

IT.CAN NEWSLETTER/BULLETIN

Canadian IT Law Association

www.it-can.ca

Part 1 of this newsletter is prepared by Professors [Anne Uteck](#) and [Teresa Scassa](#) of the Law and Technology Institute of [Dalhousie Law School](#). Part 2 of this newsletter is prepared by Professors [Pierre Trudel](#) and [France Abran](#) of the L.R. Wilson Chair in Information Technology and Electronic Commerce Law, Université de Montréal.

Les auteurs de la première partie du présent bulletin sont les professeurs [Anne Uteck](#) et [Teresa Scassa](#) de l'Institut de droit et de technologie de la [Faculté de droit de l'Université de Dalhousie](#). Les professeurs [Pierre Trudel](#) et [France Abran](#) de la Chaire en droit des technologies de l'information et du commerce électronique L.R. Wilson de la Faculté de droit de l'Université de Montréal ont rédigé la seconde partie du présent bulletin.

Part 1

Competition Law

The Competition Bureau has announced its first resolution under [Project FairWeb](#), a surveillance and enforcement program aimed at combating misleading and deceptive advertising on the internet. The case involved Performance Marketing Ltd. who sold Zypapex and Dyapapex Diet Patches through their affiliates and advertised on numerous web sites hosted under a variety of URLs. The company was found to have made false claims about the patches and failed to enforce its anti-SPAM policy. As part of a [Consent Agreement](#) registered with the Competition Tribunal, Performance Marketing has agreed to refund Canadian consumers, stop using SPAM as a marketing device, and post a corrective notice on their Web site.

Copyright Law

In [Amico Imaging Services v. Canadian Private Copying Collective](#), the Federal Court of Appeal considered three applications for judicial review of the third tariff setting decision of the Copyright Board under Canada's private copying regime. The aspects of the Board's decision under review were: a ruling that the zero-rating scheme of the Canadian Private Copying Collective (CPCC) was illegal; a ruling that the private copying regime was not a tax, was in pith and substance a matter relating to

copyrights, and therefore was not in violation of the constitution; and a ruling that a levy can be imposed on memory embedded in MP3 players.

On the constitutional issue, Noel J.A. for the unanimous court upheld the decision of the Board. He ruled that the private copying regime was in pith and substance in relation to copyright law, which he defined as involving "the establishment of a legal framework allowing rightsholders to be rewarded for the reproduction of recorded music by third parties." (at para 32) Noel J.A. went on to consider the issue of whether the levy was an unconstitutional tax. Applying the Supreme Court of Canada's criteria from [Westbank First Nations v. British Columbia Hydro and Power Authority](#), he ruled that the first four criteria for a tax were met by the levy scheme. The fifth and final criterion from [Westbank](#) was "whether the levy can properly be labeled as a tax, or whether it is better described as a regulatory charge" (at para 53). Noel J.A. opted for characterizing the levy as a regulatory charge. He noted that the private copying regime provides a complete and detailed code of regulation; levies are calculated according to a detailed valuation model; the levy is calculated to advance the statutory scheme; the parties subject to the levy (producers of blank audio recording media) caused the need for the regulatory scheme; and the scheme "has a regulatory purpose which seeks to affect the behaviour of individuals" (at para 70). This purpose is to enable and encourage individuals to record music onto blank media, thus causing greater dissemination of recorded music and increased creative efforts by rightsholders. Noel J.A. stated: "I have no doubt that Part VII encourages creation by ensuring that rightsholders obtain some financial reward for their creation in circumstances where they previously did not." (at para 71).

Noel J.A. next considered the zero-rating scheme established by the CPCC. This scheme was set up by the CPCC to exempt certain users who are not engaged in the private copying of music to obtain their blank audio recording media from authorized manufacturers without the need to pay the levy.

To be exempted, users would have to meet criteria set by the CPCC and enter into agreements with the CPCC. The users benefiting from the zero-rating scheme included law enforcement agencies, advertising agencies, film, music and video industries, courts and tribunals, religious organizations, broadcasters, software companies, government and a range of other businesses. The zero-rating system became so widely used that in 2003, contracting parties were required to pay a fee to contribute to the cost of administering the scheme. Because the Board had ruled that the zero-rating scheme was illegal, it disregarded the zero-rating scheme in setting its levy on blank audio recording media.

