

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

Defamation on the Internet: Is Hyperlink 'Publication' for Purpose of Defamation?

The British Columbia Court of Appeal has delivered its judgment in [Crookes v. Wikimedia Foundation Inc.](#)* In that case the appellant, Mr. Crookes appealed the order of a trial court that dismissed his action against Mr. Newton for damages for defamation.

Crookes, a Vancouver businessman associated with the Green Party of Canada and sole shareholder of West Coast Title Search Ltd., sued a number of other defendants for alleged internet defamation relating to the subject of his relationship with the Green Party. The impugned publications appeared in www.openpolitics.ca and www.usgovernetics.com. The defendant, Newton is a journalist who operates an open and freely accessible website: p2net, which contains commentary on diverse issues, including free speech. Newton published an article titled "Free Speech in Canada" in which he made mention of Crookes' ongoing defamation actions and provided hyperlinks to the two websites in which the impugned articles were published.

Following Newton's refusal, at the demand of both Crookes and his lawyers, to remove the hyperlinks on the basis that the linked websites contained defamatory materials, Crookes sued Newton. At the trial, the court agreed with Newton that hyperlink is

analogous to a footnote in a printed material. Like a footnote, the creation of hyperlink does not amount to the publication of the originating material. Also, the trial judge held that Crookes did not establish, on evidence, that any person who read Newton's article followed the links in question or read the alleged impugned words. According to the trial judge, the mere creation of a hyperlink in a website does not give rise to a presumption that third parties read the content of the hyperlinked material or used the link to access the impugned material.

In dismissing the appeal entirely, the majority of the appeal court held that there was, in this case, no basis for finding a presumption of publication by a hyper-linking defendant. The latter is not necessarily a publisher of an impugned hyperlinked article. The court held that hyperlinks, by themselves do not reproduce a defamatory material. The majority of the court was of the opinion that the contents of the respondent's article did not constitute an encouragement or invitation to third parties to read the impugned materials or an adoption or endorsement of the same by the respondent.

In his dissent, JE Prowse, JA allowed the appeal in part, set aside the order of the trial judge and remitted the action to the trial court for resolution of outstanding issues. The dissent judge found that there was subtle evidence of invitation by the respondent to his readers to visit the hyperlinked articles; and that the significant number of times (1,788) the defendant's article on "Free Speech in Canada" was viewed constituted evidence which the trial court failed to consider in order to determine "whether an inference of communication [publication] could be drawn in these circumstances" (para 70). Also, Prowse, JA rejected a wholesale analogizing of hyperlink to footnote and held that:

"It is not sufficient, however, for the creator of a hyperlink to simply depose that he intended the link to be in the nature of a "footnote" in order to avoid liability for publication. While the trial judge appears to have limited the

footnote analogy to a footnote which simply provides a source reference (similar to a citation to a legal source utilized regularly by judges), many authors use footnotes (and citations) in much more expansive way. For that reasons, I would not accept the footnote analogy to be a complete answer to the question of whether a hyperlink constitutes a publication. More significant factors would be the prominence of the hyperlink, any words of invitation or recommendation to the reader associated with the hyperlink, the nature of the material which is suggested to be found at the hyperlink, the apparent significance of the hyperlink in relation to the article as a whole, and a host of other factors on the facts of a particular case” (para 60).

**Also appearing as Crookes v. Newton.*

Disclosure of Identity of Email Author – Norwich Orders

The Ontario Superior Court of Justice, in *York University v. Bell Canada Enterprises*, has issued a “*Norwich Order*”, requiring Bell and Rogers to disclose the identity of users who sent emails and made web postings that York University alleges were defamatory. York University announced in a press release that Professor Martin Singer had been named the inaugural dean of its Faculty of Liberal Arts & Professional Studies, describing him as “a renowned scholar of Chinese history.” A week later an anonymous group or individual(s) identified as “York Faculty Concerned about the Future of York University” sent an e-mail to undisclosed recipients suggesting that Professor Singer was unpublished and unknown in the field of Chinese history, that his appointment had been fraudulent, and that the President of the University ought to resign. The text of the email was also published on a website.

