

# 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 [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

### Civil Procedure

The Nova Scotia Supreme Court recently ruled on an application for intervenor status by the Nova Scotia Barristers' Society (NSBS) in what is shaping up to be a major piece of litigation over the collapse of a high-tech business in Nova Scotia. The NSBS sought intervenor status as a friend of the court under the Nova Scotia Civil Procedure rules in *National Bank of Canada v. Potter et. al.* (not yet available online; [2004] N.S.J. No. 192 (QL)) The defendant company Knowledge House at one point in time owned a server which contained numerous e-mails sent and received by a number of individuals who are parties to either this specific case or related litigation. The server came into the possession of the National Bank of Canada, and the bank sought to make use of the email messages. Three of the defendants in the case, Dan Potter, Knowledge House Inc. and Starr's Point Capital Inc. have claimed privilege in the contents of the e-mail messages, and it is possible that other defendants in related cases may similarly assert claims of privilege.

The allegations in the main litigation involve claims that various defendants, including their legal counsel, were involved in a stock manipulation scheme that led to substantial financial losses.

The NSBS sought intervenor status to address what it considered to be a range of legal issues related to privilege raised by the case. Scanlan J. of the Nova Scotia Supreme Court noted that “[s]ome of the issues arise due to the complexity of the proceedings and some arise due to the sequence of events leading up to the plaintiff having possession of and viewing some of the e-mails.” (at para 3). He also noted that many of the issues are novel, and relate to the fact that the messages were stored on a server that came into the possession of a party who was not the original owner of the server at the time the messages were stored. There was an allegation that the server had been delivered to a third party for safe keeping, but that the emails contained on the server had nevertheless ended up in the hands of the plaintiff's lawyers, and that they had then been distributed to other lawyers involved in related actions. The case is further complicated by the fact that some of the lawyers who were authors and recipients of the emails over which privilege is claimed are also parties to the action or the subject of cross claims. A major law firm is also the subject of a cross claim.

Scanlan J. observed that “[s]olicitor-client privilege is a matter of compelling public interest.” (at para 6) He also noted the unique nature of the facts, and the importance of the case in determining issues of solicitor-client privilege in the context of “intentional seizure of electronic communications by third parties”, (at para 6) as well as to situations where electronic communications fall into the hands of third parties. In reaching the decision to grant intervenor status, Scanlan J. took the view that “the broader public issue of the importance of solicitor-client privilege may not receive the attention it deserves if the matter is argued only by the parties.” (at para 7) He outlined the range of issues he viewed as important as follows:

How should lawyers deal with evidence which they know or suspect may include privileged communications? What processes could be instituted when they encounter such a situation? Is the situation different when

dealing with electronic communications which may be held in several locations at once? What are the ownership rights of information stored on a server owned by a third party and does it alter the expectations in relation to solicitor-client privilege? What should occur if privileged information is viewed by opposing counsel?

The plaintiff Bank objected to the participation of the NSBS on a number of grounds, including that it was not a disinterested party. Because one or more lawyers are being defended by the Society's Liability Claims Fund, the Bank argued that the NSBS has a direct interest in the outcome of the litigation. The Court rejected these arguments noting that: "While it is not possible to say the Society or even its members have no financial interest in the case the potential impact falls within the deminimus [sic] category. The Fund is operated independent from the Society and there is [sic] strict confidentiality rules prohibiting even exchange of information between the Fund and the Society." (at para 15)

## Competition Law

In *Culbane v. ATP Aero Training Products Inc.*, O'Keefe J. of the Federal Court ruled that the provision of free aviation exam guides online did not amount to predatory pricing under the *Competition Act*, nor did it amount to an unlawful interference with the plaintiff's economic interests. The parties were competitors in the provision of aviation exam guides as well as other aviation related products. For a period of time, the defendant sold exam guides produced by the plaintiff. The defendant eventually developed his own exam guides, and sold them instead. He later changed his online business model to provide the exam guides for free, in exchange for an email address from the person who downloaded the guide. He claimed that the contact information allowed him to engage in direct marketing of his other aviation products, and that this was of greater value to him than selling the guides.

