

IT.CAN NEWSLETTER/BULLETIN

Canadian IT Law Association

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

Admissibility of Electronic Records

The British Columbia Court of Appeal has pointed to the non-existence of any rules governing the admissibility of electronic documents such as emails with its decision in [McGarry v. Co-operators Life Insurance Co.](#) The underlying issue was the proper interpretation of a group insurance policy which an employer had subscribed to for its employees, and the question of the term for which long term disability (LTD) payments would be available. The defendant insurance company had sought to introduce extrinsic evidence of the negotiations between the parties to prove its claim that LTD was meant to be available for a maximum period of two years, not until age 65. Some of that extrinsic evidence was in the form of emails exchanged as the policy was being negotiated. The trial judge had refused to allow any of the extrinsic evidence to be admitted and decided against the insurance company.

The Court of Appeal reversed the decision, partly based on their own interpretation of the policy and partly based on some of the extrinsic evidence. They did not, however, allow in the evidence of the emails, and pointed to a lacunae in the governing legislation. They noted that the issue of electronic documents like emails is not addressed in the *Canada Evidence Act*. They observed that legislation in Manitoba

explicitly placed the burden of proving authenticity on the person seeking to admit it, and provided that authenticity could be shown by proof of the integrity of the electronic documents system by or in which the electronic document was recorded or stored. The Manitoba legislation also provided that:

51.3(2) Despite subsection (1), in the absence of evidence to the contrary, an electronic document in the form of a printout satisfies the best evidence rule if the printout has been manifestly or consistently acted on, relied on or used as a record of the information recorded or stored in the printout.

Saskatchewan, Alberta and Ontario, the British Columbia Court of Appeal noted, had similar legislation, but nothing equivalent existed in British Columbia.

In the end, they concluded that insufficient evidence had been led at trial to permit them to determine the authenticity of the emails, and so they were unable to decide that point. Nonetheless they found themselves able to grant the appeal without that specific point being decided.

Internet Research Not Constituting Informed Consent

The Saskatchewan Court of Appeal has concluded in [Prevost v. Ali](#) that the requirement for informed consent to medical treatment is not satisfied when a patient has merely informed himself of the risks through internet research. The plaintiff had had carpal tunnel surgery performed by the defendant with unsatisfactory results, leaving him in pain and with some loss of function. He sued unsuccessfully and appealed on a number of issues, including that his consent had not been informed.

The doctor had acknowledged that he did not discuss the risks of the surgery with the plaintiff, though the Court of Appeal held that that fact was not necessarily determinative. They held that the

issue was not whether the doctor personally had informed the patient of the risks, but whether the patient had been properly informed by some person or from some source. In this case, the potential source was the internet: the plaintiff had done his own research.

The Court of Appeal held, though, that this did not constitute proof that the plaintiff was adequately informed. They held:

38 ...The determination of whether a patient is properly informed by a non-medical source will depend on the circumstances of the particular case. In this case, I cannot find that the information obtained by Mr. Prevost via the internet constituted “proper” or adequate information. Internet research can be problematic. It is not always complete or reliable. Mr. Prevost has a Grade VIII education. There was no evidence before the Court as to the quality of the internet material that he reviewed, and no assurance that what had been reviewed had been fully understood. Further, it is one thing to understand the risk, and an entirely different matter to understand the consequences of the risk should the potential problem come to pass.

Nonetheless the plaintiff’s appeal did not succeed on this ground. The ultimate issue was not whether the plaintiff was properly informed, but rather whether a reasonable person would have proceeded with the surgery if properly informed. In this case the plaintiff, while still suffering the symptoms in his right wrist, underwent the same surgery (by a different surgeon) on his left. This satisfied the Court of Appeal that the inadequate information was not a factor and therefore they did not overturn the trial judgment.

Property Claims Struck in Domain Name Ownership Case

In *South Simcoe Railway Heritage Corporation v. Wakeford*, Healey J. of the Ontario Superior Court of Justice heard a motion to strike various claims regarding a domain name. In the underlying action the plaintiff was a non-profit corporation managed by a volunteer board of directors, which “operates a historic steam train within the Town of New Tecumseth which provides excursions to the public.”

