

**CANADIAN HUMAN RIGHTS TRIBUNAL TRIBUNAL CANADIEN DES
DROITS DE LA PERSONNE**

IDRIS ORUGHU

le plaignant

- et -

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE

la Commission

- et -

AGENCE DES SERVICES FRONTALIERS DU CANADA

l'intimée

**DÉCISION CONCERNANT LE RAPPORT D'EXPERT
SOU MIS PAR LA COMMISSION**

2004 TCDP 35
2004/11/25

MEMBRE INSTRUCTEUR : M. Paul Groarke

[TRADUCTION]

[I. RETARD 1](#)
[II. M. WORTLEY PEUT-IL TÉMOIGNER? 2](#)
[III. LA TENEUR DU RAPPORT 6](#)
[A. Nécessité 6](#)
[B. Crédibilité 7](#)
[C. Commentaires d'ordre juridique 7](#)
[D. Défense des intérêts 8](#)
[E. Question ultime 8](#)
[F. Sources 9](#)
[IV. Décision 10](#)

[1] La Commission a informé le Tribunal de son désir de présenter un rapport d'expert. L'intimée a soulevé un certain nombre d'objections à l'égard du rapport. Des observations orales et écrites m'ont été présentées par les deux parties.

I. RETARD

[2] La première objection a trait au retard à présenter le rapport. Initialement, le plaignant et la Commission avaient jusqu'au 17 mai pour procéder à leur divulgation en l'espèce. La divulgation comprenait les rapports d'expert. La date de l'audience avait été fixée au 13 septembre. Le délai accordé pour la divulgation a été prorogé jusqu'au 4 juin, à la demande du plaignant, puis il a fait l'objet d'une deuxième prorogation jusqu'au 28 juin.

[3] Il n'y avait pas de rapport d'expert. Le 3 septembre, les parties ont demandé une téléconférence, qui a eu lieu le 8 septembre. La Commission a demandé l'ajournement de l'audience, requête que j'ai rejetée.

[4] Une autre téléconférence a été tenue en catastrophe le 10 septembre, jour où le rapport a finalement été divulgué. L'intimée a naturellement été choquée par la divulgation tardive du rapport. Toutes les parties ont demandé le report de l'audience. Comme les avocats m'avaient indiqué que le rapport d'expert revêtait une importance cruciale, j'ai accepté de reporter au 20 septembre la première semaine de l'audience, afin de permettre aux parties de traiter du rapport d'expert lors d'une séance subséquente.

[5] L'intimée a fait valoir que la remise tardive du rapport [TRADUCTION] « équivalait à une instance en embuscade ». Il était impossible à l'intimée d'examiner le rapport et d'y répondre avant la date initiale du début de l'audience. Le délai subséquent a causé des inconvénients à l'intimée et, peut-on présumer, entraîné certaines dépenses supplémentaires.

[6] Bien que je comprenne parfaitement la position de l'intimée, il reste que cette dernière a en main le rapport de la Commission depuis un certain temps. À mon avis, l'intimée dispose d'un délai suffisant pour répondre au rapport de l'expert, compte tenu du report de l'audience. Le plaignant et la Commission ont droit à une instruction pleine et entière et à une analyse adéquate de la plainte; ils ne devraient pas être privés de la possibilité de présenter leur cause à l'audience.

[7] Je souscris à l'opinion de l'intimée selon laquelle la Commission devrait être blâmée pour sa conduite. Il n'y aura pas d'instance en embuscade. Je pense qu'il y a cependant d'autres façons d'intervenir dans le cas d'une divulgation inéquitable de rapport. Une telle intervention peut se situer au niveau de l'allocation des frais. On peut aussi envisager d'imposer des limites à l'égard des mesures de réparation en faveur du plaignant ou de déduire, en guise de compensation, un certain montant de l'indemnité accordée. C'est la position qu'a adoptée le membre instructeur dans l'affaire *Charlton c. International Longshoremen's Association, Local 269*, 2004 TCDP 12.

[8] Il est loisible à l'intimée de soulever la question à la fin de l'audience.

