

IT.CAN NEWSLETTER/BULLETIN

Canadian IT Law Association

www.it-can.ca

Part 1 of this newsletter is prepared by Professors [Michael Deturbide](#), [Anne Mussett](#) and [Teresa Scassa](#) of the Law and Technology Institute of [Dalhousie Law School](#). Part 2 of this newsletter is prepared by Professor [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 [Michael Deturbide](#), [Anne Mussett](#) 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

Copyright

In a surprising [decision](#), the Federal Court of Canada has ruled that placing personal copies of sound recordings onto a shared directory that is accessible by other computer users via a P2P service does not infringe copyright. The issue arose in a motion brought by members of the Canadian Recording Industry Association that sought disclosure from five Canadian Internet service providers (ISPs) of the identity of customers who allegedly infringed copyright by anonymously trading downloaded music via the Internet. Justice von Finckenstein determined that under the Federal Court Rules the test for granting the motion required the establishment of several criteria, including the requirement that the applicant establish a *prima facie* case against the unknown alleged wrongdoers.

Justice von Finckenstein referred to section 80 of the *Copyright Act*, which allows the private copying of a musical work embodied in a sound recording, for authority that downloading a song for personal use does not amount to infringement. Further, with respect to uploading personal copies such that others may copy them, Justice von Finckenstein relied on the recent Supreme Court of Canada decision of *CCH Canada Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, which held that providing a photocopier to allow copying does not amount to

authorizing infringement. Justice von Finckenstein could not see any difference between a situation where a library provides access to a photocopier and a computer user who places a personal copy on a shared directory. In both circumstances he felt that the element of authorization was missing.

Justice von Finckenstein also concluded that “the mere fact of placing a copy on a shared directory in a computer where that copy can be accessed via a P2P service does not amount to distribution. Before it constitutes distribution, there must be a positive act by the owner of the shared directory, such as sending out the copies or advertising that they are available for copying.”

The Court was also concerned that the applicants had not established a causal link between the P2P pseudonyms and the Internet Protocol addresses of the account holders that they sought to discover. Other criteria for declining to grant the motion included the absence of evidence that would allow the Court to conclude whether the ISPs were the only practical source of the information being sought, and the fact that the applicants had failed to establish that the public interest for disclosure outweighed privacy concerns. In this regard, Justice von Finckenstein stated that the importance of protection of privacy to Canadian society is unquestionable, and that the age and unreliability of the data that the Court was requested to act on raised a serious possibility that an innocent account holder could be identified.

Electronic Commerce

The Working Group on Electronic Commerce of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) has released its [latest draft](#) of a proposed Convention on Electronic Contracts. The Working Group has decided to restrict the application of the convention to international contracts.

ISP Liability

The Supreme Court of British Columbia has ruled that an Internet service provider (ISP) that established and operated a chat room could not be held liable for defamatory comments in circumstances where there was nothing to suggest that the ISP knew or ought to have known of alleged libellous material contained therein. In *Carter v. BC Federation of Foster Parents Ass. et al.*, the Court relied on American jurisprudence on intermediary liability, including *Cubby v. CompuServe Inc.*, which held that a provider that exercises no control over online content is not a publisher, but a distributor who is entitled to the innocent disseminator defence. The B.C. Court held that the ISP in question did not perform an editorial role, took adequate steps to remove the postings when it became aware of them, and therefore was not liable for the defamatory publications. The Court also concluded that the fact that the chat forum was accessed after the comments were posted and discovered did not disentitle the ISP from a limitations defence.

Privacy

THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA has posted several new items, including [An Overview of Canada's new Private Sector Privacy Law, A Personal Information Protection and Electronic Documents Act \(PIPEDA\) E-Kit for Businesses](#) and [A Letter to the British Columbia and Alberta Information and Privacy Commissioners](#) regarding the handling of complaints under *PIPEDA*. The letter basically confirms the discussions between them that took place in January 2004. Where a complaint is against an organization in British Columbia or Alberta, *PIPEDA* will apply until the provincial Acts are declared to be substantially similar. After any substantially similar order is made, the Privacy Commissioner of Canada will continue to handle complaints under federal jurisdiction and those involving inter-provincial issues. On-going discussions among the federal and provincial Offices reflect the co-operative approach being taken to the administration and handling of complaints under the private sector legislation.

THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA has also released her comments made before the

Senate Standing Committee on Transport and Communications on Bill C-7, the Public Safety Act. The Bill is fairly complex, amending some 23 existing Acts, but of particular note are amendments to the *Aeronautics Act* empowering authorized officers to require air carriers and operators of aviation reservation systems to provide them with information about passengers, which could be used and disclosed for transportation safety, national security and the enforcement of some arrest warrants. *PIPEDA* would be amended to allow organizations to collect personal information, without consent, for the purposes of disclosing this information to government, law enforcement and national security agencies. Ms. Stoddart makes clear that these provisions raise serious privacy concerns and "this legislation establishes a new and troubling precedent." The Office of the federal Privacy Commissioner strongly objects to Bill C-7 because first, "the legislation is far too broad; and second, because it co-opts private sector organizations by pressing them into service in support of law enforcement activities." The Commissioner has requested the Senate to consider dropping the proposed amendment to *PIPEDA*; limit the RCMP to matching passenger information against databases specifically related to national security or if that is not possible, provide a list of offences to Parliament "for its scrutiny" and "significantly reduced" to a list of offences for which information can be disclosed to execute a warrant; and finally, require air carriers and operators of reservation systems give notice to individuals that they provide the government and law enforcement agencies with their personal information.

OVER 30 NEW FINDINGS UNDER PIPEDA were released by the federal Privacy Commissioner. Most of the complaints, some dating back to 2003, deal with failing to obtain consent as required under principle 4.3. Others indicate an emphasis on the individual taking responsibility for their own personal information. For example, [Finding #251](#) involved a complaint by an employee that his manager had inappropriately collected personal information by intercepting and reading a fax receipt containing confidential information. The complainant's union representative had faxed a letter to a third party concerning a union matter involving the complainant

and the manager without a cover sheet and without remaining during transmission at the fax machine which was located in a common area. As a result, the manager, who came shortly afterwards to send his own fax, picked up the fax receipt of the letter thinking it was his and read it. The Assistant Commissioner found that the Company had met its safeguard obligations under the *Act* and the responsibility for this incident really lay with the union representative who should have taken greater care to protect the complainant's personal information by using a cover sheet and remaining at the fax machine. Although the Assistant Commissioner notes that the manager actions demonstrate a clear disregard for the right of privacy, and that he "crossed the line when he continued to read the contents of the receipt to the end before returning it to the union representative," the union representative did not take "full precautions." Accordingly, the complaint was not well-founded. The Assistant Commissioner does go on to recommend that the Company take steps to reinforce with its employees the "importance of protecting and respecting privacy in the workplace."

A complaint was held to be well-founded by the Assistant Commissioner in [Finding #254](#), although she did note that the complainant shared some responsibility for the incident. This complaint involved the complainant-mother alleging that the telecommunications company disclosed her long-distance calling card PIN to her daughter via her telephone's call display screen and then later disclosed a subsequent PIN to her daughter over the telephone with the result that substantial long-distance telephone bills were being incurred. With respect to the daughter obtaining the PIN from the call screen display on the telephone set, the Assistant Commissioner was satisfied that this was beyond the company's control and the mother changed this feature so that the daughter could not obtain the PIN by pressing the 'last number dialed.' However, having found the calling card in the family kitchen, the daughter was able to obtain the new PIN from a live operator of the company because she was calling from the cardholder's residence and was able to provide the operator with her mother's name, telephone number and date of birth. In effect, the daughter was impersonating the complainant indicating she had lost her PIN. The company,

according to the Assistant Commissioner, did have an adequate process in place to handle forgotten PINs by customers, but she considered the questions posed by the operator to be inadequate and failed to meet any reasonable standard for protection. Thus, while the company had appropriate procedures in place to safeguard a customer's PIN, they were not properly applied in this case. Therefore, the company contravened Principles 4.7 and 4.7.2 and the complaint was well-founded.