A *Norwich Order* allows a plaintiff or potential plaintiff to seek disclosure of the identity of the defendant from a third party, in order to bring action against that defendant. It arises from the House of Lords decision in *Norwich Pharmacal Co. v. Commissioners of Customs & Excise*, holding that where a person becomes involved in the tortious acts of others, even innocently, that person has a

duty to give full information to the injured party, by way of discovery, to disclose the identity of the wrongdoer. It requires consideration of five factors:

- (a) whether the applicant has provided evidence sufficient to raise a valid, bona fide or reasonable claim;
- (b) whether the applicant has established a relationship with the third party from whom the information is sought, such that it establishes that the third party is somehow involved in the acts complained of;
- (c) whether the third party is the only practicable source of the information available;
- (d) whether the third party can be indemnified for costs to which the third party may be exposed because of the disclosure; and
- (e) whether the interests of justice favour obtaining the disclosure.

Here, it was found that all five considerations were met. The words in the email were potentially defamatory. Bell and Rogers, as ISPS, were the conduit for the communication of the statements through email and posting, and they were the only practicable source of the identity of the authors. The costs of compliance had also been agreed upon.

The court spent some time weighing the interests of justice, but concluded that the balance did favour disclosure. The privacy policies of Bell and Rogers both made clear that privacy was not absolute. The service agreements with customers made clear that defamation or other actions which might give rise to civil liability were prohibited. Accordingly customers would reasonably understand that their identities might be exposed if they engaged in tortious behaviour.

In an appropriate case, the court held, it might be necessary for the third party to notify the defendant of the possibility of his or her identity being revealed, but that was not a requirement in this case. As the requirements for the *Norwich Order* were made out, the court ordered the disclosure of the information for the limited purpose of permitting the plaintiffs to commence litigation.

Rate-setting and a National Telecommunications Policy

The Supreme Court of Canada has, in *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, approved directions of the CRTC with regard to funds collected by various Canadian telecommunications service providers. The result that those funds will be used to improve accessibility for individuals with disabilities, for broadband expansion, and in addition to pay rebates to some customers.

The funds in question, referred to as “deferral accounts”, came about as a result of decisions made by the CRTC in May 2002. At that time the CRTC issued its “Price Caps Decision”, which established a formula to regulate the maximum prices charged for certain services offered by incumbent local exchange carriers, most of whom are well-established telecommunications carriers. Because of the way these fees were structured, the ILECs were allowed to collect more money than they were actually entitled to charge as the cost of providing their services. As a result, the “deferral accounts” were built up.

More specifically, the CRTC had established both a cap and an offset. The cap was to prevent carriers from increasing their fees at a rate greater than the inflation rate. However, the cap alone would have allowed charges to continue increasing. In markets where there is competition, that creates pressure causing carriers to reduce their costs and their prices. In non-high cost serving areas (mainly urban areas), however, there was a very low level of competition. As a result, the CRTC had also created a “productivity offset” which put downward pressure on the rates to be charged, in order to make up for the lack of competition. Under the formula established by the Price Caps Decision, any increase in the price charged for these services in a given year was limited to an inflationary cap, minus the productivity offset. The result of this offset was that if inflation fell below a particular rate, the price of residential services would actually decrease.

However, the CRTC had also been concerned that if rates actually dropped, this would create a barrier to new carriers entering the market. That in turn limited the possibility of competition occurring. As a result, the CRTC had ordered that carriers should still charge for services without taking into account any

decreases which would result from the Price Caps Decision formula. However, they were required to set up separate accounts – the deferral accounts – and to deposit in those accounts the difference between the amount they were actually collecting and the rates as determined by the formula. These accounts were then to be reviewed annually by the CRTC.

As the Court noted, “[t]he intent of the Price Caps Decision was, therefore, that prices for these services would remain at a level sufficient to encourage market entry, while at the same time maintaining the pressure on the incumbent carriers to reduce their costs.” In particular, the objectives of the scheme were:

- a) to render reliable and affordable services of high quality, accessible to both urban and rural area customers;
- b) to balance the interests of the three main stakeholders in telecommunications markets, i.e., customers, competitors and incumbent telephone companies;
- c) to foster facilities-based competition in Canadian telecommunications markets;
- d) to provide incumbents with incentives to increase efficiencies and to be more innovative; and
- e) to adopt regulatory approaches that impose the minimum regulatory burden compatible with the achievement of the previous four objectives.

The actual decision under appeal to the Supreme Court was not the original decision which created the deferral accounts, but rather a decision in February 2006 setting out how the deferral accounts were to be used. By this time the accounts had grown quite large (\$480.5 million in Bell Canada’s deferral account, and \$170 million in the TELUS account, for example) and the CRTC was concerned to arrange not just how existing funds should be used, but also how to deal with the accumulating surplus. The CRTC ordered that at least 5 percent of the accounts was to be used for improving accessibility to telecommunications services for individuals with disabilities. The remaining 95 percent was to be used for broadband expansion

in rural and remote communities. However, if these two objectives could be fulfilled for an amount less than the full deferral account balances, credits to subscribers would be ordered out of the remainder.