The defendant Wakeford was a member of the board, and in 1996 (as part of his duties) he registered the domain name steamtrain.com for use as a website URL for the corporation in its promotional activities. He was named as the technical and administrative contact, while the corporation was listed as the registrant. The statement of claim alleged that in 2004 other corporation volunteers discovered that Wakeford had altered the name of the registrant, from the corporation to himself, and that he then changed the registration to a private one so that no identifying information could be seen. The statement of claim further alleged that the corporation requested that Wakeford amend the registration but that Wakeford refused, claiming ownership of the domain name. “As of November 18, 2008 Wakeford renewed the domain name until the year 2013 and has masked all names and identifiers relating to the domain under the Network Solutions privacy registration.”

The corporation’s view was that, because the domain name was generic rather than site specific, it was likely to be a valuable business asset and marketing tool. It claimed as against the defendant in breach of trust, *detinue sur trover*, wrongful conversion and misappropriation of intellectual property rights in an amount to be determined at trial, as well as punitive and exemplary damages. The court ultimately found that all except the breach of trust claim were barred under the *Limitations Act*. The breach of trust claim raised mixed questions of fact and law as to whether Wakeford was a fiduciary at the relevant time. Healey J. also referred to the parties’ argument on the issue of whether the court had jurisdiction as to ownership of a domain name:

While the plaintiff may be correct that this claim is not within the jurisdiction of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy prescribed by the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, this court is not convinced that this aspect of the claim should be dismissed for want of jurisdiction... The actions of the defendants may have to be measured in relation to that statute, to which this court was not referred, that governs the ownership of domain names if such legislation exists. It may be that proprietary rights in a domain name, like copyright and trademark, is a creature of statute as opposed to tort and property law, but the appropriate material

was not placed before this court to make a determination of the question at issue (para. 24).

Service by E-Mail Denied

In *Waterloo (City) v. Townsend* (no hyperlink available; decision date 26 April 2011), J.S. Winny Deputy J. of the Ontario Small Claims Court (Kitchener) heard a motion by the plaintiff for substituted service on the defendant via e-mail. The plaintiff and defendant had previously been in business together and the underlying action concerned a promissory note. The plaintiff had made what the court described as “unsuccessful, if cursory” attempts to locate the defendant for service, and sought to serve him by e-mail to an address which the defendant had provided to the plaintiff at an earlier date. The Deputy Judge dismissed the motion. The e-mail address had likely been given to the plaintiff at the same time as a post office box and business address also associated with the defendant, both of which were defunct.

The Deputy Judge also expressed concerns about “the mechanical viability of e-mail,” comparing it unfavourably to mail via Canada Post in terms of its reliability. Winny Deputy J. spoke to the reliability of e-mail, at paras. 11-14, in the following terms:

From a reliability standpoint, email is in an entirely different and inferior category [to regular mail]. Many people have multiple email addresses, which may or may not be checked with any particular regularity, and may be checked only when the individual accesses a specific electronic device. Many people read only email from recognized senders. Most computers have virus and spam protection which may be triggered by attachments or by the mere fact that the sender’s address is not recognized. Incoming emails may be diverted to a junk email folder which may never be read simply by virtue of the volume of junk. Email accounts may be deleted from time to time, or even automatically deleted by reason of inactivity, without notice to potential senders of emails. I could go on.

As for attachments, again these are in a different and inferior category compared to

paper documents. Attachments may or may not open, and may or may not open in the same format as was transmitted by the sender or in a legible or intelligible format. These are matters of software and device compatibility.

The affidavit evidence in this case, as in similar motions I have seen, is silent on these issues. That means that on a mechanical level, there is no evidence that if the order requested were granted, the defendant would be able or likely to receive, open and read the emailed document. The moving plaintiff effectively asks the court for leave to press send and hope for the best.

Whether I approach the analysis with or without reference to my own knowledge of email apart from the evidence, the result is the same.

