

# IT.CAN NEWSLETTER/BULLETIN

Canadian IT Law Association

[www.it-can.ca](http://www.it-can.ca)

Part 1 of this newsletter is prepared by Professors [Robert Currie](#), [Chidi Oguamanam](#) and Stephen Coughlan 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 [Robert Currie](#), [Chidi Oguamanam](#) et Stephen Coughlan 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

### Contract: Exclusion/Limitation of Liability on a Website

The British Columbia Supreme Court has delivered its decision in *Kobelt Manufacturing Company (KMC) v. Pacific Rim Engineered Products (1987) Ltd (PREP)*. In this case KMC, a manufacturer of hydraulic brakes for industrial use in drilling rig installations, claims the sum of \$116,333.30 being monies owed to it by PREP arising from the supply of brakes by KMC. PREP's principal defence is that it was not liable for the amount claimed because pursuant to *Sale of Goods Act* the brakes were not fit for its intended purposes, which were made known to KMC. The amount claimed was a balance from \$400,000 worth of orders for brakes between the parties. Apart from denying that the products were not fit for their intended purposes, the plaintiff seller's case is that the buyer did not communicate the particular purpose the brakes were to be used. In addition, the plaintiff denied that the buyer relied on the seller's expertise in selecting the brake for the purposes it the (buyer) intended. According to the seller, the leaking which the buyer experienced arose because the brakes were used improperly by the buyer's end-users. In any case, KMC insists that the warranty it provided and the accompanying exclusion clauses were sufficient to exclude it from liability arising from the alleged defects in the products.

The said warranty and exclusion clause which KMC relies upon is mentioned in a delivery slip that referred PREP or buyers in general to the terms on a website. The brakes were delivered in a packing slip which indicated that: "Terms and Conditions - <http://www.kobelt.com/terms.html> eg. Warranty is void if not installed according to diagrams, specifications and recommendations" (para 18). The terms and conditions which appear on KMC website made reference to a 5-year warranty while including additional details. Under the heading of "liability" in the terms and conditions on the website were the following words: "In no event shall Kobelt's liability exceed the price paid for the product from direct, indirect, special, incidental, or consequential damages resulting from the use of the product, its accompanying software or its documentation ...". There was additional information that purported to exclude the seller from statutory conditions or obligations under the *Sale of Goods Act*. After reviewing the evidence and the authorities, the court concluded that PREP did not convince it that it communicated the purpose for which it intended to use the brakes to KMC. Also, the court found that PREP did not prove that it relied on KMC's expertise in the decision regarding the brakes.

In regard to whether the terms and conditions on KMC's website were adopted into the contract as to constitute part of it, the court held that "the website address with respect to Kobelt's warranty was posted on its shipping invoice which, on evidence, the buyer received after having placed its order" (para 109). The court concluded that "the contract between the parties was formed at the time of first order of the brakes. Hence, I find that the website terms were not incorporated into the agreement as they were not part of the agreement at the time the contract was formed" (para 114). This is more so when the orders were not placed electronically. In effect, the exclusion and limitation of liability were not operable as sufficient notice of them was not given to the buyer before or at the time of making the contract. The court also rejected as unsatisfactory KMC's evidence to the effect that an officer of PREP

had actual knowledge of the exclusion clause on the basis of prior dealing. According to the court, such evidence is vague and imprecise in regard to actual timing and the extent of the officer's knowledge. In the alternative, the court held that should its finding that the exclusion clause on the website was not part of the contract not be correct, then there was need to review and interpret the clause strictly. It found that the language of the clause was ambiguous and not sufficient to oust the implied statutory condition of fitness for purpose. Consequently the court concluded (finding for the KMC) that "had I found a statutorily implied condition of fitness for purpose, I would have concluded that the exclusion clause did not have the effect of ousting a statutory implied condition or that the liability of the seller is limited to the price paid for the goods because the provision was ambiguous as to whether it limited liability for breach of condition of fitness for purpose" (para 150).

