

# 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

### Disclosure of Hard Drive

The British Columbia Supreme Court reviewed the circumstances in which the hard drive of a computer is or is not subject to disclosure in *Bishop (Litigation guardian of) v. Minichiello*. The plaintiff was suing in connection with a brain injury he claimed to have suffered. The defendant sought an order for disclosure of the hard drive of the plaintiff's family computer, in order to have it analyzed to determine the period of time the plaintiff spent on Facebook between 11:00 p.m. and 5:00 a.m. each day. The computer was also used by other family members.

The plaintiff objected to production on a number of grounds, most notably on the basis that the British Columbia rules of court required the disclosure of document, but that the computer hard drive itself was the equivalent of a filing cabinet, not a document, and so was not producible. The plaintiff also argued that the probative value of any information obtained about the usage of the computer would be far outweighed by the problem of isolating the plaintiff's specific usage, by the limited value of the information available, by privacy concerns, and by the existence of alternative and more compelling expert evidence. In particular they argued that the issue of the plaintiff's sleeping patterns and ability to work was better dealt with by the qualified medical experts being called. The

plaintiff argued that the appropriate order would be one requiring him deliver an affidavit expressly stating that he had reviewed the recycle bin and other folders on his computer and had dealt with all documents as required by the rules, but that he should not be required to review documents which would otherwise only be accessible with the assistance of a computer expert.

The defendants argued that the records of when the plaintiff logged into and out of Facebook was relevant. They conceded that the hard drive would contain other irrelevant information and could raise privacy concerns of others, but argued that they were only seeking production of the information at issue.

The applications judge engaged in a very thorough review of cases from British Columbia on the issue, and noted that there was a line of authority drawing a distinction between a hard drive itself and the documents sorted on the hard drive. Many cases had drawn an analogy between a hard drive and a filing cabinet, accepting that what needed to be disclosed was the relevant documents stored within, not the entire contents. The rules of court did not confer a power to make an order that was really an authorization for a search. Accordingly, although electronic documents were required to be disclosed just as any other documents were, a hard drive was not itself automatically subject to the disclosure rules. However, the applications judge also noted that although a hard drive was a file repository, not a document itself, that distinction did not necessarily settle every application. Hard drives also store metadata, and as information recorded or stored by means of a device it qualified as a document. It was therefore possible to make an order for disclosure of metadata, where the threshold standard of relevance was met.

In this case, the defendant's application was a narrow one, to have the hard drive analyzed to determine how frequently the plaintiff signed into his Facebook page during particular hours. He was the only family member to use the computer during those hours. The

applications judge concluded that the information sought by the defence might have significant probative value in relation to the plaintiff's past and future wage loss, and the value of production was not outweighed by competing interests such as confidentiality. No other family members used the plaintiff's Facebook account, and he had not used it to communicate with counsel. Simply determining the times the plaintiff was on Facebook would not unnecessarily delve into private aspects of his life. To protect the privacy of other family members, the applications judge ordered that the parties agree on an independent expert to review the hard drive of the plaintiff's family computer to isolate and produce the information.

## Limited Obligation to Publicize Information over the Web

The extent to which municipalities can and must communicate with the public through the web was at issue in *Abbotsford Families United v. Abbotsford (City)*. The underlying issue in dispute was whether a bingo hall should have been permitted to operate 125 slot machines and 192 personal play bingo machines. The bingo hall was allowed to do so because of an amendment to a zoning bylaw, passed after a public hearing. More directly, however, the dispute was over whether the City of Abbotsford had breached the rules of procedural fairness in conducting the hearing. In particular, it was argued that the public debate and public hearing had been conducted on the belief that if the bingo hall was not given the amendment it sought, it would shut down, which would deprive the city and various organizations supported by the bingo hall of revenue. In fact, there would not have been any lost revenue if the hall had shut down. The petitioner claimed that non-disclosure of this fact, which was known to the city, breached procedural fairness. The trial judge, however, found that the city had complied with its obligation to disclose.

The bingo hall had made an application to the city for the zoning bylaw amendment. The city had commissioned a report, which recommended that the amendment be made and that the bingo hall be permitted to add the machines in question. During this time, the city received correspondence from the province indicating that there would be no

loss of revenue if the bingo hall were to close. The report prepared by the city mentioned the various correspondence that had been received, but did not include it. The proposed by-law and the report were placed on the city's website, but the correspondence was not. The petitioners only learned of the contents of the letters from the province after the public hearing had occurred.

In addition, the petitioners led evidence that when they had contacted the city for information, they had been directed to consult the website. The petitioners' evidence was that they had been told that if they wanted any information not on the website they would have to make a freedom of information request, as in fact they eventually did.