Noel J.A. accepted the Board's position that it did not have the authority to create exemptions from the legislation. Since the private copying scheme already expressly contained certain exemptions from the levy, the Board could not create additional exemptions. Further, in the case of legislated exemptions under the Act, the legislation empowered Cabinet to create the procedures for administering the exemption. Noel J.A. observed that "Given that Parliament has reserved to Cabinet the task of creating the procedures for administering a legislated exemption, it cannot credibly be suggested that Parliament envisaged that the CPCC could create and administer exemptions in the form of the zero-rating program that are not explicitly created by the statute." (at para 99). Noel J.A. also remarked on the Board's conclusions that by administering the zero-rating scheme, the CPCC, without express legislative authority, was in a position to wield extensive discretionary power within the marketplace for blank audio recording media. As a result, the Board was correct in not taking the zero-rating scheme into account in setting the levies. The impact of such a decision is significant. As Noel J.A. noted, "If the exemptions are not authorized, the levy must be calculated on the basis that all purchasers of blank media will pay it. If the exemptions are authorized, the levy must be adjusted upwards to account for the levy-free purchases of blank media under the program." (at para 114) Noel J.A. noted that the CPCC could continue to waive the collection of levies from certain users if it so wished, it "can no longer expect that the Board will compensate it for the negative impact of the program on its revenues." (at para 121). Noel J.A. declined to order a stay of this part of the

decision pending an appeal to the Supreme Court of Canada.

Noel J.A. then considered the third judicial review application relating to the levy on embedded memory in MP3 players. It was argued that this embedded memory did not constitute an "audio recording medium" within the meaning of s. 79 of the Act. In particular, it was argued that the permanent memory was not a "medium", but rather was inseparable from the device. The interpretation was one with potentially significant consequences. Noel J.A. noted: "If, indeed, digital audio recorders (or the memories embedded therein) fall outside the scope of the definition, copyright infringement could result from the use of such devices to private copy." (at para 147). Noel J.A. went on to rule that the embedded memory was part of the device, and not a "medium". Because the embedded memory (hard disc) was identical in nature to that found in other devices, it was the device itself - an MP3 player - that determined the imposition of the levy. Thus, "it is the device that is the defining element of the levy and not the memory incorporated therein". (at para 152) This part of the Court's decision is likely to have implications for the upcoming appeal to the Federal Court of Appeal in *BMG Canada Inc. v. John Doe*.

Privacy

A joint investigation by the Office of the Information and Privacy Commissioner of Alberta (OIPC) and the Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPC) has found violations of provincial and federal privacy laws after an Alberta couple received several misdirected fax transmissions containing personal medical information about an identifiable individuals. Both investigations determined that human error was responsible for the privacy breaches. The [Alberta Report](#) concludes that the disclosures by two doctors and three clinics were in contravention of the *Health Information Act*. The [Federal Report](#), for the first time, identifies the names of the organizations subject to the complaint. The Assistant Privacy Commissioner concludes that both Dynacare, medical laboratories, and Viewpoint, diagnosis consultation services, disclosed personal information without the consent of the individual, contrary to the provisions of *PIPEDA*. To address what appeared to be the

larger concern of mishandling faxes with confidential patient information, both the OIPC and the OPC recommended that organizations implement and comply with fax policies and procedures that protect personal information, implement a process to notify individuals whose personal information has been inadvertently disclosed via misdirected facsimiles, and review and update employee confidentiality/privacy agreements on a yearly basis.

Spam

After meeting with key stakeholders to review the progress of the [Anti-Spam Action Plan for Canada](#), the government's Task Force on Spam has agreed to a series of [Best Practices for ISPs and Other Network Providers](#) aimed at reducing spam before it reaches the end-user. A final report is scheduled to be submitted to the Minister of Industry in the spring of 2005.