O'Keefe J. found that notwithstanding the fact that the guides were being provided free of charge, the defendant was engaged in the practice of selling the guides, within the meaning of s. 50 (1)(c) of the *Act*. He also ruled that the exams were being

sold for an unreasonably low price. However, on the evidence he was not satisfied that either the intent or the effect of the defendant's actions were to substantially lessen competition. He also found insufficient evidence to support the claim that the unreasonably low pricing caused any loss or damage to the plaintiff. Although sales of the plaintiff's guides were down, O'Keefe J. noted that there was evidence that the airline industry was in crisis, that fewer people were taking the exams, and that aviation schools were producing their own materials or using instructional materials produced in the United States. He ruled that the plaintiff had failed to establish a breach of the *Act*.

## Corporations

Industry Canada recently announced that The [Joint Online Registration System](#) project, launched in 2002 by the federal government and the provinces of Newfoundland, Nova Scotia and Ontario, has been so successful that it is being permanently implemented and further enhanced. The system enables businesses seeking to incorporate federally online to apply for their extra-provincial registration at the same time in any one or all of the provinces involved in the partnership.

## Electronic Commerce

The [Principles for Electronic Authentication](#) have been released by Minister of Industry Lucienne Robillard. The Principles are intended to form the basis for the development of policy, legal and technical elements of authentication in the ongoing efforts to establish a "secure and trustworthy environment for electronic commerce.

## Income Tax

In *Wellington v. The Queen*, Bowie J. of the Tax Court considered an appeal from a tax assessment under the *Income Tax Act* for 2001. The appellant had paid over \$9,000 in tuition to an American university for an online distance education program. Her course of study included the completion of 11 courses over six semesters of study. The appellant had made inquiries of CCRA prior to enrolling in the course, and had received assurances that she could obtain both a tuition credit and an education credit for her

enrollment in the course. After filing her income tax return for 2001, she received notice that she had been denied both credits; a subsequent reassessment allowed the education credit, but not the far more significant tuition credit.

The *Income Tax Act* provides that the tuition fee tax credit is available to Canadians who live close to the U.S. border, and who are “at any time in the year a student enrolled at an educational institution in the United States...” (s. 118.5(1)(c)(i)), so long as the individual “commuted” to the U.S. educational institution. The appellant argued that the word “commute” should be interpreted to include telecommuting. The respondent relied on the more conventional definition of commuting which involved daily physical traffic back and forth from one location to another.

The term “commute” is not defined in the *Act*. Bowie J. ruled that the ordinary meaning of the word “requires the physical movement of the taxpayer from Canada to the educational institution in the United States and then back to Canada on a regular basis and does not include “telecommute””. He took the view that “[c]ompleting courses at an educational institution through the exchange of information via the Internet is not the same as physically traveling back and forth between Canada and the U.S.” (at para 13). In his view, if Parliament had intended to include telecommuting in s. 118.5, it would have been expressly included. He concluded with the comments that: “The Internet has, and will no doubt continue, to transform the nature of education and work. It might be time for Parliament to re-examine subparagraph 118.5(1)(c)(ii) to reflect this transformation.” (at para 17).

## Privacy

A recent Ontario Superior Court decision, *Ferenczy v. MCI Medical Clinics* interprets *PIPEDA* in the context of video surveillance. The plaintiff brought an action alleging medical malpractice after an operation she claimed resulted in the loss of the use of her left hand. A private investigator hired by the defendants, the Canadian Medical Protective Association (CMPA), had taken a videotape of the plaintiff purporting to show her continuously holding a coffee cup in a public place. At trial, the issue arose as to whether the video surveillance