This decision was appealed by a number of parties, including Bell Canada, TELUS, the Consumers' Association of Canada and the National Anti-Poverty Organization. Bell and TELUS argued that the CRTC was attempting to retroactively change rates which had been made final, and was trying to give retrospective rebates. They argued that the CRTC had no jurisdiction to do this. On the other hand the Consumers' Association of Canada and the National Anti-Poverty Organization took exactly the opposite position, arguing that the CRTC had no authority to direct the use of the funds for broadband expansion. In that event the deferral account balances, they argued, should be distributed to customers in full.

The Supreme Court rejected both sides and upheld the decision of the CRTC. The Court noted that the CRTC was charged to determine and approve just and reasonable rates to be charged for telecommunications services, and had the ability to impose any condition on the provision of a service, to adopt any method to determine whether a rate is just and reasonable and to require a carrier to adopt any accounting method. In doing so it was to implement the Canadian telecommunications policy objectives set out in section 7 of the *Telecommunications Act*. These included:

- (a) to facilitate the orderly development throughout Canada of a telecommunications system that serves to safeguard, enrich and strengthen the social and economic fabric of Canada and its regions;
- (b) to render reliable and affordable telecommunications services of high quality accessible to Canadians in both urban and rural areas in all regions of Canada;
- (c) to enhance the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications;...
- (f) to foster increased reliance on market forces for the provision of telecommunications services and to ensure that regulation, where required, is efficient and effective;...

- (h) to respond to the economic and social requirements of users of telecommunications services;

In addition, the Court noted, the CRTC had the authority under section 37 of the *Act* to "adopt any method of identifying the costs of providing telecommunications services and to adopt any accounting method or system of accounts".

The combined effect of these provisions was that, in setting rates, the CRTC was not limited to considerations of a fair price for consumers and a fair rate of return for carriers. Other considerations, such as making telecommunications services more accessible or increasing reliance on market forces were also within their mandate, and were among the goals they could have in mind in setting rates.

Accordingly the Court concluded:

55 In my view, it follows from the CRTC's broad discretion to determine just and reasonable rates under s. 27, its power to order a carrier to adopt any accounting method under s. 37, and its statutory mandate under s. 47 to implement the wide-ranging Canadian telecommunications policy objectives set out in s. 7, that the *Telecommunications Act* provides the CRTC with considerable scope in establishing and approving the use to be made of deferral accounts. They were created in accordance both with the CRTC's rate-setting authority and with the goal that all rates charged by carriers were and would remain just and reasonable.

56 A deferral account would not serve its purpose if the CRTC did not also have the power to order the disposition of the funds contained in it. In my view, the CRTC had the authority to order the disposition of the accounts in the exercise of its rate-setting power, provided that this exercise was reasonable.

With regard to the specific arguments presented, the Court concluded that the payments to subscribers were neither retroactive nor retrospective: credits or reductions had always been envisioned as one of the possible uses of the deferral accounts, and they did not vary the original rate in any way. Equally the Consumers' Association argument that the rates

to subscribers in urban areas were not reasonable since they forced those consumers to subsidize future broadband users in other locations was rejected. Cross-subsidization did not make a rate unreasonable, since the CRTC was not required to atomize individual services in setting rates: rather, the rates were to serve a comprehensive national telecommunications framework. Accordingly the Court deferred to the CRTC's judgment as to the best way to achieve that goal and upheld their decision.

2^{ème} partie

Ordonnance de fermeture d'un site Internet contrevenant à la législation sur les valeurs mobilières – Québec

Étant donné l'intérêt public et les motifs impérieux d'intervenir immédiatement, le Bureau de décision et de révision en valeurs mobilières prononce une ordonnance de blocage, des ordonnances d'interdiction d'opération sur des valeurs et d'interdiction d'agir à titre de conseiller en valeur de Sauriol, et ce, afin d'assurer la protection des investisseurs (art. 93 de la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers* et art. 249, 250 et 323.7 de la *Loi sur les valeurs mobilières*). À cette occasion, le Bureau rend une ordonnance pour la fermeture d'un site Internet en vertu de l'article 94 de la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers* et des articles 323.5 et 323.7 de la *Loi sur les valeurs mobilières* : « *considérant que l'intimé utiliserait un site Internet dans lequel il se présente comme un planificateur financier, sans détenir l'inscription requise et considérant qu'il aurait auparavant utilisé ce titre afin de solliciter des épargnants pour qu'ils investissent dans des produits fictifs créés par l'intimé, le Bureau est d'avis que la requête pour obtenir la fermeture du site Internet www.nvrcorporation.com doit être accordée afin de préserver l'intérêt public et la confiance des investisseurs envers l'intégrité des marchés financiers et pour éviter que la conduite reprochée ne se reproduise à l'avenir.* »