THE EUROPEAN UNION'S ARTICLE 29 Working Party on data protection has produced a [Report on Data Protection and Video Surveillance](#). In response to concern over developments where video surveillance is coupled with other data systems, in particular, new software applications which create databases using facial recognition, the report sets out guidelines on data protection in relation to surveillance by video cameras in public and work places.

2^{ème} partie

Limites du droit de s'opposer à la publication de son image – Québec

La Cour du Québec rejette une demande en dommages-intérêts pour atteinte à la vie privée suite à la publication d'une photographie de la demanderesse dans une revue commémorative des funérailles de l'ancien Premier ministre Pierre Elliot-Trudeau. Le tribunal constate que la photo a été prise lors d'un événement public et que la demanderesse « n'a donné aucun signe d'opposition cette journée là, au contraire sa façon d'être, ses échanges avec les photographes, la situation très choisie pour être en évidence, tous ces éléments concourent à dire qu'elle acquiesçait à être photographiée et surtout, elle ne pouvait pas ne pas savoir qu'avec le nombre de clichés que l'on a pris d'elle, qu'elle serait certainement reproduite; et elle l'a été. »

Levy c. McClelland et Stewart Ltd, REJB 2003-49076(CQ).

Cadre de référence pour l'obtention d'un avis de la Commission d'accès à l'information (CAI) – Québec

La Commission d'accès à l'information a publié un « cadre de référence » à l'intention des organismes publics assujettis à sa juridiction. Ce document précise les exigences à respecter lors de la préparation d'un dossier en vue d'obtenir l'avis de la CAI au sujet d'un projet portant sur des renseignements personnels.

La CAI identifie les documents requis aux fins d'obtenir un avis. Il s'agit d'une analyse d'impact du projet en regard de la protection des renseignements personnels, faisant état de l'origine, de l'envergure et du contexte du projet. Le document doit décrire le projet, identifier les enjeux au regard de la protection des renseignements personnels. Il faut également indiquer et expliquer les mesures qui sont prises afin de respecter les exigences en matière de protection des renseignements personnels. La CAI demande un

second document analysant les risques en regard de la protection des renseignements personnels. Un troisième document est aussi demandé qui analyse le système d'information proposé.

COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION, *Cadre de référence concernant l'obtention d'un avis de la Commission pour un dossier technologique*, 1^{er} mars 2004.

Formulaire de consentement à la cueillette et à l'usage de renseignements biométriques – Québec

La Commission d'accès à l'information (CAI) a publié un formulaire à l'usage des entreprises ou organismes désireux de s'assurer du consentement des employés pour la cueillette, l'usage et la conservation de caractéristiques ou de mesures biométriques.

La *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* encadre l'utilisation des mesures biométriques comme moyen d'identification d'une personne (articles 44 et 45).

La biométrie est la science qui étudie à l'aide des mathématiques (statistiques, probabilités) les variations biologiques à l'intérieur d'un groupe déterminé. Les mesures biométriques sont celles qui concernent l'ensemble des caractéristiques personnelles distinctives d'une personne. Elles peuvent être lues par des systèmes informatiques et utilisées afin d'identifier une personne.

COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION, *Exemple de formulaire de consentement sur la cueillette, l'usage et la conservation de caractéristiques ou de mesures biométriques*, 16 mars 2004.

Microsoft condamnée pour abus de position dominante – Europe

La Commission européenne, dans une décision rendue publique le 24 mars, conclut que Microsoft s'était rendue responsable d'abus de position dominante. La Commission reprochait à l'entreprise d'avoir élargi aux serveurs bas de gamme la pouvoir que lui confère sa position dominante dans le

secteur des ordinateurs personnels. La Commission lui reproche aussi de lier Windows Media Player au système d'exploitation Windows et ainsi d'affaiblir la concurrence sur la qualité intrinsèque, étouffer l'innovation et réduire en fin de compte le choix offert au consommateur.

Voir : Étienne Wery, *Microsoft est condamnée par la Commission européenne pour abus de position dominante*, Droit & nouvelles technologies, 24-03-2004.