II. M. WORTLEY PEUT-IL TÉMOIGNER?

[9] L'intimée s'oppose aussi à la décision de la Commission de citer M. Wortley à témoigner comme expert. Cela exige une explication.

[10] La Commission m'a informé que l'intimée avait accepté, lors du règlement dans une autre affaire, de laisser la Commission faire enquête sur les aspects racistes des politiques d'inspection de l'intimée. À cette fin, il faut, semble-t-il, obtenir de l'information au sujet des taux d'occurrence ou, si l'on préfère, du nombre de fois que les membres d'un groupe identifiable sont interpellés. La Commission affirme que les renseignements demandés à

cet égard n'ont jamais été fournis. Par conséquent, la Commission est incapable de déterminer s'il y a lieu de déposer une plainte systémique contre l'intimée. Elle demande donc au Tribunal de rendre en l'espèce une ordonnance exigeant de fournir l'information. C'est une des mesures de redressement qu'elle a demandées.

[11] L'intervention de M. Underhill à cet égard mérite d'être citée intégralement :

[TRADUCTION]

La Commission admet que ce tribunal pourrait instruire la plainte sans se pencher sur le rapport Wortley et le phénomène du profilage racial. Cependant, une telle façon de procéder minerait l'objet et la raison d'être du Tribunal et de sa loi habilitante. Si la Commission participe à cette audience, c'est parce que les expériences de M. Orughu avec l'intimée semblent accréditer la thèse du profilage racial (tel que défini dans les ouvrages de sciences sociales), et aussi parce qu'il existe des indications préliminaires qui donnent à croire que la plainte de M. Orughu ne serait que l'illustration d'un problème général à l'Agence des services frontaliers du Canada (l'« Agence »). La Commission n'est pas en mesure de déposer une plainte de profilage racial systémique devant ce tribunal et demande au TCDP, par conséquent, d'instruire la plainte de M. Orughu comme cas unique de profilage racial et d'ordonner, conformément à l'objectif fondamental énoncé dans la loi, à savoir l'élimination des pratiques discriminatoires, une vaste enquête à ce sujet.

Ces observations soulèvent un certain nombre de questions de droit que je ne saurais trancher sans avoir entendu toutes les observations des diverses parties.

[12] À ce stade, il est suffisant selon moi de se concentrer sur la preuve. M. Wortley est présenté comme un témoin en mesure de témoigner au sujet du [TRADUCTION] « problème général du profilage racial au sein de l'Agence ». Ce témoignage est pertinent à la plainte de M. Orughu, qui peut gagner en crédibilité du fait que les politiques des Douanes sont dans un certain sens préjudiciables. Le droit des droits de la personne reconnaît que le contexte dans lequel se situe une plainte est pertinent par rapport à l'instruction de celle-ci. La production de certaines preuves relativement aux politiques et aux pratiques générales de la partie intimée est généralement un élément de ce contexte.

[13] Par ailleurs, il est établi en droit que la preuve de problèmes systémiques peut servir à étayer la preuve d'un particulier. Dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (ministère de la Santé nationale et du Bien-être social) (re Chopra)*, [1998] A.C.F. n° 432 (QL), par exemple, la Cour fédérale affirme, au paragraphe 22, que le tribunal a commis une erreur en ne permettant pas aux requérants de produire « la preuve générale d'un problème systématique comme preuve circonstancielle permettant de conclure qu'il y avait probablement eu discrimination dans cette affaire en particulier ». Dans *Chopra*, la Cour s'est penchée sur la question de la preuve statistique, qui exige l'intervention d'un expert.

[14] Je concède également que la Commission est en droit de demander au Tribunal d'examiner l'allégation générale voulant que la façon dont M. Orughu a été traité suscite des préoccupations quant à l'existence possible de plus vastes problèmes à l'Agence. Je souscris à l'opinion de la Commission selon laquelle l'instruction d'une plainte exige jusqu'à un certain point d'explorer et a une portée beaucoup plus étendue qu'un procès. Il est par ailleurs significatif que le Tribunal soit tenu, conformément au paragraphe 50(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de donner à toutes les parties la « possibilité pleine et entière » de « présenter des éléments de preuve ». L'intimée aura la

possibilité pleine et entière d'aborder toute question de droit qui se pose dans le contexte des mesures de redressement demandées à la fin de l'audience par la Commission.