- *Autorité des marchés financiers c. Sauriol*, 2009 QCBDRVM 30, 2 juillet 2009 (Bureau de décision et de révision en valeurs mobilières), AZ-50568695

Inexécution partielle d'un contrat de service publicitaire sur Internet – Québec

Suite à la signature de contrats de service et à la fourniture des services impayés, Branchez-Vous Inc. réclame 9 450,77\$. Branchez-vous inc. fait commerce de publicité sur Internet, publicité fondée

sur l'utilisation des mots clés sur les moteurs de recherche et de bannières graphiques aux fins d'un usage sur un ensemble de sites. Un représentant de Branchez-vous a contacté Québec Auto crédit inc., une entreprise de vente d'automobiles et les parties signent un « contrat d'insertion de positionnement de site Internet » prévoyant les frais pour la création de la campagne tels la liste des mots clés créatifs et la sélection des réseaux, ainsi qu'un « contrat pour la création des bannières visibles sur les sites ». Une condition de l'entente était que la publicité cible les gens ayant des revenus variant de 25 000,00\$ et 45 000,00\$. N'ayant pas ciblé la clientèle requise dans ses services publicitaires, la Québec auto crédit inc. soutient que la demanderesse n'a pas rendu de manière satisfaisante les services pour lesquels elle avait retenu ses services et qu'ils n'ont pas apporté les résultats escomptés.

Le Tribunal en vient à la conclusion que la condition négociée entre les parties, soit celle de cibler les gens ayant des revenus variant de 25 000,00\$ et 45 000,00\$, n'a pas été respectée et qu'il s'agit là d'une inexécution partielle de l'obligation convenue entre les parties. En effet, la preuve démontre qu'une partie du contrat a été respectée puisque la partie demanderesse a publié sur le web les bannières confectionnées et qu'elle a ciblé des sites pouvant rejoindre une partie de la clientèle voulue. Il y a lieu de réduire le paiement de la somme compte tenu du non-respect ou de l'inexécution partielle de l'obligation convenue entre les parties. Le tribunal précise que la demanderesse n'est pas tenue du résultat; elle prépare, crée et cible des clients potentiels sans devoir garantir qu'ils répondront positivement à l'offre.

- *Networldmedia inc et Branchez-vous inc. c. Québec Auto crédit inc.*, 2009 QCCQ 6188 (CanLII), 2 juillet 2009.

Requête pour s'assurer de l'intégrité de documents technologiques – Québec

Dans le cadre d'un litige, la demanderesse a produit une requête pour production de documents technologiques en vertu des articles 2, 20 et 46 C.p.c. Elle veut qu'un expert nommé par le tribunal puisse avoir accès aux bureaux et aux ordinateurs

d'un ingénieur. La requête s'appuie sur l'affidavit de l'expert de la demanderesse qui explique que la copie du fichier-maître lui a été remise sur un clé USB. L'expert se plaint de ne pas avoir pu ouvrir lui-même l'ordinateur de l'ingénieur afin de s'assurer de l'intégrité des documents technologiques reçus. Étant donné qu'il n'y a aucune allégation dans les procédures portant sur les plans ou le travail de l'ingénieur ni aucun indice que le fichier-maître a été altéré, le tribunal refuse de permettre une recherche à l'aveuglette dans les bureaux et ordinateurs de l'ingénieur.

- *2414-9098 Québec inc. c. Pasargad Development Corporation*, 2009 QCCS 3351 (CanLII), 26 juin 2009.

Vidéosurveillance – Québec

Cette étude porte sur le rôle de la Commission d'accès à l'information (CAI) au regard des règles d'utilisation de la vidéosurveillance dans les lieux publics. Elle a été produite à la demande de la CAI afin de réviser les *Règles d'utilisation de la vidéosurveillance avec enregistrement dans les lieux publics par les organismes publics*, publiées par la CAI en juin 2004, étant donné les difficultés à faire respecter ces règles auprès des organismes publics, notamment auprès des corps policiers.

