte de payer à la victime une indemnité maximale de 5 000 \$. Le paragraphe 53(4) donnait au Tribunal le pouvoir d'ordonner la prise de mesures raisonnables pour adapter des locaux ou des installations aux besoins des personnes atteintes d'une déficience. Suivant l'article 54, le Tribunal pouvait seulement rendre les ordonnances prévues à l'article 53 et ne pouvait pas exiger le retrait d'un employé d'un poste qu'il avait accepté de bonne foi ou l'expulsion de l'occupant de bonne foi de locaux, de moyens d'hébergement ou de logements.

[19] En 1998, le Parlement a modifié la Loi; conjuguées aux dispositions législatives antérieures, ces modifications ont eu pour effet de conférer de nouveaux pouvoirs réparateurs au Tribunal (LC 1998, c 9, articles 27 et 28). Le nouvel alinéa 53(2)e) permettait au Tribunal d'indemniser jusqu'à concurrence de 20 000 \$ les victimes qui avaient souffert un préjudice moral. L'indemnité maximale pouvant être accordée en vertu du paragraphe 53(3) a été relevée à 20 000 \$. La nouvelle version du paragraphe 53(4) permettait désormais d'accorder des intérêts sur l'indemnité. Par ailleurs, le nouvel alinéa 54(1)b) permettait au Tribunal, en plus de pouvoir prendre les mesures de réparation qui étaient en place au moment où l'arrêt *Taylor* avait été rendu, d'ordonner le versement d'une indemnité maximale de 10 000 \$ à la victime identifiée dans la communication constituant l'acte discriminatoire. Enfin, le nouvel alinéa 54(1)c) prévoyait une sanction pécuniaire maximale de 10 000 \$.

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

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

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

*Objet*

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

*Purpose*

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

status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.

*Motifs de distinction illicite*

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

*Prohibited grounds of discrimination*

3. (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.

*Idem*

(2) Une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe.

*Idem*

(2) Where the ground of discrimination is pregnancy or child-birth, the discrimination shall be deemed to be on the ground of sex.

*Propagande haineuse*

13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder

*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

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.

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.

*Interprétation*

*Interpretation*

(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.

(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.

*Interprétation*

*Interpretation*

(3) Pour l'application du présent article, le propriétaire ou exploitant d'une entreprise de télécommunication ne commet pas un acte discriminatoire du seul fait que des tiers ont utilisé ses installations pour aborder des questions visées au paragraphe (1).

(3) For the purposes of this section, no owner or operator of a telecommunication undertaking communicates or causes to be communicated any matter described in subsection (1) by reason only that the facilities of a telecommunication undertaking owned or operated by that person are used by other persons for the transmission of that matter.

*Rapport*

*Report*

44. (1) L'enquêteur présente son rapport à la

44. (1) An investigator shall, as soon as possible after

Commission le plus tôt possible après la fin de l'enquête.

the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.

*Suite à donner au rapport*

*Action on receipt of report*

(2) La Commission renvoie le plaignant à l'autorité compétente dans les cas où, sur réception du rapport, elle est convaincue, selon le cas :

(2) If, on receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission is satisfied

*a)* que le plaignant devrait épuiser les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

*(a)* that the complainant ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available, or

*b)* que la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale.

*(b)* that the complaint could more appropriately be dealt with, initially or completely, by means of a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act, it shall refer the complainant to the appropriate authority.

*Idem*

*Idem*

(3) Sur réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission :

(3) On receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

*a)* peut demander au président du Tribunal de désigner, en application de l'article 49, un membre pour instruire la plainte visée par le rapport, si elle

*(a)* may request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry under section 49 into the complaint to which the report relates if the

est convaincue :

(i) d'une part, que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié,

(ii) d'autre part, qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la plainte en application du paragraphe (2) ni de la rejeter aux termes des alinéas 41c) à e);

b) rejette la plainte, si elle est convaincue :

(i) soit que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié,

(ii) soit que la plainte doit être rejetée pour l'un des motifs énoncés aux alinéas 41c) à e).

#### *Nomination du conciliateur*

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

Commission is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted, and

(ii) that the complaint to which the report relates should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e); or

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted, or

(ii) that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e).

#### *Appointment of conciliator*

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

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

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

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

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

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

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

appoint a person, in this Part referred to as a "conciliator", for the purpose of attempting to bring about a settlement of the complaint.

### *Fonctions*

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

### *Conduct of inquiry*

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

*Questions de droit et de fait*

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

*Pouvoirs*

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

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

*b)* de faire prêter serment;

*c)* de recevoir, sous réserve des paragraphes (4) et (5), des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de

*Power to determine questions of law or fact*

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

*Additional powers*

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

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

*(b)* administer oaths;

*(c)* subject to subsections (4) and (5), receive and accept any evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, that the member or panel sees fit, whether or not that evidence or information

leur admissibilité  
devant un tribunal  
judiciaire;

is or would be  
admissible in a court of  
law;

*d)* de modifier les  
délais prévus par les  
règles de pratique;

*(d)* lengthen or shorten  
any time limit  
established by the rules  
of procedure; and

*e)* de trancher toute  
question de procédure  
ou de preuve.

*(e)* decide any  
procedural or  
evidentiary question  
arising during the  
hearing.

*Restriction*

*Limitation in relation to  
evidence*

(4) Il ne peut admettre en  
preuve les éléments qui, dans  
le droit de la preuve, sont  
confidentiels devant les  
tribunaux judiciaires.

(4) The member or panel  
may not admit or accept as  
evidence anything that would  
be inadmissible in a court by  
reason of any privilege under  
the law of evidence.

*Le conciliateur n'est ni  
compétent ni contraignable*

*Conciliators as witnesses*

(5) Le conciliateur n'est un  
témoin ni compétent ni  
contraignable à l'instruction.

(5) A conciliator appointed  
to settle the complaint is not a  
competent or compellable  
witness at the hearing.

*Frais des témoins*

*Witness fees*

(6) Les témoins assignés à  
comparaître en vertu du  
présent article peuvent, à  
l'appréciation du membre  
instructeur, recevoir les frais et  
indemnités accordés aux  
témoins assignés devant la  
Cour fédérale.

(6) Any person summoned  
to attend the hearing is entitled  
in the discretion of the member  
or panel to receive the same  
fees and allowances as those  
paid to persons summoned to  
attend before the Federal  
Court.

*Obligations de la Commission*

51. En comparaisant devant le membre instructeur et en présentant ses éléments de preuve et ses observations, la Commission adopte l'attitude la plus proche, à son avis, de l'intérêt public, compte tenu de la nature de la plainte.

*Instruction en principe publique*

52. (1) L'instruction est publique, mais le membre instructeur peut, sur demande en ce sens, prendre toute mesure ou rendre toute ordonnance pour assurer la confidentialité de l'instruction s'il est convaincu que, selon le cas :

*a)* il y a un risque sérieux de divulgation de questions touchant la sécurité publique;

*b)* il y a un risque sérieux d'atteinte au droit à une instruction équitable de sorte que la nécessité d'empêcher la divulgation de renseignements l'emporte sur l'intérêt qu'a la société à ce que l'instruction soit publique;

*Duty of Commission on appearing*

51. In appearing at a hearing, presenting evidence and making representations, the Commission shall adopt such position as, in its opinion, is in the public interest having regard to the nature of the complaint.