[15] Je crois qu'il est juste de considérer cet aspect de l'audience comme un ajout inévitable et nécessaire à l'enquête sur la plainte de M. Orughu, qui soulève des questions plus générales pour la Commission. C'est une question de degré. La Commission a reconnu que le Tribunal n'est pas saisi d'une plainte « systémique ». Le Tribunal n'a pas à se pencher directement sur les politiques et les pratiques de l'Agence. Les politiques et les pratiques de l'Agence ont néanmoins été remises en question par M. Orughu. Il est probablement impossible à mon avis de dissocier nettement ces deux aspects de la plainte. Il s'agit davantage de faire en sorte de garder la preuve à l'intérieur des limites appropriées.

[16] La seule question de droit à ce stade de la procédure consiste à déterminer si le témoignage de l'expert est pertinent et nécessaire, dans la mesure où la Commission entend soumettre la plainte pour instruction. Je crois que c'est le cas. Le droit des droits de la personne reconnaît depuis longtemps que l'analyse selon les méthodes de recherche habituelles peut être indispensable pour déterminer si les politiques de la partie intimée ont des conséquences discriminatoires. Si M. Wortley est d'avis que la Commission ne dispose pas de l'information dont elle a besoin pour déterminer en quoi consistent les pratiques de l'intimée, cela constitue en soi une preuve légitime fondée sur une opinion.

[17] Toutefois, la situation n'est pas aussi simple puisque M. Wortley est appelé à témoigner des faits. Si je dis cela, c'est parce que la Commission a fait valoir qu'il connaît bien les pratiques de l'Agence et peut parler des protocoles couramment appliqués aux points d'inspection. Je suis conscient du fait que l'intimée conteste cette allégation. Nous examinerons ce point lorsque nous déterminerons s'il peut être reconnu comme témoin expert. Nous ne pouvons pas nous prononcer là-dessus pour l'instant.

[18] Même si M. Wortley ne peut commenter les protocoles appliqués par l'intimée, il semble avoir une certaine connaissance des normes internationales dans le domaine ainsi que des pratiques qui ont été adoptées dans d'autres pays. Il appert que les ouvrages de sciences sociales traitent de ces questions. En outre, il semble exister des études sur ce qu'on a appelé le « profilage racial ». Il est évident que l'emploi de ce terme est risqué, car il comporte des connotations péjoratives. Il faut donc l'utiliser avec prudence. La recherche dans le domaine peut néanmoins nous aider à déterminer si M. Orughu a fait l'objet de discrimination.

[19] On pourrait faire valoir un certain nombre de points. Toutefois, si l'on réduit la chose à sa plus simple expression, la Commission cite M. Wortley comme expert pouvant témoigner au sujet de l'utilisation d'identificateurs ethniques, aux Douanes ou ailleurs. Cela touche à l'essence même de la plainte voulant que M. Orughu ait fait l'objet d'un traitement différent à la frontière en raison de sa race. Dans la mesure où M. Wortley a la qualification requise, je ne vois pas pourquoi il ne devrait pas témoigner.

III. LA TENUE DU RAPPORT

[20] Je souscris néanmoins à un grand nombre des critiques formulées par l'intimée dans le rapport. Ces critiques peuvent être regroupées sous un certain nombre de rubriques.

A. Nécessité

[21] La première est la nécessité. L'intimée a cité *R. c. Béland*, [1982] 2 R.C.S. 24, où la Cour, à la page 42, cite *Davie v. Magistrates of Edinburgh* [1953] S.C. 34, où lord Cooper affirme, à la page 40, qu'aucun témoignage d'expert ne devrait être admis

relativement à une question « qui relève de la compétence et de l'expérience du juge des faits ». Il incombe au Tribunal de tirer les conclusions qui s'imposent et de statuer sur les questions de droit. Le Tribunal ferait une erreur en acceptant des instructions relativement à l'exercice de ses attributions dans un cas particulier.