Les auteurs considèrent qu'une deuxième révision des règles de la CAI quant à l'utilisation de la vidéosurveillance dans les lieux publics par les organismes publics ne représente pas la voie de solution aux difficultés rencontrées par la CAI à faire respecter les principes de protection des renseignements personnels énoncés dans la Loi sur l'accès. Ce choix de la CAI d'adopter ce type de directives ou de guide en 2002 (adoption) ou en 2004 (révision) était justifié à l'époque puisque la loi sur l'accès n'offrait alors aucun pouvoir réglementaire pour encadrer les principes généraux de la loi. La CAI a dû se substituer à ce rôle en adoptant des règles, mais cette substitution a posé plusieurs problèmes. Les auteurs assimilent l'action de la CAI à une directive administrative et consacrent de longs développements à expliquer que la directive administrative ne peut restreindre un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. Mais l'analyse juridique de la situation a changé depuis l'amendement de la loi en 2006 qui a ajouté l'article

63.2, qui accorde un pouvoir réglementaire au gouvernement pour préciser les mesures à prendre pour protéger les renseignements personnels. Selon les auteurs, la CAI ne serait plus habilitée à se substituer au gouvernement dans l'exercice d'un pouvoir réglementaire et cette situation invalide donc indirectement les règles qui visent à encadrer de façon plus précise les principes généraux de la loi. Les auteurs concluent que la seule voie de solution pour mieux encadrer les systèmes de vidéosurveillance repose sur un règlement du gouvernement du Québec. Selon les auteurs, le *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels* adopté par le gouvernement en 2008 présente une approche intéressante de responsabilisation des organismes publics, chargés de mettre en place un comité conseil interne responsable de mesures précises de protection des renseignements personnels. Cela constitue une première tentative d'incorporer dans des normes l'encadrement de la vidéosurveillance. Par contre, le règlement ne donne aucune indication précise en matière d'évaluation de la nécessité de recourir à la technologie de vidéosurveillance ni s'il a réussi à induire une plus grande responsabilisation des ministères. Les auteurs suggèrent qu'une analyse de l'effet du règlement soit entamée en collaboration et que la CAI soit associée au plus tôt à la démarche de préparation d'un nouveau règlement pour que son expertise soit mise à contribution.

- Christian BOUDREAU et Marie-Claude PRÉMONT, *La Commission d'accès à l'information du Québec face à la vidéosurveillance des lieux publics par les organismes publics*, présenté à la Commission d'accès à l'information, ENAP, juin 2009.

État de droit et virtualité

Ce livre regroupe des textes présentés lors d'un séminaire international tenu à Montréal les 23 et 24 octobre 2007. L'objet de cet ouvrage est de déterminer les incidences de la virtualisation, c'est-à-dire de l'éclatement du binôme espace/temps et de la fragmentation des frontières physiques et conceptuelles, sur des champs aussi vastes que l'administration publique, le système judiciaire, la dignité humaine, le corps humain ou la notion de souveraineté. Cet examen des incidences de la

virtualisation est passé au tamis de l'État de droit. On y retrouve entre autres les textes suivants :

- Yves POULLET et Antoinette ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie. »
- Cynthia CHASSIGNEUX, « La protection face aux nouveaux lieux de communication. »
- Fabien GÉLINAS, « État de droit et justice virtuelle. »
- John D. GREGORY, « Les défis juridiques d'un gouvernement virtuel. »
- Pierre TRUDEL, « État de droit et E-Gouvernement. »
- Karim BENYEKHEF et Pierre TRUDEL, *État de droit et virtualité*, Montréal, Éditions Thémis, 2009.

Adoption du texte de loi Hadopi II – France

La loi Hadopi II a finalement été adoptée le 15 septembre 2009 à l'Assemblée nationale. Le projet de loi contre le téléchargement illégal sur Internet remplace le volet répressif du texte Hadopi I, censuré le 10 juin par le Conseil constitutionnel. Ce dernier décida notamment de censurer la coupure d'accès Internet par une autorité administrative en cas de téléchargement illégal, en estimant que seuls les juges pouvaient prononcer une telle suspension d'abonnement. Se conformant à cette décision, la Ministre de la Culture révisa le texte en confiant au juge, dans le cadre d'une procédure judiciaire accélérée, le dernier stade de la riposte graduée, à savoir le pouvoir de couper l'accès Internet aux auteurs de téléchargements illégaux.

- Sur la riposte graduée en Europe, voir : Thibault VERBIEST et Véronique DELFORGE, « *La riposte graduée est-elle une solution dans d'autres pays ? L'exemple de la Belgique* », *Droit & technologies*, 14 septembre 2009.