*Hearing in public subject to confidentiality order*

52. (1) An inquiry shall be conducted in public, but the member or panel conducting the inquiry may, on application, take any measures and make any order that the member or panel considers necessary to ensure the confidentiality of the inquiry if the member or panel is satisfied, during the inquiry or as a result of the inquiry being conducted in public, that

*(a)* there is a real and substantial risk that matters involving public security will be disclosed;

*(b)* there is a real and substantial risk to the fairness of the inquiry such that the need to prevent disclosure outweighs the societal interest that the inquiry be conducted in public;

c) il y a un risque sérieux de divulgation de questions personnelles ou autres de sorte que la nécessité d'empêcher leur divulgation dans l'intérêt des personnes concernées ou dans l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt qu'a la société à ce que l'instruction soit publique;

d) il y a une sérieuse possibilité que la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne puisse être mise en danger par la publicité des débats.

(c) there is a real and substantial risk that the disclosure of personal or other matters will cause undue hardship to the persons involved such that the need to prevent disclosure outweighs the societal interest that the inquiry be conducted in public; or

(d) there is a serious possibility that the life, liberty or security of a person will be endangered.

#### *Confidentialité*

(2) Le membre instructeur peut, s'il l'estime indiqué, prendre toute mesure ou rendre toute ordonnance qu'il juge nécessaire pour assurer la confidentialité de la demande visée au paragraphe (1).

#### *Rejet de la plainte*

53. (1) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur rejette la plainte qu'il juge non fondée.

#### *Confidentiality of application*

(2) If the member or panel considers it appropriate, the member or panel may take any measures and make any order that the member or panel considers necessary to ensure the confidentiality of a hearing held in respect of an application under subsection (1).

#### *Complaint dismissed*

53. (1) At the conclusion of an inquiry, the member or panel conducting the inquiry shall dismiss the complaint if the member or panel finds that the complaint is not substantiated.

*Plainte jugée fondée*

(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 :

*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) 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,

*Complaint substantiated*

(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

(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,

chances ou avantages dont l'acte l'a privée;

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

(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) 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;

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

(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.

### *Indemnité spéciale*

### *Special compensation*

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le membre instructeur peut

(3) In addition to any order under subsection (2), the member or panel may order

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 inconsideré.

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.

*Intérêts*

*Interest*

(4) Sous réserve des règles visées à l'article 48.9, le membre instructeur peut accorder des intérêts sur l'indemnité au taux et pour la période qu'il estime justifiés.

(4) Subject to the rules made under section 48.9, an order to pay compensation under this section may include an award of interest at a rate and for a period that the member or panel considers appropriate.

*Cas de propagande haineuse*

*Orders relating to hate messages*

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

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

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

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

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

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

*Facteurs*

*Factors*

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

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

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

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

(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.

*Idem*

*Idem*

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

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

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

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

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

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

## DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

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

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

site Web était dirigé par M. Lemire. Le Tribunal a conclu que les éléments de preuve permettaient d'établir que, à l'origine, M. Lemire avait participé à l'enregistrement du nom de domaine du site, mais qu'une tierce partie agissait à titre d'administratrice et de propriétaire du site Web, et qu'aucun élément de preuve n'établissait que M. Lemire consultait le site ou exerçait un contrôle sur son contenu.

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

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

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

[28] Le Tribunal a estimé qu'il pouvait réexaminer la question du caractère justifiable de l'article 13 au regard de l'article premier de la *Charte*, vu que la Loi a été modifiée par le Parlement depuis que l'arrêt *Taylor* a été rendu. Ainsi, le Tribunal a conclu qu'il était possible de distinguer le cas en l'espèce de l'affaire *Taylor*. À l'époque où l'arrêt *Taylor* a été rendu, la Loi présentait un « caractère exclusivement réparateur, préventif et conciliatoire » (paragraphe 262 de la décision), alors qu'il présente désormais un caractère « quasi pénal » (paragraphe 279 de la décision). De l'avis du Tribunal, cela était en grande partie attribuable aux modifications apportées à la Loi en 1998, mentionnées au paragraphe 19 des présentes, lesquelles habilitaient le Tribunal non seulement à délivrer une ordonnance d'interdiction et à accorder une indemnité maximale de 20 000 \$ à la victime, mais également, après l'examen de quelques facteurs bien précis, à imposer au défendeur une sanction pécuniaire maximale de 10 000 \$ (le nouvel alinéa 54(1)c) de 1998).

[29] Le Tribunal a conclu que la pratique de la Commission consistant à lui renvoyer les plaintes fondées sur l'article 13 avait contribué à sa conclusion selon laquelle la nature de la Loi avait changé depuis qu'elle avait été examinée dans le cadre de l'arrêt *Taylor* (paragraphe 283 de la décision). Le Tribunal a exprimé les cinq préoccupations suivantes : la Commission a renvoyé la

plainte au Tribunal même si la majeure partie des documents litigieux avaient déjà été retirés d'Internet; dans des circonstances semblables, la Commission avait renvoyé au Tribunal d'autres plaintes fondées sur l'article 13; la Commission a rejeté la demande de médiation ou de conciliation présentée par l'intimé; le taux de règlement des plaintes fondées sur l'article 13 de la Commission était faible; enfin, en règle générale, la Commission n'offre pas de séance de médiation dans les cas de plaintes fondées sur l'article 13.

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

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

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

[32] Comme il a été souligné au paragraphe 21 des présentes, en 2001, l'article 13 a de nouveau été modifié; on y a ajouté la version actuelle du paragraphe 13(2), lequel prévoit qu'il demeure entendu que la définition d'actes discriminatoires énoncée au paragraphe 13(1) s'applique à l'utilisation d'un ordinateur, d'un ensemble d'ordinateurs connectés ou reliés les uns aux autres, notamment d'Internet (LC 2001, c 41, article 88). L'incidence d'Internet sur les communications a contribué à l'analyse de l'article premier de la *Charte* effectuée par le Tribunal, mais celui-ci ne s'est pas fondé sur cette modification pour en arriver à sa conclusion relative à l'invalidité.

[33] M. Lemire avait également affirmé que l'article 13 portait atteinte à sa liberté de conscience ou de religion, garantie par l'alinéa 2a) de la *Charte*. Le Tribunal a conclu qu'aucun élément de preuve n'établissait que les messages en cause avaient été rédigés pour des raisons de conscience ou de religion, et que les arguments selon lesquels les articles 13 et 54 de la Loi violaient les droits garantis à M. Lemire par l'article 7 de la *Charte* n'étaient pas suffisants pour justifier l'octroi d'une

réparation constitutionnelle. D'après le Tribunal, les incidents mentionnés par M. Lemire à l'appui de ces arguments ne mettaient pas en cause sa vie, sa liberté ou la sécurité de sa personne, conformément au critère établi par la Cour suprême dans *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 RCS 307, paragraphe 47. Il a été conclu que les éléments de preuve selon lesquels la Commission avait parfois collaboré avec des organismes d'application de la loi n'avaient aucune incidence sur l'affaire concernant M. Lemire.

[34] En outre, M. Lemire a fait valoir que les conclusions tirées par la Cour suprême dans l'arrêt *Taylor* étaient fondées sur des erreurs factuelles et des erreurs de preuve fondamentales. Le Tribunal estimait qu'il n'était pas approprié de réexaminer chaque élément de l'analyse des dispositions de la *Charte* effectuée par la Cour suprême, faisant observer au paragraphe 221 de sa décision qu'il demeurait lié par la plupart des conclusions de l'arrêt *Taylor* et de l'arrêt *McAleer c Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1999] ACF n° 1095, (1999), 175 DLR (4e) 766 (l'arrêt *McAleer*). Dans l'arrêt *McAleer*, la Cour d'appel fédérale avait appliqué les conclusions de l'arrêt *Taylor* à des affaires où des personnes avaient été exposées à la haine ou au mépris sur le fondement de motifs autres que ceux mentionnés dans *Taylor* (la race et la religion), par exemple l'orientation sexuelle, comme c'est le cas dans l'article intitulé « AIDS Secrets ».