The trial judge concluded that the city had complied with its disclosure obligations on these facts. A city, the judge held, is obliged to provide documents requested, but is not obliged to provide anything in the absence of a specific request. It was true in this case that the petitioners had been referred to the city's website when they made a request, and that the website did not contain the correspondence in question. That did not mean, however, that proper disclosure had not been made:

- 35 In the case at bar, the petitioner's complaint is focused on the correspondence referred to in the July 5 report. That report was available on the City's website. Counsel for the petitioner acknowledged that fact. The petitioner's complaint, however, is that although Ms. Wielenga and Mr. Daems were referred to the City's website, the full information regarding the correspondence was not available there.
- 36 Neither Ms. Wielenga nor Mr. Daems asked for specific information. The proposition advanced by the petitioner, then, comes to this: a local government which posts some relevant information on its website must post all the relevant information. That would no doubt be convenient for members of the public, however to require a local government to do that imposes too rigid a standard which would not be in accord with the principle underlying the Wilde decision.

Accordingly the application for judicial review was dismissed.

## VoIP E9-1-1 Service Call for Comments

The Canadian Radio and Television Commission (CRTC) has issued a [call for comments](#) with regard to nomadic Voice over Internet Protocol (VoIP) enhanced 9-1-1 (E9-1-1) Service. The CRTC had previously approved a consensus recommendation of the Emergency Services Working Group (ESWG) regarding the delivery of nomadic VoIP E9-1-1 service. A further report by the ESWG dealt with the functional architecture for providing that service, including issues of how the system would be financed and who would pay for it. The CRTC has now called for further consultation on those same issues.

The report presented by the ESWG had presented a plan proposed by Bell Aliant, Bell Canada, Saskatchewan Telecommunications; and TELUS Communications Company (the Companies). Under that plan, each of the access service providers (ASPs) that own the distribution facilities used to provide high-speed Internet access would be required to build a location determination platform (LDP), and maintain a database of customers' location information, a location information server (LIS). The LDP would identify a nomadic VoIP 9-1-1 caller's location by linking the caller's Internet Protocol (IP) address with the civic address of the high-speed Internet access used to obtain VoIP service. The ASPs would update the LIS with the location information generated by the LDP and provide this information when a 9-1-1 call was made.

However, several other companies (Cogeco Cable Inc., Rogers Cable Inc., Shaw Communications Inc., and Videotron Ltd., referred to as the Cablecos) objected to this approach and suggested that there should be a centralized LIS to which the ASPs would provide updates.

The CRTC requested economic evaluations from both the companies and the Cablecos in order that they could determine the most cost-effective method of providing the service. In essence, the CRTC requested both sets of parties to determine their costs under their own proposal and under the opposing proposal. All parties seem to have accepted that the centralized LIS would be more cost-efficient. However, the actual costs to individual

ASPs, particularly the costs associated with the LDP, remained in dispute, as did the manner in which the proposals should be funded. The Companies proposed that each ASP should be responsible for its own LDP costs. The Cablecos argued that the ability of ASPs to bear that cost varied dramatically, depending on the number of customers and the amount of revenue. They argued that LDP costs should be recovered entirely from nomadic VoIP subscribers.

In addition, the Canadian Cable Systems Alliance submitted that its members should not be required to implement the ASP components of the nomadic VoIP E9-1-1 service at all. They noted that the majority of their 80 members have fewer than 2,000 cable subscribers each, given which the up-front costs were too high for smaller. They also suggested that the proposal was technically beyond their members' capability.

With regard to the various issues, the CRTC noted that:

15. The Commission estimates that there are 230 ASPs in Canada, all of which would have to implement LDP for the nomadic VoIP E9-1-1 service to be available with every broadband connection. Based on available information, the Commission estimates that the nine largest ASPs have over 90 percent of the subscribers, and the remaining 221 ASPs have the remaining 10 percent. The Commission notes, however, that if some ASPs were exempt from implementing LDP in their networks, nomadic VoIP users in Canada could not be certain of the availability of nomadic VoIP E9-1-1 service in all locations.

The CRTC also found that the cost estimates submitted were inadequate as a basis for estimating the LDP cost, and to the extent they did provide a guideline, they suggested that the Companies proposal might not be economically or administratively feasible. As a result they issued this new consultation document. In particular they stated:

17. In light of the above, the Commission finds it necessary to conduct a further proceeding to elicit better LDP cost estimates and to provide an adequate public record on a number of

---

important policy issues that have come to light during the course of the proceeding *initiated by Telecom Decision 2007-125*. To this end, the Commission has identified the following specific issues with respect to which it seeks further submissions:

- I. What are the LDP costs?
- II. Who should pay for the various costs of implementing nomadic VoIP E9-1-1 service?
- III. Should small ASPs be exempt from implementing an LDP?
- IV. Are there alternative solutions that would improve on the current nomadic VoIP 9-1-1 service?

