

Vol. 22, n° 2

Pentacles et Pentiums

Cinq décisions ayant marqué le droit des technologies de l'information en 2009

Nicolas Vermeys*

Introduction	423
1. <i>Bishop c. Minichiello</i> : disques durs et troubles de sommeil	424
2. <i>Crookes c. Newton</i> : pour en finir avec les hyperliens	428
3. <i>Leduc c. Roman</i> ; <i>Wice c. The Dominion of Canada General Insurance Company et Schuster c. Royal & Insurance Company of Canada</i> : la trilogie « Facebookienne »	432
4. <i>Ville de Montréal c. Bolduc</i> : une signature sous tout autre nom... ..	436
5. <i>York University c. Bell Canada Enterprises</i> : quand <i>Norwich</i> arrive sur le Web	439
Conclusion	444

© Nicolas Vermeys, 2010.

* Avocat et CISSP, directeur adjoint du Laboratoire sur la cyberjustice.

INTRODUCTION

Commenter les cinq décisions ayant le plus marqué le droit des technologies de l'information au cours de la dernière année ; voilà en quelques mots la mission m'ayant été confiée par les éditeurs des *Cahiers de propriété intellectuelle*. Pourtant, malgré la séduisante simplicité de cette prémisse, poursuivre cette tradition récemment initiée par mon collègue Vincent Gautrais représente un mandat particulièrement complexe. D'abord, puisqu'il s'agit d'un exercice prédictif et manifestement suggestif : il faut un certain niveau de clairvoyance (voire d'arrogance) pour prétendre être à même d'établir l'importance relative qu'aura une décision dans les annales de l'histoire juridique. Ensuite, parce que la jurisprudence semble lentement rattraper le retard qu'accuse le droit par rapport aux technologies. En effet, le volume de décisions abordant de près ou de loin le droit des technologies de l'information semble croître de façon exponentielle, ce qui rend toute tentative d'exhaustivité dans leur identification plus ardue que par les années précédentes. En effet, si les discussions relatives au droit des technologies de l'information se limitaient autrefois à des échanges entre avocats « technologues », le survol jurisprudentiel effectué permet d'affirmer que des considérations technologiques se sont aujourd'hui infiltrées dans toutes les sphères du droit : obligations, preuve, propriété intellectuelle, etc.

Cette observation nous pousse d'ailleurs à soumettre qu'il nous faut cesser d'envisager le droit des technologies de l'information comme constituant un ensemble monolithique de concepts propres à l'environnement numérique. À cette fin, le titre du présent commentaire, au-delà de l'évidente allitération autour du chiffre « 5 », se veut réflexif. Le pentacle, « figure géométrique tendant à exprimer une structure universelle »¹ associée au mysticisme et à l'inconnu, est présenté comme une métaphore de cette vision dépassée d'un cadre législatif autonome propre aux technologies de l'information. Cette conception surannée du droit des technologies de l'information se doit, au même titre que le Pentium – technologie associée aux premiers balbutiements du Web et, par le fait même, à l'éclosion de ce droit « nouveau » – d'être remplacée par un modèle plus ouvert, plus

1. <http://www.granddictionnaire.com>.

« réseauté » et permettant une meilleure intégration des technologies dans les divers domaines juridiques.

C'est avec cette vision que le palmarès ci-dessous est soumis. S'il est fort probable que les décisions choisies ne feront pas l'unanimité quant à leur classification dans le « top 5 » de l'année 2009, il demeure qu'elles apportent chacune une pièce au casse-tête que constitue l'amalgamation de notre droit « classique » et des technologies de l'information. Par ordre alphabétique, il s'agit de :

- *Bishop c. Minichiello* (2009 BCSC 358), une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique sur les critères à remplir pour forcer la production en preuve d'un disque dur;
- *Crookes c. Newton* (2009 BCCA 392), une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique relative à la responsabilité quant au contenu d'un site accessible par hyperlien;
- *Leduc c. Roman* (2009 CanLII 6838); *Wice c. The Dominion of Canada General Insurance Company* (2009 CanLII 36310) et *Schuster c. Royal & Insurance Company of Canada* (2009 CanLII 58971), une trilogie de décisions complémentaires de la Cour supérieure de l'Ontario sur la divulgation obligatoire du contenu d'un compte Facebook;
- *Ville de Montréal c. Bolduc* (2009 CanLII 30774), une décision de la Cour municipale de la Ville de Montréal quant à la notion de signature électronique; et
- *York University c. Bell Canada Enterprises* (2009 CanLII 46447), une décision de la Cour supérieure de l'Ontario quant à la divulgation, par un intermédiaire, de l'identité d'un tiers diffamateur.