[35] M. Lemire a soutenu que le fait que la modification de 2001 au paragraphe 13(2) – précisant que cette disposition s'applique aux ordinateurs et à Internet – avait été adoptée dans le cadre de la *Loi antiterroriste*, ce qui prouvait que l'article 13 constituait non pas une disposition législative réparatrice visant à empêcher la discrimination, mais plutôt un moyen visant à maîtriser l'opposition

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

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

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

## QUESTIONS EN LITIGE

[38] La Commission, appuyée par le défendeur, Richard Warman, et les intervenants, à savoir l'ACLC, B'Nai Brith et le CSW, a libellé les questions en litige relatives à la présente demande de la manière suivante :

- a) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en concluant que la manière dont la Commission exerce son mandat légal pourrait rendre inconstitutionnels l'article 13 et les alinéas 54(1)*a*) et 54(1)*b*) de la LCDP?
- b) Est-ce que le Tribunal a commis une erreur en refusant d'appliquer l'article 13 et les paragraphes 54(1) et 54(1.1) de la LCDP dans leur intégralité, alors que la préoccupation d'ordre constitutionnel pourrait être atténuée par le refus d'appliquer l'alinéa 54(1)*c*) et le paragraphe 54(1.1) de la LCDP?

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

[40] La Commission soutient que le Tribunal a commis une erreur en omettant de déclarer que la publication de l'article intitulé « AIDS Secrets » constituait une violation de l'article 13, et en n'exerçant pas son pouvoir d'examiner si une réparation devait être accordée au titre de

l'alinéa 54(1)a) – qui lui octroie le pouvoir de délivrer une ordonnance d'interdiction – ou de l'alinéa 54(1)b) – qui contient les dispositions relatives aux indemnités. La Commission ne fait pas valoir que le Tribunal était obligé de délivrer une ordonnance au titre de l'un ou l'autre de ces alinéas, mais plutôt que le Tribunal devait faire la déclaration relative au paragraphe 13(1) et envisager la prise de ces mesures réparatrices. À ces fins, la Commission cherche à faire renvoyer l'affaire au Tribunal.

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

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

prononcer une déclaration générale d'inconstitutionnalité, M. Lemire ne devrait pas être empêché d'obtenir une telle réparation par l'intermédiaire de la demande déposée par la Commission.

[43] Comme l'a mentionné la juge Anne Mactavish dans la décision *Association des pilotes d'Air Canada c Kelly*, 2011 CF 120, paragraphes 481 à 489, le pouvoir qu'a la Cour d'accorder un jugement déclaratoire est subordonné au fait qu'il soit conclu que le tribunal en question a commis une erreur de l'une des quatre façons mentionnées au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Dans ce jugement, la juge Mactavish a conclu que le Tribunal n'avait pas commis d'erreur en concluant à l'invalidité au regard de la *Charte*. Par conséquent, elle a conclu que les pouvoirs de réparation conférés à la Cour par le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* n'entraient pas en jeu. La mesure de réparation appropriée consistait à rejeter les demandes de contrôle judiciaire dans la mesure où elles concernaient la question relative à la *Charte*. En présumant, sans toutefois trancher la question, qu'une déclaration générale d'inconstitutionnalité peut être accordée à une partie défenderesse dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, elle a refusé de prendre une telle mesure de réparation en l'espèce. Les parties défenderesses n'avaient pas avisé les procureurs généraux du fait qu'elles chercheraient à obtenir une telle réparation, et la demande, dans cette affaire, a été considérée comme une attaque indirecte de la décision réparatrice du Tribunal.

[44] En l'espèce, il est évident depuis le début que le défendeur, M. Lemire, de même que les intervenants appuyant sa position, ont cherché à obtenir une déclaration générale d'invalidité, et qu'ils ont dûment avisé les procureurs généraux de cette question. Même si l'affaire n'est pas sans soulever quelques doutes, je suis convaincu que, si je devais rejeter la demande de contrôle

judiciaire et confirmer la décision du Tribunal, je pourrais exercer le pouvoir de prononcer une déclaration générale d'invalidité à l'égard de l'article 13 et des paragraphes 54(1) et 54(1.1). De même, je suis certain d'être en mesure de confirmer une partie de la décision du Tribunal, et de renvoyer la partie de la décision contenant ce que j'estime être une erreur du Tribunal.

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

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

1. Était-il approprié de la part du Tribunal de se pencher sur la manière dont la Commission exerce son mandat légal au moment de décider si l'article 13 de la Loi doit être appliqué?
2. Est-ce que l'article 13 et les paragraphes 54(1) et 54(1.1) contreviennent à l'alinéa 2b) de la *Charte*, et, le cas échéant, sont-ils sauvegardés par l'article premier de la *Charte*?
3. Quelle mesure de réparation convient-il de prendre si, pris ensemble, l'article 13 et les paragraphes 54(1) et 54(1.1) de la Loi sont déclarés inconstitutionnels? La dissociation est-elle une solution possible?

## ANALYSE

### *Normes de contrôle*

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

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

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

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

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

[51] Le fondement constitutionnel de la solution qui consiste à permettre aux Canadiens de faire valoir les droits et les libertés que leur garantit la *Charte* devant le tribunal qui est le plus à leur portée, sans qu'ils aient à fractionner leur recours et saisir à la fois une cour supérieure et un tribunal administratif ne fait aucun doute. Comme le signale le juge Lamer dans l'arrêt *Mills c La Reine*, [1986] 1 RCS 863, empêcher le demandeur d'obtenir rapidement réparation équivaut à lui refuser une réparation convenable et juste. Comme l'a expliqué la Cour suprême dans l'arrêt *Conway*, au paragraphe 79 :

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

[52] En l'espèce, le Tribunal a le pouvoir de recevoir des éléments de preuve systémiques quant à la manière dont l'article 13 est appliqué et aux effets des dispositions législatives, mais il n'a pas compétence pour examiner les décisions de la Commission. Les articles 50 à 54 de la Loi, qui

définissent les pouvoirs dont dispose le Tribunal au moment de mener une enquête, ne contiennent aucune disposition lui octroyant un tel pouvoir. À cet égard, voir l'arrêt *Cooper c Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 RCS 854, paragraphe 50. Le litige opposant les parties concerne la nature et la portée du contrôle que peut effectuer le Tribunal à propos de la façon de procéder de la Commission en l'espèce.

[53] Par conséquent, il est évident que le Tribunal a le pouvoir et le devoir de recevoir des éléments de preuve systémiques quant à la manière dont l'article 13 est appliqué et aux effets des dispositions législatives au moment de prendre une décision concernant la requête fondée sur la Constitution qui lui a été soumise. Le Tribunal a énoncé son opinion à propos de cette responsabilité aux paragraphes 286 à 290 de ses motifs de décision. Il a reconnu que l'opinion du procureur général selon laquelle le Tribunal n'avait pas compétence pour réexaminer les décisions prises par la Commission était correcte, mais il a indiqué que l'on ne pouvait pas faire abstraction du contexte réel et factuel dans lequel la disposition législative existe et est appliquée.