## Internet Defamation of a Minor vs. Open Court Principle

The Nova Scotia Court of Appeal has delivered its ruling in *A.B. v. Bragg Communications Inc.* The Appellant (A.B.) is 15 year old girl. She sues through her father who is her litigation guardian. The appellant alleged that (an) unidentified person(s) created a fake Facebook profile of her using her photograph and a slightly modified version of her name, and included other details that identified her. The profile allegedly included a description of the appellant's physical features, her weight as well embarrassing sexual remarks with very intimate detail. Facebook took down the fake profile page but not before someone saved it and made it available to the appellant who, along with her father, retained a lawyer for purpose of discovering who was responsible for creating the profile. Facebook supplied the IP address associated with the account and a printout of its content. The address which was determined to be hosted Eastlink displayed a numerical sequence which located it in Dartmouth. The respondent Bragg Communications Inc. owns the ISP, Eastlink. Consequently, the appellant applied to the Chambers Judge for an order requiring the respondent to disclose the identity of the person(s) responsible for the defamatory and fake Facebook profile. In addition, the appellant also applied for an

order to allow her to proceed by way of pseudonym (her initials) and for a partial publication ban so as to prevent the publication to the public of the Facebook profile which she claimed to be defamatory.

Even though Bragg Communications did not object to the first request, Halifax Herald Newspaper and Global Television opposed the two reliefs (for use of pseudonym and partial publication ban). Following hearing in Chambers, Justice LeBlanc filed a written decision in which he ordered Bragg Communications to disclose the identity of the owner/operator of the IP address. He, however, turned down the appellant's two other requests. In the present appeal, which Halifax Herald and Global Television oppose, but regarding which Bragg Communication takes no position, the appellant argues, among other things, that the Chambers Judge erred by not considering the special vulnerability of children and by ignoring the apparent risk of harm which publication or disclosure of her name would have.

In regard to the order of confidentiality (i.e. use of pseudonym) the appeal court adopted the Supreme Court of Canada two-prong *Dagenais/Metuck* test which must be met by parties seeking to limit the principle of open court. According to the court, that test comes in handy whenever the court is required to balance the fundamental freedom guaranteed under the Charter (specifically freedom of expression and freedom of the press in the present case) against other important interests. According to the court, the appellant neither satisfied the Chamber's Judge that such an order will prevent serious risk to proper administration of justice nor that its salutary effects will outweigh the deleterious effects in regard to truncating the right to free expression.

Regarding the claim that the Chambers Judge failed to address the special vulnerability of children, the appeal court observed that the issue of *parens patriae* jurisdiction was not raised in the Chambers proceedings and was first raised on appeal. Consequently, "it hardly behoves the appellant to complain that LeBlanc J. "failed" to exercise his *parens patriae* jurisdiction, when he was never invited to do so during the Chambers hearing" (para 55). Overall, the court held that the protections accorded to minors under rules of court "are neither uniform nor absolute" (para 70). Such protections are extended with regard to specific contexts under

the rules of court. Internet defamation of a minor does not activate *parens patriae* jurisdiction and associated restriction which the court may impose in family law cases or in proceedings relating to crimes of sexual nature. In dismissing the appeal and fully upholding the Chambers Judge, the appeal court observed: “Defamation is a claim that one’s reputation has been lowered in the eyes of the public. To initiate an action in for defamation, one must present oneself and the alleged defamatory statements before a jury in open court. To be able to proceed with a defamation claim under a cloak of secrecy, strikes me as being contrary to the quintessential features of defamation law ...” (para 80). As opposed to damaging A.B.’s reputation, the court held that news reporting of the proceedings will inform the public that A.B. is taking action to challenge the alleged lies in the fake Facebook profile. “Should she be successful, one might expect that she should be lauded for her courage in defending her good name and rooting out on-line bullies who lurk the bushes, behind a nameless IP address. The public will be much better informed as to what words constitute defamation, and alerted to the consequences of sharing information through social networking among “friends” on a 21st century bulletin board with proven global reach” (para 102).

## **“Value for Signal” Billing of Cable Companies by Local Television Stations**

On March 22 2010, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission concluded that different financial arrangements should potentially exist between local television stations and the cable companies which re-broadcast their signals (see the [IT.Can newsletter of April 9, 2010](#)). However, there was disagreement over whether the Commission had jurisdiction to implement its proposal. Accordingly, the Commission referred that question to the Federal Court of Appeal. That court has now rendered its [decision](#), finding that the proposed arrangements are within the Commission’s jurisdiction.

At present, cable companies pick up the on-air signals of local television stations for free and re-broadcast them for a fee to subscribers. However, although cable companies do not pay for the local programming, the CRTC requires them to provide

particular benefits to local stations. These benefits include:

- (a) mandatory carriage of a local station’s signals to subscribers in that station’s local market;
- (b) placement of the local station’s signal on a channel more likely to be selected by subscribers;
- (c) substitution of the local station’s advertisements for those on an American station if the same program is being broadcast on both channels at the same time;
- (d) contribution of 1.5% of gross revenues to a local programming improvement fund accessible by local stations in non-metropolitan markets, and;
- (e) payment for carriage of distant signals.