1. **BISHOP C. MINICHIELLO : DISQUES DURS ET TROUBLES DE SOMMEIL**

Nous débutons notre rétrospective avec la décision britannico-colombienne *Bishop c. Minichiello*². Dans cette affaire, le demandeur, suite à un accident automobile causé par le défendeur, prétend souffrir de fatigue chronique. Le défendeur, de son côté, est plutôt d'avis que la fatigue du demandeur est causée par une surutilisation du site de réseautage Facebook et non par l'accident en question. Afin d'établir le bien-fondé de sa position, le défendeur demande que le disque dur de l'ordinateur du demandeur soit déposé au dossier. L'objectif avoué

2. 2009 BCSC 358.

de cette requête est de faire analyser le disque dur par un tiers afin d'établir le nombre d'heures passées sur Facebook par le demandeur entre 23 h et 5 h.

Cette demande soulève deux principales questions, la première visant la vie privée des autres utilisateurs de l'ordinateur (il s'agit de l'ordinateur familial) et la deuxième, touchant la qualification juridique d'un disque dur, à savoir s'il s'agit d'un « document ».

La première question est évacuée assez rapidement puisqu'il est admis que seul le demandeur utilise l'ordinateur familial durant les heures visées et que seules ces données seront communiquées au défendeur. Afin d'assurer ceci, la Cour ordonne la nomination d'un expert indépendant :

privacy concerns are not at issue because the order sought is so narrow that it does not have the potential to unnecessarily delve into private aspects of the plaintiff's life. In saying that, I recognize the concern of the plaintiff that to isolate the information the defence does seek, its expert may well have consequent access to irrelevant information or that over which other family members may claim privilege. For that reason, I direct that the parties agree on an independent expert to review the hard drive of the plaintiff's family computer and isolate and produce to counsel for the defendant and counsel for the plaintiff the information sought.³

La deuxième question – soit l'application du terme « document » à un disque dur – fait, quant à elle, l'objet d'une analyse particulièrement étoffée. En effet, seuls les « documents », au sens du paragraphe 1(8) des *Supreme Court Rules*⁴, doivent être communiqués à la partie adverse en vertu de l'article 26 des mêmes règles. Selon cette disposition, la notion de document « has an extended meaning and includes a photograph, film, recording of sound, any record of a permanent or semi-permanent character and any information recorded or stored by means of any device ».

La Cour, bien qu'elle admette d'emblée qu'un document électronique puisse être qualifié de document au sens de l'article précité, refuse d'étendre cette adéquation au support que constitue le disque dur d'un ordinateur. Le juge Melnick, après un survol de la jurispru-

3. *Bishop* (C.S.), par. 57.

4. B.C. Reg. 221/90.

dence pertinente à cet effet⁵, assimile plutôt ce support à un classeur, reprenant ainsi l'analogie effectuée dans *Northwest Mettech Corp. c. Metcon Services Ltd.*⁶, puis citée avec approbation dans *Roeske c. Grady*⁷ :

In my view the plaintiff is not entitled to production of the hard drive itself. They are entitled to production of only the relevant electronic data which is resident on that hard drive. As I understand it, a computer hard drive is simply a medium on which data is stored on a semi-permanent basis in the form of electronic impulses. It may be thought of as an electronic filing cabinet which contains electronic files, each of which in turn contains electronic documents. The defendants are obliged to list all relevant documents of whatever form (including electronic documents resident on computer hard drives). In my view they are not required to list the entire contents of nor are they required to produce their entire electronic filing cabinet any more than a party is required to list or to produce the complete contents of its steel filing cabinets which house documents which are in paper format. In my view the plaintiff has not shown any proper basis to require production of the actual hard drive. The plaintiff is entitled to know with certainty, however, that all relevant electronic data which is resident on the hard drive has been disclosed. Accordingly, I order that the defendant Mr. Delcea provide an affidavit verifying all of the files still resident on the computer hard drive which relate to the matters in issue.⁸

Notons que cette position, bien qu'elle semble s'être imposée en Colombie-Britannique, s'éloigne de ce qui avait été décidé dans la décision ontarienne *Reichmann c. Toronto Life Publishing Co.*⁹, soit que la notion de disquette « fell within the common law meaning of "document" »¹⁰. Or, la définition de « document » alors en vigueur en

5. *Baldwin Janzen Insurance Services, (2004) Ltd. c. Janzen*, 2006 BCSC 554; *Northwest Mettech Corp. c. Metcon Services Ltd.*, [1996] B.C.J. 1915 (S.C.); *Roeske c. Grady*, 2006 BCSC 1975; *Pritchard c. Crosfield*, 2005 BCSC 1872; *Prism Hospital Software Inc. c. Hospital Medical Records Institute*, [1991] B.C.J. 3732 (S.C.); *Ireland c. Low*, 2006 BCSC 393; *Desgagne c. Yuen*, 2006 BCSC 955; *Privest Properties Ltd. c. W.R. Grace & Co. – Conn.*, (1992), 74 B.C.L.R. (2d) 353 (C.A.); *Chadwick c. Canada (Attorney General)*, 2008 BCSC 851.