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

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

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

[57] Au moment d'exercer son pouvoir discrétionnaire, le Tribunal ne peut pas subsidiairement remettre en question une décision que la Commission a rendue conformément au pouvoir qui lui a conféré par la loi, cette contestation doit prendre la forme d'un contrôle judiciaire : voir les décisions *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817; *Sam Lévy et Associés Inc c Mayrand*, 2005 CF 702, confirmée par 2006 CAF 205, autorisation d'appel devant la CSC refusée [2006] CSCR n° 317 (QL), paragraphe 169; et *Canada c Prentice*,

2005 CAF 395, autorisation d'appel devant la CSC refusée [2006] CSCR n° 26 (QL), paragraphes 32-33.

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

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

[60] En l'espèce, le membre instructeur a admis l'affirmation de M. Lemire selon laquelle le plaignant et la Commission ont refusé que la plainte soit réglée au moyen d'un processus de médiation ou de conciliation. Le compte rendu de l'instance du Tribunal n'appuie pas une telle

affirmation. Plus d'une fois, des efforts ont été déployés pour amener M. Lemire à participer à un processus de médiation ou de négociation visant à régler la plainte. Toutefois, pour qu'un tel processus puisse être lancé, M. Lemire devait d'abord consentir à la délivrance d'une ordonnance d'interdiction, ce qu'il a refusé de faire.

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

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

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

[64] Bien qu'elles soient peu nombreuses, les affaires portant sur l'article 13 ont tendance à faire partie des affaires les plus épineuses que doit traiter la Commission, en raison de la nature de la propagande haineuse. De telles affaires ne se prêtent pas facilement à la médiation ou à la conciliation; voir, par exemple le rapport de Richard Moon, intitulé *Rapport présenté à la Commission canadienne des droits de la personne concernant l'article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et la réglementation de la propagande haineuse sur Internet* (Octobre 2008; en ligne sur le site de la Commission canadienne des droits de la personne : [http://www.chrc-ccdp.ca/publications/report\\_moon\\_rapport/toc\\_tdm-fra.aspx](http://www.chrc-ccdp.ca/publications/report_moon_rapport/toc_tdm-fra.aspx)) (le rapport Moon), à la page 11 : « contrairement à d'autres plaintes de discrimination, la conciliation joue un rôle mineur dans les affaires mettant en cause l'article 13, parce que les propos faisant l'objet de la plainte ont souvent un caractère extrême et parce que les parties n'ont généralement pas de relation entre elles avant le dépôt de la plainte ». Voir également Lawrence McNamara, « Tackling Racial Hatred: Conciliation, Reconciliation and Football » (2000) 6(2) *Austl J H R* 5 aux pages 24-25; et Philip Bryden et William Black, « Mediation as a Tool for Resolving Human Rights Disputes: Evaluation of the BC Human Rights Commission's Early Mediation Project » (2004) 37 *UBC L Rev* 73.

Les affaires de ce genre représentent une faible proportion de la charge de travail de la Commission et du Tribunal. Le *Rapport annuel 2006* de la Commission (Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006; en ligne : [http://www.chrc-ccdp.gc.ca/pdf/ar\\_2006\\_ra\\_fr.pdf](http://www.chrc-ccdp.gc.ca/pdf/ar_2006_ra_fr.pdf)) (le *Rapport 2006*) montre, aux pages 7 et 24, que, de 2002 à 2006, la Commission a reçu 57 plaintes fondées sur l'article 13, dont 55 portaient sur de la propagande haineuse sur Internet. 29 de ces 55 plaintes ont été renvoyées au Tribunal. Au total, la Commission a traité 6 003 plaintes de tout genre pendant la période de 2002 à 2006 (*Rapport 2006*, page 7) et en a renvoyé 591 au Tribunal (*Rapport 2006*, page 21). Les plaintes fondées sur l'article 13 représentaient seulement entre 1 % et 2 % de toutes les plaintes traitées par la Commission.

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

[66] Le membre instructeur a établi un lien direct entre sa conclusion selon laquelle M. Lemire avait [TRADUCTION] « modifié sa conduite en retirant les documents en litige [...] dès qu'il a appris qu'une plainte avait été déposée contre lui » et sa conclusion selon laquelle le processus par lequel était passé M. Lemire ne correspondait pas à ce que la Cour suprême avait à l'esprit au moment de rendre l'arrêt *Taylor*. Cependant, la structure fondamentale du processus relatif aux droits de la

personne prévu par la Loi n'a pas changé depuis l'arrêt *Taylor*. Le renvoi d'une plainte à un processus de conciliation n'est et n'a toujours été que l'une des nombreuses voies que la Commission peut emprunter aux fins du règlement d'une plainte. La structure sur laquelle la Cour suprême s'est appuyée au moment de rendre son arrêt et sur laquelle le Tribunal s'est fondé pour distinguer l'affaire de l'arrêt *Taylor* n'a pas changé. Ce qui a changé, comme le Tribunal l'a constaté à juste titre, ce sont les mesures réparatrices.

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

J'ajouterais une mise en garde pratique en ce qui concerne le pouvoir d'un tribunal des droits de la personne d'examiner des arguments fondés sur la *Charte*. Premièrement, comme il en a déjà été fait état, un tel tribunal ne dispose pas toujours d'une expertise particulière, exception faite du domaine de l'appréciation des faits dans un contexte de droits de la personne. Deuxièmement, les gains en efficacité que semble à première vue procurer la voie permettant d'éviter le système judiciaire disparaissent lorsque les inévitables demandes de contrôle judiciaire sont déposées devant la Cour fédérale. Troisièmement, si la capacité absolue de recevoir toute preuve jugée utile peut convenir pour trancher une plainte en matière de droits de la personne, elle n'est pas appropriée lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative. Enfin, la raison peut-être la plus déterminante est que la complexité, les coûts et les délais accrus qui découleraient de la possibilité pour les tribunaux des droits de la personne d'entendre des questions constitutionnelles mineraient, dans une large mesure, l'objectif principal poursuivi par la création de ces tribunaux, savoir le traitement efficace et diligent des plaintes en matière de droits de la personne.

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

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

[70] Je vais maintenant me pencher sur la question d'ordre constitutionnel. Comme l'a soutenu la Commission, l'article 13 de la Loi ne peut être déclaré inconstitutionnel que si le texte législatif lui-même constitue la source de la violation de la *Charte*. La manière dont la Commission a appliqué la Loi ne peut pas en elle-même rendre la Loi inconstitutionnelle : voir les arrêts *Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624, paragraphe 20 (l'arrêt *Eldridge*), et *Thomson c Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, autorisation d'appel devant la CSC refusée, [2003] CSCR n° 510 (QL), paragraphe 44 (l'arrêt *Thomson*).

[71] Si la Commission n'a pas exécuté son mandat légal conformément à la *Charte*, la disposition de la *Charte* sur laquelle il convient de s'appuyer au moment d'accorder une réparation

est celle énoncée non pas au paragraphe 52(1), mais au paragraphe 24(1) : voir les arrêts *Eldridge*, paragraphe 20, *Thomson*, paragraphe 44; et *Little Sisters Book and Art Emporium c Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 RCS 1120, paragraphe 133. Les réparations fondées sur l'article 24 qui n'exigent pas l'invalidation comprennent la suspension d'instance, l'exclusion d'une preuve dans l'affaire en cause ou le renvoi à un décideur administratif s'assortissant de directives appropriées quant à la manière de trancher l'affaire. Il s'agit là de mesures réparatrices que la Cour pourrait octroyer à l'issue du contrôle judiciaire.

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

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

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

d'instance inférieure et au sujet duquel il aurait pu être nécessaire de soumettre des éléments de preuve au procès.

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

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

[75] Il est bien établi en droit qu'un tribunal ne peut pas évaluer la constitutionnalité d'une disposition dans un vide factuel : voir les arrêts *MacKay c Manitoba*, [1989] 2 RCS 357, paragraphes 8 et 9, et *Martin*, paragraphe 30. Le tribunal doit prendre en considération le contexte social et les faits d'intérêt public entourant les dispositions législatives en litige : voir les arrêts *RJR-MacDonald Inc c Canada (Procureur général)*, [1995] 3 RCS 199, paragraphes 129, 132 et 133 et *Rocket c Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 RCS 232, [1990] ACS No 65 (QL), paragraphe 28, et le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 RCS 297, page 318. En l'espèce, quelques-uns des effets légaux de

l'article 13 ne peuvent être « mesurés » que par l'évaluation des actes posés par la Commission, à laquelle la LCDP confère un pouvoir discrétionnaire substantiel et d'importantes responsabilités.