Under the final benefit, a cable company wishing to distribute a local television station’s signal outside of that station’s local market must obtain the consent of the station, through a free market negotiation that might require the payment of compensation.

In its March 22 2010 decision, the CRTC concluded that the existing scheme no longer responded to changed market conditions. Most notably, where at one point local television stations had had more than twice the revenue of cable companies, that situation had now reversed. Accordingly, the CRTC had proposed a new arrangement, which was summarized in the Federal Court of Appeal’s decision:

[8]... • A private local television station would have the right to choose to negotiate with BDUs for compensation for the right to retransmit the station’s signals. If no agreement is reached, the station could prevent the BDUs from retransmitting its signals.

- A private local television station that chooses to participate in the value for signal regime would forego all existing regulatory protections, including mandatory distribution, priority channel placement and simultaneous substitution.
- The regulatory protections (as in place from time to time) would continue to benefit any private local television station that chooses not to participate in the value for signal regime.

- The Commission would be involved in the negotiation of agreements under the value for signal regime only if the parties do not negotiate in good faith or if the parties ask the Commission to arbitrate.

As noted, however, the CRTC recognized that there was dispute over their jurisdiction to order this remedy. Accordingly the question before the Federal Court of Appeal was not what should be done, but whether the CRTC had jurisdiction to make the order it planned. The Federal Court of Appeal held that the CRTC did in fact have that jurisdiction. Looking at the *Broadcasting Act*, the court concluded that in general terms the CRTC had jurisdiction over these kind of policy decisions. The only issue was whether something removed their jurisdiction to make the particular order in question.

The argument against jurisdiction was based on the *Copyright Act*. It was argued that the *Copyright Act* gave cable companies the right to re-broadcast signals: under section 31(2)(d) it was required to pay a fee for re-broadcasting distant signals, but there was no reference to payment for local signals. Accordingly, it was argued, the *Copyright Act* gave cable companies the right to re-broadcast signals without payment of a fee, and therefore that the CRTC could not create a scheme requiring payment of such a fee.

The Federal Court of Appeal was unpersuaded by this argument. They noted that section 31(2)(b) of the *Copyright Act* required that any rebroadcasting be lawful under the *Broadcasting Act*. That meant, they held, that any user right in section 31(2) had to comply with “the *Broadcasting Act*, any regulations made under the *Broadcasting Act*, and any conditions the Commission has attached to the retransmitter’s broadcasting licence” (para 38). They concluded that, in effect, Parliament had placed the goals of the *Broadcasting Act* above those of the *Copyright Act*, where they conflicted in this context. The argument against CRTC jurisdiction, on the other hand, attempted to reverse that and place the *Copyright Act* above the *Broadcasting Act*.

The court also rejected several other arguments based on the history of the *Copyright Act*, statements by the federal government, or statements of the CRTC. The federal government had taken no position in the litigation, and the CRTC had been the one to seek a judgment about its jurisdiction to grant

this remedy. Accordingly it was held that the CRTC did have jurisdiction to impose the value for signal regime.

The dissenting judge would have held that the clear implication of the *Copyright Act* was that no fee needed to be paid for local signals, and therefore that the CRTC could not require a scheme involving such a payment.

## Forum Conveniens

The Ontario Court of Appeal has found that Ontario was a suitable jurisdiction for a libel action by an Ontario resident suing over a book review written by an Australian and published in an American journal which was distributed by print and online in Ontario with its decision in *Paulsson v. Cooper*. The applicant had written a book called *Secret City: The Hidden Jews of Warsaw, 1940-45*, which was reviewed critically in the *Slavic Review*, a journal published in the United States. The applicant claimed that the review had damaged his reputation and hindered his career by preventing him from obtaining a teaching position.

Among the considerations was that the review was not published on the website of the *Slavic Review*: it was argued that this fact, coupled with the fact that the respondents had no presence in Ontario, should defeat the claim. The Court of Appeal did not accept this argument. They noted that the publication was not in a newspaper, which might be expected to be thrown away after some time, but was in a journal which was accessible to the target audience in the Slavic studies community. The review was eventually available in libraries online through the JSTOR website, which archives academic articles. Further, the court noted, the case was not one where the defamation was alleged to have occurred exclusively over the internet: 81 copies of the journal had been distributed to Ontario libraries. Accordingly the Court of Appeal overturned the application judge’s order finding that the action could not proceed in Ontario.

