

Vol. 26, n° 1

# Archives Internet : quelques problèmes de preuve – Application particulière à la Commission des oppositions

Laurence Bich-Carrière\*

INTRODUCTION .....	3
NOTES LIMINAIRES .....	4
1. LA COMMISSION DES OPPOSITIONS .....	6
1.1 Fardeaux de la preuve .....	6
1.2 Motifs d'opposition et recours à la WBM .....	7
1.2.1 Motifs d'opposition et dates critiques .....	7
1.2.2 Alinéa 38(2)a) <i>L.m.c.</i> .....	10
1.2.2.1 Alinéa 30b) <i>L.m.c.</i> .....	10
1.2.2.2 Alinéa 30c) <i>L.m.c.</i> .....	12
1.2.2.3 Alinéa 30d) <i>L.m.c.</i> .....	13
1.2.2.4 Alinéa 30e) <i>L.m.c.</i> .....	13
1.2.3 Alinéa 38(2)b) <i>L.m.c.</i> .....	14
1.2.4 Alinéa 38(2)c) <i>L.m.c.</i> .....	14
1.2.5 Alinéa 38(2)d) <i>L.m.c.</i> .....	15

---

© Laurence Bich-Carrière, 2014.

\* BCL/LLB 08 (McGill), LLM 09 (Cantab.), avocate, Heenan Blaikie, SENCLR, SRL.

1.3	Admissibilité de principe : la décision <i>ITV</i> . . . . .	15
2.	FIABILITÉ DE LA WBM . . . . .	18
2.1	Droit commun de la preuve . . . . .	18
2.2	Fonctionnement de la WBM . . . . .	21
2.2.1	La page Internet originale . . . . .	21
2.2.2	L'archivage . . . . .	22
2.2.2.1	Le processus . . . . .	22
2.2.2.2	Caractère incomplet de l'archivage . . . . .	24
2.2.2.2.1	Pages non répertoriées ou rendues inaccessibles . . . . .	24
2.2.2.2.2	Pages incomplètes ou reconstituées . . . . .	26
2.2.3	Les pages archivées . . . . .	27
2.3	Quelques propositions de droit . . . . .	28
3.	DROIT COMPARÉ . . . . .	32
3.1	États-Unis : le problème de la connaissance personnelle . . . . .	33
3.2	Australie : « inadmissible », « peu fiable » et pourtant largement acceptée . . . . .	35
3.3	France : du respect des formes . . . . .	36
3.4	Instances supranationales : réceptivité et habitude . . . . .	38
3.4.1	Office européen des brevets . . . . .	38
3.4.2	Centre d'arbitrage et de médiation de l'Office mondial de la propriété intellectuelle . . . . .	38
4.	VERS UNE CONNAISSANCE D'OFFICE ? . . . . .	39

## INTRODUCTION

Proposition banale s'il en est que celle du caractère protéiforme, éphémère et évanescent de l'Internet. Cette nature transitoire contrarie toute aspiration à la pérennité électronique : le contenu d'aujourd'hui pourra ne plus exister demain, qu'il soit modifié ou simplement supprimé. En fait, il le sera probablement<sup>1</sup>. Non seulement une page Internet risque-t-elle fort d'être remplacée, mais, vraisemblablement, elle le sera sans véritablement laisser de trace. Au contraire du livre imprimé, dont les éditions précédentes subsistent au moins sur le plan matériel<sup>2</sup>, la modification d'une page Internet coupe l'accès aux versions antérieures, sauf à contacter l'auteur original de la page.

- 
1. S'il est difficile de contester le caractère volatile de l'Internet, quantifier la « vie moyenne » d'une page Internet l'est tout autant. En 2001, l'Internet Archive l'estimait à 44 jours, deux ans plus tard, à 100 jours, aujourd'hui, à 77 jours. Voir : Nancy C. KRANICH « Libraries, the Internet, and Democracy », dans Nancy C. KRANICH (dir.), *Libraries and Democracy : The Cornerstones of Liberty* (Chicago, American Library Association, 2001), p. 83, p. 87 ; Maureen PENNOCK et Brian KELLY, « Archiving Web Site Resources: a Record Management View », dans *Proceedings of the 15th International Conference on World Wide Web* (New York, ACM, 2006), 987 et Internet Archive, *FAQs*, en ligne : <[www.archive.org/faq](http://www.archive.org/faq)> [site consulté le 31 octobre 2013]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les guides de citation préconisent l'inclusion de la date de consultation lorsque référence est donnée à un site Internet : Didier LLUELLES (coll. Josée RINGUETTE), *Guide des références pour la rédaction juridique*, 7<sup>e</sup> éd., (Montréal, Thémis, 2008), p. 93 ; Peter W. MARTIN, *Introduction to Basic Legal Citation* (2012), en ligne : <[www.law.cornell.edu/citation/index.htm](http://www.law.cornell.edu/citation/index.htm)>, § 2-110(3) ; Columbia Law Review Association *et al.* (dir.), *The Bluebook: A Uniform System of Citation*, 19<sup>e</sup> éd., (New Haven, Conn., (2010) Yale University Press), n° 18.2.2c), ou, à tout le moins, mettent en garde contre l'obsolescence éventuelle des références électroniques : *Manuel canadien de la référence juridique*, 7<sup>e</sup> éd., (Toronto, Carswell, 2010), p. F-138 : « Plusieurs textes en ligne disparaissent après un certain temps. Renvoyer à une source en ligne seulement si cette source fournit des documents archivés remontant à quelques années ».
  2. *Contra* Ray BRADBURY, *Fahrenheit 451*, (New York, Ballantine, 1953), Carlos RUIZ ZAFON, *L'ombre du vent* (trad. fr. par François MASPERO) (Paris, LGF/LdP, 2006 (Barcelone, Planeta, 2001)) ou Hiro ARIKAWA, *Library Wars* (trad. fr. par Virgile MACRE) (Grenoble, Glénat, 2010 (Tokyo, Mediaworks, 2006)). Voir Lucien X. POLASTRON, *Books on Fire: The Destruction of Libraries throughout History* (Rochester, VT, Inner Traditions, 2007) ; Rebecca KNUTH, *Burning Books and Leveling Libraries: Extremist Violence and Cultural Destruction* (Westport, CT, Praeger, 2006).

L'envers de la mise à jour en continu de l'information c'est, en quelque sorte, une constante désuétude. On aimerait parfois retrouver une page dans une ancienne interface ou retrouver de l'information retirée. C'est pour éviter cette perpétuelle obsolescence qu'a été créée l'Internet Archive, un projet de bibliothèque numérique de versions antérieures de pages Internet modifiées depuis. Comme l'explique Brewster Kahle, l'un de ses fondateurs : « I feel like we've touched a raw nerve in attempting this project, since it can change the Net forever from an ephemeral medium to an enduring one »<sup>3</sup>. Le moteur de recherche de cette cyberarchive c'est la Wayback Machine (WBM), nommée en clin d'œil à la WABAC Machine de l'émission *Rocky & Bullwinkle*<sup>4</sup> qui permettait à Sherman et à Mr. Peabody de remonter dans le temps et de présenter leurs capsules de l'histoire improbable<sup>5</sup>.

Fréquemment invoquée devant la Commission des oppositions des marques de commerce, la fiabilité de la WBM est rarement remise en question, essentiellement parce qu'un jugement de la Cour fédérale l'a déclarée fiable<sup>6</sup>. Loin de nous l'idée de nier l'utilité pratique du dispositif, toutefois, on peut se demander si les limites en sont bien comprises. C'est ce que le présent article se propose d'explorer. On brosera d'abord l'état du droit à la Commission des oppositions (1) avant d'explorer les questions de preuve soulevées par l'utilisation de la WBM tant au Canada (2) qu'ailleurs dans le monde (3), voire d'offrir quelques pistes de solution (4).

## NOTES LIMINAIRES

Bien sûr, l'Internet Archive n'est pas le seul site de cyberarchivage existant sur Internet<sup>7</sup>. Ses concurrents sont généralement

3. Propos rapportés dans Alyssa N. KNUTSON, « Proceed with Caution: How Digital Archives Have Been Left In the Dark », (2009) 24 *Berkeley Technology Law Journal* 437, 446.
4. « Peabody's Improbable History » est l'une des mini-séries composant les aventures de *Rocky & Bullwinkle*, télésérie de dessins animés produite par Jay Ward Productions et diffusées sur ABC et NBC entre 1959 et 1964. Les personnages ont toujours prononcé « wayback machine », toutefois, l'orthographe « WAYBAC » a été utilisée dans le quatrième épisode de la première saison, plutôt que l'habituel « WABAC ».
5. Judy TONG, « Responsible Party – Brewster Kahle: A Library of the Web On the Web », *New York Times* (8 septembre 2002), en ligne : <[www.nytimes.com/2002/09/08/business/responsible-party-brewster-kahle-a-library-of-the-web-on-the-web.html](http://www.nytimes.com/2002/09/08/business/responsible-party-brewster-kahle-a-library-of-the-web-on-the-web.html)> [site consulté le 31 octobre 2013].
6. *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.*, 2003 CF 1056 (conf. à d'autres motifs dans *WIC TV Amalco Inc. c. ITV Technologies Inc.*, 2005 CAF 96 ; désistement de la demande d'autorisation de pourvoi n° 30935 (19 août 2005)).
7. Pour une comparaison des fonctionnalités des moteurs de recherche de certaines archives, voir : Jinfang NIU, « Functionalities of Web Archives », en ligne : (2012) 18:3 *D-Lib* 1, <[www.dlib.org/dlib/march12/niu/03niu2.html](http://www.dlib.org/dlib/march12/niu/03niu2.html)> [site consulté le 31 octobre 2013].

des services payants, souvent axés sur la conformité réglementaire et la communication de documents électronique, tels Aleph Archives<sup>8</sup>, Iterasi<sup>9</sup> ou Reed Archives<sup>10</sup>. Il existe également des programmes d'archivage visant la constitution de répertoires propres à certains médias : c'est le cas de l'Internet Memory<sup>11</sup>, agrégateur de contenu multimédia, de Hanzo Archives<sup>12</sup>, qui se dit spécialiste de l'archivage du Web 2.0, ou d'ArXiv<sup>13</sup>, WebCite<sup>14</sup> et The Web Archiving Service<sup>15</sup>, destinés aux publications académiques. Il faut encore compter avec les archives des pages officielles, souvent constituées par les autorités elles-mêmes<sup>16</sup>. Fondée en 1996<sup>17</sup>, l'Internet Archive est toutefois de loin l'entreprise la mieux établie<sup>18</sup>, c'est elle qu'a considérée la jurisprudence canadienne et c'est sur elle que sera concentré le présent article.

De même, c'est à dessein que nous avons choisi de nous limiter à l'utilisation de la WBM devant la Commission des oppositions des marques de commerce du Canada, parce qu'il s'agit, de jurisprudence rapportée, du tribunal où cet outil d'archivage est le plus souvent utilisé. Au Canada, en matière de propriété intellectuelle, des plaideurs ont également eu recours à la WBM pour montrer une violation d'une

8. Aleph Archives, en ligne : <<http://aleph-archives.com>> [site consulté le 31 octobre 2013].
9. Iterasi, *Entreprise Web Archiving Service*, en ligne : <[www.iterasi.com](http://www.iterasi.com)> [site consulté le 31 octobre 2013].
10. Reed Archives, *Home*, en ligne : <[www.reedarchives.com](http://www.reedarchives.com)> [site consulté le 31 octobre 2013].
11. Internet Memory, en ligne : <<http://internetmemory.org>> [site consulté le 31 octobre 2013].
12. Hanzo Archives, *Home*, en ligne : <[www.hanzoarchives.com](http://www.hanzoarchives.com)> [site consulté le 31 octobre 2013].
13. ArXiv, *ePrint Archive*, en ligne : <<http://arxiv.org>> [site consulté le 31 octobre 2013].
14. WebCite, en ligne : <[www.webcitation.org](http://www.webcitation.org)> [site consulté le 31 octobre 2013].
15. The Web Archive, *Yesterday's Web, Today's Archive*, en ligne : <<http://webarchives.cdlib.org>> [site consulté le 31 octobre 2013].
16. Pour une liste des archives gouvernementales voir : Aïda CHEDDID, *Archivage du Web organisationnel dans une perspective archivistique*, thèse de doctorat en sciences de l'information, École de bibliothéconomie et des sciences de l'information, Faculté des arts et des sciences, Université de Montréal, 2012 [non publiée] ; en ligne <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/9203/Chebba\\_Aida\\_2013\\_these.pdf;jsessionid=5B44CE1A64290537A62FB94E0D2AE251?sequence=4](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/9203/Chebba_Aida_2013_these.pdf;jsessionid=5B44CE1A64290537A62FB94E0D2AE251?sequence=4)>.
17. À l'époque, « You could look at the Web and it was about the size of two Coke® machines, [...], about 30 million pages », explique Brewster Kahle, dans « The Wayback Machine: Preserving the History of Web Pages », conférence enregistrée par ForaTV (30 décembre 2011) [non publiée], en ligne : <[www.youtube.com/watch?v=JsL1TADosN0](http://www.youtube.com/watch?v=JsL1TADosN0)>, à 0:58 [site consulté le 31 octobre 2013].
18. Elle recevrait en moyenne de mille requêtes à la seconde pour plus de 500 000 utilisateurs quotidiens. Voir Brewster KAHLE, « The Wayback Machine: Preserving the History of Web Pages », conférence enregistrée par ForaTV (30 décembre 2011) [non publiée], en ligne : <[www.youtube.com/watch?v=JsL1TADosN0](http://www.youtube.com/watch?v=JsL1TADosN0)>, à 2:21 [site consulté le 31 octobre 2013].

marque de commerce à la suite de la résiliation d'une licence<sup>19</sup> ainsi que pour établir les antériorités devant la Commission d'appel des brevets<sup>20</sup>. On compte en outre, toujours au Canada, certaines utilisations en matière criminelle ou pénale<sup>21</sup>, de responsabilité civile<sup>22</sup>, de diffamation et de vie privée<sup>23</sup>. Nous laissons toutefois à d'autres le soin d'en traiter dans ces contextes. Bien sûr, plusieurs de nos commentaires relèveront du droit commun de la preuve, mais il faudra compter avec certaines spécificités de ce tribunal administratif fédéral.

## 1. LA COMMISSION DES OPPOSITIONS

### 1.1 Fardeaux de la preuve

Celui qui s'oppose à l'enregistrement d'une marque de commerce doit former opposition devant la Commission des oppositions des marques de commerce du Canada, laquelle examinera alors le bien-fondé de la demande d'enregistrement. Le fardeau ultime est celui du requérant, puisque c'est à lui qu'il revient de démontrer, par prépondérance de preuve, que sa demande est, entre autres, conforme aux prescriptions de l'article 30 de la *Loi sur les marques de commerce*<sup>24</sup>. Toutefois, avant que ne s'applique ce fardeau « légal »,

19. C'était d'ailleurs en partie ce qu'invoquait la demanderesse reconventionnelle dans *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.*, 2003 CF 1056 (conf. à d'autres motifs dans *WIC TV Amalco Inc. c. ITV Technologies Inc.*, 2005 CAF 96 ; désistement de la demande d'autorisation de pourvoi n° 30935 (19 août 2005)). Voir aussi : *Hollick Solar Systems Ltd. c. Énergie Matrix Inc.*, 2011 CF 1213.

20. *Re U-Haul International Inc.*, (2010) 82 C.P.R. (4th) 279 (C.A.B.).