Un statut pour les services de presse en ligne – France

Lors de la tenue d'états généraux de la presse écrite, il a été demandé de préciser le statut d'éditeur de presse en ligne. L'article 27 de la loi HADOPI du 12 juin 2009 introduit dans la législation sur la presse, une définition de la notion de « service de presse en ligne ». Les éditeurs répondant aux conditions peuvent bénéficier d'allègements fiscaux, de certaines aides publiques et d'un régime allégé de responsabilité éditoriale notamment pour les services faisant appel à la contribution des internautes.

- Basile ADER, « Le statut des services de presse en ligne », *LÉGIPRESSE*, septembre 2009, no. 264, pp. 105-108.
- *LOI n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Légifrance.

Règles de fonctionnement de l'espace de stockage en ligne des usagers dans le cadre de leurs relations avec l'Administration – France

Un décret accompagné d'un arrêté publiés le 18 juin 2009 viennent préciser le régime juridique applicable à l'espace de stockage accessible en ligne et disponible sur demande pour tous les usagers dans le cadre de leurs démarches avec l'administration en France. Le principe d'un espace privatif aux usagers qui souhaitent interagir avec l'État au moyen d'outils en ligne est acquis depuis *l'ordonnance du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives* (Ord. No. 2005-1516, 8 déc. 2005; JO 9 déc. 2005, p. 18986) Cette ordonnance institue un service public exploité sous la responsabilité de l'État consistant en la mise à disposition de l'utilisateur d'un espace de stockage accessible en ligne. Cet espace est placé sous le contrôle de son titulaire. Il est ouvert et clos à la demande de ce dernier. Il permet à l'utilisateur de conserver des documents technologiques et de les communiquer aux autorités administratives utiles à l'accomplissement de démarches administratives. L'ordonnance précise aussi que lorsqu'en application d'une disposition législative ou réglementaire, une

autorité administrative demande à un usager de communiquer une information, ce dernier peut en autoriser la transmission depuis cet espace à cette autorité.

Presque quatre ans après la mise en vigueur de l'ordonnance, un décret et un arrêté viennent définir le régime juridique de l'espace de stockage en ligne dans le cadre de « mon.service-public.fr ». Ce régime régit les conditions de l'ouverture de cet espace, son cycle d'activités et sa clôture. Ainsi, l'espace de stockage est placé sous le contrôle et la responsabilité de son titulaire qui a le loisir de le désactiver ou le clore. L'usager en contrôle le contenu en enregistrant les informations susceptibles de lui être demandées lors de l'accomplissement de ses démarches. Il peut décider de modifier ou de supprimer des informations et il peut autoriser les autorités administratives à y déposer des documents. Les textes prévoient des conditions pour la clôture des comptes de même que la désactivation après une période de trois ans sans connexion.

- Éric CAPRIOLI, « Espace de stockage en ligne de l'usager dans le cadre du téléservice 'mon.service-public.fr' », *Communication commerce électronique*, septembre 2009, pp. 45-46.
- Voir [Mon.service-public.fr](http://mon.service-public.fr) : en savoir plus.

Coût d'un paiement électronique – France

L'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement transpose en droit français la directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007 sur les services de paiement (dite [SEPA](#)). Les auteurs s'interrogent à savoir qui paiera pour l'utilisation d'un instrument de paiement électronique avec la nouvelle ordonnance? Le fournisseur de l'instrument? Le commerçant? Le client final? La banque?

La pratique antérieure était que les systèmes internationaux et les banques imposaient généralement aux commerçants une règle dite de « *no surcharge* » : il est interdit au commerçant de « surcharger », c'est-à-dire de pénaliser l'acheteur parce qu'il paye avec sa carte. La directive vient

interdire d'interdire le surchargement : le prestataire de services de paiement (ex. une banque ou une société internationale de carte) n'empêche pas le bénéficiaire (ex. le commerçant) d'appliquer des frais au client du commerçant pour l'utilisation d'un instrument de paiement donné. Mais *le surchargement ne devient pas pour autant la règle, puisque les États membres peuvent interdire ou limiter le droit de demander des frais, mais ils doivent le faire compte tenu de la nécessité d'encourager la concurrence et de favoriser l'utilisation de moyens de paiement efficaces*. L'ordonnance du 15 juillet transpose l'interdiction d'interdire le surchargement. Le jeu semble ainsi plus ouvert, selon les auteurs, mais ce n'est qu'en théorie puisqu'on ne connaît pas encore les conditions dans lesquelles les commerçants pourront surcharger. Quant à la question de savoir s'il faut autoriser le surchargement ou non, les auteurs mentionnent « *il n'y a de réponse unique à cette question, car tout dépend d'une situation donnée et/ou d'un pays précis. [...] Il faut donc se garder de conclusions hâtives tel que l'interdiction généralisée du surchargement prétendument justifiée par « l'intérêt du consommateur ». On entend l'argument souvent ; il est parfois pertinent, mais pas toujours.* »