Also on internet defamation, note that the first defamation action based on a Twitter posting has been [settled](#).



## 2<sup>ème</sup> partie

### Preuve par Facebook

Monsieur assume la garde de sa fille et Madame exerce des droits d'accès. Il demande que les accès de Madame à sa fille soient dorénavant supervisés étant donné sa conduite et ses problèmes d'alcool et de drogue. Le tribunal ordonne que les accès de Madame à sa fille soient sous la supervision des grands-parents paternel. « Selon la preuve non contestée, Madame menace la sécurité de sa fille par sa conduite irresponsable, comme le démontre sa page Facebook, où elle a écrit qu'elle serait ivre du 1<sup>er</sup> décembre 2010 au 4 janvier 2011. »

- *Droit de la famille-11446*, 2011 QCCS 805 (CanLII), 16 février 2011.

### Achat sur Internet – Bien non conforme à la publicité

Le demandeur commande sur Internet auprès de la compagnie 7032935 Canada Inc., un extenseur de pénis pour lequel il verse la somme de \$262.33. Il s'agit d'un appareil que l'on applique sur le pénis, lequel doit être porté durant un certain nombre d'heures quotidiennement. La publicité promet une garantie de résultat dans un délai de six mois. Le demandeur affirme avoir respecté toutes les instructions émises par le fabricant. Il a porté l'appareil pendant une période d'environ six mois, pour une durée minimale de 500 heures; ce qui s'est révélé douloureux et très inconfortable. Malgré le nombre d'heures d'utilisation, il n'a constaté aucun résultat, si minime soit-il. Il réclame donc l'annulation du contrat, le remboursement de la somme payée, soit \$262.33 et \$500.00 à titre de dommages-intérêts pour utilisation inutile de l'appareil, lequel a affecté grandement sa qualité de vie.

Il s'agit d'un contrat à distance assujetti à la *Loi sur la protection du consommateur*, laquelle prévoit des dispositions précises relatives à ce type de contrat. La preuve ne permet pas de conclure à l'existence d'un contrat écrit, tel que prévu à la *Loi sur la protection du consommateur*. Cette loi est d'ordre public et le défaut de respecter ses dispositions permet le recours en annulation de contrat. En outre, la publicité du fabricant garantit

un résultat concret et mentionne qu'à défaut, le client a droit au remboursement total de la somme versée. Même en l'absence d'une telle publicité, il est indéniable que le produit annoncé doit donner le résultat promis, ce qui n'est pas le cas. Pour ce motif, la requête en annulation de la vente est bien fondée et le tribunal ordonne le remboursement de la somme versée pour l'acquisition de l'appareil. Quant aux dommages-intérêts, le Tribunal doit pondérer la demande du demandeur. Ce dernier a été quelque peu l'artisan de son propre malheur. Il a continué à porter un appareil qui le faisait souffrir et ce, pendant des centaines d'heures. En persistant à l'utiliser, il assume partiellement les conséquences et les effets désagréables. Le tribunal évalue donc à \$200.00 le montant des dommages-intérêts auxquels le demandeur a droit.

- *Servant c. 7032935 Canada inc. (Hot-g-vibe)*, 2011 QCCQ 1545 (CanLII), 10 février 2011.

### Communication de la preuve via Internet : absence d'interfaces adéquates

Les requérants font partie d'un groupe de 155 accusés sous plusieurs chefs d'accusation. La Couronne allègue que les requérants sont tous des membres ou associés des Hells Angels et entend démontrer que tous les H.A. du Québec forment une seule organisation criminelle dont les membres se livrent au trafic de stupéfiants et/ou de substances désignées depuis 1992 et que la plupart ont commis des meurtres afin de faciliter ce trafic. La quantité de preuve que la Couronne doit communiquer aux requérants, compte tenu des accusations qui s'étalent sur une période d'environ 20 ans, est importante. La Couronne a transmis un courriel aux procureurs des requérants les avisant que la divulgation de la preuve serait transmise dorénavant via un site internet créé par le Ministère de la Justice. Les requérants plaident que le mode de divulgation via le site d'internet ne respecte pas l'obligation constitutionnelle que doit respecter la Couronne en matière de divulgation de la preuve. Ils font valoir que le mode de divulgation retenu par la Couronne ne permet en fait qu'une consultation de la preuve et non la divulgation de la copie à laquelle les requérants ont droit. Ils soutiennent également que le site internet est difficile d'accès, n'est pas confidentiel et sécuritaire

et que l'utilisation du site internet empêche les procureurs des requérants de respecter plusieurs obligations déontologiques.