21. Voir par exemple *R. c. Ballendine*, 2009 BCSC 1938, conf. par 2011 BCCA 221, par. 17 (utilisation de la WBM pour démontrer l'historique de visionnement d'une personne accusée de possession de pornographie juvénile) ; *R. c. Pommer*, 2008 BCSC 423. Sur la mémoire cache et la *mens rea* généralement, voir *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253. On se rappellera également cette affaire de 2005 où le tribunal torontois chargé du procès de trois adolescents pour le meurtre du jeune frère de l'un d'entre eux avait déclaré le non-lieu après que des journalistes du *National Post* eussent, par l'entremise de la WBM, accédé aux pages d'un forum dont on pouvait conclure que la témoin clé de la Couronne s'était lourdement parjurée : Siri AGRELL, « Teenage Witness Feared Jeopardizing Johnathan Trial, Web Log Reveals », *National Post* (17 février 2005), p. A7 ; voir aussi : David KESMODEL, « Lawyer's Delight: Old Web Material Doesn't Disappear », *The Wall Street Journal* (27 juillet 2005), en ligne : <online.wsj.com/article/0,,SB112242983960797010,00.html> ; Leonard POLSKY, « Web Time Travel with the Wayback Machine », *Lawyers' Weekly* (18 novembre 2011), en ligne : <www.lawyersweekly.ca/index.php?section=article&articleid=1540> ; Matthew FAGAN, « «Can you do a Wayback on that?» The Legal community's use of cached Web pages in and out of trial », (2007) 3 *Boston University Journal of Science & Technology Law* 46, 61.

22. *Loychuk c. Cougar Mountain Adventures Ltd.*, 2012 BCCA 122.

23. *Atlantic Lottery Corporation (Re)*, 2009 CanLII 70462 (Comm. vie privée N.-É.).

24. *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13 [L.m.c.].

l'opposant aura le fardeau « factuel » de démontrer l'existence des faits allégués au soutien de ses motifs d'opposition<sup>25</sup>. Ce fardeau initial, cependant, est plutôt léger<sup>26</sup> quant aux motifs d'opposition sur la non-conformité à l'article 30 *L.m.c.*, puisqu'il s'agit de faits qui sont davantage de la connaissance du requérant que de l'opposant<sup>27</sup> (ce qui n'est pas sans faire écho à la présomption de fiabilité des documents « enregistrés ou mis en mémoire par la partie adverse » de l'alinéa 31.3b) de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>28</sup>, sur laquelle on aura l'occasion de revenir). Pour léger que soit ce fardeau, il est néanmoins réel<sup>29</sup>.

## 1.2 Motifs d'opposition et recours à la WBM

### 1.2.1 Motifs d'opposition et dates critiques

Les motifs d'opposition sont énoncés de façon sommaire mais exhaustive au paragraphe 38(2) *L.m.c.* :

**38.** (2) Cette opposition peut être fondée sur l'un des motifs suivants :

a) la demande ne satisfait pas aux exigences de l'article 30 *L.m.c.* ;

**38.** (2) A statement of opposition may be based on any of the following grounds:

(a) that the application does not conform to the requirements of section 30;

- 
25. *John Labatt Ltd. c. Molson Companies Ltd.*, (1990) 30 C.P.R. (3d) 293 (C.F.P.I.), aux p. 298-299, conf. (1985) 4 C.P.R. (3d) 387 (Comm. opp.) ; conf. par (1992) 42 C.P.R. (3d) 495 (C.A.F.) ; *Continental Teves AG & Co. c. Canadian Council of Professional Engineers*, 2013 CF 801.
26. *Cheung Kong (Holdings) Ltd. c. Living Realty Inc.* (1999), [2000] 2 C.F. 501 (C.F.P.I.), *Loblaws Inc. c. Telecombo inc.*, 2006 CF 634, par. 36 : « Cependant, le fardeau de preuve imposé à un opposant est léger. C'est-à-dire qu'il ne faut pas beaucoup de preuves pour mettre en doute la question de l'emploi, ce qui oblige la partie qui sollicite l'enregistrement à démontrer, selon la prépondérance de la preuve, qu'elle s'est conformée aux exigences de l'alinéa 30b) de la Loi » ; *Association royale de golf du Canada c. Ontario Regional Common Ground Alliance*, 2009 CanLII 90300, (2009) 72 C.P.R. (4th) 59 (Comm. opp.) ; *Hortilux Schreder B.V. c. Iwasaki Electric Co. Ltd.*, 2010 COMC 179 (inf. à d'autres motifs par 2011 CF 967, conf. par 2012 CAF 321), par. 28.
27. *Tune Masters c. Mr. P's Mastertune Ignition Services Ltd.*, (1986) 10 C.P.R. (3d) 84 (Comm. opp.), p. 89 ; *Association royale de golf du Canada c. Ontario Regional Common Ground Alliance*, 2009 CanLII 90300, (Comm. opp.) p. 4 ; *Heather Ruth McDowell c. 2103214 Ontario Inc.*, 2012 COMC 227, par. 15.
28. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5 [L.p.C.].
29. *Cheung Kong (Holdings) Ltd. c. Living Realty Inc.* (1999), [2000] 2 CF 501 (C.F.P.I.), par. 36-38 ; *Reed Solutions Plc c. Reed Elsevier Group Plc*, 2011 COMC 263.

b) la marque de commerce n'est pas enregistrable [au sens de l'article 12 <i>L.m.c.</i> ];	(b) that the trade-mark is not registrable [as per s. 12 <i>T.M.A.</i> ];
c) le requérant n'est pas la personne admise à l'enregistrement [au sens de l'article 16 <i>L.m.c.</i> ];	(c) that the applicant is not the person entitled to registration of the trade-mark [as per s. 16 <i>T.M.A.</i> ]; or
d) la marque de commerce n'est pas distinctive [au sens de la définition qu'en donne l'article 2 <i>L.m.c.</i> ].	(d) that the trade-mark is not distinctive [as defined in s. 2 <i>T.M.A.</i> ].

Ce que ne précise pas le paragraphe 38(2) *L.m.c.*, c'est la date pertinente pour l'évaluation du motif d'opposition, la date critique, qui, pour chacun d'eux, varie. Or, cette date est de prime importance puisqu'aucun poids ne sera accordé à l'élément de preuve postérieur à la date critique pertinente<sup>30</sup>. Après certains flottements jurisprudentiels et doctrinaux<sup>31</sup>, on peut maintenant tirer que ces dates critiques sont :

- La date de production de la demande sous opposition pour le motif de l'alinéa 38(2)a) *L.m.c.* ;
- La date de production de la demande pour le motif de l'alinéa 38(2)b) *L.m.c.* si celui-ci se fonde sur les alinéas 12(1)a) ou 12(1)b) *L.m.c.* mais plutôt celle de la décision de la Commission des oppositions si l'on s'appuie sur les autres sous-paragraphes ;
- La date de premier emploi ou de révélation alléguée pour les demandes fondées sur une telle base et la date de production de la demande pour celles fondées sur les enregistrement et emploi étrangers ou sur celui de l'emploi projeté au Canada pour le motif d'opposition fondé sur l'alinéa 38(2)c) *L.m.c.* ;

30. Voir, par exemple, *Ansell c. Industria De Diseno Textil SA*, 2013 COMC 171, par. 37 ; 2013 COMC 170, par. 28 ; 2013 COMC 169, par. 37.

31. Voir généralement Cynthia ROWDEN, « The Statement of Opposition: The Crucial First Step in Opposition Proceedings », (septembre 2009) en ligne : <[www.bereskinparr.com/files/file/docs/OppositionsPaper\\_0909CR.pdf](http://www.bereskinparr.com/files/file/docs/OppositionsPaper_0909CR.pdf)> [site consulté le 31 octobre 2013] ; Jean CARRIÈRE, « Les dates pertinentes en matière d'opposition à l'enregistrement de marques de commerce : la machine à voyager dans le temps », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004), p. 125 et Roma COLBERT et Douglas FYFE, « Opposition Before the Canadian Trade-Marks Office » (1998) 14 *Canadian Intellectual Property Review* 174.



- La date de production de la déclaration d'opposition pour le motif fondé sur l'alinéa(2)d) *L.m.c.* ;
- Et pour compliquer les choses, lorsqu'une priorité conventionnelle est revendiquée (art. 34 *L.m.c.*) et que la date critique serait autrement celle de la production de la demande d'enregistrement, c'est la date de la priorité qui sera la date critique<sup>32</sup> puisque la demande canadienne rétroagit à cette date<sup>33</sup>.

Pour ce qui est du motif de non-enregistrabilité, la preuve s'évalue « en temps réel » et toute preuve admissible sera prise en compte quel que soit le moment de sa confection. Dans les autres cas toutefois, le moment où l'opposant devra produire sa preuve ne surviendra qu'après la date critique, souvent même beaucoup plus tard. On peut très bien imaginer une demande d'enregistrement produite en 2010 sur la base d'une allégation d'emploi au Canada depuis 2005 qui ne fasse l'objet d'une opposition qu'en 2014, pour n'être finalement entendue, si l'on tient compte des délais statutaires, réglementaires et administratifs, qu'en 2018<sup>34</sup>. D'où l'intérêt du recours à la WBM, qui permet de retrouver des documents d'usage courant à l'époque critique, en l'occurrence, des pages Internet qui soient l'indice d'une activité donnée<sup>35</sup> et d'ainsi constituer une preuve de faits qui se sont passés bien avant la date où les motifs d'opposition ont été connus<sup>36</sup>.

- 
32. *Helene Curtis Ltd. c. Jeffrey Martin Canada Inc.*, (1985) 5 C.P.R. (3d) 329 (Comm. opp.), p. 332 ; *Austin Nichols & Co. c. Cinnabon Inc.*, (2000) 5 C.P.R. (4th) 565 (Comm. opp.), par. 10.
33. « L'article 34 *L.m.c.* prévoit les circonstances faisant que la date de demande à l'étranger (dépôt de base ou d'origine) est réputée être la date de demande au Canada (dépôt réflexe) » : Laurent CARRIÈRE, « Traitement administratif des marques de commerce : bases d'enregistrement et priorité », fascicule 14 (mise à jour août 2013), dans *JurisClasseur Québec – Propriété intellectuelle*, (Montréal, LexisNexis, 2012), n° 115.
34. Office de la propriété intellectuelle du Canada, *Énoncé de pratique concernant la procédure d'opposition en matière de marque de commerce* (31 mars 2009) en ligne : <[www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr01558.html](http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr01558.html)> [site consulté le 31 octobre 2013].
35. Bien sûr, tout n'est pas sur la toile et celui qui demande l'enregistrement d'une marque de commerce est libre du choix de ses canaux de distribution ou de promotion (*Culinar Inc. c. Mountain Chocolates Ltd.*, 1998 CanLII 18561 (Comm. opp.) (liberté de moyens) ; *Heather Ruth McDowell c. 2103214 Ontario Inc.*, 2012 COMC 227 (service de vente en ligne) ; voir Cindy BÉLANGER, « Pour en finir avec la marque de service », (2010) 22:2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 165 et n'a aucune obligation d'opérer un site Internet (sauf s'il le mentionne nommément dans l'état déclaratif des marchandises ou services de sa demande) : *Culinar Inc. c. Mountain Chocolates Ltd.*, 1998 CanLII 18561 (Comm. opp.) ; *St. Joseph Media Inc. c. Starwood Hotels & Resorts Worldwide Inc.*, 2010 COMC 188, par. 25 ; *ICI Canada Inc. c. IC Companys A/S*, 2012 COMC 55, par. 9.
36. Dans l'affaire *Ansell c. Industria De Diseno Textil, SA*, 2013 COMC 169, par exemple, la demande 1544448 du 21 septembre 2011 visant l'enregistrement de

Voyons, pour chacun des motifs d'opposition, comment le recours à la WBM peut permettre de bonifier la preuve d'un opposant.

### 1.2.2 Alinéa 38(2)a) L.m.c.

Comme on l'a vu, la date critique d'évaluation de la conformité de la demande avec les prescriptions de l'article 30 est le moment de la production de cette demande<sup>37</sup>, l'idée étant que la demande qui n'y satisfait pas porte un vice de conception<sup>38</sup> auquel un amendement postérieur à la publication ne saurait remédier (art. 32 R.m.c.).

#### 1.2.2.1 Alinéa 30b) L.m.c.

Aux termes de l'alinéa 30b), la demande doit comporter la « date à compter de laquelle le requérant [a] [...] employé la marque de commerce en liaison avec chacune des catégories générales de marchandises ou services décrites dans la demande », dite « date de premier emploi ». Un opposant aura gain de cause lorsqu'il démontrera que le requérant n'employait pas la marque à cette date, qu'il ne l'ait fait que par la suite ou qu'il ne l'ait pas employée du tout. Pour technique qu'il puisse paraître, un tel défaut de conformité est fatal. De plus, si cette date est contestée avec succès<sup>39</sup>, la date critique, pour le motif prévu à l'alinéa 38(2)c) L.m.c. devient celle de la production de la demande<sup>40</sup>.

---

la marque ZARA ACCESSORIES alléguait un emploi au Canada depuis au moins aussi tôt que 1999 : pas facile pour un opposant de prouver en 2012 le non-emploi de la marque en cause douze ans plus tôt. Autre exemple que révèle un examen du registre des marques de commerce : la demande 1028780 du 10 septembre 1999 pour l'enregistrement d'une marque ZARA fondée, entre autres, sur la base d'enregistrement étranger et d'un emploi hors Canada : la tâche des opposants de prouver, en 2013, la non-conformité de la demande à la date de production de la demande, en 1999, ne sera pas d'emblée chose aisée.

37. Du moins pour les alinéas 30b) (emploi au Canada), 30c) (révélation au Canada), 30d) (enregistrement et emploi étrangers) et 30e) (emploi projeté au Canada) L.m.c. ; *John Labatt Ltd. c. Molson Companies Ltd.* (1990), 30 C.P.R. 293 (C.F.P.I.) ; Jean CARRIÈRE, « Les dates pertinentes en matière d'opposition à l'enregistrement de marques de commerce : la machine à voyager dans le temps », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004), p. 125, p. 130.
38. Roma COLBERT et Douglas FYFE, « Opposition Before the Canadian Trade-Marks Office », (1998) 14 *Canadian Intellectual Property Review* 174, 176.
39. En soi, avoir gain de cause sur ce seul point pourra être suffisant pour rejeter la demande, sans examen des autres motifs.
40. *Everything for a Dollar Store (Canada) Inc. c. Dollar Plus Bargain Centre Ltd.*, 1998 CanLII 18549 (Comm. opp.), par. 24 ; *Guevin c. Tall and Handy Handyman Services Ltd.*, 2011 COMC 222, par. 21-22.

À l'inverse d'un requérant qui se servirait de pages antérieures pour tenter de montrer qu'à la date de premier emploi allégué, il exploitait la marque au moins par l'entremise d'un site Internet<sup>41</sup>, un opposant pourra avoir recours à la WBM pour tenter de montrer que la marque en question n'était pas employée sur le site à la date critique<sup>42</sup>, ou qu'elle n'y figurait pas en relation avec les services pour lesquels elle a été demandée<sup>43</sup>. La date à attaquer est la date de premier emploi alléguée dans la demande de requérant. Dans un premier temps, l'opposant tentera de prouver qu'au moment de la production de la demande – la date critique – la marque de commerce n'était pas employée par le requérant, ce qui attaquera le caractère continu de l'emploi allégué ; si nécessaire, l'opposant s'attaquera ensuite à la réalité de la date de premier emploi alléguée.

Sur le plan pratique, il importe pour ce motif de distinguer l'« emploi » en liaison avec des marchandises (art. 4(1) *L.m.c.*) et l'« emploi » en liaison avec des services (art. 4(2) *L.m.c.*). En effet, ce n'est que dans ce second cas qu'une présence Internet pourra suffire pour établir l'emploi ; pour qu'il y ait emploi en liaison avec des marchandises, il faut prouver un transfert de propriété ou de possession au Canada dans le cours normal des affaires<sup>44</sup>, ce qu'une simple présence Internet ne permet pas de démontrer. À cet égard, on pourrait utiliser la WBM pour montrer que les versions antérieures d'un site où figure la marque en litige n'étaient pas destinées à un public canadien, par exemple, qu'il n'était pas possible d'y choisir le

---

41. *Hayes c. Sim & McBurney*, 2010 CF 924, par. 26 et 30 ; *Cogan c. EmusicCom Inc.*, 2011 COMC 34, par. 18 ; *Imagine Intellectual Property Law c. Alarmforce Industries Inc.*, 2012 COMC 144, par. 13 ; *HomeAway.com Inc. c. Hrdlicka*, 2012 CF 1467, par. 22.