evidence could be used in the cross-examination of the plaintiff. The plaintiff objected to the use of the surveillance evidence in part because it was personal information collected in the course of commercial activity without consent in contravention of *PIPEDA*. The Court held, first, that even if the collection of surveillance evidence is found to violate the *Act*, there is no provision under *PIPEDA* that prohibits its admissibility. The more interesting part of the decision is the Court’s broader interpretation of the *Act*. The Court ruled that the videotape is “properly characterized” as a record of personal information under s.2, but the making of the videotape was not commercial activity because the investigator was an agent of the doctor who was “collecting information to defend himself against the lawsuit brought by the plaintiff.” This was, according to the Court, “a personal purpose” falling within the exception under s.4(2)(b) and thus, outside the application of *PIPEDA*, which is “aimed primarily at information collected as a part of commerce.” This reasoning raises some questions given the nature of the dispute dealt with a doctor’s professional (commercial) practice and further, the action was being defended by the CMPA, an organization that provides legal assistance to doctors being sued for medical malpractice. Moreover, the agency analysis appears to be consistent with the most recent *PIPEDA* regulation dealing with private investigators, but unnecessary although it is likely the Court may not have been aware of the regulation prior to releasing its decision. With respect to the issue of consent under *PIPEDA*, the Court found that the plaintiff had given implied consent for the collection and recording of personal information insofar as it related to the lawsuit, when she commenced the action against the defendant. A plaintiff, the Court states, “cannot be heard to say that they do not consent to the gathering of information as to the nature and extent of their injury of the veracity of their claim by the person they have chosen to sue.” This appears to cast a broad net for capturing personal information, potentially allowing defendants to rely on implied consent to collect personal information about a plaintiff in any number of disputes being litigated. Albeit obiter, perhaps most controversial is the Court’s wide interpretation of s.7(1)(b) that the exceptions under *PIPEDA* apply to the laws of Canada or a province includes the common law, “including the law of tort.” What is noticeably absent from the decision,

---

and disappointing, is any comprehensive analysis of “reasonableness” under s.5(3) and whether the plaintiff had a reasonable expectation of privacy in the circumstances. The overall conclusion in the case was that the surveillance evidence was not collected, recorded, used or disclosed in contravention of *PIPEDA*, but as relevant evidence, it would be admissible in any event at trial.

## 2<sup>ème</sup> partie

### Compétence des autorités judiciaires québécoises – Casinos virtuels – Québec

FireCash Ltd., société incorporée aux Bermudes est une filiale d'une société située à Montréal. Elle est un intermédiaire qui offre sur Internet un mécanisme de paiement des transactions entre des casinos virtuels, qui sont ces clients, et les consommateurs, des parieurs. Ces opérations nécessitent qu'elle fasse affaires avec un banque autorisée à traiter les transactions conclues à l'aide de cartes de crédit Visa et Mastercard.

FireCash Ltd. a intenté une action contre Republic Bank Ltd. visant le remboursement de pénalités qui leur ont été imposées pour avoir contrevenu aux règlements de Visa et Mastercard. Republic Bank Ltd. est une banque dont le siège social est à Trinidad et Tobago et n'a pas d'établissement au Québec.

Il s'agit d'un appel du rejet d'une requête en exception déclinatoire où l'appelante invoquait l'absence de compétence des autorités judiciaires québécoises (art. 3148 C.c.Q) et l'existence d'une autre autorité judiciaire mieux à même de trancher le litige (art. 3135 C.c.Q).

La Cour d'appel conclut que la juge de première instance a bien décidé en concluant que les autorités québécoises étaient compétentes pour entendre l'affaire. L'appelante n'ayant pas d'établissement au Québec, il lui suffisait de constater que ses fautes avaient été commises au Québec pour conclure à la compétence des autorités judiciaires. La juge n'avait pas à se lancer dans une analyse détaillée des fautes reprochées à l'appelante et du régime juridique applicable à chacune des intimées.

De plus, dans le contexte international de l'action, l'appelante n'a pas établi qu'aucune autre juridiction n'était mieux à même de trancher le litige que le Québec.

*Republic Bank Ltd. c. Firecash Ltd.*, Cour d'appel du Québec, 500-09-013735-030, 30 mars 2004.