Telemarketing

Industry Minister David Emerson has tabled legislation to facilitate the creation of a national Do-Not-Call List. Under [Bill C-37](#), Canadians who do not wish to receive calls from companies offering goods and services would be able to add their telephone number to a single, centralized registry that telemarketers will be required to download regularly and respect. The proposed amendments to the *Telecommunications Act* address the role of the CRTC with respect to regulating unsolicited telecommunications and give the CRTC the authority to levy substantial fines against telemarketers who do not follow the rules. If the Bill becomes law, it is expected that the CRTC will undertake a consultation process with respect to implementation of a national Do-Not-Call List, including the question of whether charities, political parties or public agencies would be exempt under the legislation.

2^{ème} partie

Télémarketing – Canada

Le 13 décembre 2004, le ministre de l'Industrie du Canada a présenté un projet de loi afin de réduire le nombre d'appels de télémarketing non sollicités reçus par les Canadiens. La *Loi modifiant la Loi sur les télécommunications* donne au CRTC le pouvoir de créer une liste nationale de numéros de téléphone exclus et d'imposer des amendes en cas d'appels en contravention des restrictions associées au registre. Une fois la liste des abonnés auto-exclus établie, les personnes qui ne désirent pas recevoir des appels de compagnies qui vendent des produits et des services pourront ajouter leur nom à une liste unique et centralisée que les entreprises de télémarketing devront télécharger régulièrement et respecter.

[Chambre des communes du Canada](#), *Loi modifiant la Loi sur les télécommunications*, Projet de loi C-37, 1^{er} session, 38^e législature, première lecture le 13 décembre 2004.

Accès à l'information et protection des renseignements personnels – Québec

Le projet de loi no 86 déposé à l'Assemblée nationale le 16 décembre propose des ajustements à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* de même qu'à certaines autres lois. Le projet clarifie le champ d'application des exigences en matière d'accès aux documents et de protection des renseignements personnels. Il remplace l'expression « renseignements nominatifs » par le vocable plus contemporain de renseignements personnels. Il institue une obligation de mise en œuvre de politiques de diffusion systématique de renseignements par les ministères et organismes gouvernementaux notamment dans un site Internet.

Au plan de la collecte, de l'utilisation, de la communication et de la conservation des renseignements personnels, le projet de loi met de l'avant des dispositions qui pourraient possiblement favoriser la mise en place de services en ligne et de services intégrés. Les exigences relatives aux finalités d'utilisation des renseignements personnels au sein

d'un organisme public sont assouplies. Les conditions relatives aux échanges de fichiers de renseignements personnels sont assorties d'exigences additionnelles.

La Commission d'accès à l'information est scindée en une section de surveillance et une section juridictionnelle. Alors que le président et d'autres personnes désignées assument les fonctions de surveillance, ce même président exerce, avec les membres affectés à la section juridictionnelle, les pouvoirs juridictionnels de la CAI.

Tant dans le secteur public que le secteur privé, le projet de loi précise que l'obligation de prendre des mesures de sécurité raisonnables pour assurer la protection des renseignements personnels est conditionnée par la sensibilité, la quantité, la répartition, leur support ainsi que la finalité de leur utilisation.

Enfin, diverses modifications visent à accorder aux victimes d'actes criminels le droit de connaître certaines informations sur les personnes qui ont été condamnées pour ces actes.

[Assemblée nationale du Québec](#), *Loi modifiant la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et d'autres dispositions législatives*, Projet de loi no 86, 1^{er} session, 37^{ème} législature.

Renseignements personnels dans le domaine de la santé – Québec

Le 10 décembre 2004, le ministre de la Santé et des Services sociaux du Québec a présenté un projet de loi qui modifie la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*. Ce projet vise à soutenir le nouveau mode d'organisation des services (en réseaux intégré), mis en place en application de la Loi sur les agences de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux, sanctionnée le 18 décembre 2003.

L'intégration des services passe par l'informatisation et la circulation de l'information dans le réseau de la santé. À ce sujet, le projet de loi propose de nouvelles situations où la communication de renseignements personnels contenus au dossier de l'utilisateur est autorisée sans son consentement si cela est nécessaire à la réalisation de certaines finalités. Il

met également en place des services de conservation de certains renseignements de santé concernant une personne qui y consent; une personne peut y consentir pour une période de cinq ans et révoquer en tout temps ce consentement. Ces services de conservation visent entre autres à « fournir aux intervenants habilités de l'information pertinente et à jour afin de faciliter la prise de connaissance rapide des renseignements de santé d'une telle personne au moment de sa prise en charge ou lors de toute prestation de services de santé fournis par ces intervenants, en continuité et en complémentarité avec ceux dispensés par d'autres intervenants ».