La Cour juge que les requérants ont établi chacun de ces reproches et ont droit à la communication de la preuve sur disque dur. Lorsque les divulgations ont commencé sur le site internet en mai 2009, aucun moteur de recherche n'était prévu. C'est la présentation de la requête qui a incité la Couronne à fait installer un outil de recherche. La Cour estime que l'outil de recherche devrait à tout le moins être aussi efficace que ceux qu'on retrouve dans des programmes standard sur les ordinateurs personnels.

Le téléchargement du contenu des divulgations fut problématique depuis le début du projet. Il n'y avait aucune possibilité de télécharger l'ensemble des parties téléchargeables des divulgations en une seule opération. Pour télécharger l'ensemble du dossier, il aurait fallu procéder à au-delà de quatre millions d'opérations. Les fichiers audiovisuels n'étaient pas téléchargeables. C'est le résultat d'un choix délibéré de la police. On a opté pour rendre les fichiers vidéo « streamables », ce qui permettait de débiter le visionnement d'une vidéo en ligne aussitôt choisie mais par le téléchargement.

La Cour prend soin de préciser que le jugement ne devrait pas être interprété comme une déclaration que l'internet ne pourra jamais être utilisé à l'avenir pour communiquer la preuve. Mais il importe que des moyens soient mis en place afin de permettre à chaque requérant et à chaque accusé de se préparer adéquatement et dans un délai raisonnable.

- *Daniel Beaulieu et al. c. La Reine*, 2011 QCCS 639 (CanLII), 4 février 2011.

## Injonction et dommages intérêts suite à des propos considérés diffamatoires publiés en ligne

Du 3 septembre 2008 au 21 février 2009, le défendeur a fait publier sur le même site Internet que celui utilisé par le demandeur une publicité négative concernant les produits et les services offerts par ce dernier. Cette publicité a été visualisée par plusieurs personnes. Les propos diffusés par le défendeur sont qualifiés de diffamatoires. Le Tribunal ajoute que par

ses agissements, le défendeur avait l'intention de nuire au demandeur, de porter atteinte à ses droits et de laisser des marques. Le défendeur plaide, pour sa part, son droit à la libre expression. À cela la Cour répond que « ce dernier avait certes la possibilité d'exprimer son mécontentement, mais la liberté de l'un s'arrête ou celle de l'autre commence. » Le Tribunal déclare qu'il « n'a pas à apprécier ici la qualité du produit ni des services offerts, ou encore, si le défendeur avait raison de se plaindre mais bien d'analyser la portée des paroles du défendeur sur la personne du demandeur » et considère que les conditions permettant l'émission d'une injonction permanente sont réunies.

- *Kindinformatique.com c. Tardif*, 2011 QCCS 736 (CanLII), 5 janvier 2011.
- Voir, pour une analyse différente au sujet du droit à l'injonction en matière de diffamation en ligne : *Prud'homme c. Rawdon (Municipalité de)*, 2010 QCCA 584 (CanLII), 26 mars 2010.

## Omettre de fournir des informations suffisantes quant au caractère confidentiel d'un NIP est une faute – Absence de lien de causalité

Le demandeur réclame 30 000,00 \$ à la Caisse à la suite de retraits non autorisés dans son compte. Le montant réclamé à la Caisse représente la perte subie sur un certificat de dépôt à terme. La Caisse plaide n'avoir commis aucune faute et absence de causalité. Pour ce qui concerne les retraits sur le compte du demandeur, le Tribunal doit déterminer si la Caisse a été fautive en ne donnant pas au demandeur – le cas échéant – l'information relative à la confidentialité du numéro d'identification personnel (NIP) rattaché à la carte-guichet remise au demandeur. La prépondérance de la preuve amène le Tribunal à conclure que la Caisse n'a pas remis au demandeur les conditions d'utilisation ni ne lui a-t-elle expliqué le contenu de la clause de confidentialité contenue dans ce document. L'importance de ces informations porte à conclure que ce manquement de la part de la Caisse est fautif. Mais le Tribunal ne peut conclure que c'est cette faute qui a causé l'appauvrissement du demandeur car celui-ci connaissait l'importance

de garder son NIP confidentiel. La Caisse a commis une faute lors de l'ouverture du compte mais cette faute n'a pas elle-même entraîné la perte dont se réclame le demandeur : celle-ci a été causée par la faute d'un tiers, facilitée par sa négligence inexcusable.