[22] Le rapport de M. Wortley ne respecte pas ce principe fondamental. Il expose une théorie du cas et énonce même des commentaires sur la stratégie juridique de l'intimée. Cela va au-delà du rôle d'un témoin expert. Il n'appartient pas à l'expert d'examiner et de cerner les faits. Si une opinion d'expert est fondée sur certaines hypothèses de fait, celles-ci doivent être énoncées clairement, de façon neutre, tout en précisant qu'il s'agit d'hypothèses.

[23] La réticence à admettre des témoignages d'expert s'explique en partie par le fait qu'on a facilement tendance à exagérer le poids de ces témoignages. Ainsi, M. Wortley indique que les expériences de M. Orughu rejoignent certaines hypothèses formulées dans les ouvrages de sciences sociales. C'est peut-être un fait important. Cependant, la réalité est qu'un certain nombre d'observations énoncées par M. Wortley ne sont qu'une reformulation dans le langage des sciences sociales de certaines observations générales à propos de la vie, ce qui leur confère une aura de crédibilité scientifique qui en exagère la portée.

B. Crédibilité

[24] Il s'agit d'une préoccupation plus concrète. L'intimée a fait valoir que le rapport renferme des observations à propos de la crédibilité du plaignant. M^e Burnet a cité *R. c. Marquard* [1993] 4 R.C.S. 223, où on soutient à la page 248, que le juge devrait se fonder sur sa propre connaissance de l'affaire pour se prononcer sur une telle question. J'irais même plus loin. L'appréciation du poids et de l'importance du témoignage d'un témoin, conformément aux règles de droit pertinentes, est nettement du ressort du Tribunal.

[25] L'expert n'est pas bien placé pour apprécier la preuve produite devant le Tribunal, et ce, pour de nombreuses raisons. Il y a notamment des raisons de principe. Le droit est lourd de conséquences, d'où la nécessité de prendre en compte des considérations qui ne se posent pas dans le domaine de l'enseignement. D'autres raisons ont trait à l'expertise. Le rôle d'apprécier et d'interpréter la preuve ne peut être délégué à des experts, car ceux-ci n'ont pas la formation, la sensibilité ou l'expérience en matière d'arbitrage des membres du Tribunal. D'autres raisons sont simplement d'ordre pratique. L'expert n'est pas dans la position du juge des faits, qui a forcément une meilleure vue d'ensemble de l'affaire et du contexte juridique dans lequel elle s'inscrit. Une question d'indépendance ou de partialité peut aussi se poser.

[26] Rien n'empêche les avocats de soulever dans leurs plaidoiries les questions d'intérêt dans ce contexte. Je souscris à l'opinion de l'intimée voulant que les paragraphes 19 et 20 du rapport interprètent les faits et soient offensants. Il en est de même du paragraphe 39 et de beaucoup d'autres passages.

C. Commentaires d'ordre juridique

[27] M. Wortley se permet également des commentaires d'ordre juridique. Le rapport montre qu'il a de la difficulté à comprendre la justification de certains aspects du droit. Il s'aventure néanmoins sur le terrain juridique, faisant valoir, par exemple, que le fardeau de la preuve devrait incomber à l'intimée. M. Wortley n'est pas en position de donner des instructions au Tribunal relativement à de telles questions.

[28] Le paragraphe 14 du rapport est offensant.

D. Défense des intérêts

[29] Il y a aussi la question de la défense des intérêts. M^e Burnet m'a renvoyé à la décision *Yewdale v. Insurance Corporation of B.C.* (1995), 3 B.C.L.R. (3d) 240 (C.S.C.-B.), dans laquelle le juge Newbury affirme, au paragraphe 4, que les experts [TRADUCTION] « ne doivent pas devenir des défenseurs ». « Par conséquent, l'expert devrait exprimer sa propre opinion de façon objective et impartiale. Il ne doit pas présenter d'arguments sous le couvert d'un témoignage d'expert. »