Communication sur le cinéma européen et les aides de l'État – Europe

La Commission européenne a adopté le 16 mars 2004 une communication qui s'inscrit dans le prolongement de sa communication du 26 septembre 2001. Ce nouveau texte, d'une part, étend jusqu'au 30 juin 2007 le régime d'aides publiques au secteur audiovisuel et, d'autre part, propose l'adoption d'une Recommandation du Parlement européen et du Conseil sur le patrimoine cinématographique.

Communiqué de la Commission européenne :
(français) (anglais)

En outre, dans une Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, (Bruxelles, le 16 mars 2004- 2004/03/16), la Commission européenne proroge pour trois ans le régime précédent. Ainsi, les conditions de la communication de 2001 sur les régimes nationaux de soutien sont confirmées: dans un premier temps, il faudra vérifier que les conditions d'accès au régime ne sont pas contraires aux principes généraux de légalité (notamment au plan de la discrimination fondée sur la nationalité), ensuite, il faudra contrôler si les critères spécifiques aux aides cinématographiques et télévisuelles sont remplis. En outre, la Commission profitera de l'entrée en vigueur de la nouvelle communication pour réaliser une étude sur l'impact économique et culturel du régime actuel pour déterminer s'il répond pleinement aux défis futurs pour le marché audiovisuel européen ou s'il faudra introduire des changements lors de la prochaine révision, le 30 juin 2007. Elle vérifiera notamment si la question controversée de la "territorialisation", exigée par certains États

membres, provoque une fragmentation du marché audiovisuel européen en entravant les coproductions européennes. Rappelons qu'un État qui applique la clause de la "territorialité" oblige les producteurs à dépenser 80% du budget qui leur est alloué sur son territoire. La Commission propose aussi l'adoption d'une recommandation qui portera uniquement sur les oeuvres cinématographiques et qui couvrira tous les volets de la protection du patrimoine cinématographique. Cette recommandation vise notamment à souligner l'importance d'assurer une protection durable aux supports des oeuvres cinématographiques dont la durée de vie est limitée et qui constitue une partie de la diversité culturelle européenne.

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication du 16 mars 2004 :

(français) (anglais) (espagnol)

Communication du 29 septembre 2001 :

(français) (anglais) (espagnol)

Le cybersquatting – France/Canada

Le cybersquatting, c'est à dire la réservation abusive d'un nom de domaine par une personne qui n'a pas de droits à l'usage des mots ou sigles concernés dans le but de nuire ou de spéculer a fait l'objet de plusieurs travaux. Dans ce mémoire, l'auteure propose une analyse comparée en s'éclairant du droit français et du droit canadien. Elle constate qu'il existe de nombreuses avenues aux fins de permettre la récupération d'un nom de domaine abusivement enregistré. À cet égard, l'efficacité des institutions classiques et alternatives dans le règlement des litiges est mise lumière.

Julia MORLEC, *Le cybersquatting : Perspectives en droit comparé franco-canadien*, Dossier Droit & nouvelles technologies, 6-02-2004.

Le spam

Dans ce mémoire, l'auteure examine le phénomène du pollupostage et du pourriel. Après le constat du déséquilibre entre d'une part le spammeur, qui a beau jeu de faire usage des ressources du réseau aux frais des autres, et d'autre part, les usagers qui ont à subir le flot grandissant des messages, elle traite des

solutions retenues tant au plan législatif qu'au niveau des autres normativités.

Julia MORLEC, *Le spam*, Dossier Droit & nouvelles technologies, 6-02-2004.

À signaler

Nicole BONDOIS et Nicolas SAMARCQ, « *Les étiquettes intelligentes, l'univers Orwellien en marche ?* », *Clic-droit*, 19-03-2004.

Emmanuelle GARNIER, « La responsabilité civile des moteurs de recherche », *Legalis.net*, septembre 2003, pp. 77-104.

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 Michael Deturbide, Anne Mussett 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 2003 by Michael Deturbide, Anne Mussett, 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 Michael Deturbide, Anne Mussett 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.

© Michael Deturbide, Anne Mussett, Teresa Scassa, Pierre Trudel et France Abran 2003. 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.