[76] Comme il est mentionné dans l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c Richardson*, [1998] 3 RCS 157 (paragraphe 97), les effets de la mesure législative en cause doivent être examinés pour la raison suivante : « Il se peut qu'avec le temps ces effets deviennent importants au point de constituer la caractéristique principale de la mesure législative et d'en supplanter ainsi l'objet initial. » De plus, au paragraphe 98, la Cour a déclaré ce qui suit :

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

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

a) Liberté d'expression

[78] Il est important de rappeler, au moment d'entreprendre la présente analyse, que même la propagande haineuse est protégée au titre de l'alinéa 2b) de la *Charte : Taylor*, paragraphe 30. Comme il a été mentionné dans *Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927, [1989] ACS No 36 (QL), l'alinéa 2b) englobe pratiquement toute forme d'expression, à l'exception de la violence physique, dont ne relève pas la propagande haineuse : *Taylor*, paragraphe 32; et *R c Keegstra*, [1990] 3 RCS 697, [1990] ACS No 131 (QL), paragraphe 37. Au moment de décider si l'alinéa 2b) s'applique, le contenu de l'expression n'entre pas en ligne de compte : *Keegstra*, paragraphes 30 et 32. Le contenu et la valeur de l'expression ne sont pertinents qu'à l'étape de la justification au regard de l'article premier de la *Charte : Taylor*, paragraphe 31.

b) Objectif et contexte de l'article 13

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

[80] M. Lemire et les intervenants qui appuient sa position font valoir qu'Internet a changé radicalement le monde des communications, et qu'il constitue un moyen de contrecarrer immédiatement la propagande haineuse, moyen qui n'existait pas au moment où l'arrêt *Taylor* a été

rendu. Ils soutiennent que l'éducation et la riposte au moyen d'arguments sur Internet représentent des moyens de lutter contre la propagande haineuse plus efficaces que l'interdiction et la violation de la liberté d'expression. Ils avancent que l'article 13 a pour effet de censurer un débat légitime dans le cadre de la recherche de la vérité. Selon eux, la signification du terme « haineuse » est subjective et vague, et incompréhensible pour les personnes qui affichent des messages sur Internet.

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

[82] En ce qui concerne la question de l'objectif, le juge en chef Dickson a, au paragraphe 42 de *Taylor*, déclaré ce qui suit :

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

[83] Au moment d'en arriver à cette conclusion, le juge en chef a examiné l'objectif de la LCDP – énoncé à l'article 2 –, l'historique du texte législatif et les éléments de preuve relatifs au préjudice causé par la propagande haineuse (*Taylor*), paragraphes 39 à 41. Il a également indiqué que l'objectif concordait avec le droit international et d'autres valeurs énoncées dans la *Charte*, à savoir l'égalité et le multiculturalisme. Voici les paragraphes 43 à 45 de *Taylor* :

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

[44] De fait, en 1983, une plainte de violation de la liberté d'expression garantie par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, portée devant le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies par M. Taylor et le Western Guard Party, a été rejetée au motif que « les opinions que M. T. cherche à diffuser par téléphone constituent nettement une incitation à la haine raciale ou religieuse, que le Canada est tenu d'interdire en vertu du paragraphe 2 de l'article 20 du *Pacte* » : voir *Taylor et Western Guard Party c Canada*, Communication no 104/1981), Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 UN GAOR, Supp no 40 (A/38/40) 246 (1983), al. 8 b), décision publiée en partie à (1983), 5 CHRR D/2097. Cette conclusion indique la position qui a été adoptée dans le domaine des droits internationaux de la personne et souligne donc l'importance capitale qu'il faut accorder au but de prévenir les préjudices causés par la propagande haineuse.

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

inhérents à la *Charte*, l'importance de prendre des mesures en vue de limiter les effets pernicioeux de cette propagande est évidente.

[84] Le juge en chef Dickson en arrive à une conclusion semblable dans *Keegstra* (paragraphe 58 à 80). Au paragraphe 80, il a déclaré ce qui suit :

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

[85] Ces engagements internationaux n'ont pas changé et demeurent valides : Rapport Moon, pages 17 à 19, et Commission canadienne des droits de la personne, *Liberté d'expression et droit à la protection contre la haine à l'ère d'Internet* (Ottawa, Rapport spécial au Parlement, 2009), pages 9 et 10. La jurisprudence du Tribunal à ce sujet est assez vaste : voir *Citron c Zundel* (18 janvier 2002), D.T. 1/02, en ligne au [http://chrt-tcdp.gc.ca/aspinc/search/vhtml-fra.asp?doid=252&lg=\\_f&isruling=0&arch=true](http://chrt-tcdp.gc.ca/aspinc/search/vhtml-fra.asp?doid=252&lg=_f&isruling=0&arch=true) (la décision *Citron*), paragraphes 174 à 180; et *Schnell c Machiavelli and Associates Emprize Inc.*, (20 août 2002), D.T. 11/02, en ligne au [http://chrt-tcdp.gc.ca/aspinc/search/vhtml-fra.asp?doid=285&lg=\\_f&isruling=0&arch=true](http://chrt-tcdp.gc.ca/aspinc/search/vhtml-fra.asp?doid=285&lg=_f&isruling=0&arch=true), (la décision *Schnell*), paragraphe 144. Comme B'nai Brith l'a fait valoir, un certain nombre d'études et

de rapports récents confirment que les dangers posés par la propagande haineuse demeurent réels. Cette affirmation est soutenue par le *Rapport spécial de la CCDP*, partie I. Ces dangers ont également été reconnus par la Cour suprême dans l'arrêt *Mugesera c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 RCS 100, 2005 CSC 40 (l'arrêt *Mugesera*), dans le contexte de l'incitation à poser des crimes contre l'humanité.

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

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

*Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 RCS 825, paragraphe 78; *Rocket*, paragraphe 28; et *RJR-MacDonald*, paragraphes 62-63.

[88] Abstraction faite des initiatives législatives récentes visant l'abrogation de l'article 13, je n'ai aucune difficulté à conclure que l'objectif du texte législatif continue d'être réel et urgent.

*c) Lien rationnel*

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

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

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

[92] Au moment de se pencher sur la question du lien rationnel entre l'objectif visé par le Parlement au moment de promulguer l'article 13 et les moyens choisis pour le réaliser, le juge en chef Dickson a déclaré ce qui suit (*Taylor*, paragraphes 51, 53 et 54) :

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

[...]

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

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

[93] Les sites Web en cause en l'espèce sont un moyen de communication très différent des messages téléphoniques enregistrés faisant l'objet de l'arrêt *Taylor*. Alors que M. Taylor distribuait aux membres de la collectivité des cartes les invitant à composer un numéro de téléphone pour entendre un message enregistré, le site Web administré par M. Lemire n'est qu'un des innombrables sites présents sur Internet, et les personnes souhaitant le trouver et accéder à son contenu doivent déployer quelques efforts. Cela dit, ces efforts se résument à la saisie de l'adresse URL (localisateur de ressources uniforme) dans la barre d'adresse d'un navigateur Web ou de quelques mots clés dans un moteur de recherche. Il s'agit là de l'équivalent moderne des petites cartes portant un numéro de téléphone que distribuait M. Taylor. Tout particulier ayant accès à un ordinateur et disposant d'un compte auprès d'un fournisseur d'accès Internet peut consulter les documents diffusés. Dans l'affaire qui nous occupe, le Tribunal a conclu que M. Lemire avait fait la promotion de *Freedomsite.org* sur le site Web *Stormfront.org*, et qu'il avait invité des personnes à consulter le site.