The deadline for applying to participate in the proceeding is May 15 2009, and the deadline for written submissions is September 14, 2009.

## 2<sup>ème</sup> partie

### Résiliation unilatérale d'un contrat de service de connexion Internet

En mai 2007, Brodskiy adhère au service de connexion Internet haute vitesse de Captelco pour une période de un an, au coût de 510 \$. À la mi-septembre 2007, il décide, unilatéralement et sans aviser Captelco, de changer de fournisseur de service de téléphonie résidentielle. Cela engendre la perte de sa connexion Internet haute vitesse. Ce nouveau fournisseur de service de téléphonie résidentielle n'ayant aucun lien d'affaires avec Captelco, ce dernier doit négocier une entente de service pour rétablir le service Internet, ce qui prend quelque temps. Exaspéré du fait que sa connexion Internet n'est pas encore rétablie après neuf jours, Brodskiy transmet un avis de résiliation du contrat de service Internet à Captelco et lui réclame les frais mensuel pour la période restante du contrat.

Le Tribunal constate que Brodskiy n'a jamais mis Captelco en demeure mais lui a envoyé un avis de résiliation qui ne lui accorde aucun délai pour régler la situation. En résiliant unilatéralement son contrat, le Tribunal est d'avis que Brodskiy a agi de manière abusive et en contravention de ses obligations de bonne foi. L'interruption de service Internet haute vitesse n'est pas imputable à Captelco, mais découle directement de l'insouciance de Brodskiy qui change de fournisseur de service de téléphonie sans préalablement informer Captelco. Dans ces circonstances, le tribunal considère que le délai de réponse de Captelco est tout à fait raisonnable et rejette la demande de Brodskiy.

- *Brodskiy c. Captelco Communication Inc.*, 2009 QCCQ 2829 (CanLII), 24 mars 2009.

### Accord entre la Cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'Internet sur le règlement en ligne des litiges – France

Un accord a été conclu entre le Forum des droits sur l'Internet, organisme de référence et de corégulation, et la Cour d'appel de Paris. L'accord vise une

expérimentation d'un an avec des juridictions pilotes pour favoriser l'information des particuliers sur le cadre juridique et développer la médiation en ligne du Forum des droits sur l'Internet aux différents stades du recours à la justice. Dès mai 2009, les personnes ayant des questions liées à l'Internet seront orientées par les greffes des tribunaux pilotes vers le service d'information du public du Forum des droits sur l'Internet. Ils auront ainsi accès à une base d'informations juridiques et pratiques leur permettant de mieux maîtriser l'univers numérique. En outre, les greffes inviteront également les particuliers à recourir à la médiation du Forum des droits sur l'Internet, soit avant toute action en justice, soit dans le cadre d'une instance en cours, l'accord prévoyant la possibilité pour le juge, avec l'agrément des parties, de désigner le service du Forum, Médiateur Du Net, comme médiateur.

Plusieurs tribunaux du ressort de la Cour d'appel de Paris se sont d'ores et déjà portés volontaires pour mettre en œuvre ce partenariat. Un comité de suivi de cette expérimentation sera constitué. À l'issue de cette année d'expérience, un bilan sera dressé pour mesurer notamment les besoins en termes d'informations liées à l'Internet et l'impact du dispositif de médiation auprès des professionnels de la justice et de la population.

« Les tribunaux d'instance sont de plus en plus fréquemment saisis de litiges de la vie courante impliquant l'usage de l'internet [...]. C'est pourquoi je suis très heureux que la Cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'internet signent aujourd'hui un protocole d'accord en vue de développement de la médiation en ligne [...] » a déclaré Jean-Claude Magendie, premier président de la Cour d'appel de Paris. « Cette expérience, qui concerne tout d'abord des juridictions pilotes du ressort de la Cour d'appel de Paris participe de cette œuvre nécessaire de modernisation de la justice dans le souci d'assurer le meilleur service à nos concitoyens » a-t-il ajouté.

- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Le Forum des droits sur l'internet et la Cour d'appel de Paris signent un protocole d'accord en matière de règlement des litiges liés à l'internet*, 7 avril 2009.



## Dailymotion condamné pour ne pas avoir été assez diligent à empêcher la remise en ligne de matériel contrefait – France

Dans un jugement du 10 avril 2009, le Tribunal de Grande instance de Paris a conclu que Dailymotion avait engagé sa responsabilité civile pour n'avoir pas accompli les gestes nécessaires afin d'empêcher la remise en ligne de documentaires qui lui avait déjà été signalés comme illicites et retirés une première fois. Le site a été condamné à verser 60 000 euros de dommages-intérêts à la société Zadig productions et aux auteurs-réalisateurs des films diffusés.