42. *Fleet Street, Ltd. c. Benisti Import Export Inc.*, 2010 COMC 69, par. 19.

43. Admis : *Aird & Berlis LLP c. Vecile*, 2008 CanLII 88403 (Comm. opp.) ; *Marcus Cohen Law Office c. Society of Management Accountants of Alberta*, 2009 CanLII 82133 (Comm. opp.), par. 11-12 ; *SX Inc. c. Gill*, 2010 COMC 185, par. 21 et 25 ; *Boughton Law Corporation c. CTV Ltée*, 2011 COMC 37 ; *Reed Solutions Plc c. Reed Elsevier Group Plc*, 2011 COMC 263 ; *Riches, McKenzie & Herbert LLP c. Bell Canada*, 2012 COMC 215, par. 63 ; *International Clothiers Inc. c. Dorna Sports, SL*, 2012 COMC 43, par. 68 ; *1772887 Ontario Limited c. Bell Canada*, 2012 COMC 42, par. 14 ; admis mais jugé insuffisant : *Spin Master Ltd. c. Tri-X Medical Centers of Excellence Inc.*, 2011 COMC 19, par. 9 ; *Lion Global Investors Limited c. Lion Capital LLP*, 2012 COMC 252, par. 66 ; *Littlewoods Limited c. Allyson Grabish*, 2013 COMC 34, par. 12-14.

44. *Marcus Cohen Law Office c. Society of Management Accountants of Alberta*, 2009 CanLII 82133 (Comm. opp.), par. 9 ; *St. Joseph Media Inc. c. Starwood Hotels & Resorts Worldwide Inc.*, 2010 COMC 188, par. 24 ; *Conseil canadien des ingénieurs c. Kelly Properties Inc.*, 2010 COMC 224, par. 60 ; *Cogan c. EmusicCom Inc.*, 2011 COMC 34, par. 18 ; *24 Hour Glass Ltd. c. On Set Glass Inc.*, 2011 COMC 258, par. 24.

Canada dans un menu déroulant de pays<sup>45</sup>, ou qu'il y avait redirection automatique vers un site d'un autre pays<sup>46</sup>.

En outre, comme mentionné, l'emploi allégué de la marque doit être continu depuis la date de premier emploi jusqu'à la date de production de la demande<sup>47</sup> : il ne suffit pas qu'une marque ait été en usage au moment de la production de la demande d'enregistrement et qu'elle le soit également au moment du litige, elle doit l'être sans interruption entre ces deux moments ; un opposant pourrait se servir des instantanés de la WBM pour montrer que tel n'a pas été le cas<sup>48</sup>.

### 1.2.2.2 Alinéa 30c) *L.m.c.*

La demande qui vise une marque de commerce qui n'a pas été employée au Canada mais qui y a été révélée, notamment par l'emploi dans un autre pays, doit indiquer ces pays ainsi que la « date à compter de laquelle le requérant [l'a] [...] fait connaître au Canada » au point où elle est devenue bien connue (art. 5 *L.m.c.*).

La logique est la même que celle de l'alinéa 30b) *L.m.c.* : l'opposant cherche à prouver que la date de révélation alléguée par le requérant est fautive<sup>49</sup>, c'est-à-dire, par exemple, qu'il n'y avait pas, avant la date de révélation alléguée pour le Canada, emploi dans un autre pays ou qu'il n'y avait pas eu distribution ou annonce au Canada. De façon analogue, si la contestation est victorieuse sur ce point, la date critique devient celle de la production de la demande pour le motif fondé sur l'alinéa 38(2)c) *L.m.c.*

Là encore, la jurisprudence a qualifié de plus léger le fardeau de la preuve d'un opposant<sup>50</sup>, les moyens mis en œuvre pour qu'une

45. *Conseil canadien des ingénieurs c. Kelly Properties, Inc.*, 2010 COMC 224 ; voir aussi *1300 Australia Pty Ltd. c. 1800 Blinds Pty Ltd.*, [2008] ATMO 57 (3 juillet 2008), par. 20 (où la page des zones de livraison excluait l'une de celles où l'on alléguait pourtant emploi).

46. *Motion Limited c. Brandlab AG*, 2011 COMC 91, par. 30.

47. *Mövenpick Holding AG c. Exxon Mobil Corporation*, 2011 CF 1397, par. 45, conf. par 2013 CAF 6.

48. *Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Accord Business Credit Inc.*, 2005 CanLII 78302 (Comm. opp.), p. 14 du texte intégral : « Je suis d'accord avec la requérante pour dire qu'elle n'a pas besoin d'établir l'emploi de sa marque de commerce pour chacun des mois de la période pertinente, mais l'intervalle de cinq ans en l'espèce est trop important pour être écarté compte tenu de la preuve produite par l'opposante. » ; *Loblaws Inc. c. No Frills Auto and Truck Rental Ltd.*, 2006 CF 537, par. 27 à 29.

49. *Hortilux Schreder B.V. c. Iwasaki Electric Co. Ltd.*, 2011 CF 967, conf. par 2012 CAF 321.

50. Roma COLBERT et Douglas FYFE, « Opposition Before the Canadian Trade-Marks Office », (1998) 14 *Canadian Intellectual Property Review* 174, 178, n° 14,

marque de commerce soit révélée étant davantage à la connaissance du requérant qu'à celle de l'opposant.

#### 1.2.2.3 Alinéa 30d) L.m.c.

Cette disposition prévoit que lorsqu'un demandeur s'appuie sur une demande d'enregistrement ou un enregistrement étrangers et un emploi étranger pour sa demande canadienne, il doit fournir « les détails de cette demande ou de cet enregistrement et, si la marque n'a été ni employée ni révélée au Canada, le nom d'un pays où [il] l'a employée en liaison avec chacune des catégories générales de marchandises ou services décrites dans la demande ».

Il y a donc ici une double condition, d'une part, l'« [e]nregistrement (ou demande d'enregistrement) dans un pays de l'Union (ou un membre de l'OMC) par le requérant (ou un prédécesseur en titre) » et d'autre part, « l'emploi de cette marque par le requérant (ou un prédécesseur en titre) n'importe où dans le monde (sauf au Canada) à la date de production de la demande canadienne pour chacun des services ou marchandises mentionnés dans la demande canadienne »<sup>51</sup>.

Afin d'attaquer la conformité de la demande, un opposant devra tenter de démontrer qu'à la date de la production de la demande canadienne<sup>52</sup>, le requérant n'employait pas la marque dans le pays indiqué à sa demande<sup>53</sup>.

Encore ici, un opposant pourra avoir recours à la WBM pour démontrer qu'à la date pertinente l'emploi hors Canada allégué par le requérant n'existait pas ou ne couvrait pas chacun des services et marchandises mentionnés à la demande.

#### 1.2.2.4 Alinéa 30e) L.m.c.

L'alinéa 30e) L.m.c. permet à un requérant de « réserver » une marque de commerce sur la base d'un emploi projeté. Comme il s'agit d'un droit exorbitant du droit commun des marques – lequel est généralement fondé sur l'emploi –, il est interprété assez strictement.

---

citant *Burns Philp Canada Inc. c. Geo. A. Hormel & Co.*, (1993) 51 C.P.R. (3d) 524 (Comm. opp.), p. 528.

51. Laurent CARRIÈRE, « Traitement administratif des marques de commerce : bases d'enregistrement et priorité », fascicule 14, (mise à jour : août 2013), dans *JurisClasseur Québec – Propriété intellectuelle* (Montréal, LexisNexis, 2012), n° 1.
52. *Reitmans (Canada) Limitée c. Thymes LLC.*, 2011 COMC 100, par. 37, conf. par 2013 CF 127, par. 18 (désistement de l'appel A-124-13 produit le 1<sup>er</sup> octobre 2013).
53. *Allergan Inc. c. Lancôme Parfums and Beauté & Cie*, 2007 CanLII 80839 (Comm. opp.).

Ainsi, il est établi qu'une demande d'enregistrement fondé sur un emploi projeté est incompatible avec un emploi effectif (de la même marque pour les mêmes marchandises ou services) et partant, qu'un emploi effectif avant la date de production de la demande emportera l'invalidité de celle-ci<sup>54</sup>.

C'est donc pour prouver l'emploi au Canada de sa marque par le requérant avant la date de production de la demande, qu'un opposant aura recours à la WBM plutôt que pour prouver un non-emploi comme c'était le cas avec les trois motifs précédents.

### **1.2.3 Alinéa 38(2)b) L.m.c.**

Le concept d' « enregistrabilité » renvoie aux articles 12 à 15 *L.m.c.* La date pertinente pour déterminer si une marque de commerce est enregistrable sera celle de la production de la demande pour les motifs des alinéas 12(1)a) (patronymie) et 12(1)b) (descriptivité)<sup>55</sup>, mais la date de la décision du registraire pour les alinéas, notamment l'alinéa 12(1)d) (confusion)<sup>56</sup>. Le recours à la WBM trouvera donc son utilité dans les premiers cas pour démontrer, à la date pertinente, le caractère descriptif (ou faux et trompeur) d'une marque de commerce ou encore qu'elle ne constituait principalement qu'un nom de famille. Moins directement nécessaire dans les autres cas puisque la preuve peut se faire au présent, on pourra néanmoins y trouver de quoi bonifier un dossier.

### **1.2.4 Alinéa 38(2)c) L.m.c.**

L'expression « personne admise à l'enregistrement » renvoie à l'article 16 *L.m.c.* qui énumère les conditions qu'un demandeur doit remplir avant de pouvoir présenter une demande. La disposition donne les dates pertinentes pour chacun des cas de figure qu'elle considère. Ainsi, le paragraphe 16(1) *L.m.c.* vise la demande faite au Canada : la date pertinente est donc celle du premier emploi ou de la révélation de la marque dans ce pays. Pour le paragraphe 16(2) *L.m.c.* sur la reconnaissance des marques déposées et employées dans d'autres pays, la date critique est donc celle de la production de la demande au Canada. Finalement, en ce qui a trait à l'emploi projeté

---

54. *Tone-Craft Paints Ltd. c. Du-Chem Paint Co. Ltd.*, (1969) 62 C.P.R. 283 (Comm. opp.) ; *Nabisco Brands Ltd. c. Cuda Consolidated Inc.*, 1997 CanLII 15856 (Comm. opp.).

55. *Continental Teves AG & Co. c. Canadian Council of Professional Engineers*, 2013 FC 801.

56. *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.*, (1991) 37 C.P.R. (3d) 413 (C.A.F.).

envisagé par le paragraphe 16(3), ne sera pas considéré l'élément de preuve postérieur à la date de production de la demande<sup>57</sup>.

Le recours à la WBM pourra alors se faire de la même façon que pour les motifs d'oppositions de l'article 30.

### 1.2.5 Alinéa 38(2)d) L.m.c.

Une marque de commerce doit être « distinctive », tel que le définit l'article 2 L.m.c., c'est-à-dire qu'elle doit « distinguer[r] véritablement les marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des marchandises ou services d'autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi ».

Une marque de commerce ne sera pas distinctive si à la date critique, soit celle du dépôt de la déclaration d'opposition<sup>58</sup>, elle était utilisée par des tiers non licenciés<sup>59</sup>, qu'il subsistait à la suite de son transfert des droits chez plus d'une personne<sup>60</sup> ou si la marque faisait l'objet d'un emploi par plusieurs autres personnes. Dans ce contexte, la WBM peut permettre d'établir l'existence de signes semblables à ceux de la marque à laquelle on s'oppose à la date critique. Attention : l'opposant naviguera souvent ici dans les sites de tiers et non dans ceux de la partie adverse. Il n'y a donc normalement pas lieu d'alléger son fardeau en fait d'authenticité comme cela se fait lorsque l'original éventuel est en possession du demandeur.

## 1.3 Admissibilité de principe : la décision ITV

On a vu quand envisager le recours à la WBM. Reste à savoir, bien sûr, si la preuve qu'on en tire est admissible. En effet, la page archivée, comme toute page Internet, est susceptible de constituer du

57. *Vergina Foods Inc. c. Vergina Import*, 2001 CanLII 37735 (Comm. opp.).

58. *Re Andres Wines Ltd. and E. & J. Gallo Winery*, (1975) 25 C.P.R. (2d) 126 (C.A.F.) ; *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes / Simmons Bedding Ltd.*, (1991) 37 C.P.R. (3d) 413 (C.A.F.) ; *contra Clarco Communications Ltd. c. Sassy Publishers Inc.*, (1994) 54 C.P.R. (3d) 418 (C.F.P.I.), où le juge Denault estime, en obiter, que ce devrait plutôt être la date de la décision du registraire. Cette décision est minoritaire. Voir Jean CARRIÈRE, « Les dates pertinentes en matière d'opposition à l'enregistrement de marques de commerce : la machine à voyager dans le temps », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004), p. 125, p. 138-139.

59. *Reed Solutions Plc c. Reed Elsevier Group Plc*, 2011 COMC 263, par. 23 ; *Effigi Inc. c. HBI Branded Apparel Limited Inc.*, 2010 COMC 160, par. 19.

60. Voir le paragraphe 48(2) L.m.c. parce qu'alors la marque de commerce ne distingue plus les marchandises ou services d'une personne de ceux des autres.

ouï-dire<sup>61</sup>. Elle pourrait en outre se heurter à la règle de la meilleure preuve, dans la mesure où il s'agit d'une *copie* de la page Internet d'origine. Ces deux questions ont été considérées, encore que brièvement, dans ce qui est devenu la décision-clé en la matière, *ITV*<sup>62</sup>.

Dans cette affaire, les deux parties avaient produit de la preuve Internet et avaient consenti à l'admissibilité des documents au stade préliminaire. Pour WIC, détentrice des marques « itv » et du nom de domaine itv.ca, il s'agissait de démontrer qu'elle avait employé sa marque sur son site depuis son lancement en 1995 ; pour ITV Technologie, détentrice du nom de domaine itv.net, il s'agissait plutôt de démontrer qu'à l'époque pertinente, la marque « itv » n'avait rien de distinctif et que de nombreux sites Internet utilisaient alors cette combinaison de lettres en relation avec des services informatiques ou multimédias.

La juge Tremblay-Lamer s'est toutefois interrogée sur l'admissibilité et la valeur probante des pages Internet dont copie lui avait été présentée. Au sujet de l'Internet Archive, elle déclare que « ce site d'archives est fiable et que la Cour pouvait compter sur sa bibliothèque numérique pour lui fournir une représentation exacte des sites Web en question durant la période considérée »<sup>63</sup>. Elle poursuit avec une explication générale : selon elle, les sites officiels, c'est-à-dire ceux qui sont tenus à jour par leurs propriétaires (et non, comme on aurait pu le croire, par analogie avec les documents officiels, ceux émanant d'autorités gouvernementales), sont en général plus fiables que les sites non officiels, c'est-à-dire ceux qui contiennent de l'information sur un organisme mais qui sont tenus par d'autres personnes (par exemple, des répertoires, des sites de partage, des forums de discussion) ; alors que la fiabilité des premiers peut être admise *prima facie*, celle des seconds devrait faire l'objet d'une évaluation *ad hoc* de facteurs tels que la crédibilité de l'auteur, l'appréciation de ses sources, la corroboration indépendante du contenu, la possibilité d'une modification au contenu du site, etc.<sup>64</sup>. L'Internet Archive appartenant à cette seconde catégorie, on eut aimé une analyse plus poussée de ces facteurs avant que ne soit posé le constat de sa fiabilité : le fait

61. Voire du double ouï-dire : John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>e</sup> éd., par Alan W. BRYANT, Sidney N. LEDERMAN et Michelle K. FUERST, (Toronto, LexisNexis, 2009), n° 6.246, p. 305. Voir aussi *Bereskin & Parr c. Mövenpick-Holding*, 2008 CanLII 88341 (Comm. opp.), p. 6 du texte intégral ; *Association royale de golf du Canada c. Ontario Regional Common Ground Alliance*, 2009 CanLII 90300 (Comm. opp.), p. 4 du texte intégral.