U.S. Judge Imposes Imprisonment for Spoliation of Electronic Evidence

Just brought to the editors’ attention was the decision of Judge Paul Grimm of the U.S. District Court (Maryland) in *Victor Stanley Inc. v. Creative Pipe Inc., et al.*, issued in September 2010. The underlying case involved unfair competition and breach of copyright, but the motion (accompanied by materials “exceeding the Manhattan telephone directory in girth”, p. 2) was one by the plaintiff regarding the spoliation and destruction of electronic evidence, chiefly by the Defendant Mark Pappas, president of the Defendant Creative Pipe Inc. Judge Grimm characterized Pappas’ conduct as “pervasive and willful violation of serial Court orders” (p. 3), given that he had destroyed a large amount of evidence which severely prejudiced the Plaintiff’s ability to conduct the litigation, had misrepresented the status of the company’s disclosure to the court, and had ignored or violated a number of Court orders regarding disclosure. Pappas in fact conceded most of the plaintiff’s allegations about these activities, and stated his willingness to accept summary judgment on one of the underlying claims. Citing Pappas in contempt, the court imposed upon him a prison sentence of up to two years, unless and until he paid an order of solicitor and client

costs. That order was recently [reported](#) to be in the amount of \$1,049,850.04. The court's decision is also of interest as it contains as an appendix a 12-page [chart](#) that summarizes the various penalties that have been imposed for spoliation, organized by the issuing U.S. Circuit court.

2^{ème} partie

Rejet d'une demande de recours collectif contre Facebook

St-Arnaud cherche à introduire un recours collectif contre Facebook au motif que celle-ci aurait, en raison de divers manquements, failli à ses obligations et engagements en matière de protection de la vie privée des membres du Québec qu'il entend représenter. Le tribunal décide que la Cour supérieure du Québec n'a pas juridiction à l'égard d'une telle réclamation car les conditions d'utilisation auxquelles ont souscrit les membres québécois de Facebook stipulent expressément que c'est un tribunal californien qui, en vertu du contrat, a juridiction exclusive. Cette clause n'est pas une clause externe au sens du *Code civil* et il est évident pour le tribunal que tous les utilisateurs sont liés par cette clause. Le contrat entre Facebook et les utilisateurs n'est pas un contrat de consommation car l'accès au site de Facebook est complètement gratuit pour l'utilisateur. Le tribunal reconnaît tout de même qu'en vertu du 3^e alinéa de l'article 3148 CCQ, le fait qu'un dommage a été subi au Québec aurait accordé juridiction à la Cour supérieure. Le tribunal conclut que la doctrine du *forum non conveniens* ne s'applique pas étant donné que les tribunaux californiens sont aussi en mesure de juger de cette affaire. De plus, la nécessité qu'un éventuel jugement rendu par un tribunal québécois soit reconnu en Californie favorise de retenir que la Californie est un meilleur endroit pour instruire cette affaire.

- *St-Arnaud c. Facebook inc.* 2011 QCCS 1506 (CanLII), 1^{er} avril 2011.

Obligation de procurer un règlement et disponibilité sur Internet

Dans le cadre d'un recours contre un syndicat pour avoir omis de donner suite à la demande de syndiqués de convoquer une assemblée générale spéciale, l'un des requérants demande au syndicat des copies des Statuts et règlements du syndicat. Il affirme dans un affidavit que le syndicat a refusé de donner suite à cette demande. Devant le tribunal,

le syndicat soutient que les membres ont accès aux Statuts et règlements du syndicat sur son site Internet et que les requérants le savaient. Il semble cependant clair que la demande avait déjà été présentée verbalement car une membre de la direction du syndicat explique qu'on répondait alors aux membres qu'ils pouvaient trouver les documents sur Internet.

Le tribunal déclare que « L'Internet est certainement un outil merveilleux mais il ne semble pas approprié de présumer que tous les membres ont ou devraient avoir un ordinateur et une imprimante et savoir les utiliser. Le membre d'une association a le droit de demander et d'obtenir une copie de la constitution et des règlements d'une association dont il est membre et à laquelle il cotise. La publication sur Internet peut satisfaire certains mais elle ne dispense pas l'association de donner suite à une demande formelle d'un de ses membres. » Étant donné cet état de fait, le tribunal conclut qu'il est approprié d'inclure dans le jugement une conclusion à cet effet.

- *Therriault c. Syndicat des travailleuses et travailleurs du Marriott Château Champlain* — CSN, 2011 QCCS 1954 (CanLII), 20 avril 2011.