En ce qui a trait aux virements non autorisés sur un certificat de dépôt, la situation est différente : il y avait absence d'ordres de virement. Une institution financière a une obligation de prudence et de diligence dans ses rapports avec ses clients, celle-ci aurait dû vérifier. La Caisse n'a pas eu la conduite d'une personne prudente et diligente ayant à cœur les intérêts de son client.

- *Léveillé c. Caisse populaire Desjardins Pierre-de-Saurel*, 2011 QCCQ 951 (CanLII), 12 janvier 2011.

## **Brouillage de la frontière entre « vie de travail » et vie privée**

Les normes minimales relatives à la durée du travail tracent une frontière entre le temps de travail pendant lequel le salarié exécute sa prestation de travail sous l'autorité de l'employeur moyennant rémunération et le temps de repos pendant lequel il a la libre disposition de son temps sans être soumis au pouvoir de contrôle de l'employeur. Il existe cependant un troisième temps où le salarié, sans être considéré au travail, ne dispose pas de la liberté de vaquer à ses occupations personnelles et reste subordonné à une éventuelle demande de l'employeur. Après avoir présenté le cadre général de cette obligation de disponibilité du salarié en vertu du Code civil du Québec, des lois du travail et de la Charte des droits et libertés de la personne, cet article en explore les effets particuliers dans le contexte actuel marqué par l'émergence de formes d'emploi atypiques et de nouvelles technologies. A l'aide d'illustrations tirées de la jurisprudence, il montre que cette obligation de disponibilité permet aux entreprises de disposer à moindre coût d'un bassin de main-d'oeuvre flexible dont le volume peut varier en fonction des besoins momentanés de la production et du service et que cette situation a des effets très importants sur les droits des salariés en cause.

- Guylaine VALLÉE, « *Les nouvelles formes d'emploi et le « brouillage » de la frontière*

*entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salarié ? »*, *Lex electronica*, automne 2010.

## **Internet et information**

Quels sont les médias les plus consultés par les adultes québécois avant de procéder à un achat ? Quelles sont les informations les plus recherchées sur Internet ? La télévision a-t-elle toujours la cote en tant que source d'information ?

Ce fascicule explore les sujets de recherche en ligne préférés des Québécois, les modes de communication les plus utilisés et ceux émergents. On y apprend que les sujets liés à la technologie et à la culture intéressent principalement les jeunes alors que les sujets reliés au divertissement et à l'actualité attirent les plus nantis. La télévision, en tant que source d'information sur les actualités, est encore le média préféré des québécois mais est en légère perte de vitesse. Quant à la collecte d'information avant l'achat, les non-internautes préfèrent de loin les médias traditionnels pour s'informer avant un achat, alors que les internautes préfèrent Internet. Le courriel est le mode de communication le plus utilisé par les adultes internautes québécois que ce soit pour les usages professionnels ou personnels tandis que les réseaux sociaux s'adressent à une niche très pointue de la population, soit les tranches d'âge les plus jeunes et les étudiants.

- CEFRIO, *Internet: source d'information et modes de communication*, vol. 1, numéro 4, 2010.

## **Décret sur la conservation et la communication de données d'identification – France**

En vertu de la *Loi pour la confiance en l'économie numérique* (LCEN), les fournisseurs d'accès ainsi que les hébergeurs sont tenus de conserver certaines données d'identification des personnes ayant contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont ils sont prestataires. Il leur incombe aussi de fournir les moyens de cette identification, et de communiquer ces données sur demande d'une autorité judiciaire. Le décret d'application de l'article 6-II de la LCEN, publié au

journal officiel le 1er mars 2011, précise les contours, les modalités et la durée de l'obligation légale de conservation des données d'identification des créateurs de contenu par les prestataires de service de communication au public en ligne.