62. *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.*, 2003 CF 1056.

63. *Ibid.*, par. 14.

64. *Ibid.*, par. 16-18.



que l'Internet Archive soit compilée à des fins sociohistoriques plutôt que juridiques lui confère-t-elle plus ou moins de valeur ? *quid* du fait que l'Internet Archive est un tiers au litige ? une entreprise à but non lucratif ?

Par ailleurs, le fait que la page archivée puisse être considérée comme une copie ne préoccupe guère la cour : la règle de la meilleure preuve lui semble obsolète et elle l'écarte expressément un peu plus loin<sup>65</sup>. La juge Tremblay-Lamer conclut son raisonnement en rappelant que, pour fiable que puisse être l'Internet Archive et donc, admissibles, les pages archivées, elles, ne pouvaient suffire pour permettre à l'opposant de former bonne et valable opposition dans la mesure où la preuve de l'existence d'un site Internet ne vaut pas preuve de sa consultation<sup>66</sup>. À cet égard, en tout état de cause, les pages demeuraient du ouï-dire.

Deux ans plus tard, la Cour d'appel fédérale confirmait la décision de la juge Tremblay-Lamer, sans toutefois avaliser son raisonnement sur l'admissibilité des éléments de preuve Internet, pourtant longuement résumé<sup>67</sup>, insistant plutôt sur le fait que les deux parties y avaient eu recours<sup>68</sup> et sur le fait que ces éléments n'étaient pas nécessaires pour soutenir la conclusion à laquelle elle était parvenue :

Étant donné ma position sur le fond de l'appel à l'encontre de la demande reconventionnelle, il me semble qu'il y a des éléments de preuve à l'appui de la position adoptée par la juge de première instance sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la preuve Internet. Par conséquent, tout ce que je pourrais dire au sujet de l'admissibilité de cette preuve ne serait pas nécessaire à la décision sur l'appel. J'ajouterais qu'à mes yeux, le dossier n'est pas suffisamment étoffé pour fournir un fondement factuel adéquat permettant l'examen éclairé des questions juridiques soulevées par l'utilisation d'Internet comme source de preuve documentaire.<sup>69</sup>

Quoi qu'il en soit, la conclusion de la juge Tremblay-Lamer sur la fiabilité de la WBM était ensuite reprise – mais sans discussion ni référence au jugement confirmatif de la Cour d'appel – par le juge

---

65. *Ibid.*, par. 20.

66. *Ibid.*, par. 22.

67. *WIC TV Amalco Inc. c. ITV Technologies, Inc.*, 2005 CAF 96, par. 7-8.

68. *Ibid.*, par. 7, 9.

69. *Ibid.*, par. 30.

Teitelbaum dans *Candrugs*<sup>70</sup>, une affaire où se posait la question de l'absence de caractère distinctif d'une marque. Il s'agissait toutefois presque d'une remarque incidente dans la mesure où aucune force probante n'a été accordée aux pages produites, puisqu'elles ne démontraient en rien qu'il y avait eu consultation des sites visés par des consommateurs canadiens<sup>71</sup>. La Cour d'appel, qui a infirmé la décision à d'autres motifs, a d'ailleurs noté qu'aucun poids ne leur avait été donné<sup>72</sup>.

Pourtant, forte des décisions *ITV* et *Candrugs*, la Commission des oppositions semble désormais généralement tenir pour acquise la fiabilité de la WBM, pour se reporter plutôt sur la question de la consultation des pages ou de la prestation du service allégué à des consommateurs canadiens<sup>73</sup>. Mais l'outil est-il aussi fiable qu'on le prétend ? Eu égard au fonctionnement véritable de la WBM, il nous semble que cet aval, que la jurisprudence subséquente a rondement consacré, est parfois un peu hâtif. Dans la section qui suit, après un rappel des principes généraux en matière de fiabilité (1), nous nous proposons d'exposer la mécanique de la WBM (2) et certains problèmes pratiques qui peuvent en découler (3).

## 2. FIABILITÉ DE LA WBM

### 2.1 Droit commun de la preuve

Au final, sera admissible l'élément de preuve qui permet de découvrir la vérité tout en assurant l'intégrité du processus judiciaire<sup>74</sup>, c'est-à-dire, pour reprendre la terminologie de la *Loi sur la preuve au Canada* qui s'applique devant la Commission des oppositions<sup>75</sup>, qui permet « de conclure que le document est bien ce qu'il paraît être » (art. 31.1 *L.p.C.*). Il doit offrir des garanties suffisamment sérieuses pour que l'on puisse s'y fier et croire à son exactitude.

The focus of admissibility is on the authenticity and reliability of the electronic documents which can be demonstrated by

70. *Candrug health solutions ltd. c. Thorkelson*, 2007 CF 411, par. 17.

71. *Ibid.*, par. 21.

72. *Thorkelson c. Pharmawest Pharmacy Ltd.*, 2008 CAF 100, par. 13.

73. Voir par exemple *Marcus Cohen Law Office c. Society of Management Accountants of Alberta*, 2009 CanLII 82133 (Comm. opp.), par. 9 ; *St. Joseph Media Inc. c. Starwood Hotels & Resorts Worldwide Inc.*, 2010 COMC 188, par. 24 ; *Conseil canadien des ingénieurs c. Kelly Properties Inc.*, 2010 COMC 224, par. 60 ; *Cogan c. EmusicCom Inc.*, 2011 COMC 34, par. 18 ; *24 Hour Glass Ltd. c. On Set Glass Inc.*, 2011 COMC 258, par. 24.

74. Jean-Claude ROYER (coll. Sophie LAVALLÉE), *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd., (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008), p. 569, n<sup>o</sup> 717.

75. Article 2, *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5 [L.p.C.].

showing the integrity of the electronic documents system rather than the individual record itself.<sup>76</sup>

Authentification, prohibition du oui-dire, règle de la meilleure preuve, ces règles traditionnelles de la common law (reprises et pour la plupart codifiées en droit québécois et dans la *Loi sur la preuve au Canada*) ont toutes, fondamentalement, cet objectif d'assurer la fiabilité de la preuve déposée<sup>77</sup>. C'est gouvernée par cet objectif d'ailleurs que la jurisprudence moderne les a considérablement assouplies, adoptant une interprétation large et libérale de l'admissibilité des documents<sup>78</sup>. Ainsi, certaines considérations qui présidaient à l'élaboration de certaines règles de preuve se sont atténuées avec le temps : sans doute y avait-il davantage lieu de craindre qu'une copie ne soit pas fidèle à l'original à l'époque où celles-ci étaient réalisées

---

76. John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>e</sup> éd., par Alan W. BRYANT, Sidney N. LEDERMAN et Michelle K. FUERST, (Toronto, LexisNexis, 2009), n° 6.249, p. 306.

77. D'autres se sont interrogés sur la nature de la page Internet. Voir : Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *Revue juridique Thémis* 533, 551 ; Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », dans Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012), p. 1 ; Dominic JAAR et François SÉNÉCAL, « L'administration de la preuve électronique au Québec », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents et tendances en procédure civile*, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010), p. 129, p. 153. À notre avis, et pour insatisfaisante que cette réponse puisse être, la qualification de la page Internet variera selon la nature de ce qu'on cherche à lui faire établir car elle n'est, à notre avis, que le support d'une information et c'est cette information qu'il faut chercher à qualifier pour trouver le régime de preuve applicable. Ainsi, lorsqu'une page Internet est produite comme preuve des propos qui s'y trouvent, elle devra être traitée comme une déclaration. Cela étant, en matière de propriété intellectuelle – plutôt qu'en diffamation disons –, une page Internet est-elle vraiment une déclaration ? N'est-elle pas plutôt un écrit ou un élément matériel de preuve ? Ainsi la page Internet qui confirme une transaction, par contre, paraît relever plutôt du simple écrit, à l'instar d'un reçu de caisse. Par contre, la page qui n'est présentée que pour montrer un agencement graphique doit être considérée comme un élément matériel de preuve, au même titre que le logo sur une brochure, par exemple. Plusieurs auteurs ont appelé à ce que la page Internet soit considérée comme un simple écrit : tout comme l'écrit ni authentique ni semi-authentique « traditionnel », il constate ou rapporte des faits, simplement, il le fait en code binaire. Considérer la page Internet comme un écrit de façon générale aurait peut-être des avantages d'unification des régimes lorsqu'il sera possible de dématérialiser les actes authentiques. Pour l'instant toutefois, en pratique, la distinction est sans réelle incidence quant à la page Internet d'origine : qu'on y voie un écrit rapportant un fait matériel admissible ou qu'on permette au tribunal d'observer l'élément matériel et d'en tirer ses propres conclusions, le résultat ne risque guère d'être différent.

78. Jean-Claude ROYER (coll. Sophie LAVALLÉE), *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd., (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008), p. 265, n° 386.

à la longue main et avant l'avènement des photocopieurs<sup>79</sup>. Plutôt qu'une question de recevabilité, le moyen de reproduction devrait relever, s'il doit encore avoir quelque incidence, de la valeur probante<sup>80</sup>.

Ainsi, la *Loi sur la preuve au Canada* dispose très nettement que les exigences de la règle de la meilleure preuve seront satisfaites dès lors que « la fiabilité du système d'archivage [...] est démontrée » (al. 31.2a) *L.p.C.*), ce que l'on présume dans trois cas : s'il est établi que le dispositif fonctionnait bien ou que ses dysfonctions n'en compromettaient pas l'intégrité (al. 31.3a) *L.p.C.*), que le document présenté en preuve émanait de la partie adverse (al. 31.3b) *L.p.C.*) ou qu'il a été établi dans le cours ordinaire des affaires par un tiers neutre (al. 31.3c) *L.p.C.*). La preuve de la fiabilité peut se faire par affidavit (al. 31.6 *L.p.C.*). À titre comparatif ou supplétif, on remarquera que c'est tout à fait là l'esprit de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>81</sup> qui pose non seulement l'admissibilité de la copie qui préserve « l'intégrité du document » (art. 2838 *C.c.Q.*, art. 5 *L.c.c.j.t.i.*), c'est-à-dire qui permette de vérifier « que l'information n'est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue » (art. 2839 *C.c.Q.*, art. 6 *L.c.c.j.t.i.*), mais également une présomption d'intégrité : c'est à celui qui la conteste de « préciser les faits et les motifs qui rendent probable l'atteinte à l'intégrité du document » (art. 2840 *C.c.Q.*, art. 7 *L.c.c.j.t.i.*)<sup>82</sup>.

79. *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex Parte Osman*, [1989] 3 All E.R. 701 (H.L.) : « this court would be more than happy to say goodbye to the best evidence rule. We accept that it served an important purpose in the days of parchment and quill pens. But since the invention of carbon paper and, still more, the photocopier and the telefacsimile machine, that purpose has largely gone. Where there is an allegation of forgery the court will obviously attach little, if any, weight to anything other than the original; so also if the copy produced in court is illegible. But to maintain a general exclusionary rule for these limited purposes is, in our view, hardly justifiable. » De même, la méfiance initiale à l'égard des photographies en preuve alors qu'il fallait autrefois passer par le rigoureux processus de la défunte *Loi sur la preuve photographique de documents*, L.R.Q., c. P-22, abrogée en 1992 ; voir Jean-Claude ROYER (coll. Sophie LAVALLÉE), *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd., (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008), p. 1168-1169, n°1270 et p. 824, n° 944 et *Draper c. Jacklyn*, [1970] R.C.S. 92. Sur les photographies disponibles par l'entremise de Facebook ou MySpace, voir : *Kent c. Laverdiere*, 2009 CanLII 16741 (Ont. Sup. Ct.), p. 2 du texte intégral.

80. John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>e</sup> éd., par Alan W. BRYANT, Sidney N. LEDERMAN et Michelle K. FUERST, (Toronto, LexisNexis, 2009), p. 1224-1225, n° 18.24.

81. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, R.L.R.Q., c. C-1.1 [*L.c.c.j.t.i.*].

82. Jean-Claude ROYER (coll. Sophie LAVALLÉE), *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd., (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008), p. 279, n° 406 ; Léo DUCHARME, *Précis de la*

Quelle que soit la règle de preuve traditionnelle considérée, une question s'impose au final et c'est elle qui doit, à notre avis, gouverner l'admissibilité des documents générés par une recherche dans la WBM : l'intégrité de la page originale a-t-elle été préservée par le processus d'archivage ? C'est ici qu'il convient de se pencher sur le fonctionnement de la WBM.

## 2.2 Fonctionnement de la WBM

Une cyberarchive se présente comme une collection des versions antérieures de pages Internet, qui ont pu être modifiées voire supprimées depuis. Pour chaque page Internet archivée, il a existé une page originale, qui ne correspond normalement plus à la page de son adresse actuelle. Le processus peut être conceptualisé en trois étapes : la création de la page Internet originale, l'archivage et l'accès ultérieur aux pages archivées. On verra pourquoi il est nécessaire de comprendre la différence entre la page originale et la page archivée, même si, au plan formel, elles devraient être identiques.

### 2.2.1 La page Internet originale<sup>83</sup>

Générer une page Internet demande la collaboration d'au moins deux ordinateurs. Sur un premier serveur, le serveur source, (à nos fins, celui du propriétaire du site Internet visé), sont stockées des ressources ou des indications de la manière d'y accéder si ces ressources sont stockées sur des tiers serveurs. Par ressource, on entend tout élément informatique ayant une identité propre pouvant être exprimée sur l'Internet, par exemple, un document texte, une image, un multimédia.

Les pages Internet sont servies à travers le protocole http, lequel repose sur un mécanisme de requête-réponse entre client et serveur : le client demande une ressource, le serveur la lui sert. Ce mécanisme est utilisé pour transférer au client une description – en langage html – qui spécifie à la fois le contenu et la structure d'une page. Cette description peut indiquer au programme qui l'interprète quelles ressources additionnelles aller chercher, et de quelle manière les afficher.

---

*preuve*, 5<sup>e</sup> éd., (Montréal, Wilson & Lafleur, 2005), p. 187 et s., n<sup>os</sup> 467 et s. ; Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012), p. 1.

83. Office de la langue française du Québec, *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne, s.v. « fureteur Internet », « Internet », « navigateur Internet », « page Internet », « page Web ».

Autrement dit, lorsqu'un utilisateur (le client) demande à accéder à une page Internet, le serveur source envoie à son adresse IP les instructions d'agencement des ressources requises à cette fin. Ces ressources sont compilées par le fureteur Internet de l'ordinateur de l'utilisateur, qui les stocke dans sa propre mémoire (la cache) puis les affiche selon les indications du codage fourni par le serveur source.

Grossièrement, une page Internet, c'est donc une série de déclarations que donne un serveur source à l'ordinateur de l'utilisateur sur l'endroit où trouver et la manière d'agencer différentes ressources.

### 2.2.2 L'archivage

#### 2.2.2.1 Le processus

Les archives numériques comme l'Internet Archive sont créées par balayage (*crawling*)<sup>84</sup>, un processus systématique de visite, d'extraction et d'entreposage de pages Internet. Les robots d'indexation Internet sont des logiciels envoyant des milliers de requêtes automatiques en continu dans l'Internet afin d'en collecter les ressources et de permettre à un moteur de recherche de les indexer, c'est-à-dire de créer des fichiers séquentiels permettant de les retrouver plus rapidement. Afin de hâter le processus de recherche, ces robots opèrent souvent selon des algorithmes de fréquentation ou des historiques de consultation.

Le robot indexeur de l'Internet Archive lui est fourni par Alexa Internet inc., nommée en hommage à la bibliothèque d'Alexandrie<sup>85</sup>. Balayer le Web permet de savoir ce qui s'y trouve mais également ce qui s'y consulte : Alexa, qui appartient aujourd'hui au groupe Amazon, s'est donné comme objectif la compilation de statistiques d'utilisation de l'Internet : indices de fréquentation, habitudes de consultation, indicateurs de trafic, etc.<sup>86</sup>.