[94] J'admets la force de l'argument selon lequel le message enregistré de M. Taylor ne représentait qu'un seul point de vue, alors que, aujourd'hui, Internet donne accès à une multiplicité

de points de vue. Il est vrai qu'Internet offre la possibilité de contester et de réfuter un message, possibilité que n'offre pas un message enregistré. S'agit-il d'une raison suffisante pour établir une distinction entre l'environnement d'Internet et celui examiné par la Cour suprême dans l'arrêt *Taylor*? Je ne le crois pas. Il peut être possible, dans certains cas, de réagir à des renseignements diffusés ou de prendre leur contre-pied, mais cela n'est pas toujours vrai.

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

[96] En raison d'Internet, il est actuellement considérablement plus facile d'accéder à de la propagande haineuse que cela ne l'était à l'époque des stratégies employées par M. Taylor : voir la décision *Commission canadienne des droits de la personne c Winnicki*, 2005 CF 1493, paragraphe 32. En outre, il est devenu beaucoup plus difficile de restreindre de telles activités : rapport Moon, pages 28 à 30; Yaman Akdeniz, « Governing Racist Content on the Internet: National and International Responses » (2007) 56 UNBLJ 103. Internet permet, à faible coût, de diffuser des idées à grande échelle, de recruter des adeptes et de promouvoir l'intolérance. De plus, il offre un certain anonymat à des personnes qui n'exprimeraient peut-être pas publiquement des idées haineuses s'ils étaient tenus responsables de leurs propos.

[97] Comme l'a mentionné le juge en chef Dickson au paragraphe 129 de l'arrêt *Keegstra*, il existe de nombreux moyens de réglementer la propagande haineuse, et le Parlement a le droit d'en employer plus d'un pour réaliser son objectif :

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

[98] Le Tribunal a précédemment conclu qu'Internet facilite la propagande haineuse et que l'article 13 devrait donc être appliqué avec une force accrue à ce moyen de communication : *Schnell*, paragraphe 156; voir également Chris Gosnell, « Hate Speech on the Internet: A Question of Context » (1997-1998) 23 *Queen's LJ* 369. La Cour d'appel de l'Ontario a exprimé un point de vue semblable en ce qui concerne la diffamation sur Internet : *Black c Breedon*, 2010 ONCA 547, paragraphe 65; et *Barrick Gold c Lopehandia*, 239 DLR (4e) 577, [2004] OJ N° 2329 (QL), paragraphes 29 à 35.

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

#### d) Atteinte minimale

[100] Il s'agit de l'étape de l'analyse où le Tribunal a conclu que l'article 13 n'était plus justifié.

Le Tribunal a estimé que la sanction pécuniaire prévue à l'alinéa 54(1)c) de la LCDP ne portait plus

une atteinte minimale à l'alinéa 2b) de la *Charte*. Il a fondé cette conclusion sur le fait que l'un des motifs relatifs à l'atteinte minimale énoncés dans *Taylor* tenait à la nature conciliatoire de la Loi. Le membre instructeur a conclu que cela n'était plus valable, compte tenu de la manière dont la Loi était appliquée par la Commission et du fait que, selon lui, la Loi était à présent de nature pénale.

[101] La notion d'atteinte minimale exige que le Parlement choisisse le moyen le moins restrictif susceptible de contribuer concrètement à la réalisation de l'objectif de la disposition législative : *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 RCS 567, paragraphe 53; *Keegstra*, paragraphe 130; et *Peter Hogg, Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd, feuilles mobiles (Toronto, Carswell, 2007), pages 38-36 à 38-43. L'historique de l'article 13 indique que le Parlement a conclu que les ordonnances d'interdiction n'étaient plus suffisantes pour réaliser l'objectif de la disposition législative. Le Tribunal a formulé des observations sur l'insuffisance de ces ordonnances : *Citron*, paragraphe 298. Le Parlement doit choisir entre diverses solutions imparfaites, et les tribunaux doivent faire preuve d'une certaine déférence à l'égard du choix du législateur : *Ross*, paragraphe 88; et *Canada (Procureur général) c JTI-Macdonald Corp*, 2007 CSC 30, [2007] 2 RCS 610 (l'arrêt *JTI-Macdonald Corp*), paragraphe 41. Cela est particulièrement vrai dans les cas où le texte législatif en litige, par exemple la LCDP, cherche à protéger des groupes vulnérables : *Ross*, paragraphe 86; *Irwin Toy Ltd*, paragraphe 79; *R c Edwards Books and Art Ltd*, [1986] 2 RCS 713 (*Edwards Books*), paragraphe 141; et Robert J Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto : Irwin Law, 2009) (Sharpe & Roach), pages 81-82.

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

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

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

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

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

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

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

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

[107] Il est vrai que la majorité de la Cour suprême a reconnu que les dispositions législatives relatives aux droits de la personne se caractérisent généralement par une approche moins

conflictuelle que celle propre à la procédure pénale, et que, vu les occasions de règlement fondées sur la conciliation auquel il donne lieu, l'article 13 est particulièrement bien conçu pour encourager le diffuseur de propagande haineuse à s'amender. Cependant, comme les juges majoritaires l'indiquent au paragraphe 20 de *Taylor*, leur compréhension du processus relatif aux plaintes en matière de droits de la personne qui était en place à l'époque était fondée sur l'analyse effectuée par la Cour d'appel fédérale dans le cadre de la décision faisant l'objet de l'appel, analyse axée sur la mesure dans laquelle le processus de la Commission répondait aux exigences relatives à la justice naturelle, par exemple en ce qui a trait aux avis, à la divulgation, à l'occasion d'être entendu et à l'accès au contrôle judiciaire. Le Tribunal a estimé que, dans leurs motifs de décision, les juges majoritaires avaient accordé une prépondérance à la conciliation; à mon humble avis, cette interprétation est erronée.

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

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

[110] Comme l'a expliqué le Tribunal, la sanction pécuniaire qui pourrait être infligée en vertu de l'alinéa 54(1)c) pourrait avoir une véritable conséquence pénale – voir *R c Wigglesworth*, [1987] 2 RCS 541, paragraphe 24 –, à savoir une peine d'emprisonnement ou une amende qui, par son importance, semblerait imposée dans le but de « réparer le tort causé à la société en général ». Le montant maximal de la sanction n'est pas négligeable, et l'omission de l'acquitter pourrait se traduire par une procédure pour outrage au tribunal devant la Cour, et éventuellement par une peine d'emprisonnement jusqu'à ce que la personne en cause ait fait amende honorable.

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

[112] Je constate que, dans les observations écrites qu'il a soumises au Tribunal, le procureur général a soutenu que les dispositions relatives aux sanctions étaient constitutionnelles parce qu'elles s'inscrivaient dans un système plus vaste de réglementation relevant de la compétence fédérale, que les actes qu'elles visaient n'étaient pas de nature criminelle et que la sanction administrative visait non pas à punir, mais à assurer le respect des dispositions préventives et réparatrices de la Loi. En outre, le procureur général a fait valoir que les sanctions pouvaient être

soumises à un processus de médiation et de conciliation, et que leur montant devait être fixé en fonction des capacités financières de l'intimé.

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

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

[115] M. Lemire et quelques-uns des intervenants soutiennent également que la notion de « haine » est trop vague, que l'application de l'article 13 à Internet a trop élargi la portée de la

disposition, et que le fait que l'article 13 ne permettait pas la présentation d'une défense de vérité et n'avait aucune exigence d'une preuve de l'intention rendait les dispositions législatives trop sévères.