6. [1996] B.C.J. 1915.

7. 2006 BCSC 1975.

8. *Northwest Mettech Corp. c. Metcon Services Ltd.* [1996] B.C.J. 1915, par. 10.

9. [1988] O.J. 1727.

10. *Id.*

vertu des *Rules of Civil Procedure*¹¹ ontariennes était pratiquement identique à celle précitée, soit « “document” includes a sound recording, videotape, film, photograph, chart, graph, map, plan, survey, book of account and information recorded or stored by means of any device ».

La position adoptée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique paraît toutefois plus cohérente puisqu'il est difficile de prétendre qu'une série de fichiers sans aucun lien constituent un seul et même document. Il s'agit d'ailleurs de la position adoptée par le législateur québécois, lequel précise qu'un document est « constitué d'information portée par un support »¹², alors que « plusieurs documents technologiques, même réunis en un seul à des fins de transmission ou de conservation, ne perdent pas leur caractère distinct »¹³. Au plus, peut-être pourrait-on prétendre qu'un disque dur constitue un « dossier », soit un ensemble « composé d'un ou de plusieurs documents »¹⁴.

Quant aux métadonnées¹⁵ visant l'utilisation de Facebook, la Cour est d'avis qu'il s'agit nécessairement d'« information recorded or stored by means of a device » et, donc, que celles-ci constituent un « document » au sens des règles.

Il est intéressant de souligner que la décision sous étude a été portée en appel¹⁶, non pas afin de faire renverser celle-ci, mais bien afin d'en redéfinir l'étendue. En effet, bien que le jugement de première instance ait autorisé l'analyse par un tiers indépendant du disque dur de l'ordinateur du demandeur¹⁷, cette analyse ne visait qu'à permettre l'obtention des données relatives à son utilisation de Facebook entre 23 h et 5 h¹⁸. En appel, le défendeur demanda à ce que cette décision soit élargie afin de permettre l'accès à toutes les données concernant l'utilisation de l'ordinateur durant ces heures, notamment quant au compte Hotmail du demandeur. Cet appel fut rejeté par la Cour sous prétexte que la demande initiale ne visait que les données relatives au compte Facebook du demandeur et que la preuve au dossier ne laissait pas supposer une quelconque autre utilisation de l'ordinateur durant les heures litigieuses. Cette décision

11. R.R.O. 1990, Reg. 194.

12. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q. c. C-1.1, art. 3.

13. *Id.*, art. 4.

14. *Id.*, art. 3.

15. « Donnée qui renseigne sur la nature de certaines autres données et qui permet ainsi leur utilisation pertinente. » Voir <http://www.granddictionnaire.com>.

16. Voir *Bishop c. Minichiello*, 2009 BCCA 555.

17. *Bishop* (C.S.), par. 57.

18. *Bishop* (C.A.), par. 7.

ne fait que confirmer l'idée que les données d'utilisation de Facebook et les données d'utilisation de Hotmail constituent deux documents différents et donc qu'une preuve distincte est requise pour l'admission en preuve de chacun de ceux-ci.

Notons que cet appel renferme certaines similarités avec une décision prononcée par la Cour supérieure du Québec quelques mois auparavant, soit en juin 2009. Dans *2414-9098 Québec inc. c. Pasargad Development Corporation*¹⁹, la demanderesse demande à ce qu'un « expert nommé par le Tribunal puisse avoir un accès aux bureaux et à tous les ordinateurs d'un ingénieur du nom de Richard Bélec [...] en vue d'obtenir copie du fichier-maître détenu par ce dernier, et procéder à différentes vérifications "à la satisfaction des experts du tribunal et de ceux de la demanderesse" ». Bien que les faits soient distincts, la conclusion du juge est au même effet, c'est-à-dire que ce qui est demandé « est clairement excessif et va bien au-delà de l'ordonnance visant en définitive à donner à Beaudoin copie du fichier-maître »²⁰.

La morale de l'histoire est donc la suivante : en matière de demande de divulgation de documents électroniques, la précision est de mise.