[30] Le rapport traverse souvent cette ligne de démarcation et verse dans l'argumentation. Le paragraphe 37 du rapport est offensant. En outre, le rapport présente de sérieux signes de partialité. C'est inquiétant. Bien que les experts aient pour rôle d'avancer une thèse particulière, le Tribunal est en droit de s'attendre à une certaine neutralité de leur part. Si on permet aux témoins experts de fournir une preuve basée sur des opinions, c'est en raison du bagage de connaissances qu'ils ont accumulé ainsi que de la clairvoyance que confère l'exercice d'une activité professionnelle. C'est parce qu'elles comportent un volet objectif que les connaissances acquises revêtent un caractère convaincant.

E. Question ultime

[31] Ensuite, il y a la règle concernant la question ultime dont l'organisme judiciaire est saisi. On permet à l'expert de fournir une preuve basée sur son opinion afin d'aider le Tribunal. Ce n'est pas dans le but d'orienter les délibérations du Tribunal ou de prêter à ce dernier des intentions à cet égard. Le Tribunal doit tirer ses propres conclusions dans l'affaire. Je partage l'opinion de l'intimée à savoir que les paragraphes 16 et 17 du rapport sont offensants à cet égard.

[32] Le Tribunal doit déterminer si M. Orughu a été victime de discrimination. C'est une question de droit. Il n'appartient pas à M. Wortley de dire au Tribunal ce qui constitue de la discrimination, ou si M. Orughu a été victime de discrimination. Malheureusement, une grande partie du rapport, qui est très empesé et plutôt didactique, semble avoir été rédigé dans ce but. À mon avis, l'auteur ne respecte pas le rôle du Tribunal en tant que décideur en l'espèce.

[33] La Commission tente de désamorcer cette critique en affirmant que M. Wortley s'est contenté de faire remarquer que la façon dont M. Orughu a été traité correspond bien au profilage racial. Cette remarque démontre justement l'argument. C'est exactement ce que la Commission tente de prouver lorsqu'elle soutient qu'elle doit obtenir de l'Agence les données nécessaires pour faire enquête sur les aspects systémiques de l'affaire. Il appartient au Tribunal de tirer ses propres conclusions au regard de la preuve et de déterminer si les préoccupations de la Commission sont justifiées.

F. Sources

[34] Il convient de souligner un aspect secondaire relativement aux sources de M. Wortley. Des documents comme des articles de journaux peuvent être utiles pour illustrer un point. Toutefois, il ne convient pas de s'en servir comme fondements d'un témoignage d'expert. Ce n'est pas là une question qu'on peut aborder dans l'abstrait et il vaut mieux garder cela pour une autre fois. Toute la documentation sur laquelle l'expert se fonde devrait, cela va sans dire, être fournie à l'autre partie. Cette remarque ne s'applique pas aux traités, aux ouvrages de référence ou aux autres ouvrages que les autres experts connaissent bien.

IV. DÉCISION

[35] Le rapport est irrecevable sous sa forme actuelle. La Commission a proposé que, le cas échéant, il soit admis en preuve en ne tenant pas compte des passages offensants. À mon avis, ce serait une erreur. Le rapport est fondamentalement vicié et exige une révision en profondeur. Dans les circonstances, il serait à mon avis préférable de permettre à la Commission de soumettre un rapport révisé, si elle le désire.

[36] La question n'est pas nécessairement close. L'intimée est en droit de soulever d'autres éléments lorsque M. Wortley se présentera à la barre des témoins.

Dr. Paul Groarke

Ottawa (Ontario)

Le 25 novembre 2004

PARTIES AU DOSSIER

| | |
|--------------------------------------|--|
| DOSSIER DU TRIBUNAL : | T886/0604 |
| INTITULÉ DE LA CAUSE : | Idris Orughu c. Agence des services frontaliers du Canada |
| DATE DE LA DÉCISION DU TRIBUNAL : | Le 25 novembre 2004 |
| ONT COMPARU : | |
| Idris Orughu | En son propre nom |
| Mark Underhill | Pour la Commission canadienne des droits de la personne |
| Keitha Richardson Edward Burnet | Pour l'intimée |