84. À notre connaissance, seul le commissaire à la vie privée et à l'accès à l'information de la Saskatchewan a tenté une définition « judiciaire », dans *Re Regina Qu'Appelle Regional Health Authority*, 2012 CanLII 25520 (Sask. I.P.C.), n° 68 : « A Web crawler is technology that is used by search engines to gather, or "crawl," contents from webpages saved on Web servers. Crawling enables search engines to index, or process, the gathered contents. Indexing enables search engines to make contents searchable ».

85. Jessica LIVINGSTON, *Founders at Work – Stories of Startups' Early Days*, (New York, APress, 2009), p. 274.

86. Voir Alexa Internet, en ligne : <www.alexa.com> [site consulté le 31 octobre 2013]. À titre secondaire, l'Internet Archive utilise aussi Heritrix, un autre robot développé en partenariat avec le réseau de bibliothèques nationales nordiques Nordbib : Gordon MOHR *et al.*, « An Introduction to Heritrix – An open source archival quality Web crawler » (14 juillet 2003), présenté au *4th International Web Archi-*

Quoi qu'il en soit, quotidiennement, ce sont 1,6 téraoctet qu'emmagasine Alexa, pour une collection qui représente aujourd'hui plusieurs milliards de pages Internet en provenance de 16 millions de sites<sup>87</sup>. Chaque recension du Web prend environ deux mois<sup>88</sup>.

Les pages recensées par Alexa sont ensuite versées dans l'Internet Archive où elles sont indexées selon sa propre méthode. Notamment, les adresses des pages Internet archivées sont normalisées comme suit : <http://web.archive.org/web/AAAAMMJJHHMSS/http://site>, où « AAAMMJJHHSS » correspond au moment d'archivage par l'Internet Archive (et non au moment de la copie par Alexa du site Internet) et « site », à l'adresse Internet de la page visée. Ainsi, la page du cabinet Heenan Blaikie telle qu'elle se présentait dans sa première version recensée, soit celle mise en ligne à 19h09 le 27 novembre 1999, se trouvera à l'adresse suivante : <http://web.archive.org/web/19991127091909/http://heenanblaikie.com>. Une recherche dans la WBM produira une espèce de calendrier où seront indiquées les versions antérieures disponibles<sup>89</sup>. Bien que les délais puissent être écourtés ou allongés, cette indexation prend environ six mois, ce qui se traduit par autant de « retard » dans la banque de données de la WBM par rapport aux pages d'origine<sup>90</sup>.

Une fois versée dans l'Internet Archive, les pages possèdent une existence qui leur est propre : recension statique, la copie archivée ne subit pas les modifications qu'opère le propriétaire d'une page donnée à celle-ci. C'est d'ailleurs là l'intérêt de l'Internet Archive – et dans une moindre mesure celui de toute cache<sup>91</sup> –, c'est que son contenu n'est pas synchrone avec celui des pages dont elle l'a à l'origine tiré.

---

*ving Workshop* (Bath, R.-U., 16 septembre 2004), en ligne : <<ftp://88.159.80.109/e-books/textmining/heritrix-1.14.4/docs/Mohr-et-al-2004.pdf>> [site consulté le 31 octobre 2013].

87. Voir Alexa Internet, *Our Technology*, en ligne : <[www.alexa.com/company/technology](http://www.alexa.com/company/technology)> [site consulté le 31 octobre 2013].

88. Alexa Internet, *Our Technology*, en ligne : <[www.alexa.com/company/technology](http://www.alexa.com/company/technology)> [site consulté le 31 octobre 2013].

89. Versions qui pourront même être comparées entre elles grâce à l'outil DocuComp : Internet Archive, « DocuComp » *FAQs*, en ligne : <<http://archive.org/about/faqs.php#DocuComp>> [site consulté le 31 octobre 2013].

90. Internet Archive, *FAQs*, en ligne : <<http://archive.org/about/faqs.php>> [site consulté le 31 octobre 2013].

91. La mémoire cache et le site archivé fonctionnent selon le même principe, c'est-à-dire que l'un et l'autre emmagasinent sur leurs propres serveurs de l'information compilée à partir des serveurs d'autrui. Toutefois, la cache est un outil temporaire, visant essentiellement à alléger les recherches subséquentes (l'accessibilité des duplicatas n'est qu'une conséquence de la méthode), alors que l'archive cherche à constituer des collections de données, l'accès ultérieur à des versions antérieures étant le prime objectif. Les pages d'une cache sont donc remplacées au fur et à mesure que d'autres sont collectées, celles des archives, tout au contraire, s'em-

### 2.2.2.2 Caractère incomplet de l'archivage

Entendons-nous, l'Internet Archive est la plus vaste bibliothèque d'archives Internet disponible, et ce n'est pas peu dire : aujourd'hui, la banque de données de la WBM contient près de deux pétaoctets ( $10^{15}$ ) d'information, un volume qui s'accroît mensuellement d'environ vingt téraoctets ( $10^{12}$ )<sup>92</sup>. Pourtant, on ne peut accéder à toutes les pages Internet ayant existé via ses répertoires : elle est donc incomplète (2.2.2.1). Par ailleurs, des pages peuvent être accessibles mais ne pas refléter parfaitement les pages d'origine : le processus d'archivage, en effet, connaît certaines limites techniques (2.2.2.2).

#### 2.2.2.2.1 Pages non répertoriées ou rendues inaccessibles

L'inventaire disponible par la WBM connaît trois limites : la non-exhaustivité d'Alexa, la migration des contenus et les méthodes de protection.

**La non-exhaustivité d'Alexa.** L'Internet est vaste et si le balayage est continu, il n'est pas parfaitement exhaustif. D'abord, par contrainte technique, Alexa priorise les pages en fonction d'algorithmes de popularité : une page peu fréquentée sera répertoriée moins souvent et une page « orpheline », c'est-à-dire qui n'est liée à aucune autre page et à laquelle on ne peut accéder, donc, qu'en tapant directement l'adresse complète, ne le sera pas du tout.

Par ailleurs, les pages ne sont pas archivées dès qu'elles sont mises à jour sur le site d'origine, mais plutôt lorsqu'elles sont balayées par le robot d'Alexa. Il est donc possible que plusieurs modifications d'une page « d'origine » séparent deux archivages.

**La migration des contenus.** Autre limite, les changements d'adresse purs et simples : d'une recherche rapide, le site des *Cahiers de propriété intellectuelle* semble n'avoir été modifié qu'en 2013 : or, il est en ligne depuis 2001 mais, autrefois hébergé au [www.robic.ca/](http://www.robic.ca/)

---

pilent. Dans l'un et l'autre cas cependant, les données existent indépendamment du serveur d'origine. Pour une comparaison du fonctionnement de Google Cache et de l'Internet Archive, voir Bostjan BERCIC, « Protection of Personal Data and Copyrighted Material on the Web: the Cases of Google and Internet Archive », (2005) 14:2 *Information & Communications Technology Law* 17, 20.

92. Internet Archive, FAQs, en ligne : <<http://archive.org/about/faqs.php>> [site consulté le 31 octobre 2013]. Par comparaison, il y aurait environ 150 millions ( $10^8$ ) d'items à la Library of Congress ou à la British Library.



api, il l'est désormais plutôt au api.robic.ca. La WBM ne fait pas le lien entre les deux sites. En entrant l'ancienne adresse toutefois, il est possible d'accéder aux différentes versions antérieures.

Dans une veine analogue, lorsque la page archivée contient une instruction de redirection, c'est vraisemblablement sur la page actuelle que sera redirigé l'utilisateur. L'utilisateur de la WBM pourra alors avoir l'impression que le site n'a pas changé. Cette difficulté se contourne toutefois assez facilement grâce à la ligne du temps et au calendrier qui proposent toutes les versions précédentes : il suffira alors de sélectionner la version antérieure à la redirection automatique désirée<sup>93</sup>.

**L'exclusion.** Certains sites sont ensuite carrément exclus : c'est le cas des pages protégées par mot de passe. On peut également demander à l'Internet Archive de supprimer une page répertoriée<sup>94</sup> (par exemple, pour empêcher une violation de droits d'auteur les contenus archivés étant vraisemblablement protégés<sup>95</sup>, ou pour éviter de perpétuer la reproduction de propos diffamatoires ou portant atteinte à la vie privée)<sup>96</sup>.

- 
93. Internet Archive, « The page I want redirects now – how can I see the old versions? », *Frequently Asked Questions*, en ligne : <<http://faq.web.archive.org/the-page-i-want-redirects-now-how-can-i-see-the-old-versions>> [site consulté le 31 octobre 2013].
94. Voir Internet Archive, *Internet Archive's Terms of Use, Privacy Policy and Copyright Policy* (10 mars 2011), en ligne : <<http://archive.org/about/terms.php>> ; *Removing Documents from the WayBack Machine*, en ligne : <<http://archive.org/about/exclude.php>> [site consulté le 31 octobre 2013].
95. Voir Alyssa N. KNUTSON, « Proceed with Caution : How Digital Archives Have Been Left In the Dark », (2009) 24 *Berkeley Technology Law Journal* 437 ; Kinari PATEL, « “Authors v. Internet Archives” : The Copyright Infringement Battle Over WEB Pages », (2007) 89 *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 410 ; Kelly JINES-STOREY, « Does Rocky and Bullwinkle Hold the Key to Unlocking the Mystery of Fair Use in the Age of Internet Archiving? », (2007) 35 *Capital University Law Review* 1021.
96. Pour une exhortation judiciaire en ce sens, voir *Warman c. Kyburz*, 2003 TCDP 18, par. 86 : « À défaut d'une autorisation en ce sens dans la Loi, le Tribunal ne peut rendre une ordonnance contre un tiers. Cependant, nous encourageons les propriétaires du site Web Archive.org à songer sérieusement à supprimer le matériel offensant que renferme leur site. » La question du libelle « persistant », particulièrement dans les archives électroniques des journaux, semble avoir beaucoup intéressé les tribunaux britanniques : *Budu v. The British Broadcasting Corporation*, [2010] EWHC 616 (Q.B.), (23 mars 2010) ; *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, (5 décembre 2001) ; *Pro-Tec Covers Ltd v. Specialised Covers Ltd.*, [2011] EWPC 23, (18 octobre 2011). Pour le Royaume-Uni, sur l'utilisation de la WBM en matière de noms de domaine, voir *Plumbly v. Beatthatquote.com Ltd.*, [2009] EWHC 321 (Q.B.) et pour l'évaluation des dommages à la suite d'une violation de marque de commerce : *National Guild of Removers & Storers Ltd. v. Silveria (t/a C S Movers)*, [2010] EWPC 15 (12 novembre 2010), par. 33-34.

En outre, les gestionnaires de sites peuvent inclure des instructions antibalayage dans le codage de toutes ou certaines pages : ce sont les scripts d'exclusion<sup>97</sup>. La présence de l'instruction « /robots.txt » dans le codage d'une page Internet empêchera son indexation par Alexa et ce, de manière rétroactive. Plus exactement, les pages déjà archivées seront rendues indisponibles, c'est-à-dire que si l'instruction est supprimée dans une version postérieure des pages, les versions antérieures seront à nouveau accessibles. Celui qui cherche à accéder à un site archivé comportant un script d'exclusion verra s'afficher un message « robots.txt query exclusion error »<sup>98</sup>. Par contraste, les demandes d'exclusion sont permanentes et donnent lieu au message « blocked site error »<sup>99</sup>.

Le protocole d'exclusion est facultatif<sup>100</sup> mais respecté par Alexa (ainsi que par Google). Il peut y avoir des raisons légitimes de vouloir exclure son site, stratégie commerciale, protection des données, allègement de l'indexation ; à titre anecdotique, la page de CanLII sur la Commission des oppositions des marques de commerce<sup>101</sup> est protégée par un tel codage<sup>102</sup>.

#### 2.2.2.2 Pages incomplètes ou reconstituées

Il arrive également à l'occasion que des pages soient archivées de manière incomplète : des images peuvent disparaître, des fonctionnalités cafouiller, des hyperliens se rompre. Cela est d'autant plus fréquent lorsque le codage renvoie à des sources tierces. La présence de cadres, de contenu actif, comme les animations flash ou la lecture en transfert, ou d'éléments dynamiques, particulièrement le JavaScript, ou simplement de ressources demandant la collaboration d'un autre

97. *About /robots.txt*, en ligne : <[www.robotstxt.org/robotstxt.html](http://www.robotstxt.org/robotstxt.html)> [site consulté le 31 octobre 2013].

98. C'est le cas de certaines des versions antérieures du site Internet de la faculté de droit de l'Université McGill <<http://mcgill.ca/law>>, par exemple, celle du 17 octobre 2002.

99. Internet Archive, *FAQs*, en ligne : <<http://archive.org/about/faqs.php>> [site consulté le 31 octobre 2013].

100. *Supra*, note 97.

101. CanLII, *Commission des oppositions des marques de commerce*, en ligne : <[www.canlii.org/fr/ca/comc](http://www.canlii.org/fr/ca/comc)> où l'on peut lire « La description de ce résultat n'est pas accessible à cause du fichier <robots.txt> de ce site » [site consulté le 31 octobre 2013].

102. Plutôt que l'habituel signalement des mots-clés, Google affiche pour cette page, le message « La description de ce résultat n'est pas accessible à cause du fichier robots.txt de ce site ».

serveur, causent également certaines difficultés de recomposition des pages<sup>103</sup>.

Pour pallier ce problème, les différents médias d'une page donnée sont, à l'occasion, archivés en différé : plutôt qu'un instantané, certaines pages doivent donc être considérées comme un collage, c'est-à-dire qu'un premier balayage aura colligé certains éléments mais qu'il en faudra un deuxième pour qu'ils s'y trouvent tous. Évidemment, cela pose un problème quant à la date véritable de création de la page archivée.

### 2.2.3 Les pages archivées

Il importe à présent de s'interroger sur le rapport entre la page archivée et la page originale. Si le processus d'archivage était instantané, il existerait un moment où la page originale et la page archivée seraient identiques. À ce moment, la page archivée pourrait être traitée comme une copie de la page originale. Selon la règle de la meilleure preuve, la page originale devrait lui être préférée, à l'instar du régime applicable aux photocopies de documents, par exemple.

L'intérêt de l'archive toutefois réside dans ce que la page archivée acquiert une existence distincte de la page originale – ou, plus exactement, dans ce que la page originale puisse être modifiée par la suite sans que cela n'affecte la page archivée. Dès lors, la page dont a été tirée la page archivée n'étant plus accessible, la page archivée se trouve à être « la meilleure preuve » disponible de la manière dont elle se présentait alors. Reste bien sûr à savoir si elle présente une version fidèle de l'original. De manière analogue, on pourrait introduire en preuve la version imprimée d'un texte modifié par la suite pour montrer comment il se présentait lorsqu'il n'existe plus en version électronique que le texte modifié.

La page Internet archivée doit-elle être considérée comme un original pour autant ? Vraisemblablement pas. L'original, c'est plutôt la page Internet telle qu'elle figurait sur le site du requérant à une date donnée. Nous estimons préférable de traiter la page archivée comme une copie. C'est la conclusion à laquelle la juge Tremblay-Lamer en est venue dans l'affaire *ITV*<sup>104</sup>. C'est également implicite

---

103. Internet Archive, *FAQs*, en ligne : <<http://archive.org/about/faqs.php>> [site consulté le 31 octobre 2013] ; reconnu dans *Reed Solutions Plc c. Reed Elsevier Group Plc*, 2011 COMC 263, par. 11.

104. *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.*, 2003 CF 1056 (conf. à d'autres motifs dans *WIC TV Amalco Inc. c. ITV Technologies Inc.*, 2005 CAF 96 ; désistement de la demande d'autorisation de pourvoi n° 30935 (19 août 2005)), par. 13.

dans la justification que donne parfois la Commission des oppositions à la légèreté du fardeau d'un opposant relativement à un motif de non-conformité aux prescriptions de l'article 30 *L.m.c.* : si le document produit par l'opposant à même la version WBM du site du requérant n'en est pas une copie exacte, le requérant est normalement en meilleure position pour produire une copie conforme. Si l'on suppose qu'il existe un document avec lequel comparer la page archivée et qui l'emporte en cas de divergence, c'est que cette dernière ne peut constituer un original.