[116] En ce qui concerne l'intention, aux paragraphes 67, 68 et 70 de *Taylor*, le juge en chef Dickson a déclaré ce qui suit :

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

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

conséquence, l'exigence de l'atteinte minimale, dans le cadre du critère de proportionnalité selon l'arrêt *Oakes*, est respectée.

[69] En somme, j'estime que l'absence d'un élément d'intention au par. 13(1) ne soulève aucun problème en matière d'atteinte minimale si l'on considère que l'objectif de cette disposition exige de mettre l'accent sur les effets discriminatoires. De plus, et c'est peut-être sauter un peu trop tôt au chapitre des « effets » du critère de proportionnalité, le but et le rôle des codes des droits de la personne sont de prévenir des effets discriminatoires plutôt que de punir et de stigmatiser les personnes qui pratiquent la discrimination. En conséquence et dans ce contexte, l'absence d'intention au par. 13(1) n'a pas d'incidence si préjudiciable sur la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) que la présence de la disposition contestée devient intolérable dans une société libre et démocratique.

[Non souligné dans l'original.]

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

[118] En ce qui a trait à la question de savoir si l'absence d'une défense de vérité invalide les dispositions législatives en question, aux paragraphes 73 et 74 de *Taylor*, on peut lire ce qui suit sous la plume du juge en chef Dickson :

[73] Bien que je juge acceptable du point de vue constitutionnel l'absence d'exigence en matière d'intention au par. 13(1), celui-ci comporte une autre particularité qui, dit-on, lui donne une portée trop

large. À la différence du par. 319(2) du *Code criminel*, le par. 13(1) ne prévoit aucun moyen de défense à l'égard de l'acte discriminatoire visé et, surtout, il ne renferme pas d'exception pour les déclarations véridiques. Si l'on tient pour acquis que la vérité en matière politique et dans tous les autres aspects de la vie est un élément essentiel de la garantie énoncée à l'al. 2b), la question qui se pose alors est de savoir si une restriction imposée à la liberté d'expression devient excessive lorsqu'elle a pour effet de réprimer des déclarations qui sont soit vraies soit perçues comme telles.

[74] Dans l'affaire *Keegstra*, je traite en détail de la propagande haineuse et du moyen de défense de véracité, quoique dans le contexte de l'infraction criminelle de la fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable. Or, il n'était pas strictement nécessaire dans l'arrêt *Keegstra* de décider si l'existence de ce moyen de défense est essentielle à la constitutionnalité de la disposition pénale attaquée; j'exprime néanmoins l'opinion suivante sur la question (à la page 000) :

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

[Non souligné dans l'original.]

[119] Les parties n'ont présenté aucun nouvel argument en ce qui concerne ces deux points, et je ne vois pas comment la Cour pourrait s'écarter du raisonnement adopté par le juge en chef Dickson dans *Taylor* et cité ci-dessus. Dans certaines circonstances, même si, en principe, une affirmation est intrinsèquement véridique, elle peut tout de même constituer de la propagande haineuse et causer un

préjudice. Comme je l'explique ci-dessous, il est possible de discuter de questions prêtant à la controverse sans faire la promotion de la haine.

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

[121] Je tiens à souligner que, à mon avis, l'application de l'article 13 aux communications sur Internet n'est pas fonction de la modification de 2001, qui a été apportée par souci de précision. Avant cette modification, le libellé de l'article 13 était d'une portée suffisamment vaste pour englober la communication sur Internet. Il semble que cela n'ait pas été remis en question dans la présente procédure, et le Tribunal ne s'est pas fondé sur la modification de 2001 pour tirer sa conclusion. Il a accordé une grande importance au fait que le monde des communications avait changé depuis *Taylor*, comme l'ont fait les parties ayant appuyé sa décision.

[122] L'argument présenté par M. Lemire et la CFSL en ce qui concerne le caractère vague de la notion de discours haineux a été rejeté par la Cour suprême et le Tribunal. La définition de discours haineux énoncée dans *Taylor* est très restrictive. Cela limite la portée de l'application de l'article 13 et réduit au minimum les restrictions violant la liberté d'expression (*Taylor*, paragraphe 81) :

[81] Comme l'examen qui précède l'indique, la liberté d'expression n'est pas inutilement limitée en vertu du par. 13(1) de la Loi

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

[123] Les préoccupations soulevées par la BCCLA en ce qui a trait à la possibilité que la portée de l'application de l'article 13 puisse être élargie de manière à ce qu'elle englobe les communications dans les médias conventionnels sont atténuées par la définition très restrictive de la notion de haine énoncée dans *Taylor*. Dans *Elmasry c Roger's Publishing Ltd*, 2008 BCHRT 378 (*Elmasry*), par exemple, la plainte a été rejetée pour cette raison.

[124] Les affaires *Whatcott* et *Owens v Saskatchewan (Human Rights Commission)* 2006 SKCA 41 (*Owens*), en Saskatchewan, *Boissoin v Lund*, 2009 ABQB 592 (*Lund*), en Alberta, et *Elmasry*, en Colombie-Britannique, montrent que la définition restreinte de la notion de haine est un élément efficace au moment de limiter la portée des dispositions législatives relatives aux discours haineux. Voici ce que la Cour d'appel de la Saskatchewan a déclaré sur cette question aux paragraphes 73 et 74 de l'arrêt *Whatcott* :

[TRADUCTION]

[73] Pris isolément, certains mots et certaines expressions ont un caractère dégradant. Il ne suffit pas que des mots ou des expressions en particulier puissent être considérés comme répondant au critère établi dans *Taylor* quant à ce qui constitue de la « haine », c'est-à-dire une émotion de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation. Il est peu probable que les mots et les expressions dégagés par le Tribunal ou le juge de la Cour du Banc de la Reine répondraient, pris isolément, au critère relatif à la haine

énoncé dans *Taylor*, à savoir une émotion de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation. De plus, dans le cadre d'un débat concernant les actes posés par la Saskatoon School Board, une personne raisonnable ne pourrait pas considérer que le prospectus en question suscite le degré d'émotion requis pour exposer à la haine au sens énoncé dans *Bell* des personnes en raison de leur orientation sexuelle.

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

[125] Le Tribunal a lui-même fourni, aux paragraphes 24 à 81 de *Warman c Kouba*,

2006 TCDP 50, des lignes directrices plus précises quant à ce qui constitue un discours haineux :

- a) le groupe identifiable est décrit comme constituant une puissante menace qui prend le contrôle des principales institutions de la société et qui prive les autres de leur gagne-pain, de leur sécurité, de leur liberté de parole et de leur bien-être général;
- b) dans les messages en litige on utilise des « faits authentiques », des informations de presse, des photos et des propos provenant de sources censément dignes de confiance pour faire des généralisations négatives à propos du groupe identifiable;
- c) le groupe identifiable est décrit comme un groupe qui s'en prend aux enfants, aux personnes âgées, aux personnes vulnérables, etc.;
- d) le groupe identifiable est tenu responsable des problèmes actuels de la société et du monde;
- e) le groupe identifiable est décrit comme étant foncièrement dangereux ou violent;
- f) les messages transmettent l'idée que les membres des groupes identifiables n'ont aucune qualité qui rachète leurs défauts et qu'ils sont foncièrement mauvais;
- g) les messages véhiculent l'idée que seuls le bannissement, la ségrégation ou l'éradication du groupe de personnes en question épargneront aux autres les préjudices causés par ce groupe;
- h) on déshumanise le groupe identifiable en comparant ses membres à des animaux, à de la vermine, à des excréments et à d'autres substances nocives;

- i) un langage incendiaire et méprisant est utilisé dans les messages afin de créer un climat de haine et de mépris extrême;
- j) les messages banalisent ou glorifient les persécutions ou les tragédies dont ont été victimes les membres du groupe identifiable dans le passé;
- k) les appels à la violence contre le groupe identifiable.