Preuve de l'envoi et de la réception d'un document technologique

En vertu d'une convention, Moneris fournit à Desulfatech un terminal et des services de traitement de cartes de crédit Visa et Mastercard. Le 7 octobre 2008, un client fait un achat de 2,848.97 \$ au magasin Desulfatech. Le client présente une carte de crédit Mastercard, le préposé de Desulfatech la fait traiter par Moneris et le compte bancaire de Desulfatech est crédité du montant. Par la suite, le titulaire de la carte de crédit conteste la transaction, et Moneris débite le compte bancaire de Desulfatech du montant antérieurement crédité. C'est de ce montant que la demanderesse réclame le remboursement. Moneris prétend que Desulfatech n'aurait pas répondu à sa demande de renseignements dans les délais prévus à la convention, pour que Moneris puisse répondre à une demande de contre-passation d'un rejet de débit de la part de l'émetteur de carte. Desmarchais, président de Desulfatech, quant à lui, affirme n'avoir jamais

reçu de demande de renseignements de la part de Moneris, ni par fax ni par la poste. Par ailleurs, Moneris reconnaît entre autres que Desulfatech a respecté toutes les conditions de la convention et que si Desulfatech avait fourni la copie du relevé de transaction dans le délai prescrit, le traitement de la carte de crédit était conforme, et c'est la banque émettrice de la carte qui devait assumer la perte.

Selon le tribunal, en vertu de l'article 31 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (L.R.Q., c. C-1.1), le bordereau d'envoi peut faire preuve de l'envoi et de la réception d'un document technologique. Mais, suivant la jurisprudence, il s'agit d'une présomption juris tantum qui peut être repoussée par tous les moyens de preuve, dont le témoignage (art. 2836 C.c.Q.). Dans le cas présent, vu les circonstances démontrées par la preuve dont, notamment, la conformité de la transaction, la validité du relevé, le respect des conditions de la convention, et la lettre ultérieure de Moneris demandant le numéro de télécopieur, le Tribunal retient, comme prépondérante, la version de monsieur Desmarchais. Le témoignage de celui-ci démontre que Desulfatech n'a jamais reçu les demandes de renseignements alléguées par Moneris, et qu'elle a transmis une copie du relevé de transaction dès qu'elle a été informée de la demande.

- *Batterie l'entrepôt Desulfatech inc. c. Corporation Solutions Moneris*, 2011 QCCQ 3379 (CanLII), 14 avril 2011.

Moment où est effectué un paiement par Internet

On reproche à la partie défenderesse d'avoir conduit un véhicule automobile alors que les droits, les frais et la contribution d'assurance afférents à son permis de conduire n'ont pas été payés à la Société de l'Assurance Automobile du Québec (SAAQ), à l'échéance, commettant ainsi une infraction à l'article 93.1 du *Code de sécurité routière* (CSR). La défenderesse prétend qu'elle a acquitté les sommes pour effectuer le renouvellement de son permis de conduire avant la date de l'infraction en utilisant le site internet « Accès D » du mouvement Desjardins. La poursuite allègue que l'infraction est commise car la défenderesse n'a pas fait diligence raisonnable en ce qu'elle ne s'est pas informée auprès de la SAAQ que son paiement avait été reçu.

Selon le tribunal, le point en litige concerne le moment précis où est effectué le paiement du permis de conduire : est-ce au moment où le paiement est effectué par « Accès D » du mouvement Desjardins ou le moment de réception du paiement par la SAAQ quelques jours après son paiement par « Accès D » au mouvement Desjardins. En permettant que le mouvement Desjardins accepte le paiement du permis de conduire et que ce paiement puisse être fait par « Accès D », le tribunal conclut à une possibilité d'entente entre la SAAQ et l'institution, conformément à l'article 69.1 CSR. En plus, la SAAQ, n'ayant rien fait pour empêcher le mouvement Desjardins d'accepter les paiements qui lui sont destinés, a laissé croire au public que le mouvement Desjardins avait le mandat de recevoir le paiement (art. 2163 C.C.Q.). Le tribunal conclut donc que le mouvement Desjardins a été le mandataire express ou implicite de la SAAQ pour recevoir le paiement des renouvellements du permis de conduire et que le paiement effectué par « Accès D » au mouvement Desjardins pour la Société d'assurance Automobile du Québec a été valablement fait à la SAAQ au moment du paiement et non au moment de la réception dudit paiement par la SAAQ quelques jours plus tard.