En outre, et en ce qui concerne le Québec particulièrement, comme on l'a vu, la *L.c.c.j.t.i.* permet d'accorder la même valeur au document technologique-copie qui assure les fonctions d'un original ou présente un caractère unique, si son intégrité est par ailleurs assurée (art. 12, al. 1 (1) et (2) *L.c.c.j.t.i.*)<sup>105</sup>. La question est dès lors de peu d'importance.

### 2.3 Quelques propositions de droit

Récapitulons les principales difficultés d'ordre technique qui peuvent surgir et voyons comment les tribunaux les ont traitées, le cas échéant.

- Preuve négative : le balayage d'Alexa n'est pas exhaustif. On ne peut donc pas inférer de l'absence d'une page dans l'Internet Archive qu'elle n'a jamais existé. Elle peut simplement n'avoir pas été capturée. La WBM ne peut véritablement être utilisée que pour une preuve « positive » de l'état d'une page<sup>106</sup>.
  - La plus ancienne des pages répertoriées sur l'Internet Archive peut n'être pas la première : dans une affaire devant l'OMPI, la première page recensée comportait un commentaire marqué comme ayant été publié « six months ago », ce qui suggérait que la page existait depuis au moins six mois au moment de sa capture<sup>107</sup>.

---

105. Voir Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012), p. 1, p. 14.

106. *St. Joseph Media Inc. c. Starwood Hotels & Resorts Worldwide Inc.*, 2010 COMC 188, par. 21 à 25 ; *ICI Canada Inc. c. IC Companys A/S*, 2012 COMC 55.

107. *Take-Two Interactive Software Inc. v. Chris Rivers*, affaire n° D2013-0014, (17 mars 2013), <gtavbeta.org>, (Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (UDRP)), p. 2.

- Par ailleurs, le caractère non exhaustif du balayage d'Alexa n'a pas d'incidence sur la fiabilité des données qui sont effectivement répertoriées<sup>108</sup>.
- Délai dans l'archivage : non seulement l'archivage n'est-il pas instantané, mais sa date est celle du téléversement dans l'Internet Archive et non celle de la publication de la page originale.
  - Si un site est soumis à un balayage particulièrement fréquent, il est possible que certaines captures se chevauchent.
  - Le délai peut parfois être interprété en la faveur d'une des parties, comme dans cette affaire où la Commission des brevets australienne a estimé que l'existence de la page quelque neuf mois avant la date de première publication alléguée lui permettait d'accepter, en prépondérance de preuve, que la page existait bel et bien à la date de la demande<sup>109</sup>.
- Reconstitution des pages : ainsi qu'on l'a observé précédemment, les pages peuvent avoir été reconstituées à l'aide de plusieurs balayages successifs : il est donc possible que la date de capture de certains éléments ne corresponde pas à celle de l'ensemble de la page, qui est celle qui s'affichera dans son chemin relatif.
  - Cette difficulté est inhérente à la manière dont les pages sont collectées : ce n'est pas qu'elles ne sont pas fiables, c'est que ce qui est compilé, malgré la date qui y est indiquée, n'a pas nécessairement été monté d'un seul coup. La restitution n'est jamais « falsifiée », en ce sens qu'on n'y importe pas des éléments extérieurs, mais elle peut être un collage ou elle peut être incomplète : ce n'est donc pas nécessairement une copie parfaite.
- Fonctionnalités manquantes : la fiabilité sera souvent question de contexte ou d'utilisation projetée. La question est celle de l'information que l'on cherche à impartir et de la possibilité pour le support choisi de la rendre convenablement et intégralement.
  - Par analogie, une décision canadienne permet de penser que la version imprimée d'une page Internet satisfera vraisemblablement le tribunal si l'on cherche à établir l'agencement d'éléments à un moment donné, mais qu'elle sera insuffisante

---

108. Voir en ce sens, Office européen des brevets, [2009] Journal officiel 32/456, en ligne : <[http://archive.epo.org/epo/pubs/oj009/08\\_09\\_09/08\\_4569.pdf](http://archive.epo.org/epo/pubs/oj009/08_09_09/08_4569.pdf)> [site consulté le 31 octobre 2013], p. 461 : « Ces archives sont certes incomplètes, mais cela ne nuit aucunement à la fiabilité des données qu'elles contiennent ».

109. *Sheng-Ping Fang*, [2011] APO 102 (20 décembre 2011), par. 95.

si l'on veut établir les liens entre diverses pages puisqu'elle ne les reproduit pas<sup>110</sup>.

- Les tribunaux ne sont pas toujours réceptifs aux inférences technologiques et on sera bien avisé d'expliquer en détail d'éventuelles hypothèses informatiques. Dans une affaire, l'opposante prétendait que si les hyperliens n'étaient pas restitués sur la page archivée, c'est qu'en fait, les liens n'étaient pas fonctionnels car le site était en construction à l'époque, et, partant, que la marque n'était pas employée en relation avec les services décrits dans la demande. La Commission a refusé de faire sienne cette proposition en l'absence d'« élément de preuve sur les fonctionnalités de sites Web archivés trouvés au moyen de Wayback Machine »<sup>111</sup>.
- Authenticité directe : le nom de domaine de la page archivée pourrait ne pas correspondre avec le nom de domaine du propriétaire. Preuve devra être faite que cette page émane bel et bien du propriétaire, par exemple, en expliquant qu'il y a redirection automatique<sup>112</sup>, faute de quoi la preuve sera rejetée<sup>113</sup>.
- Avertissements d'usage : l'Internet Archive indique que les archives qu'elle constitue peuvent n'être pas parfaites ; le modèle de déclaration sous serment qu'elle offre pour documenter la méthodologie de la WBM indique les principales limites de l'instrument<sup>114</sup>.
  - Pour l'Office européen des brevets, il s'agit là de termes d'usage auquel il ne faut pas accorder une importance démesurée<sup>115</sup>.

110. *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.*, 2003 CF 1056 (conf. à d'autres motifs dans *WIC TV Amalco Inc. c. ITV Technologies Inc.*, 2005 CAF 96 ; désistement de la demande d'autorisation de pourvoi n° 30935 (19 août 2005)), par. 13.

111. *1772887 Ontario Limited c. Bell Canada*, 2012 COMC 42, par. 16 ; *contra Bisset Automation Pty Ltd. v. Seagate Technology LLC*, [2008] ATMO 70 (12 août 2008), par. 19, décision australienne où l'on semble avoir tenu pour acquis que des hyperliens fonctionnaient sur la page d'origine.

112. En cas de redirection automatique par exemple, voir : *Motion Limited c. Brandlab AG*, 2011 COMC 91, par. 30.

113. *Lofaro c. Esurance Inc.*, 2010 COMC 216, par. 59. Voir aussi *Quiksilver International Pty Ltd. c. Equinox Entertainment Limited*, 2010 COMC 59, par. 24 ; *Ansell c. Industria De Diseno Textil SA*, 2013 COMC 171, par. 36 ; 2013 COMC 170, par. 27 ; 2013 COMC 169, par. 36.

114. Internet Archive, *Standard Affidavit*, online : <<http://archive.org/legal/affidavit.php>> [site consulté le 31 octobre 2013].

115. Office européen des brevets, *Communiqué de l'Office européen des brevets relatif aux citations Internet*, [2009] Journal officiel 32/456, en ligne : <[http://archive.epo.org/epo/pubs/oj009/08\\_09\\_09/08\\_4569.pdf](http://archive.epo.org/epo/pubs/oj009/08_09_09/08_4569.pdf)> [site consulté le 31 octobre 2013], p. 461 : « [C]es archives sont certes incomplètes, mais cela ne nuit aucunement à la fiabilité des données qu'elles contiennent. Il est également à noter que les avertissements juridiques relatifs à l'exactitude des informations fournies sont

- Scripts d'exclusion : l'ajout d'une instruction en cours de litige constitue une forme de destruction de la preuve. Autrement, comme on l'a indiqué, il peut y avoir des raisons légitimes expliquant la présence de telles instructions : protection de certaines informations, allègement du codage, choix commercial<sup>116</sup>.
  - La question des scripts d'exclusion ne s'est pas encore posée devant la Commission des oppositions mais, comme on le verra, certains tribunaux supranationaux peuvent en inférer la mauvaise foi d'une partie.
  - Rappelons que les scripts d'exclusion ne suppriment pas les pages protégées : à cet égard, un tribunal américain a jugé que l'on ne pouvait reprocher à une partie qui respecte normalement les scripts d'exclusion les manœuvres d'une autre pour les contourner : en l'espèce, une partie avait réussi à accéder à des pages protégées par un script d'exclusion en mitraillant la WBM de requêtes d'accès, si la plupart avaient été refusées, certains contenus avaient été affichés<sup>117</sup>. Rappelons aussi que désormais au Canada, celui qui contourne à dessein des mesures techniques de protection, c'est-à-dire des technologies ou dispositifs qui, dans le cadre normal de leur fonctionnement, contrôlent l'accès à une œuvre (art. 41 *L.d.a.*), s'expose, en sus de recours civils (par. 41.1(4) *L.d.a.*), à des sanctions criminelles (al. 41.1a), par. 42(3.1) *L.d.a.*).

---

d'usage fréquent et qu'ils ne sauraient être interprétés comme un signe négatif de la fiabilité effective du site Internet ».

116. Sur l'indexation de sites Internet généralement, voir : *Century 21 Canada Limited Partnership c. Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196.
117. *Healthcare Advocates Inc. v. Harding, Earley, Follmer & Frailey*, 497 F. Supp. 2d 627 (E.D. Pa.) (20 juillet 2007). Voir : Tom ZELLER Jr., « Keeper of Expired Web Pages Is Sued Because Archive Was Used in Another Suit », *The New York Times* (13 juillet 2005), p. C9 et Ralph C. LOSEY, « Should You Save and Search Internet Cache? », dans *e-Discovery – Current trends and Cases* (Chicago, ABA, 2008), 195-200. En bref, dans cette saga judiciaire, Healthcare Advocate, poursuivi par Health Advocate pour violation de droit d'auteur, mettait en place, quelques jours après l'institution des procédures, un script d'exclusion sur son site Internet. Malgré ce script, en inondant le site de l'Internet Archive de requêtes, les avocats de Health Advocate, le cabinet Harding Earley Follmer & Frailey, étaient parvenus à obtenir certaines des pages, auxquelles ils n'auraient pas dû avoir accès, vu la politique de l'Internet Archive de respecter les robots d'exclusion. La preuve ainsi obtenue a contribué à la victoire de Health Advocates. Healthcare Advocate s'est retourné contre l'Internet Archive et Harding Earley Follmer & Frailey les accusant d'avoir sciemment contourné des restrictions à l'accès, se rendant ainsi coupable d'une violation du *Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998). L'affaire a été réglée hors cour.

- Cadres : c'est la date du cadre et non celle de ses éléments constitutifs qui est recensée par l'Internet Archive et il est possible que ces dates ne correspondent pas<sup>118</sup>.
  - En théorie, une même page qui serait accessible directement ou à travers une page comportant des cadres pourrait donc n'avoir pas la même date d'archivage puisque dans le second cas, c'est la date de l'archivage du cadre que retiendra l'Internet Archive<sup>119</sup>.
- Objets extérieurs : qui comprend la façon dont le codage fonctionne peut manipuler le contenu des archives. Une page peut, dans son codage, renvoyer à un objet extérieur se trouvant sur le serveur du propriétaire du site. Ce propriétaire peut modifier cet élément, et par conséquent, ce qui s'affichera sur l'ordinateur de l'utilisateur, sans pour autant modifier le codage, et donc, sans déclencher une nouvelle indexation auprès d'Alexa et donc, une nouvelle page dans l'Internet Archive.
  - Une décision belge illustre ce cas de figure. Plutôt que de modifier le script html, le propriétaire de la page Internet mettait à jour un fichier flash, sauvegardé sur son serveur, vers lequel pointait le script html. La page affichée par la WBM pour chacune des pages archivées était donc identique à la page Internet courante, puisque le codage était demeuré identique, donnant ainsi l'impression que la page Internet existait dans cette forme à la date d'archivage<sup>120</sup>.

### 3. DROIT COMPARÉ

Ces questions et d'autres se sont posées devant certains tribunaux étrangers, dont il convient à présent de recenser brièvement quelques décisions. Ce sont des illustrations, bien sûr.

- 
118. Internet Archive, *FAQs*, en ligne : <[www.archive.org/faq](http://www.archive.org/faq)> [site consulté le 31 octobre 2013].
119. Raf F. CAERS et Jurgen M.H. DUYVER, « Don't Get Framed by WayBack Frames! », *Managing IP* (13 juillet 2011), 1, en ligne : <[www.managingip.com/Article/2864761/Dont-get-framed-by-Wayback-frames.html](http://www.managingip.com/Article/2864761/Dont-get-framed-by-Wayback-frames.html)> [site consulté le 1<sup>er</sup> août 2013] ; Deborah R. ELGROTH, « Best Evidence and the Wayback Machine: Toward a Workable Authentication Standard for Archived Internet Evidence », (2009) 78 *Fordham Law Review* 181, 202.
120. Yannick PHILIPPAERTS, « Manipulate Archived Internet Pages? Yes We Can! », *Managing IP* (11 septembre 2011), 1, en ligne : <[www.managingip.com/Article/2893466/Manipulate-archived-internet-pages-Yes-we-can.html](http://www.managingip.com/Article/2893466/Manipulate-archived-internet-pages-Yes-we-can.html)> [site consulté le 31 octobre 2013], à propos de la décision Anvers (7<sup>e</sup> ch., comm.), *BV Senz Umbrellas c. L'Anverre*, n° A/07/08418 (6 juin 2008).



### 3.1 États-Unis : le problème de la connaissance personnelle<sup>121</sup>

Aux États-Unis, c'est davantage la question de l'authenticité que celle de la fiabilité qui a arrêté l'attention des tribunaux. En effet, la question y a principalement été abordée par rapport à l'article 901a) des règles fédérales, portant que « [t]o satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is ». Sans cela, l'élément de preuve n'est que du ouï-dire. La loi précise que cela peut se faire au moyen d'« [e]vidence describing a process or system and showing that it produces an accurate result » (art. 901(b)(9)).