### Compétence des autorités judiciaires québécoises – Vente conclue sur Internet – Québec

Les défendeurs, domiciliés au Colorado, ont mis en vente un véhicule automobile de marque Porsche 1967 via le réseau de vente aux enchères eBay. Le véhicule a été vendu à la demanderesse, ayant été l'enrichisseur le plus offrant. Le véhicule lui a été livré dans l'état de New York.

La demanderesse demande l'annulation de la vente et le remboursement du prix d'achat du véhicule automobile. Les défendeurs demandent le rejet de l'action intentée contre eux en soulevant l'absence de compétence des tribunaux québécois.

Le tribunal est d'avis que la requête en exception déclinatoire des défendeurs est bien fondée. En matière extracontractuelle, vu l'article 3148 C.c.Q., pour donner compétence aux tribunaux québécois, il suffit à la demanderesse d'établir qu'une faute y a été commise, qu'un préjudice y a été subi ou qu'un fait dommageable s'y est produit alors qu'en matière contractuelle, il suffit d'établir qu'une des obligations du contrat devait y être exécutée. Le véhicule automobile ayant été livré aux Etats-Unis, sur le plan contractuel, les tribunaux québécois ne sont pas compétents pour entendre le litige. Sur le plan extracontractuel, la demanderesse n'a fait aucune preuve qu'elle a subi un préjudice au Québec.

*2958-8134 Quebec Inc. c. Harwood*, Cour du Québec (division de pratique), 500-22-092580-037, 2004-02-16.

### Diffamation – Québec

Suite à sa frustration de ne pas avoir obtenu un emploi auprès d'une des demanderesse, Breton a débuté une campagne d'écrits de nature dénigrante par voie de courrier électronique, de communiqués ou sur son site web-Demande d'injonction lui ordonnant de cesser de diffuser tout propos diffamatoire et de publier tout document contenant de tels propos à l'endroit des demandeurs-Accueillie- Les propos tenus par Breton sont diffamatoires et l'injonction demeure un remède nécessaire afin d'empêcher un tort irréparable car malgré ses regrets, sa conduite n'a pas changée après la réception de plusieurs mises en demeure.

*Station Mont Sainte-Anne Inc. c. Breton*, Cour supérieure, 200-05-017480-026, 2004-01-20.

## **Contrat de consommation et clause d'arbitrage – Vente sur un site web-Québec**

Dell, une commerçante oeuvrant dans la vente au détail d'appareils informatiques, annonce sur son site un appareil au prix respectif de 89\$ et 118\$. Dumoulin, un consommateur et membre désigné, place une commande pour une somme de 89\$. Il s'avère qu'il y a erreur dans le prix de vente global affiché et Dell publie sur son site un avis de correction et transmet un courriel à Dumoulin l'informant qu'elle ne donnera pas suite à sa commande au prix annoncé. Dumoulin met en demeure Dell de respecter la commande.

L'Union des consommateurs présente une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif et pour être représentant. À l'encontre, Dell présente un moyen déclinatoire plaçant que la Cour supérieure n'a pas juridiction compte tenu de la clause d'arbitrage incluse au contrat intervenu entre Dumoulin et Dell. Cette clause ferait en sorte que le litige serait réglé de façon définitive et exclusive par le National Arbitration Forum (NAF), organisme situé aux Etats-Unis.

Selon le tribunal, la clause d'arbitrage concernée a pour effet de soustraire de la compétence des autorités québécoises tout litige relié au contrat de consommation intervenu avec Dell et cela ne peut être opposable à Dumoulin en vertu de l'article 3149 C.c.Q. Le litige ne peut donc être référé à l'arbitrage. Quant à la requête en recours collectif, elle rencontre les critères qui doivent guider le tribunal pour autoriser l'exercice d'un tel recours.

*Union des consommateurs c. Dell Computer Corp.*, Cour supérieure, 500-06-000199-030, 2004-01-16.