- *Sainte-Mélanie (Municipalité) c. Beaupied*, 2011 (CanLII) 21181 (QC C.M.), 6 avril 2011.

Compétence du tribunal français pour des faits se déroulant sur Internet – France

Dans une décision du 29 mars 2011, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé les critères par lesquels se détermine la compétence des tribunaux français pour des faits se déroulant sur Internet. Appelée à statuer sur un litige où la société Maceo, créatrice et distributrice de vêtements, reprochait à eBay la diffusion d'annonces reproduisant sa marque April 77 sans son autorisation, la Cour de cassation indique que « *la seule accessibilité d'un site internet sur le territoire français n'est pas suffisante pour retenir la compétence des juridictions françaises* ». Compte tenu des faits de l'espèce, le tribunal aurait dû « *rechercher si les annonces litigieuses étaient destinées au public de France* ». La Cour explique que les juridictions françaises « *ne sont compétentes en application de l'article 46 du Code*

de procédure civile pour connaître de faits de contrefaçon réalisés sur un site internet que si les faits et actes dommageables allégués présentent avec la France un lien suffisant, substantiel ou significatif et sont susceptibles d'avoir en France un impact économique; que ces conditions ne sont pas réalisées lorsque le site exploité par le défendeur, bien qu'accessible depuis la France, n'est pas orienté vers un public français, auquel cas le demandeur n'est pas susceptible de subir un dommage en France du fait de ce site. »

- LE BOS, Yves-Edouard, « [Contrefaçon internationale sur internet : la Cour de cassation opte pour le critère de la destination du site](#) », 12 avril 2011, *Juriscom.net*.
- *Ebay Europe et autres c. Maceo et autres*, Cour de cassation, Chambre commerciale, financière et économique, Arrêt du 29 mars 2011.
- « [Compétence du tribunal français : nécessité de viser le public de France](#) », *Legalis.net*, 8 avril 2011.

Mise en place du Conseil national du numérique – France

Dans son *Rapport relatif à la création du Conseil national du numérique* de février 2011, Pierre Kosciusko-Morizet présentait des recommandations quant aux missions, à la composition et au fonctionnement du Conseil national du numérique. La mise en place d'un Conseil national du numérique, regroupant les attributions du Comité de la télématique anonyme (CTA), du Conseil supérieur de la télématique (CST), du Forum des droits sur l'internet (FDI), du Conseil consultatif de l'internet (CCI), du Conseil stratégique des technologies de l'information (CSTI) et du Comité de coordination de sciences et technologies de l'information et de la communication (CCSTIC) était envisagée depuis 2008. Mais au cours des années récentes, plusieurs de ces organismes ont disparu suite à l'absence de texte spécifique réactivant leurs structures et pour d'autres, suite à l'absence d'un financement public complémentaire. Les propositions du rapport visent à permettre de créer rapidement une structure opérationnelle qui puisse doter l'État d'un outil de réflexion en faveur du numérique.

Le rapport de février 2011 définit les missions du Conseil national du numérique. Premièrement, il énonce ce que le Conseil national du numérique ne doit pas faire soit la médiation des litiges entre les acteurs, l'élaboration et le contrôle des chartes de bonne conduite entre les acteurs du numérique. Le rapport indique que le Conseil national du numérique doit jouer un rôle prospectif en adressant des propositions au Gouvernement sur la politique à mener. Il doit aussi assumer un rôle consultatif auprès du Gouvernement, et aussi du Parlement, des fédérations professionnelles, des Autorités administratives indépendantes. Le rapport précise que « *le Conseil national du numérique n'a pas à être un régulateur du numérique. Il doit, avant tout, être un interlocuteur. Un interlocuteur pour l'État et un interlocuteur pour les acteurs du numérique. Il doit porter l'interdisciplinarité et la complexité du secteur. Il doit orienter les politiques publiques vers l'excellence.* »

- Pierre KOSCIUSKO-MORIZET, *Rapport relatif à la création du Conseil national du numérique*, Paris, La documentation française, février 2011.
- « [Le Conseil national du numérique installé mercredi](#) », *Le Monde.fr*, 27 avril 2011.

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 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 2011 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 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.

© Robert Currie, Chidi Oguamanam, Stephen Coughlan, Pierre Trudel et France Abran 2011. 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.