Assemblée nationale du Québec, Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives, Projet de loi no 83, 1^{er} session, 37^{ième} législature.

Guichet unique multiservices – Québec

La ministre responsable de l'Administration gouvernementale a présenté un projet de loi instituant Services Québec, un mandataire de l'État. Services Québec a pour mission d'offrir un guichet unique multiservices afin de permettre un accès simplifié à des services publics aux citoyens et aux entreprises. Il a pour fonction, entre autres, de « développer une approche intégrée dans la prestation des services publics de façon à en assurer l'efficacité » et d'« offrir des services de renseignements et de référence pour faciliter les relations entre l'État et les citoyens ou les entreprises ».

Assemblée nationale du Québec, Loi sur Services Québec, projet de loi no 63, 1^{er} session, 37^{ième} législature.

Partenariat public-privé – Québec

Le 26 octobre 2004, la Commission d'accès à l'information (CAI) a présenté un mémoire aux membres de la Commission parlementaire des finances publiques dans le cadre de l'étude du projet de loi n° 61, *Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec*. Ce projet de loi s'inscrit dans le vaste programme de révision du rôle de l'État

et définit les règles qui encadreront les partenariats entre organismes publics et entreprises du secteur privé.

Le transfert de responsabilités d'un organisme public clairement assujéti à la Loi sur l'accès vers une entreprise privée, sur qui repose des obligations de transparence aux contours incertains, nécessite de donner aux citoyens l'assurance que les partenariats public-privé (PPP) et la transparence iront de pair et que la Loi sur l'accès répondra à leurs besoins d'information. La CAI propose diverses mesures pour permettre que l'information pertinente relative aux partenariats public-privé soit accessible aux citoyens. Il s'agit, entre autres, de l'assujettissement des filiales de l'Agence au respect des obligations de la Loi sur l'accès et la reconnaissance du caractère public de certains documents tels les contrats de partenariat et les plans d'affaires.

En ce qui concerne la protection des renseignements personnels, la CAI invite les autorités gouvernementales à ajouter à leurs principes directeurs certaines balises qui assureraient une complète protection des renseignements personnels, par exemple en prévoyant que l'organisme public demeure toujours imputable de la gestion des renseignements personnels qui seront communiqués ou colligés dans le cadre d'un partenariat. Les contrats de partenariat doivent aussi être explicites quant aux obligations respectives des partenaires au chapitre de la protection des renseignements personnels.

Commission d'accès à l'information, Mémoire sur le projet de loi no 61, Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec, Commission parlementaire des finances publiques, Septembre 2004,.

Cyberdémocratie – Québec

L'utilisation des outils en ligne afin de compléter ou renforcer les processus consultatifs ou décisionnels s'inscrit désormais dans plusieurs stratégies visant à renforcer les processus démocratiques. On parle de processus cyberdémocratiques pour désigner les différentes situations dans lesquelles on a recours à Internet pour mener en tout ou en partie des activités visant à débattre de matières d'intérêt public. Il peut s'agir de consultations du public au

moyen de forums de discussion, de vidéoconférences s'ajoutant à des processus déjà en place au cours desquels les citoyens posent des questions aux élus ou leur font connaître leurs points de vue.

Le *Guide pour maîtriser les risques juridiques des cyberconsultations* expose comment déterminer et gérer les exigences juridiques lors de la mise en place et l'utilisation des environnements d'Internet pour des processus cyberdémocratiques.

Ce guide identifie d'abord les qualités que doit présenter tout processus de consultation, puis cerne les démarches à effectuer afin de virtualiser un processus de consultation régi ou non par des lois spécifiques, pour ensuite préciser les enjeux et les risques généralement associés à l'usage des outils et fonctionnalités de cyberconsultation sur Internet. Finalement, il propose des modèles de politiques, de directives, de règlements et autres suggestions afin de gérer ces risques.