Pour une première école, seul le témoignage de l'auteur de la page Internet originale peut satisfaire au critère d'authenticité de l'article 901. En effet, les pages générées par la WBM étant « only as valid as the third-party donating the pages decides to make it »<sup>122</sup> et puisque ni l'Internet Archive ni Alexa ne garantissent l'exactitude de l'archivage, seul l'auteur des pages originales peut attester de leur fidélité à ses originaux. Le recours à la WBM n'est donc pas vérita-

- 
121. Pour un aperçu général de la question, voir Nathan A. SCHACHTMAN, « The WABAC on the Wayback Machine – Proving Up Internet History », (16 juin 2012) en ligne : <<http://schachtmanlaw.com/the-wabac-on-the-wayback-machine-proving-up-internet-history>> [site consulté le 31 octobre 2013] ; Stanley P. JASKIEWICZ, « Online Search and the Law », (mars 2012) en ligne : <[www.lawsgr.com/files/ALM\\_March\\_2012\\_I\\_Still\\_Havent\\_Found\\_28\\_11.PDF](http://www.lawsgr.com/files/ALM_March_2012_I_Still_Havent_Found_28_11.PDF)> [site consulté le 1<sup>er</sup> août 2013] ; George S. BELLAS et Patrick ANDES, « Internet Evidence: How to Authenticate Evidence from the Internet under the New Illinois Rules of Evidence », (2011) 56:6 *Trial Briefs* 1, en ligne : <[www.bellas-wachowski.com/files/e-discovery\\_-\\_isba\\_article\\_-\\_authenticating\\_internet\\_evidence\\_1-1-11.pdf](http://www.bellas-wachowski.com/files/e-discovery_-_isba_article_-_authenticating_internet_evidence_1-1-11.pdf)> [site consulté le 31 octobre 2013] ; Deborah R. ELGROTH, « Best Evidence and the Wayback Machine: Toward a Workable Authentication Standard for Archived Internet Evidence », (2009) 78 *Fordham Law Review* 181; INTA, « An Overview of The Wayback Machine Memo », dans *Report of the Discovery Practices and Procedures Subcommittee of the Enforcement Committee* par Brian O'BLENESS *et al.*, (2 novembre 2009) en ligne : <[www.inta.org/Advocacy/Documents/INTAWaybackMachine2009.pdf](http://www.inta.org/Advocacy/Documents/INTAWaybackMachine2009.pdf)> [site consulté le 31 octobre 2013] ; Gregory P. JOSEPH, « Trial Evidence in the Federal Courts: Problems and Solutions Sponsored with the Cooperation of the ABA Section of Litigation: Internet and Email Evidence », (2008) *American Law Institute* 559, en ligne : <[www.josephnyc.com/articles/viewarticle.php?58](http://www.josephnyc.com/articles/viewarticle.php?58)> [site consulté le 31 octobre 2013] ; Beryl A. HOWELL, « Proving Web History: How to Use the Internet Archive », [2006] *Journal of Internet Law* 3 ; David KESMODEL, « Lawyers' Delight: Old Web Material Doesn't Disappear », (27 juillet 2005) *Wall Street Journal*, p. A1.
122. *Novak v. Tucows Inc.*, No. 06-CV-1909, 2007 WL 922306, 2007 US Dist Lexis 21269, p. 5 (E.D.N.Y.) (26 mars 2007), conf. par No. 07-2211-CV, 2009 U.S. App. LEXIS 9786, p. 6 (2d Cir.) (6 mai 2009) ; voir aussi : *Chamilla LLC v. Pandora Jewellery LLC*, 85 USPQ 2d 1169 (SDNY) (27 septembre 2007), n° 4, p. 14.

blement utile puisqu'il est nécessaire de faire appel au propriétaire du site Internet d'origine.

Pour une seconde école<sup>123</sup>, la déclaration sous serment d'un représentant du site de cyberarchivage ayant une connaissance personnelle de la recherche effectuée – c'est-à-dire, portant qu'il a vérifié que les pages archivées sont des copies conformes des pages originales telles qu'elles existaient à la date mentionnée – peut suffire<sup>124</sup>, notamment parce qu'il est facile pour le défendeur, détenteur des originaux, de prouver l'inexactitude, le cas échéant, des copies<sup>125</sup>. L'Internet Archive propose de telles déclarations sous serment, lesquelles comportent une explication de certaines des limites de l'outil<sup>126</sup>.

Au Canada, la Commission des oppositions des marques de commerce s'écarte de la page originale d'un degré encore : ce qu'elle admet comme « fiables et nécessaires »<sup>127</sup>, c'est-à-dire comme établissant l'authenticité des pages archivées, ce sont les déclarations contenues dans l'affidavit de celui qui conduit les recherches dans l'Internet Archive, autrement dit, la déclaration d'un tiers<sup>128</sup> au tiers-

- 
123. *Telewizja Polska USA, Inc. v. EchoStar Satellite Corp.*, 2004 WL 2367740, 65 Fed. R. Evid. Serv. 673 (N.D. Ill.) (15 octobre 2004) ; *St. Luke's Cataract & Laser Inst., P.A. v. Sanderson*, No. 8:06-CV-223, 2006 U.S. Dist. LEXIS 28873, 2006 WL 1320242, par. 6, (M.D. Fla.) (12 mai 2006) ; *Healthcare Advocates, Inc. v. Harding, Earley, Follmer & Frailey*, 497 F. Supp. 2d 627 (E.D. Pa.) (20 juillet 2007) ; *SP Technologies, LLC v. Garmin International Inc. et al.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 94953 (N.D. Ill.) (9 octobre 2009) ; *Keystone Retaining Wall Sys. Inc. v. Basalite Concrete Prods LLC*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 145545 (D. Minn.) (19 décembre 2011).
124. *Telewizja Polska USA Inc. v. EchoStar Satellite Corp.*, 2004 WL 2367740, 65 Fed. R. Evid. Serv. 673 (N.D. Ill.) (5 octobre 2004), par. 14 ; voir aussi *St. Luke's Cataract & Laser Inst. P.A. v. Sanderson*, No. 8:06-CV-223, 2006 U.S. Dist. LEXIS 28873, 2006 WL 1320242, par. 6 (M.D. Fla.) (12 mai 2006) où la Cour a déclaré inadmissible l'affidavit produit aux fins d'un autre dossier. En tout état de cause cette approche ne semble guère réaliste dans le cas de la WBM.
125. *Telewizja Polska USA Inc. v. EchoStar Satellite Corp.*, 2004 WL 2367740, 65 Fed. R. Evid. Serv. 673 (N.D. Ill.) (15 octobre 2004), par. 14.
126. Internet Archive, *Standard Affidavit*, online : <<http://archive.org/legal/affidavit.php>> [site consulté le 31 octobre 2013].
127. *Candrug health solutions ltd. c. Thorkelson*, 2007 CF 411, par. 19 et 21 ; *Heather Ruth McDowell c. 2103214 Ontario Inc.*, 2012 TMOB 227, par. 15 à 18.
128. En pratique, il s'agira souvent d'un employé du cabinet d'avocats représentant la partie. Toutefois, on peut imaginer des situations plus litigieuses où il sera judicieux de faire effectuer les recherches par une personne neutre. Voir *Cross-Canada Auto Body Supply (Windsor) Ltd. c. Hyundai Auto Canada*, 2005 CF 1254, conf. par 2006 CAF 133 ; John MCKEOWN et Ruth CORBIN, « Wayback to the Future of Online Evidence », (1<sup>er</sup> février 2013) en ligne : <[www.gsnh.com/2013/02/01/wayback-to-the-future-of-online-evidence](http://www.gsnh.com/2013/02/01/wayback-to-the-future-of-online-evidence)> [site consulté le 31 octobre 2013]. Voir toutefois *Ali Baba's Middle Eastern Cuisine Ltd. c. Nilgun Dardere*, 2012 COMC 223.

archiveur. Sur la question du oui-dire, effleurée plutôt qu'abordée<sup>129</sup>, peut-on en conclure, si même il faut considérer les pages archivées comme des déclarations<sup>130</sup>, que c'est l'intégrité de la reproduction, la fiabilité du mécanisme d'archivage qui intéresse le tribunal, bien plus que la connaissance de la personne qui a effectué les recherches ? Cela pourrait expliquer cette affaire où la Commission a accepté une page archivée, l'estimant suffisamment fiable aux fins de la preuve que l'on tentait de faire, même s'il était possible que des liens dynamiques de la page originale ne soient plus fonctionnels sur la page archivée, et même si l'affiant ignorait ces limites<sup>131</sup>. Cela explique également que l'on s'attarde peu aux deux exceptions classiques que l'on pourrait être tenté d'invoquer pour contourner la prohibition sur le oui-dire, à savoir, dans la mesure où la page Internet d'origine émane de la partie adverse, la déclaration de celle-ci contre son intérêt (al. 31.3b) *L.p.C.*)<sup>132</sup>, ou le document constitué dans le cours des activités d'une entreprise (al. 31.3c) *L.p.C.*) – encore que l'on puisse alors se demander s'il faut considérer les activités de l'entreprise requérante ou celles de l'Internet Archive<sup>133</sup>.

### 3.2 Australie : « inadmissible », « peu fiable » et pourtant largement acceptée

Intéressant contraste en droit australien. D'une part, la Cour d'appel fédérale s'est déjà prononcée assez nettement, encore qu'en *obiter* et sans trop d'explication, à l'encontre de recherches entreprises sur la WBM afin d'introduire en preuve des versions antérieures de certaines pages Internet : au-delà même de la question de savoir si la preuve proposée pouvait bénéficier de l'une des exceptions à la règle de l'inadmissibilité du oui-dire – écrits habituellement utilisés dans le cours des affaires, document informatique –, « it is considered, inadmissible – or, even if admissible – of little reliability »<sup>134</sup>.

Pourtant, non seulement les tribunaux spécialisés en propriété intellectuelle acceptent-ils volontiers de tels documents – parfois

129. Voir toutefois *Bereskin & Parr c. Mövenpick-Holding*, 2008 CanLII 88341 (Comm. opp.), p. 6 du texte intégral.

130. *Supra*, note 77.

131. *Reed Solutions Plc c. Reed Elsevier Group Plc*, 2011 COMC 263.

132. Voir aussi Jean-Claude ROYER (coll. Sophie LAVALLÉE), *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd., (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008), p. 595 et s., n<sup>os</sup> 741 et s.

133. *Bereskin & Parr c. Mövenpick-Holding*, 2008 CanLII 88341 (Comm. opp.), p. 6 du texte intégral.

134. *E. & J. Gallo Winery v. Lion Nathan Australia Pty Limited*, [2008] FCA 934 (20 juin 2008), par. 129.

après analyse<sup>135</sup> mais souvent sans même se prononcer sur leur validité<sup>136</sup> –, mais il arrive à l'occasion aux commissaires d'effectuer leurs propres recherches complémentaires<sup>137</sup>. En toute justice, sans doute, comme au Canada, les documents ne sont-ils pas toujours contestés, voire sont-ils admis par les parties, mais, même lorsque la question est soulevée, le document finira généralement par être reçu en preuve, les commissaires reconnaissant volontiers à la WBM un caractère fiable, au moins *prima facie* :

The Internet Archive may not be entirely reliable in respect to dates of availability or content on a particular date, but absent any reason or evidence of error then the dates and content on Wayback Machine should be accepted on the balance of probabilities.<sup>138</sup>

Reste cette récente affaire où la Cour d'appel fédérale<sup>139</sup> confirme la détermination de fait du juge de première instance à l'effet qu'en l'espèce « alleged third party Internet uses did not greatly support the proposition that the words were being used as a trade mark in their own right » : si la preuve avait pu être pertinente, sans doute se serait-on penché plus avant sur l'admissibilité, un peu escamotée en l'espèce.

### 3.3 France : du respect des formes

En ce qui concerne la France, on a souvent lu dans un arrêt rendu en 2010 par la Cour d'appel de Paris<sup>140</sup> l'irrecevabilité de principe des constats d'huissier expliquant des recherches conduites sur l'Internet Archive. Il est vrai que cet arrêt, suivi deux ans après par le Tribunal de grande instance de Paris<sup>141</sup>, n'accorde aucune valeur probante à un tel constat et que la WBM y est décrite comme « un

135. Voir, par exemple, *CSL Limited v. Capital Securitisation (Holdings) Pty. Limited*, [2010] ATMO 42 (2 juin 2010).

136. Voir par exemple *Action Tours Pty Limited v. Dreamscape Tours Pty Ltd.*, [2008] ATMO 65 (28 juillet 2008) ; *P & T Basile Imports Pty Ltd. v. Aceto Balsamico del Duca di Adriano Grosoli S.R.L.*, [2011] ATMO 44 (30 mai 2011), par. 31.

137. *General Electric v. Galvin Engineering Pty Ltd.*, [2013] ATMO 32 (17 mai 2013), par. 39.

138. *Sheng-Ping Fang*, [2011] APO 102 (20 décembre 2011), par. 95 ; voir aussi : *DCK Australia Pty Ltd. v. Vincona Pty Ltd.*, [2008] ATMO 41 (29 mai 2008), par. 8-9 ; *Doteasy Technology Inc. v. Dot Easy Australia Pty. Ltd.*, [2011] ATMO 88 (6 septembre 2011), par. 6.

139. *Fry Consulting Pty Ltd. v. Sports Warehouse Inc. (No 2)*, [2012] FCA 81.

140. Cour d'appel de Paris (5<sup>e</sup> pôle, 2<sup>e</sup> chambre), *Saval, Établissements Laval c. Home Shopping Service (HSS)* (arrêt du 2 juillet 2010).

141. Tribunal de grande instance de Paris (3<sup>e</sup> chambre, 2<sup>e</sup> section), *Legende llc c. MG Demand Holding* (jugement du 27 mai 2011).

service d'archivage exploité par un tiers à la procédure, qui est une personne privée sans autorité légale, dont les conditions de fonctionnement sont ignorées [...] [et dont l']outil de recherches n'est pas conçu pour une utilisation légale »<sup>142</sup>.

Toutefois, il apparaît d'une lecture attentive que c'est plutôt qu'en l'espèce « l'absence de toute interférence dans le cheminement donnant accès aux pages incriminées n'[était] [...] pas garantie », la cour reconnaissant par ailleurs qu'il « n'est pas contesté que les pages en question n'ont pu faire l'objet de falsification postérieure »<sup>143</sup>. Il est vrai qu'en vertu de la présomption de fiabilité de ces actes officiels que sont les constats d'huissier, le respect des formes prescrites prend une grande importance en France. À preuve, ce récent arrêt de la Cour d'appel de Douai, où la fiabilité des services d'archives est qualifié de « contestable »<sup>144</sup>.

Cependant, au moins deux jugements ont par le passé accordé toute sa valeur probante à un constat portant sur les recherches effectuées dans des archives Internet<sup>145</sup>, un autre par la suite<sup>146</sup>, encore que sans grand commentaire, et une autre encore a affirmé qu'un constat respectant les formes valait comme preuve des faits constatés, témoignage ordinaire, en quelque sorte<sup>147</sup>.

Ce sont des illustrations. Certes, le droit de la preuve français diffère du nôtre ; toutefois, les critères d'évaluation du tribunal font largement écho à ceux que nous avons identifiés plus haut.

---

142. *Supra*, note 140.

143. *Ibid.*

144. Cour d'appel de Douai (1<sup>re</sup> chambre, 2<sup>e</sup> section), *Société NextIdea SASU c. SAS NextIdea une idée d'avance et al.* (arrêt du 30 avril 2013), numéro Jurisdata 2013-0083180, p. 6.

145. Cour d'appel de Paris (8<sup>e</sup> chambre, 2<sup>e</sup> section), *Louis Feraud International c. Viewfinder* (arrêt du 27 avril 2006), Dalloz 2006 n° 32, 2240 ; Tribunal de grande instance de Paris (3<sup>e</sup> chambre, 1<sup>re</sup> section), *Frédéric M. c. Ziff David* (jugement du 4 mars 2003).

146. Cour d'appel de Paris (5<sup>e</sup> pôle, 10<sup>e</sup> chambre), *Leguide.com c. Pewterpassion.com, Saumon's* (arrêt du 28 septembre 2011).

147. Cour d'appel de Paris (5<sup>e</sup> pôle, 2<sup>e</sup> chambre), *eBay c. Parfums Christian Dior, Kenzo Parfums, Parfums Givenchy, Guerlain* (arrêt du 3 septembre 2010) (inf. sur la seule question de la compétence des tribunaux français sur le demandeur : Cour de cassation (ch. comm.), *eBay International c. LVMH* (arrêt du 3 mai 2012) : même si la compétence des agents de l'Agence de protection des programmes est limitée quant aux constatations qu'ils peuvent faire en droit, « les constats qu'ils peuvent faire au-delà de leur champ de compétence matérielle, n'en constituent pas moins des éléments de preuve des faits constatés ».

### 3.4 Instances supranationales : réceptivité et habitude

Net contraste avec les hésitations et fluctuations des instances nationales, les autorités supranationales spécialisées en propriété intellectuelle, elles, reconnaissent presque unanimement la valeur probante des recherches effectuées avec la WBM.

#### 3.4.1 Office européen des brevets

De jurisprudence assez constante, l'Office européen des brevets admettait la validité des pages archivées, pourvu qu'elles soient soutenues d'un affidavit de l'archiviste ou de l'administrateur du site archivé<sup>148</sup>. Sa réceptivité à ce genre de preuve s'est accrue depuis, avec l'adoption d'abord d'un communiqué<sup>149</sup>, puis d'une directive autorisant l'examineur à utiliser un service d'archivage Internet pour « essayer d'obtenir des preuves supplémentaires pour établir ou confirmer [une] date » en l'absence de preuve en ce sens par les parties<sup>150</sup>.