2. CROOKES C. NEWTON : POUR EN FINIR AVEC LES HYPERLIENS

Les faits dans cette affaire sont relativement simples. Le demandeur est un homme d'affaires résidant à Vancouver, ainsi qu'un volontaire occasionnel auprès du Parti Vert du Canada. Ce dernier prétend que divers écrits publiés sur les sites www.openpolitics.ca et www.usgovernetics.com contiennent des propos diffamatoires à son égard. Le défendeur est gestionnaire du site www.p2pnet.net. En juillet 2006, il y publie un article intitulé « Free Speech in Canada » où il mentionne la poursuite en diffamation intentée par le demandeur contre les sites précités. Cet article contient notamment des liens hypertextes²¹ vers www.openpolitics.ca et www.usgovernetics.com. Selon le demandeur, ces liens constituent une publication des propos tenus sur ces sites. Le défendeur, en refusant de les retirer, serait donc responsable desdits propos au même titre que leur auteur.

19. 2009 QCCS 3351.

20. *2414-9098 Québec inc.*, préc., note 19, par. 23.

21. « Connexion activable à la demande sur le Web, reliant des données textuelles ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans Internet. » Voir <http://www.granddictionnaire.com>.

Tel que l'explique la juge Prowse, l'intérêt principal de cette décision réside dans le fait que « [t]his appears to be the first case at the appellate level in Canada which addresses the question of if and when an author of an article who provides a hyperlink in his or her article to another website or article which contains defamatory material can be found liable for defamatory comments contained in the linked articles »²².

Selon la majorité²³, pour être jugé avoir publié des propos diffamatoires, deux éléments doivent être établis :

- 1) le défendeur a publié les propos diffamatoires, c'est-à-dire qu'il les a rendus publics;
- 2) un tiers situé dans la juridiction de la Cour en a pris connaissance.²⁴

Quant au premier critère, la majorité, comme la dissidence, sont tous d'avis que « the mere fact [Mr. Newton] hyperlinked the impugned sites does not make him a publisher of the material found at the hyperlinked sites »²⁵. Pour en venir à cette conclusion, la Cour adopte l'analogie voulant que les hyperliens ne soient rien de plus que l'équivalent de notes de bas de page sur un document papier²⁶, adéquation préalablement formulée par la doctrine en matière de droit d'auteur²⁷ et notamment défendue en science de l'information²⁸. Cette position était également celle qu'avait adoptée le tribunal de première instance :

footnotes in an article are an apt analogy. Where a footnote leads a reader to further material, that does not make the author who provided the footnote a publisher of what the reader finds when the footnote is followed. [...] A hyperlink is like a footnote or a reference to a website in printed material such as a newsletter. The purpose of a hyperlink is to direct the reader to additional material from a different source. The only difference is the ease with which a hyperlink allows the

22. *Crookes*, par. 23.

23. *Crookes*, préc., note 22, par. 80.

24. *Crookes*, préc., note 22, par. 80.

25. *Crookes*, préc., note 22, par. 58 et 78.

26. *Crookes*, préc., note 22, par. 89.

27. Voir par exemple CARRIÈRE (Laurent), « Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion », (1997), 9:3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 467.

28. Voir ERTZSCHEID (Olivier), « De la note de bas de page au lien hypertexte : philosophie de l'identité et stylistique de l'écart », (2004), 67 *La Licorne* 199.

reader, with a simple click of the mouse, to instantly access the additional material.²⁹

Ceci n'implique pas pour autant qu'un hyperlien ne pourra jamais être considéré comme une republication. Comme le souligne la Cour, ce n'est que lorsqu'il appert du contexte que le lien hypertexte n'est qu'une simple référence bibliographique qui n'encourage aucunement le lecteur ni ne lui recommande d'accéder à la source que l'analogie à la note de bas de page pourra être employée³⁰.

Cette conclusion s'inspire d'une cause similaire, *Carter c. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*³¹, dossier dans lequel l'auteur d'un bulletin d'information « papier » était accusé de diffamation parce qu'il citait un hyperlien renvoyant à un site Web contenant des propos litigieux. Selon la Cour, le fait de se référer à un article contenant des propos diffamatoires sans répéter lesdits propos ne constitue pas une republication de ceux-ci³². Notons toutefois que la Cour dans *Carter* prend bien soin de limiter l'étendue de son jugement aux documents imprimés :

I take note of the fact that this was a reference in a printed newsletter to a website and I would limit the effect of this case to that factual situation. Whether a different result should obtain concerning an internet website that makes reference to another website I would leave for decision when that factual circumstance arises.³³