- Étienne WERY et Cathy-Rosalie JOLY, « [Qui supporte le coût d'un paiement électronique? Le commerçant ou son client?](#) », *Droit & technologies*, 9 septembre 2009.

Publicité en faveur des boissons alcoolisées – France

Le législateur vient d'autoriser, sous certaines conditions, la publicité en faveur des boissons alcooliques sur les « services de communications en ligne ». En effet, la publicité en faveur de l'alcool est désormais autorisée, à l'exception des sites « principalement destinés à la jeunesse » et des sites sportifs, sous réserve qu'elle ne soit « ni intrusive ni interstitielle ».

Ainsi, pour des impératifs de protection de la jeunesse et de la santé publique, la publicité en ligne en faveur des boissons alcooliques n'est pas autorisée sur les sites qui, par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des

associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles.

Le Forum des droit sur l'Internet s'interroge toutefois sur la formulation retenue par la loi : « ni intrusive ni interstitielle ». En effet, si le terme « intrusive » désigne le caractère d'une publicité, le terme « interstitielle » désigne quant à lui un format de publicité. Le Forum avait recommandé que les nouvelles dispositions ne distinguent pas entre les différents formats publicitaires, en raison de leur caractère évolutif, au risque de précipiter l'obsolescence du dispositif. En effet, comme le souligne le Forum, la publicité intrusive peut se présenter sous différents formats : interstitiel, bannière, carré, spot, pop-up... Le Forum des droits sur l'Internet regrette que cette position n'ait pas été adoptée.

- [LOI n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires](#), Legifrance.
- Forum des droits sur l'Internet, [Publicité en faveur des boissons alcooliques sur l'internet : une ouverture encadrée](#), 31 août 2009.
- Voir aussi : Thibault VERBIEST et Pascal REYNAUD, « [La France autorise la publicité en ligne pour l'alcool, mais garde le contrôle](#) » *Droit & technologies*, 3 septembre 2009.

Condamnation d'un site de musique à demande et en streaming pour violation du droit d'auteur – France

Le site de musique à la demande et en streaming Radioblogclub.fr mettait à disposition des liens vers des enregistrements musicaux et permettait aux internautes d'exporter les *playlists* qu'ils avaient constituées sur leur blog, site ou autres forums de discussion, sans aucune autorisation des ayants droits. Le tribunal a conclu que le site avait porté atteinte aux droits des producteurs de phonogrammes. En outre, la Cour reproche à Radioblogclub.fr d'avoir édité « un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres protégées », acte réprimé par l'article L 335-2-1 du Code français de la propriété intellectuelle. Radioblogclub.fr contestait l'application de cette

disposition en soutenant qu'elle ne concernait que les sites de *peer-to-peer*. Le tribunal rappelle l'intention du législateur de viser, de manière générale, toute mise à disposition au profit du public.

En application de la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, le tribunal prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte. Le succès d'audience du site (800 000 visites quotidiennes) a généré un chiffre d'affaires de 403 286 euros en 2006 et de 686 469 euros en 2007 grâce aux recettes publicitaires, soit 1 089 755 euros. Les responsables du site sont condamnés à reverser cette somme à la Société civile des producteurs de phonogrammes (SCPP) et à la Société des producteurs de phonogrammes en France (SPPF), à titre d'indemnisation. Le tribunal a aussi imposé une peine d'un an de prison avec sursis et de 10 000 euros d'amende à l'un des responsables du site.

- [Scpp c. Jean-Louis et Benoît T.](#), Tribunal de grande instance de Paris, 31ème chambre, Jugement du 3 septembre 2009, LEGALIS.NET.
- Tiré de [Radioblogclub.fr condamné à reverser plus d'un million d'euros de bénéfices](#), Legalis, 8 septembre 2009.