Le décret énumère les données qui doivent être conservées aux fins d'éventuelles demandes judiciaires par les fournisseurs d'accès pour chaque connexion de leurs abonnés de même que par les hébergeurs pour chaque opération de création de contenu. Des données doivent être conservées lors de la souscription d'un contrat par un utilisateur ou de la création d'un compte: cela inclut les mots de passe et les pseudonymes. Le décret introduit une définition de la notion de « contribution à une création de contenu » qui concerne les opérations portant sur leur création initiale, leur modification ainsi que leur suppression. L'article 3 du décret établit la durée de conservation des données à un an. Le point de départ de ce délai est calculé en fonction de la nature des données. Dans une seconde partie relative « aux demandes administratives prévues par le II bis de l'article 6 de la loi n° 2004 575 du 21 juin 2004 », le décret organise le cadre juridique relatif aux demandes formulées par les forces de police dans le cadre de leur mission de prévention des actes de terrorisme. La durée de conservation des données d'identification ainsi obtenues par les autorités habilitées est fixée à trois ans. Les opérateurs ont l'obligation de communiquer les données « sans délai » aux autorités habilitées à les exiger. Des dispositions prévoient le remboursement des coûts identifiables et spécifiques supportés par les fournisseurs d'accès et d'hébergement pour la fourniture des données.

- [Décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne.](#)
- Hugo FANON, « [Le décret de l'article 6-II de la LCEN sur la conservation des données d'identification enfin publié!](#) », *Juriscom.net*, 2 mars 2011.

## Qualification de Dailymotion comme hébergeur – France

Dans un arrêt du 17 février 2010, la Cour de Cassation confirme les décisions des juges du fond rendues depuis 2007. Les demandeurs plaidaient que la société Dailymotion ne pouvait prétendre au bénéfice du régime de responsabilité limitée des hébergeurs au motif que son activité ne révélerait pas un rôle purement technique et passif et qu'elle n'aurait pas agi promptement afin de retirer le contenu litigieux.

La Cour de cassation rejette ces prétentions et confirme le statut d'hébergeur de Dailymotion au sens de la *Loi sur la confiance en l'économie numérique*. Elle affirme que « le réencodage de nature à assurer la compatibilité de la vidéo à l'interface de visualisation, de même que le formatage destiné à optimiser la capacité d'intégration du serveur en imposant une limite à la taille des fichiers postés, sont des opérations techniques qui participent de l'essence du prestataire d'hébergement et qui n'induisent en rien une sélection par ce dernier des contenus mis en ligne, que la mise en place de cadres de présentation et la mise à disposition d'outils de classification des contenus sont justifiés par la seule nécessité, encore en cohérence avec la fonction de prestataire technique, de rationaliser l'organisation du service et d'en faciliter l'accès à l'utilisateur sans pour autant lui commander un quelconque choix quant au contenu qu'il entend mettre en ligne. » La Cour ajoute aussi que la commercialisation d'espaces publicitaires par le site n'induit pas une capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne.

S'agissant du délai mis afin de retirer les contenus litigieux, la Cour explique que la notification du contenu litigieux doit comporter l'ensemble des mentions prescrites par la loi et les informations énoncées à la mise en demeure étaient insuffisantes pour satisfaire à l'obligation de décrire et de localiser les faits litigieux. Ainsi, l'opérateur ne disposait pas de tous les éléments nécessaires à l'identification du contenu incriminé. La Cour conclut « qu'aucun manquement à l'obligation de promptitude à retirer le contenu illicite ou à en interdire l'accès ne pouvait être reproché à la société Dailymotion qui n'avait eu connaissance effective du contenu litigieux qu'avec



l'assignation à jour fixe et les pièces annexées soit à la date du 18 avril 2007 ».

- *M. X., Sté Nord-Ouest et Sté UGC Image c/ Sté Dailymotion*, Cass Civ 1, 17 février 2011, Juriscom.net.
- Étienne WERY, « *Cour de cassation: Dailymotion est bel et bien un hébergeur* », *Droit et technologies*, 18 février 2011.