Cette réserve est cependant écartée par la majorité dans *Crookes* puisqu'elle est d'avis qu'il existe une équivalence fonctionnelle entre les deux écrits : « it is difficult, in principle, to distinguish the act of creating the hyperlinks to the impugned articles in this case from the act of circulating a website address in the newsletter ».³⁴

Quant au second critère, la majorité est d'avis que, bien qu'il soit établi que l'article « Free Speech in Canada » ait fait l'objet de 1 788 visites, l'on ne peut présumer que ces lecteurs ont cliqué sur les liens menant vers le contenu litigieux, ou encore que ces internautes étaient résidents de la Colombie-Britannique. Sans s'y référer, la Cour

29. *Crookes c. Wikimedia Foundation Inc.*, 2008 BCSC 1424, par. 28 et 29 [confirmé 2009 BCCA 392; requête pour permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada accueillie le 2010-04-01].

30. *Crookes*, préc., note 29, par. 59.

31. *Carter c. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398.

32. *Id.*, par. 12.

33. *Id.*, par. 13.

34. *Crookes*, préc., note 22, par. 58.

rappelait ainsi la position qu'elle avait préalablement adoptée dans *Braintech, Inc. c. Kostiuk*³⁵ à l'effet que « [i]t is trite law that a libel is only committed when the defamatory material is published to at least one person other than the complainant »³⁶. Dans cette décision, où la partie demanderesse tentait de faire homologuer une décision texane à l'effet que le défendeur avait tenu des propos diffamatoires à son égard sur le Web, la Cour en était venue à la conclusion suivante :

In these circumstances the complainant must offer better proof that the defendant has entered Texas than the mere possibility that someone in that jurisdiction might have reached out to cyberspace to bring the defamatory material to a screen in Texas. [...] It would create a crippling effect on freedom of expression if, in every jurisdiction the world over in which access to Internet could be achieved, a person who posts fair comment on a bulletin board could be haled before the courts of each of those countries where access to this bulletin could be obtained.³⁷

Malheureusement, l'élément de l'appel qui, pour les juristes québécois, aurait été le plus éclairant a été écarté par la Cour pour des raisons processuelles. Le demandeur exigeait également des dommages sous prétexte que le défendeur avait refusé de retirer les liens menant vers les propos litigieux malgré un avis à cet effet. Comme cette question n'avait pas été prise en compte dans les motifs du juge de première instance, la Cour d'appel a décliné de se prononcer.

Une décision sur ce point aurait pourtant pu offrir une piste de réflexion quant à la façon dont pourrait être interprété l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*³⁸. Rappelons que cette disposition prévoit notamment que « le prestataire qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche, n'est pas responsable des activités accomplies au moyen de ces services ». C'est donc dire que la décision sous étude trouverait une conclusion similaire au Québec en supposant que le fait de fournir des liens dans le cadre d'un texte peut qualifier son auteur d'intermédiaire offrant des services de référence.

Cependant, l'article poursuit en précisant qu'« il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a de fait connaissance que les services qu'il fournit servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite et

35. 1999 BCCA 0169.

36. *Braintech*, préc., note 35, par. 59.

37. *Braintech*, préc., note 35, par. 62 et 63.

38. Préc., note 12.

s'il ne cesse promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans cette activité ». Notons qu'il était admis de part et d'autre que les propos litigieux étaient diffamatoires³⁹. La seule question pertinente devenait donc celle de la republication. À la lecture de la dernière phrase de l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁴⁰, l'on pourrait prétendre que le défendeur, eût-il été québécois, aurait été dans l'obligation de retirer les liens. Cependant, dans la mesure où il n'est pas considéré comme les ayant publiés ou comme ayant autrement contribué à leur illicéité, le recours à l'article 22 ne devient-il pas un acte de censure à l'égard de la presse? Cette question devra malheureusement demeurer sans réponse à moins que la Cour suprême ne vienne apporter certains éclaircissements, la demande d'autorisation d'appel de Wayne Crookes ayant été accordée en date du 1^{er} avril 2010⁴¹.

3. LEDUC C. ROMAN; WICE C. THE DOMINION OF CANADA GENERAL INSURANCE COMPANY ET SCHUSTER C. ROYAL & INSURANCE COMPANY OF CANADA : LA TRILOGIE « FACEBOOKIENNE »

Les incidences juridiques des sites de réseautage ne cessent de se multiplier. L'année 2009 a d'ailleurs débuté avec la publication, par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, d'un rapport intitulé *La vie privée sur les sites de réseau social : analyse comparative de six sites*⁴².