Caractère fautif de l'affichage du cadre d'un moteur de recherche au dessus du site sélectionné – France

Dans son jugement du 25 juin 2009, le Tribunal de grande instance de Paris a sanctionné le fait de maintenir l'affichage du cadre d'un moteur de recherche au dessus du cadre du site sélectionné sans son accord. La société Pressvoyages.com avait référencé sur son annuaire des professionnels du tourisme le site Voyanet.com. Lorsqu'un internaute introduisait une requête sur ce site, une page de résultat s'affichait avec un lien. Un constat a établi que deux cadres apparaissaient : un cadre supérieur dans lequel figurait le logo de Pressvoyages.com et un cadre inférieur plus important constitué du site demandé. Et ce cadre de l'annuaire ne disparaissait

pas pendant la navigation. Le tribunal a estimé que le site Pressvoyages.com avait porté atteinte aux droits d'auteur de GSA en représentant son site Voyanet.com sans son autorisation. Il a également considéré que le fait d'avoir répertorié le nom de domaine Voyanet.com constituait un acte de concurrence déloyale. De plus, il a jugé que Pressvoyages avait contribué au détournement de trafic d'internautes. Le tribunal a également considéré que l'annuaire en ligne a commis des actes de publicité trompeuse en référencant indûment le site et en faisant apparaître dans les résultats de la recherche des descriptions qui ne sont pas générées par son propre moteur.

- *Générale de Services Aériens, Olivier B. c. Easyvoyage*, Tribunal de grande instance de Paris, 3^{ème} chambre, 4^{ème} section, Jugement du 25 juin 2009.

Gouvernance de l'Internet – Commission européenne

Dans sa communication « La gouvernance de l'Internet: les prochaines étapes » publiée en juin 2009, la Commission européenne formule des propositions visant à rendre la gouvernance de l'Internet plus ouverte, transparente et fondée sur l'inclusion. Une place essentielle est dévolue au principe de responsabilité, tant sur le plan interne (organes de décision et organisation générale de l'ICANN) que sur le plan externe (responsabilité multilatérale impliquant tous les pays du monde). Il s'ensuit également que toute partie concernée par les décisions des organes de gouvernance doit avoir la possibilité de faire appel devant un tribunal indépendant. La Commission a également proposé que la gestion du réseau soit assurée par des organismes privés dans le respect de principes arrêtés par les autorités publiques mais sans intervention des pouvoirs publics dans son fonctionnement quotidien.

Le rapport constate que le gouvernement des États-Unis est le seul organe disposant d'un droit de regard officiel sur les politiques et les activités de l'ICANN depuis sa mise sur pied en 1998. Le projet d'accord commun entre le gouvernement et l'ICANN étant sur le point de prendre fin, la Commission considère que dorénavant l'ICANN devrait être tenu de rendre des comptes à la communauté de l'Internet dans son ensemble, et pas seulement à un seul

gouvernement. Cela se justifie d'autant plus qu'on prévoit une augmentation de près d'un milliard du nombre d'utilisateurs de l'Internet, principalement en provenance de pays en développement. La Commission préconise que l'UE entame des discussions avec ses partenaires internationaux sur ces questions, et notamment sur les moyens d'améliorer les capacités de réaction de l'Internet en cas de défaillance accidentelle ou d'attaque délibérée.

- Commission des communautés européennes, *La gouvernance de l'Internet: les prochaines étapes*, COM (2009) 277 final, 18 juin 2009.

Le "droit au silence" des puces RFID – Commission européenne

Le 18 juin 2009, la Commission européenne a publié une communication portant sur les RFID (Radio Frequency IDentification) intitulée Internet des objets-Internet du futur. Le document met de l'avant un plan d'action incluant le projet de lancer un débat relatif aux aspects juridiques et techniques du droit d'éteindre les « puces ». Le droit d'éteindre les « puces » se fonde sur l'idée que les particuliers devraient avoir la possibilité de désactiver les puces RFID. Un tel droit devrait favoriser l'usage des RFID tout en respectant la vie privée et les informations des particuliers. La communication écarte l'approche consistant à laisser au secteur privé le développement de l'Internet des Objets. Le document préconise aussi de développer une gouvernance appropriée des multiples usages des RFID.

- Commission européenne, *Internet of Things – An action plan for Europe*, June 18 2009.
- Tiré de *EU – 'Right to the silence of the chips' in the new EC Communication*, QuickLinks, 1^{er} juillet 2009.

À signaler

- Paul-André COMEAU, *Protection des renseignements personnels – Projet et réalité, École nationale d'administration publique*, 2009. L'auteur analyse les régimes de protection des renseignements personnels existant au Québec, au Nouveau-Brunswick et au Canada.

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 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 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 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.