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

e) Proportionnalité des effets

[127] Le juge en chef Dickson s'est penché sur cet élément de l'analyse de l'article premier de la *Charte* au paragraphe 83 de *Taylor* :

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

liberté d'expression et que la troisième condition du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes* est respectée.

[128] Aux paragraphes 135 et 136 de *Keegstra*, il a également mentionné, en ce qui concerne l'interdiction criminelle, que l'activité expressive visée « n'a qu'un faible lien avec les valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression ». En outre, il a déclaré que peu de préoccupations « sont aussi cruciales pour le concept d'une société libre et démocratique que celle de l'élimination du racisme et, lorsqu'on apprécie les effets d'une mesure législative contestée, il ne faut jamais perdre de vue la valeur particulièrement élevée que la société canadienne attache à cet objectif ».

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

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

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

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

[132] Dans *Schachter c Canada*, [1992] 2 RCS 679, [1992] ACS n° 68 (QL) (*Schachter*), paragraphes 26 et 31, la Cour suprême a expliqué la doctrine de la dissociation de la façon suivante :

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

[...]

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

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

[134] L'énoncé classique du critère applicable en cas de dissociation figure dans *Attorney General for Alberta c Attorney General for Canada*, [1947] AC 503, page 518, [1947] J.C.J. No 5 (Q.L), paragraphe 16 :

[TRADUCTION]

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

[135] Au paragraphe 72 de l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer formule l'observation suivante :

Il est raisonnable d'examiner le sens de la partie qui reste lorsqu'on se demande si la supposition que le législateur l'aurait quand même adoptée est fondée. Si la partie qui reste a une très grande importance ou existe depuis longtemps, ce fait vient renforcer la supposition que cette partie aurait été adoptée sans la portion inacceptable. [...] La partie qui reste a un sens encore plus important si la Constitution favorise expressément l'adoption de ce genre de disposition.

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

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

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

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

[139] La dissociation des dispositions problématiques et la préservation de l'essentiel de l'article 13 sont compatibles avec l'objectif de la LCDP (voir l'article 2 de la LCDP; le paragraphe 39 de *Taylor* et le paragraphe 12 de *Commission ontarienne des droits de la personne c Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536). En outre, elle est compatible avec le point de vue de la Cour

suprême et de la Cour d'appel de l'Ontario selon lequel une mesure de réparation juste doit prendre en considération d'autres valeurs énoncées dans la *Charte* et d'autres droits de la personne octroyés à des groupes vulnérables : *Haig c Canada*, (1992) 94 DLR (4e) 1 (CA ON), paragraphe 22, et *Edwards Books*, paragraphe 136.

## CONCLUSION

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

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

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

## **DÉPENS**

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

[144] M. Warman a demandé le remboursement de ses dépens dans le cadre de ses observations de vive voix, mais pas dans son exposé des faits et du droit. Même si son dossier a été préparé par son avocat, il s'est représenté lui-même durant l'audience relative à la présente demande. Les dépens liés à l'élaboration de son dossier et les dépenses remboursables qu'il a engagées pour se préparer à l'audience lui seront remboursés.

## JUGEMENT

### LA COUR STATUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie et l'affaire est renvoyée au Tribunal afin qu'il
  - a. prononce un jugement déclaratoire portant que la publication de l'article intitulé « AIDS Secrets » par l'intimé Marc Lemire constituait une violation de l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*;
  - b. décide si une réparation liée à la violation doit être imposée en vertu de l'article 13 et des alinéas 54(1)a) et b) de la Loi.
2. L'alinéa 54(1)(c) et le paragraphe 54(1.1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont déclarés inopérants suivant le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.
3. Le défendeur, Richard Warman, se voit adjuger les dépens et les dépenses remboursables qu'il a engagées afin d'élaborer son dossier et de se présenter à l'audience l'opposant à l'intimé, Marc Lemire.

« Richard G. Mosley »

---

Juge

**COUR FÉDÉRALE**

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIER :** T-1640-09

**INTITULÉ :** COMMISSION CANADIENNE DES DROITS  
DE LA PERSONNE

et

RICHARD WARMAN, LE PROCUREUR GÉNÉRAL  
DU CANADA et MARC LEMIRE

LA BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES  
ASSOCIATION, L'ASSOCIATION CANADIENNE  
DES LIBERTÉS CIVILES, LA CANADIAN  
ASSOCIATION FOR FREE EXPRESSION INC., LA  
CANADIAN FREE SPEECH LEAGUE, L'AFRICAN  
CANADIAN LEGAL CLINIC, LA LIGUE DES  
DROITS DE LA PERSONNE DE B'NAI BRITH  
CANADA, LE CONGRÈS JUIF CANADIEN et  
LES AMIS DU CENRE SIMON WIESENTHAL POUR  
LES ÉTUDES SUR L'HOLOCAUSTE

**LIEU DE L'AUDIENCE :** Toronto, Ontario

**DATE DE L'AUDIENCE :** 13 décembre 2011

**MOTIFS DU JUGEMENT  
ET JUGEMENT :** LE JUGE MOSLEY

**DATE DES MOTIFS :** Le 2 octobre 2012

**COMPARUTIONS :**

S. Margot Blight POUR LE DEMANDEUR

Richard Warman POUR LES DÉFENDEURS  
(pour son propre compte)

Barbara Lucaszka (pour Marc Lemire)

Pas représenté (LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA)

POUR LES INTERVENANTS

Jason Gratl (pour la British Columbia Civil Liberties Association)

Andrew K. Lokan (pour l'Association canadienne des libertés civiles)  
Jodi Martin

Gerald E. Langlois (pour la Canadian Association for Free Expression Inc.)

Douglas H. Christie (pour la Canadian Free Speech League)

Moya Teklu (pour l'African Canadian Legal Clinic)  
Ed Morgan

Marvin Kurz (pour la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada)

Pas représenté (pour le Congrès juif canadien)

Steven Skurka (pour les Amis du Centre Simon Wiesenthal pour les études sur l'Holocauste)

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

S. MARGOT BLIGHT POUR LE DEMANDEUR  
Bordner Ladner Gervais LLP  
Toronto (Ontario)

RICHARD WARMAN POUR LES DÉFENDEURS  
Toronto (Ontario) (pour son propre compte)

BARBARA LUCASZKA (pour Marc Lemire)  
Avocat  
Brighton, Ontario

PAS REPRÉSENTÉ (POUR LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA)

POUR LES INTERVENANTS

JASON GRATL (pour la British Columbia Civil Liberties Association)  
Gratl & Company  
Vancouver (British Columbia)

ANDREW K. LOKAN  
JODI MARTIN  
Paliare Roland Rosenberg  
Rothstein LLP  
Toronto (Ontario)

(pour l'Association canadienne des libertés civiles)

GERALD E. LANGLOIS  
Charron Langlois LLP  
Hawkesbury (Ontario)

(pour la Canadian Association for Free Expression  
Inc.)

DOUGLAS H. CHRISTIE  
Avocat  
Victoria (Colombie-Britannique)

(pour la Canadian Free Speech League)

MOYA TEKLU  
ED MORGAN  
African Canadian Legal Clinic  
Toronto (Ontario)

(pour l'African Canadian Legal Clinic)

MARVIN KURZ  
Dale, Streiman & Kurz LLP  
Brampton (Ontario)

(pour la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith  
Canada)

PAS REPRÉSENTÉ

(pour le Congrès juif canadien)

STEVEN SKURKA  
Avocat  
Toronto (Ontario)

(pour les Amis du Centre Simon Wiesenthal pour les  
études sur l'Holocauste)