Le tribunal rappelle que le régime de responsabilité des hébergeurs instauré par la *Loi sur la confiance en l'économie numérique* (LCEN) est à exonération limitée. Pour en bénéficier complètement, Dailymotion aurait dû mettre en œuvre tous les moyens destinés à éviter une nouvelle diffusion du contenu qu'elle avait retiré une première fois suite à la notification de Zadig. Sa responsabilité n'est pas engagée du fait de la première mise en ligne des documentaires en cause. Toutefois, Dailymotion ne peut se prévaloir de ce régime dérogatoire de responsabilité pour les deuxième et troisième diffusions, dès lors que leur caractère illicite avait été antérieurement porté à sa connaissance. Le tribunal convient que Dailymotion est un hébergeur. car le site « se limite à la fourniture d'une technologie de stockage et de visionnage de vidéos, permettant leur mise en ligne à la seule initiative des utilisateurs du site, qui en conservent la totale maîtrise, en ce compris la faculté de supprimer le contenu à tout moment ». Le fait de commercialiser des espaces publicitaires ne saurait exclure Dailymotion du bénéfice du régime de responsabilité des hébergeurs, dans la mesure où la LCEN ne lui interdit pas de tirer profit de son site, tant qu'il ne détermine pas le contenu des fichiers postés par les usagers.

- *Zadig Productions c. Daily Motion*, Tribunal de Grande instance de Paris, 3<sup>ème</sup> chambre, 2<sup>ème</sup> section, jugement du 10 avril 2009, disponible à [Légalis.net](http://legalis.net).
- « Daily Motion condamné pour contrefaçon », [Légalis.net](http://legalis.net), 14 avril 2009.

## Force probante des captures d'écran – France

Un jugement du 2 avril 2009 de la troisième chambre du Tribunal de Grande instance de Paris porte sur la validité des constats qui sont effectués afin d'établir la preuve de la contrefaçon sur Internet. La société Finsecur avait repris le terme « def » au sein des balises meta de son site. C'est à partir de ces balises que sont générés les résumés, ou snippets, qui apparaissent au côté des adresses url dans les pages de résultat des moteurs de recherche. C'est pourquoi, lors de la recherche effectuée par l'agent de l'Agence pour la protection des programmes (APP), sur le site de Google, à partir de l'expression « def détection », le terme « def » était apparu sous le nom de Finsecur dans la première page de résultat. Les juges en ont déduit qu'une confusion dans l'esprit du public pouvait en résulter, ce qui caractérise la contrefaçon par imitation sanctionnée par l'article L.713-3 du code de la propriété intellectuelle.

Étant donné qu'en matière de contrefaçon de marque, la preuve est libre, il était loisible à la partie demanderesse de faire appel à l'Agence pour la protection des programmes pour constater une atteinte à ses droits. Selon ce que rapporte le site [Legalis.net](http://legalis.net), « l'agent qui a effectué ces constatations avait réalisé des captures d'écran étendues de chaque page consultée. Elles ne se limitaient donc pas à la partie des pages visible sur l'écran mais à l'intégralité de chacune d'entre elles, ce qui rendait inutile leur impression. En rejetant l'argument soulevé par Finsecur quant à cette absence d'impression, les juges ont implicitement reconnu la force probante des captures d'écran dès lors qu'elles permettent de visualiser l'intégralité de la page constatée. »

La validité d'un constat ne peut pas être remise en cause par l'absence d'impression des pages constatées. Le tribunal a donc rejeté la demande d'annulation des constatations effectuées par un agent de l'APP. Il se fonde sur ces constats pour condamner la société Finsecur pour contrefaçon de la marque « DEF ».

- *Détection Electronique Française / Finsecur*, Tribunal de grande instance de Paris, 3<sup>ème</sup> chambre, 4<sup>ème</sup> section, Jugement du 2 avril 2009.

- « Reconnaissance implicite de la force probante des captures d'écran », *Legalis.net*, 14 avril 2009.

## La protection de la renommée d'une entreprise dans le cyberspace – Belgique

Une entreprise peut être exposée au mécontentement de certaines personnes : clients, fournisseurs et autres. Les critiques peuvent être justifiées et l'entreprise doit accepter de les entendre. Mais parfois les critiques dérivent parce qu'elles sont gratuites, injurieuses, calomnieuses ou diffamantes. La multiplication des forums de discussion en ligne a permis aux internautes une plus grande facilité d'expression de leur satisfaction et de leur mécontentement. Cette multiplication a également permis une augmentation potentielle des risques de dérives. L'article passe en revue certaines dispositions de la législation belge permettant aux entreprises de gérer au mieux leur capital réputationnel sur Internet.

- Thibault VERBIEST, Étienne WERY et Bertrand VANDEVELDE, « La protection en ligne de la renommée d'une entreprise », *Droit & Technologies*, 14 avril 2009.

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 2009 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 2009. 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.