## **La responsabilité des intermédiaires – Pays européens**

Dans le droit de la responsabilité de plusieurs pays, la possibilité de mettre en cause les intermédiaires techniques lorsqu'un document délictueux a été

transmis est source d'incertitude. Dans certains pays, les tribunaux ont rendu des décisions contradictoires au sujet des devoirs incombant à ces intermédiaires. La responsabilité des intermédiaires soulève des enjeux importants au plan de la liberté d'expression et de la protection des droits des personnes. Si la responsabilité des intermédiaires peut trop facilement être mise en cause, ceux-ci pourraient être tentés, afin de se protéger, de censurer a priori tous les messages présentant des risques. S'ils échappent à toute responsabilité, ils n'auraient pas d'incitatifs à prendre les moyens raisonnables afin de faire cesser les activités illicites se déroulant dans leurs systèmes d'information.

Dans un hyperdossier actualisé, Lionel Thoumyre répertorie les textes européens et de droit français portant sur la problématique de la responsabilité des intermédiaires. La situation dans d'autres pays européens est aussi examinée dans plusieurs travaux récents.

Lionel THOUMYRE, *Hyperdossier sur la responsabilité des acteurs de l'Internet en France – réactualisé*, Juriscom.net, 13 mai 2004.

Bruno CINELLI & Julien BRUCHET, *La responsabilité des prestataires techniques en Suisse*, Juriscom.net, 14 mai 2004.

Natacha LEBRUN & Edwige MBEUTCHA, *Evolution de la responsabilité des intermédiaires techniques en Italie*, 25 mai 2004.

## **Loi pour la confiance dans l'économie numérique – France**

La *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* (LCEN) a été adoptée le 13 mai 2004. Ce texte, très attendu, transpose la Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et constitue un véritable droit autonome de l'Internet. Cependant, la loi a été transmise au Conseil Constitutionnel le 18 mai, la saisine ayant été signée par plus de 60 sénateurs. Le Conseil doit statuer dans un délai d'un mois, ou moins s'il y a urgence.

Le Forum des droits sur l'Internet est heureux dans l'ensemble de l'adoption de la loi mais pointe certaines faiblesses du texte, d'ailleurs dénoncées par plusieurs, concernant la responsabilité des intermédiaires (obligation pour l'hébergeur de

retirer ou de rendre inaccessibles les données présumées illicites qui sont mises en ligne par un tiers) et le principe d'égalité au regard des délais de prescription (délai de prescription différent pour les publications sur Internet par rapport à celui prévu en matière de délit de presse).

Étienne WERY, *La nouvelle LCEN fait des vagues : le Conseil constitutionnel est saisi...et le Forum s'inquiète*, Droit & nouvelles technologies, 24 mai 2004.

## Régulation de l'Internet – Co-régulation

Le texte du Sommet de Genève sur la société de l'information, tenu en décembre dernier, favorise la « co-régulation » comme mode de gouvernance de l'Internet. Ce concept n'est pas nouveau et son utilisation pour encadrer la société de l'information a déjà été prônée dans diverses enceintes internationales. L'auteur propose ici de clarifier ce concept normatif ambigu et aux multiples facettes.

Le modèle de « co-régulation » est approfondi à partir de divers textes utilisant ce modèle de façon explicite; ainsi se trouvent distinguées la régulation

publique, la co-régulation et l'autorégulation. A travers des exemples, les critères de validité des normes de co-régulation sont dégagés: ceux de la légitimité des auteurs, de la conformité des contenus et de l'effectivité des normes ainsi proposées. Cette réflexion permet ainsi de conclure sur les bienfaits mais également les limites et dangers de ce modèle de réglementation.

Yves POULLET, *Technologies de l'information et de la communication et « co-régulation » : une nouvelle approche?*, Droit & nouvelles technologies, 26 mai 2004.

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

If you have comments or suggestions about this newsletter, please contact Professors Michael Deturbide, Anne Mussett and Teresa Scassa 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 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](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.

© 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.