France ABRAN, Karim BENYEKHLIEF, Cynthia CHASSIGNEUX, Rosario DUASO CALES, Richard E. LANGELIER et Pierre TRUDEL, *Guide pour maîtriser les risques juridiques des cyberconsultations*, Centre de recherche en droit public, Préparé pour le Sous-secrétariat à l'inforoute gouvernementale et aux ressources informationnelles du Secrétariat du Conseil du trésor et le Groupe de travail sur la cyberdémocratie du Gouvernement du Québec, novembre 2004, 110 p., disponible en format PDF à www.chairelrwilson.net.

Programmation controversée – Canada

Le 15 juillet 2004, le [CRTC](#) décidait d'ajouter la chaîne Al-Jazira, qui est un service d'émissions de nouvelles et d'affaires publiques en arabe, à ses listes de services admis pour une distribution en mode numérique (avis public 2004-51). Il a assorti sa distribution de conditions à ce jour inédites, soit de conserver les enregistrements des émissions et de surveiller le contenu des émissions. Cette décision est un précédent, selon l'auteur, puisque les entreprises de distribution sont assujetties, pour la distribution de ce service, à des obligations dévolues généralement à des entreprises responsables des émissions.

Pierre TRUDEL, *Canada : la distribution d'Al-Jazira engendre une riposte peu orthodoxe*, [medialex](#), 4/04, 188.

À signaler

Forum des droits sur l'Internet, *Télétravail en France, Recommandation du Forum des droits sur l'Internet*, 14 décembre 2004.

Forum des droits sur l'Internet, *Synthèse du forum de discussion « Racisme, xénophobie et antisémitisme sur l'internet : que faire? »*, 3 décembre 2004.

Forum des droits sur l'Internet, *Achats de Noël 2004 : vive le net! Un guide pratique pour acheter en toute tranquillité sur internet*, 24 novembre 2004.

This newsletter is intended to keep members of IT.Can informed about Canadian legal developments as well as about international developments that may have an impact on Canada. It will also be a vehicle for the Executive and Board of Directors of the Association to keep you informed of Association news such as upcoming conferences.

If you have comments or suggestions about this newsletter, please contact Professors Anne Uteck and Teresa Scassa at it.law@dal.ca if they relate to Part 1 or Pierre Trudel at pierre.trudel@umontreal.ca if they relate to Part 2.

Disclaimer: The IT.Can Newsletter is intended to provide readers with notice of certain new developments and issues of legal significance. It is not intended to be a complete statement of the law, nor is it intended to provide legal advice. No person should act or rely upon the information in the IT.Can Newsletter without seeking specific legal advice.

Copyright 2005 by Anne Uteck, Teresa Scassa, Pierre Trudel and France Abran. Members of IT.Can may circulate this newsletter within their organizations. All other copying, reposting or republishing of this newsletter, in whole or in part, electronically or in print, is prohibited without express written permission.

Le présent bulletin se veut un outil d'information à l'intention des membres d'IT.Can qui souhaitent être renseignés sur les développements du droit canadien et du droit international qui pourraient avoir une incidence sur le Canada. Le comité exécutif et le conseil d'administration de l'Association s'en serviront également pour vous tenir au courant des nouvelles concernant l'Association, telles que les conférences à venir.

Pour tous commentaires ou toutes suggestions concernant la première partie du présent bulletin, veuillez contacter les professeurs Anne Uteck et Teresa Scassa à l'adresse électronique it.law@dal.ca ou en ce qui concerne la deuxième partie, veuillez contacter Pierre Trudel à pierre.trudel@umontreal.ca.

Avertissement : Le Bulletin IT.Can vise à informer les lecteurs au sujet de récents développements et de certaines questions à portée juridique. Il ne se veut pas un exposé complet de la loi et n'est pas destiné à donner des conseils juridiques. Nul ne devrait donner suite ou se fier aux renseignements figurant dans le Bulletin IT.Can sans avoir consulté au préalable un conseiller juridique.

© Anne Uteck, Teresa Scassa, Pierre Trudel et France Abran 2005. Les membres d'IT.Can ont l'autorisation de distribuer ce bulletin au sein de leur organisation. Il est autrement interdit de le copier ou de l'afficher ou de le publier de nouveau, en tout ou en partie, en format électronique ou papier, sans en avoir obtenu par écrit l'autorisation expresse.