## Caractère privé d'un courriel – France

Dans un arrêt rendu le 2 février 2011, la Cour de cassation a statué que de simples indices liés au contenu des emails ne suffisent pas à déterminer le caractère personnel de courriels échangés par des salariés sur la messagerie électronique d'une entreprise. La Cour a renversé l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 octobre 2009 qui avait condamné Securitas France pour atteinte à la vie privée. Un chef de site avait été licencié pour divers manquements dont l'échange de courriels provocateurs avec une salariée. Coiffés du titre « Info », ces courriels ne revêtaient pas un caractère professionnel selon les juges d'appel. Ils ont estimé qu'il s'agissait d'une conversation dont le caractère privé se déduisait de la liberté de ton employé et des « outrances éventuelles ». Ils en avaient conclu que « *les propos tenus, destinés à rester entre les deux interlocuteurs et non pas à être diffusés, ne pouvant avoir pour effet de nuire à l'entreprise et ne pouvant être admis comme preuve d'un grief* ». Mais la Cour de cassation a fait prévaloir une évaluation différente, « *en statuant ainsi par des motifs inopérants, alors qu'elle avait relevé que le courriel litigieux était en rapport avec l'activité professionnelle du salarié, ce dont il ressortait qu'il ne revêtait pas un caractère privé et pouvait être retenu au soutien d'une procédure disciplinaire, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés* », à savoir l'article 9 du Code civil et le principe du secret des correspondances privées.

- Tiré de : *Le caractère privé d'un email de salarié ne se déduit pas seulement de son contenu*, *Legalis.net*, 4 mars 2011.
- *Securitas France / M. X., Cour de cassation*, Chambre sociale, Arrêt du 2 février 2011, *Legalis.net*.

## Statut de l'adresse IP selon le Tribunal Fédéral Suisse

Logistep SA, mandatée par les titulaires de droits d'auteur, recherche dans ces réseaux les offres supposées illégales de contenus protégés par le droit d'auteur (fichiers musicaux et vidéos) afin de collecter les adresses IP des utilisateurs qui proposent ces contenus. Une fois en possession des adresses IP, les titulaires de droits d'auteur déposent une plainte pénale afin d'accéder au dossier et se procurer ainsi le nom et l'adresse des utilisateurs concernés. Ils engagent ensuite contre eux une action civile en dommages-intérêts. En 2008, le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence a formulé une recommandation demandant à Logistep SA de mettre fin à ses recherches dans les réseaux pair à pair tant que le législateur n'aurait pas élaboré une base légale pertinente. Il estimait que cette pratique contourne le secret des télécommunications, qui a un caractère absolu dans le droit privé et ne peut être levé que dans le cadre d'une procédure pénale. Pour le Préposé, il y avait abus de droit, d'autant plus que le traitement des données était opéré à l'insu des personnes concernées.

Devant le refus de Logistep SA de suivre sa recommandation, le Préposé a saisi le Tribunal administratif fédéral. Ce dernier a rejeté sa plainte le 27 mai 2009. Bien qu'il ait confirmé que les adresses IP constituaient des données personnelles et que le traitement des données effectué par Logistep SA contrevenait aux principes d'un traitement des données reconnaissable pour l'intéressé et conforme au but indiqué lors de la collecte, il a estimé que l'intérêt des titulaires de droits d'auteur l'emportait sur l'intérêt des personnes concernées à la protection des données. Le Préposé a contesté ce verdict et formé recours au Tribunal fédéral qui a statué, le 8 septembre 2010, que les adresses IP constituaient des données personnelles et relevaient, comme telles, de la législation sur la protection des données. Il a également décidé que les recherches effectuées secrètement par des entreprises privées afin de collecter des adresses IP étaient illicites, aucun motif suffisant ne justifiant une telle pratique. Le jugement prononce une interdiction immédiate à la société Logistep SA de collecter et de transmettre des données personnelles ; elle doit donc mettre fin à

---

tout traitement de données dans le domaine du droit d'auteur.

- [Arrêt du Tribunal Fédéral en la cause Logistep SA.](#)
- Claude MOURADIAN, « [La position du Tribunal Fédéral Suisse sur le statut de l'adresse IP](#) », *Juriscom.net*.

---

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 Robert Currie, Chidi Oguamanam and Stephen Coughlan at [it.law@dal.ca](mailto:it.law@dal.ca) if they relate to Part 1 or Pierre Trudel at [pierre.trudel@umontreal.ca](mailto: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 2010 by Robert Currie, Chidi Oguamanam, Stephen Coughlan, 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 Robert Currie, Chidi Oguamanam et Stephen Coughlan à l'adresse électronique [it.law@dal.ca](mailto:it.law@dal.ca) ou en ce qui concerne la deuxième partie, veuillez contacter Pierre Trudel à [pierre.trudel@umontreal.ca](mailto: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.

© Robert Currie, Chidi Oguamanam, Stephen Coughlan, Pierre Trudel et France Abran 2010. 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.