#### 3.4.2 Centre d'arbitrage et de médiation de l'Office mondial de la propriété intellectuelle

Non seulement l'OMPI reconnaît-il dans plusieurs décisions la validité de principe de la WBM mais sa jurisprudence a développé une présomption de mauvaise foi à l'encontre de celui dont les pages contiennent des codes antibalayage<sup>151</sup>. Qui plus est, elle admet désor-

148. *Konami Corp.*, affaire T 1134/06 (16 janvier 2007) (Chambre de recours de l'Office européen des brevets) ; *Baxter Aktiengesellschaft c. Merck Serono SA*, affaire T990/09 (3 juillet 2012) (Chambre de recours de l'Office européen des brevets).

149. Office européen des brevets, *Communiqué de l'Office européen des brevets relatif aux citations Internet* [2009] Journal officiel 32/456, en ligne : <[http://archive.epo.org/epo/pubs/oj009/08\\_09\\_09/08\\_4569.pdf](http://archive.epo.org/epo/pubs/oj009/08_09_09/08_4569.pdf)> [site consulté le 1<sup>er</sup> août 2013].

150. Article G-IV, 7.5.4 des *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets* (16 septembre 2013), en ligne : <[www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/f/index.htm](http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/f/index.htm)> [site consulté le 31 octobre 2013].

151. *The iFranchise Group v. Jay Bean / MDNH, Inc. / Moniker Privacy Services*, affaire n° D2007-1438 (18 décembre 2007) <[ifranchise.com](http://ifranchise.com)> (Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (UDRP)) : « Increasingly, sophisticated respondents are employing robots.txt to prevent access to the historical use of a domain name involved in a UDRP proceeding. The employment of robots.txt is often employed after a UDRP complaint has been filed. Robots.txt has been employed in the present case, and when the Panel attempted to review the history of the use of the domain name at issue, its access to the historical Web pages was blocked. [para] It is the opinion of the Panel that absent convincing justification for the employment of robots.txt in a given case, the use of the device may be considered as an attempt by the domain name owner and operator to block access by the panel to relevant evidence. In such a case, it is the Panel's view that a panel is entitled to assume that reasonable factual allegations that a complainant has made as to the historical use of the Web site to which the domain name at issue

mais que la Commission administrative soit autorisée à procéder à des recherches factuelles limitées dans l'Internet Archive si elle estime que ces recherches lui sont nécessaires pour prendre une décision<sup>152</sup>. Elle devra toutefois donner aux parties l'occasion de présenter leurs observations sur les recherches, qu'elle entend utiliser lorsqu'elles ne sont pas « obvious »<sup>153</sup>.

Au-delà des particularités de chaque dossier, on remarquera le contraste entre la réceptivité des tribunaux nationaux de droit commun et celles des instances spécialisées, certaines de ces dernières allant jusqu'à se réclamer d'une espèce de connaissance d'office. Une telle attitude est-elle envisageable au Canada ?

#### 4. VERS UNE CONNAISSANCE D'OFFICE ?

Les tribunaux doivent prendre connaissance d'office du droit (art. 2807 *C.c.Q.*) mais également des faits notoires (art. 2808 *C.c.Q.*), c'est-à-dire les faits généraux, de connaissance courante, dont la

---

resolves are true and that the use of robots.txt in the particular case may be considered as an *indicia* of bad faith. » ; *Descente Ltd. and Arena Distribution, S.A. v. Portsportals Enterprises Limited*, affaire n° D2008-1768 (22 janvier 2009) <arena.com>, (Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (UDRP)) ; *Cleveland Browns Football Company LLC v. Andrea Denise Dinoia*, affaire n° D2011-0421 (27 avril 2011) <browns.com> (Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (UDRP)).

152. *Karl's Sales and Service Company LLC v. LaPorte Holdings Inc.*, affaire n° D2004-0929 (28 janvier 2005) <karlsappliances.com>, (Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (UDRP)) ; *National Football League v. Thomas Trainer*, affaire n° 2006-1440 (29 décembre 2006) <nfnetwork.com>, (Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (UDRP)) ; *La Française des Jeux v. Domain Drop S.A.*, affaire n° D2007-1157 (18 octobre 2007) <coteetmatch.com>, (Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (UDRP)) ; *Descente Ltd. and Arena Distribution S.A. v. Portsportals Enterprises Limited*, affaire n° D2008-1768 (22 janvier 2009) <arena.com>, (Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (UDRP)) ; *Cheung Kong (Holdings) Limited and Chueng Kong Property Development Limited v. Netego DotCom*, affaire n° D2009-0540 (29 juillet 2009) <長江.com>, (Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (UDRP)).
153. OMPI, *WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions*, 2<sup>e</sup> éd., (Genève, OMPI, 2011), en ligne : <www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0> [site consulté le 1<sup>er</sup> août 2013] : « This may include visiting the website linked to the disputed domain name in order to obtain more information about the respondent and the use of the domain name, consulting a repository such as the Internet Archive (at [www.archive.org](http://www.archive.org)) in order to obtain an indication of how a domain name may have been used in the relevant past, reviewing dictionaries or encyclopedias to determine any common meaning, or discretionary referencing of trademark online databases. A panel may also rely on personal knowledge. If a panel intends to rely on information from these or other sources outside the pleadings, especially where such information is not regarded as obvious, it will normally consider issuing a procedural order to the parties to give them an opportunity to comment ».

notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable ou dont l'existence peut être démontrée immédiatement et exactement par le recours à des sources facilement accessibles dont l'exactitude, elle, est incontestable<sup>154</sup>. On pensera aux dictionnaires<sup>155</sup>, aux atlas, aux encyclopédies, mais également désormais à certaines ressources électroniques : qui glane une définition sur Wikipédia<sup>156</sup> ou dans le Grand dictionnaire terminologique de l'Office de la langue française<sup>157</sup>, qui calcule une distance à l'aide de GoogleMaps<sup>158</sup>. La connaissance d'office, qui s'impose au juge (art. 2806 *C.c.Q.*)<sup>159</sup>, n'est pas une dispense de preuve ou un « substitut à la preuve extérieure », c'est un mode de preuve en soi, que l'on pourra rapprocher d'une présomption légale (art. 2847 *C.c.Q.*)<sup>160</sup>. En effet, en toute logique, si un fait est « raisonnablement incontestable », il est établi, autrement dit, ne peut être réfuté. De cela il s'ensuit que le juge qui prend connaissance d'office d'un fait n'a pas à le soumettre aux parties, qui n'ont pas la possibilité d'un contre-interrogatoire ou même de commentaires<sup>161</sup>. Le

- 
154. *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, p. 1156 ; voir aussi *Gagné c. St-Regis Co. Ltd.*, [1973] R.C.S. 814, p. 819 ; *Baie-Comeau (Ville de) c. D'Astous*, [1992] R.J.Q. 1483 (C.A.) ; voir généralement Danielle PINARD, « La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits en droit de la preuve », (1997) *Revue juridique Thémis* 87 ; John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>e</sup> éd., par Alan W. BRYANT, Sidney N. LEDERMAN et Michelle K. FUERST, (Toronto, LexisNexis, 2009), p. 1268 et s., n<sup>os</sup> 19.13 et s.
155. Dans le domaine des marques de commerce, voir, entre autres, *The Coca-Cola Co. of Canada Ltd. v. Pepsi-Cola Co. of Canada Ltd.*, (1940) 1 C.P.R. 293, (C.J.C.P.), par. 13 ; *Aladdin Industries Inc. c. Canadian Thermos Products Ltd.*, [1969] 2 R.C.É. 80, par. 22 ; *Envirodrive Inc. c. 836442 Alberta Ltd.*, 2005 ABQB 446 (B.R. Alb.), par. 53 ; *Yahoo! Inc. c. audible.ca inc.*, (2009) 76 C.P.R. (4th) 222 (Comm. opp.), par. 15 ; *Tradall SA c. Devil's Martini Inc.*, 2011 COMC 65 ; *Tradall SA c. Devil's Martini Inc.*, 2011 COMC 65, par. 29 ; *Ogopogo Media Inc. c. BC Jobs Online Inc.*, 2011 COMC 127, par. 15 ; *Whole Foods Market IP, LP c. Salba Corp NA*, 2012 COMC 5, par. 14.
156. Voir par exemple, *Anheuser-Busch c. Daum*, 2010 COMC 163, par. 18 ou, de manière plus étoffée, *R. c. Cianfagna*, 2007 CanLII 25904 (C. mun.), mais noter que le raisonnement du juge fait l'objet d'assez lourdes critiques dans 2008 QCCS 1078, par. 5 et s. qui finit par infirmer la décision (perm. d'appel à la C.A. rejetée : SOQUIJ AZ-50495292).
157. Voir par exemple, *Brais c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 858, par. 10.
158. Voir *R. c. Calvert*, 2011 ONCA 379 ; *contra Joliette (Ville de) c. X.*, 2010 QCCM 183, par. 83.
159. Monique DUPUIS et Pierre TESSIER, « La preuve à l'instruction », dans *Preuve et procédure*, coll. de droit, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012), p. 38.
160. Sur la question de la présomption absolue, voir : Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5<sup>e</sup> éd., (Montréal, Wilson & Lafleur, 2005), n<sup>os</sup> 89-90 et John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>e</sup> éd., par Alan W. BRYANT, Sidney N. LEDERMAN et Michelle K. FUERST, (Toronto, LexisNexis, 2009), n<sup>os</sup> 19.45 à 19.51, p. 1281 à 1283.
161. *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48 ; *Baie-Comeau (Ville de) c. D'Astous*, [1992] R.J.Q. 1483 (C.A.) ; *R. c. Balen*, 2012 ONSC 2209, par. 62 ; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5<sup>e</sup> éd., (Montréal, Wilson & Lafleur, 2005),



recours judiciaire à la WBM pourrait, peut-être, être justifié lorsque l'examineur a des fonctions d'enquêteur. Il saurait plus difficilement l'être toutefois dans un système contradictoire où il revient aux parties de faire leur preuve<sup>162</sup>. C'est donc avec prudence qu'il faut envisager la connaissance d'office *des pages elles-mêmes*<sup>163</sup>.

À cet obstacle de principe s'ajoute une difficulté pratique : la connaissance d'office ne peut par ailleurs « jamais porter sur les faits précis générateurs de droit dans un litige donné »<sup>164</sup>. Or, nous voyons mal ce qu'on pourrait tirer, dans le cadre d'une procédure d'opposition ou de radiation, d'une page Internet archivée qui ne soit pas en lien direct avec les allégations d'emploi. Voilà qui restreint substantiellement le recours à la WBM *proprio motu* par la Commission.

Une note toutefois. L'exigence de notoriété exclut, en principe, la connaissance judiciaire des faits spécialisés : on vise des faits de connaissance générale, courante, qui font partie du bagage ordinaire d'un juge<sup>165</sup>. On permettra toutefois une connaissance d'office plus pointue à certains tribunaux spécialisés, justement en raison de leur spécialité<sup>166</sup>. Peut-être, avec le temps, se développera-t-il à la Commis-

n<sup>os</sup> 89-90 ; Monique DUPUIS et Pierre TESSIER, « La preuve à l'instruction », dans *Preuve et procédure*, coll. de droit, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012), p. 411.

162. Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5<sup>e</sup> éd., (Montréal, Wilson & Lafleur, 2005), n<sup>o</sup> 76 ; Monique DUPUIS et Pierre TESSIER, « La preuve à l'instruction », dans *Preuve et procédure*, coll. de droit, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012), p. 410.

163. Sur le caractère strict de la connaissance d'office et la prudence dont les tribunaux doivent faire preuve en la matière, voir : *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48 ; *R. c. Malmo-Levine* ; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 28 ; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 65.

164. *Commonwealth Shipping Representative c. P. & O. Branch Service*, [1923] A.C. 191 ; *Petro-Canada c. Mabaie Construction inc.*, 2003 CanLII 6672 (C.A. Qué.), par. 11 ; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5<sup>e</sup> éd., (Montréal, Wilson & Lafleur, 2005), n<sup>os</sup> 81-82.

165. Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5<sup>e</sup> éd., (Montréal, Wilson & Lafleur, 2005), n<sup>os</sup> 75 et s. ; Danielle PINARD, « Le domaine de la connaissance d'office des faits », dans *Actes de la XVI<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État*, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004), p. 351.

166. *Canadian National Railways Company c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1939] R.C.S. 308, p. 317 : « The board is not bound by the ordinary rules of evidence. In deciding upon question of fact, it must inevitably draw upon its experience in respect of the matters in the vast number of cases which come before it as well as upon the experience of its technical advisers. » ; voir plus récemment *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249, par. 44 et 49 et Luc COTE et Catherine DUBE-CAILLE, « La connaissance d'office et la spécialisation de la Commission des lésions professionnelles », dans *Service de la formation continue, Barreau du Québec, Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013), p. 137.

sion des oppositions une connaissance plus pointue de *l'outil* qu'est la WBM, voire une pratique, qui lui permette de prendre connaissance d'office de *son fonctionnement* par exemple. Pour l'instant toutefois, la jurisprudence ne nous permet pas d'affirmer que cela fasse partie de la connaissance générale de la Commission. Son existence, peut-être<sup>167</sup>, ses rouages, non.

Tout cela posé, on peut supposer que la réceptivité de la Commission à l'égard de l'utilisation de la WBM tient bien davantage du fait que, généralement, le requérant aura en sa possession les originaux des pages archivées et qu'il pourra, le cas échéant, repousser facilement la présomption de fiabilité que la jurisprudence y attache. Cette assurance toutefois ne vaut que pour les pages issues des sites Internet dont les parties sont propriétaires. Elle n'a pas lieu d'être lorsqu'il s'agit des pages du site d'un tiers puisqu'il n'est alors pas plus facile pour l'opposant que pour le requérant d'en démontrer la conformité aux originaux.

L'Internet Archive est un instrument dont on ne saurait négliger l'importance, ne serait-ce qu'au niveau de la collecte et la vérification des faits. On peut toutefois se surprendre de ce que les résultats estampillés WBM soient presque systématiquement acceptés, sans autre explication ni réserves. D'autres éléments de preuve issus d'Internet ne connaissent généralement pas un sort aussi favorable, l'encyclopédie collaborative Wikipédia pour ne donner qu'un exemple évident<sup>168</sup>. Il nous semble que quelques explications ressortant de la preuve ou une justification pointue des décideurs soutiendraient d'autant plus une conclusion de la fiabilité. Commode, la WBM l'est assurément, mais la facilité ne devrait pas obscurcir les exigences du droit de la preuve.

---

167. Après tout, la Cour suprême elle-même l'a déjà utilisé dans sa liste des autorisés. Voir : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés d'assurances*, 2008 CSC 66, [2008] 3 R.C.S. 453.

168. Voir par exemple, *Araj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 261 ou *R. c. Cianfagna*, 2008 QCCS 1078 (perm. d'appel à la C.A. rejetée : SOQUIJ AZ-50495292 ; encore que la Commission des oppositions se montre, encore ici, plus réceptive que d'autres tribunaux depuis *Conseil canadien des ingénieurs professionnels c. Alberta Institute of Power Engineers*, 2008 CanLII 88223 (Comm. opp.), par. 12. Voir superficiellement Jean-François DE RICO, Patrick GINGRAS et Nicolas VERMEYS, « La fiabilité de la preuve issue du Web », (15 avril 2013) *Conférence des juristes de l'État 2013*, en ligne : <[www.conferecedesjuristes.gouv.qc.ca/%2Ftextes-de-conferences%2Fpdf%2F2013%2FLa\\_fiabilitedelapreuve\\_issueduweb.pdf](http://www.conferecedesjuristes.gouv.qc.ca/%2Ftextes-de-conferences%2Fpdf%2F2013%2FLa_fiabilitedelapreuve_issueduweb.pdf)> [site consulté le 31 octobre 2013].