Avec plus de 7 millions d'utilisateurs actifs en sol canadien⁴³, Facebook constitue probablement le site de réseautage le plus fréquenté au pays. Cette popularité de Facebook se traduit par une utilisation de plus en plus fréquente de l'outil dans le cadre de procédures judiciaires. En effet, au-delà de la plainte déposée devant la Commissaire contre l'entreprise par la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada (CIPPIC)⁴⁴, 85 litiges mettant en cause le profil Facebook d'utilisateurs ont été répertoriés en 2009, contrairement à une trentaine pour l'année précédente⁴⁵.

Parmi les décisions répertoriées, trois jugements de la Cour supérieure d'Ontario – *Leduc c. Roman*⁴⁶, *Wice c. The Dominion of*

39. Crookes, préc., note 22, par. 7.

40. Préc., note 12.

41. *Crookes c. Newton*, 2010 CanLII 15601 (C.S.C.).

42. Voir http://www.priv.gc.ca/information/pub/sub_comp_200901_f.cfm.

43. *Id.*

44. Résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 2009-008.

45. Voir <http://www.canlii.org>.

46. 2009 CanLII 6838.

*Canada General Insurance*⁴⁷ et *Schuster c. Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada*⁴⁸ – se sont mérité une place dans notre palmarès. En effet, ces trois décisions complémentaires forment en quelque sorte une trilogie quant à l'admissibilité en preuve du profil Facebook d'un utilisateur.

Les faits dans les trois décisions sous étude étaient pratiquement identiques. Dans les trois cas, la partie demanderesse est blessée dans le cadre d'un accident de la route et demande compensation de la part de son assureur (*Wice* et *Schuster*) ou de la partie responsable de l'accident (*Leduc*). Dans les trois cas, la partie défenderesse demande un accès au contenu du profil Facebook de la partie demanderesse sous prétexte qu'elle contiendrait des documents pertinents au litige, à savoir des photos contredisant les prétentions de la partie demanderesse.

Comme dans *Bishop c. Minichiello*⁴⁹, la question au cœur du litige est celle d'établir si les différents contenus d'un profil Facebook constituent un document au sens de l'article 30.01 des *Règles de procédure civile*⁵⁰, auquel cas ils doivent être divulgués à la partie adverse s'ils sont pertinents au litige⁵¹ et ce, même s'ils vont à l'encontre de ses intérêts⁵². Aux yeux de la Cour, cela ne fait aucun doute, « postings on Facebook profiles are documents within the meaning of the *Rules of Civil Procedure* and a party must produce any of his Facebook postings that relate to any matter in issue in an action »⁵³.

Notons qu'il n'était pas question, dans l'une ou l'autre de ces décisions, de permettre à la partie défenderesse d'avoir directement accès au compte Facebook du demandeur, seulement de recevoir copie de photos pertinentes au litige contenues dans son profil. D'ailleurs, un *obiter* prononcé dans *Schuster*⁵⁴ laisse croire qu'une requête demandant l'accès direct au compte Facebook d'une partie serait vouée à l'échec et donc qu'un tel empiètement dans la sphère privée de la partie demanderesse serait inéquitable.

Bien qu'il appartienne à la partie défenderesse d'établir que le profil Facebook de la partie demanderesse comporte des documents

47. 2009 CanLII 36310.

48. 2009 CanLII 58971.

49. 2009 BCSC 358, préc., note 2.

50. R.R.O. 1990, Règl. 194.

51. *Id.*, art. 30.02.

52. *Leduc*, préc., note 46, par. 15.

53. *Leduc*, préc., note 46, par. 27 et 36.

54. *Schuster*, préc., note 48, par. 19.

pertinents au litige⁵⁵, la Cour dans *Leduc* et dans *Wice* vient établir une série de présomptions qui facilitent une telle preuve, à savoir :

- tout renseignement personnel pertinent affiché sur le profil public d'un utilisateur du service Facebook peut être produit en preuve⁵⁶;
- si le profil public d'un utilisateur du service Facebook contient des informations pertinentes, l'on peut en inférer que son profil privé en contiendra également⁵⁷;
- on peut inférer, de par la nature de Facebook, que le profil privé d'une partie va renfermer des documents pertinents au litige⁵⁸.

Ces présomptions, particulièrement la dernière, semblent problématiques dans la mesure où elles empiètent sur le droit à la vie privée de la partie demanderesse. Dans une autre décision sur l'admissibilité en preuve des documents contenus dans le profil Facebook d'une partie, *Murphy c. Perger*⁵⁹, le même tribunal considère cependant que « any invasion of privacy is minimal and is outweighed by the defendant's need to have the photographs in order to assess the case »⁶⁰. Notons toutefois qu'un tel jugement semble être tributaire du nombre d'« amis » ayant accès au profil privé de la partie demanderesse. Plus ce nombre est élevé (366 dans le cas de *Murphy*), moins l'expectative de vie privée est grande. À l'opposé, un nombre d'amis restreint (67 dans le cas de *Schuster*) semble militer en faveur d'une protection accrue du droit à la vie privée, auquel cas « [u]nless the Defendant establishes a legal entitlement to such information, the Plaintiff's privacy interest in the information in her profile should be respected »⁶¹.

Cette position plus protectrice de la vie privée dans *Schuster* pourrait laisser croire que la présomption à l'effet que le profil Facebook d'une partie puisse renfermer des documents pertinents semble s'estomper. En effet, le juge Price refuse d'appliquer une telle présomption dans la mesure où :

I do not regard the mere nature of Facebook as a social networking platform or the fact that the Plaintiff possesses a Facebook

55. *Leduc*, préc., note 46, par. 15.

56. *Leduc*, préc., note 46, par. 29.

57. *Leduc*, préc., note 46, par. 30; *Schuster*, préc., note 48, par. 37. Voir également *Murphy c. Perger*, [2007] O.J. 5511, par. 17.

58. *Leduc*, préc., note 46, par. 31, 32 et 36; *Wice*, préc., note 47, par. 18; *Murphy c. Perger*, préc., note 57, par. 17.

59. Préc., note 57.

60. *Murphy*, préc., note 57, par. 20. Au même effet, voir *Carter c. Connors*, 2009 NBQB 317.

61. *Schuster*, préc., note 48, par. 53.

account as evidence that it contains information relevant to her claim or that she has omitted relevant documents from her Affidavit of Documents. The photographs that the Defendant has obtained from the Plaintiff's account in the present case do not appear, on their face, to be relevant.⁶²

Notons toutefois que la défenderesse dans *Schuster* présentait une requête en injonction et non une simple demande de communication d'un affidavit de documents amendé. Or, rappelons que, en matière d'injonction, le requérant doit démontrer qu'il subira un dommage irréparable advenant le refus de l'injonction⁶³. Dans la mesure où l'on ne connaît pas le contenu du compte Facebook d'un tiers, il s'avère difficile de faire une telle démonstration ; au mieux, le préjudice subi demeure spéculatif. Cette position ne vient donc pas invalider les conclusions prononcées dans *Leduc* et *Wice*.

Comme l'ont souligné certains commentateurs⁶⁴, les conclusions prononcées dans *Leduc* et *Wice* pourraient toutefois déjà être périmées. En effet, une modification apportée en janvier 2010 par le législateur à l'article 30.02 des *Règles de procédure civile* prévoit, tel qu'indiqué ci-dessus, qu'un document doit maintenant être « pertinent à l'égard d'une question en litige » pour que l'on puisse en exiger l'inclusion dans l'affidavit de documents de la partie adverse, alors que la version antérieure de la disposition demandait simplement qu'un tel document ait « trait à une question en litige ». Vu la précision apportée à ce critère, il est possible que les tribunaux soient réticents à appliquer les présomptions susmentionnées.

Avant de passer à la prochaine décision sous étude, il est intéressant de souligner que, en plus de forcer la partie demanderesse à produire un affidavit de documents amendé et à se soumettre à un interrogatoire hors cour quant au contenu de ce dernier – ce qui a été ordonné dans *Leduc* – le tribunal, dans *Wice*, a par ailleurs ordonné à la partie demanderesse qu'elle « preserve any and all information and documentation in his Facebook account or other similar accounts for the duration of this litigation »⁶⁵. Avec respect pour la Cour, cette conclusion est simplement impossible à respecter dans la mesure où un utilisateur de Facebook n'exerce pas de contrôle sur la totalité de

62. *Schuster*, préc., note 48, par. 39.

63. *Schuster*, préc., note 48, par. 27. La Cour cite ici les décisions *Centre Ice Ltd. c. National Hockey League*, (1994), 53 C.P.R. (3d) 34 (C.A.F.) et *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.*, (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.).

64. Voir notamment Jeff GRAY, « Facebook pokes limits of personal-injury law », [2010-03-02] *Globe and Mail*.

65. *Wice*, préc., note 47, par. 54. Notons qu'une demande similaire a été rejetée dans *Schuster*.

l'information présentée sur sa page personnelle. En effet, tel qu'il est indiqué dans la *Politique de confidentialité de Facebook*⁶⁶, l'entreprise se réserve le droit de « compléter votre profil (notamment lorsque vous êtes désigné sur une photo ou mentionné dans une mise à jour de statut) », tout en permettant à des tiers de « déposer[r] un commentaire, écri[re] quelque chose sur le mur de quelqu'un, inscri[re] un mot ou envoye[r] un message à quelqu'un ». Bref, tant Facebook que les « amis » de la partie demanderesse peuvent afficher et retirer certains contenus dans son profil, rendant ainsi le site dynamique et difficile, voire impossible, à préserver intact.

4. **VILLE DE MONTRÉAL C. BOLDUC : UNE SIGNATURE SOUS TOUT AUTRE NOM...**

La seule décision québécoise de notre palmarès, *Ville de Montréal c. Bolduc*⁶⁷, porte sur la notion de signature « électronique ». Marc-André Bolduc (« Bolduc ») conteste un constat d'infraction lui ayant été remis pour excès de vitesse sous prétexte que celui-ci n'a pas été signé par le policier l'ayant préparé. En effet, en vertu de l'article 34(8°) du *Règlement sur la forme des constats d'infraction*⁶⁸, le constat d'infraction remis à Bolduc devait contenir « la signature [du policier] pour l'attestation des faits et pour la signification ou, selon le cas, sa signature apposée au moyen d'un procédé électronique ou le code de validation de sa signature ainsi apposée ».

Le constat remis à Bolduc était un document imprimé sur lequel figuraient les nom, matricule et numéro d'unité de l'agent Gagnon. La question était donc celle d'établir si ces informations constituaient une signature au sens du *Règlement*.

Comme le souligne la Cour municipale, la notion de signature est définie à l'article 2827 du *Code civil du Québec*⁶⁹. Selon le *C.c.Q.*, cette notion « consiste dans l'apposition qu'une personne fait à un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement ». Ironiquement, cette définition a complètement été écartée par la Cour supérieure lors d'un appel entendu en février 2010⁷⁰. En effet, le jugement en appel précise que « le législateur n'a pas cru bon de définir ce qu'il entend

66. Disponible à l'adresse <http://www.facebook.com/policy.php?ref=pf>.

67. 2009 CanLII 30774 (Cour municipale de Montréal), confirmée en appel : *Bolduc c. Ville de Montréal*, 2010 QCCS 1062 (C. sup. Qué.).

68. 1997 G.O.Q. 2, 6454.

69. L.Q. 1991, c. 64 (aux présentes « *C.c.Q.* »).

70. Préc., note 67.

par « signature » »⁷¹. Pourtant, comme le rappelle Pierre-André Côté « la règle selon laquelle une définition donnée dans une loi provinciale devrait s'appliquer à l'égard des autres textes législatifs dans le même domaine constitue une des applications du principe de cohérence des lois entre elles »⁷². Bref, il n'y a aucune raison pour laquelle la définition de signature fournie au *C.c.Q.* ne trouverait pas application en matière de constat d'infraction, d'autant plus que cette application est prévue par l'article 39 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁷³.

Selon la Cour municipale, cette analyse semble toutefois superflue dans la mesure où l'article 34(8°) du *Règlement sur la forme des constats d'infraction*⁷⁴ prévoit expressément que la signature du policier peut être « apposée au moyen d'un procédé électronique ». Restait donc à savoir si l'apposition du nom et du matricule de l'agent Gagnon sur le constat d'infraction « au moyen d'un procédé électronique » constituait une « marque qui lui est personnelle et qu'[il] utilise de façon courante », c'est-à-dire une signature.

Un survol jurisprudentiel a permis à la Cour de donner une réponse positive à cette interrogation.

En effet, selon la Cour municipale de Montréal dans *Ville de Montréal c. Danny*⁷⁵, « le code d'employé qui apparaît entre parenthèses après le nom de l'employé qui a matérialisé le constat et le rapport d'infraction correspond à la signature électronique dudit employé qui est autorisé à matérialiser lesdits documents »⁷⁶. Bref, le jumelage du nom dactylographié d'un individu et d'un code l'identifiant semble suffisant pour constituer une signature en matière de constats d'infraction.

Notons que les conclusions de la décision sous étude sont diamétralement opposées à celles auxquelles est parvenue la Cour municipale de Québec dans *Ville de Québec c. Lortie*⁷⁷, une décision portant sur des faits similaires rendue en mai 2008. Dans cette affaire où « [s]euls le nom en lettres moulées et le matricule du policier apparaissent à [l'attestation] »⁷⁸, la Cour en est venue à la

71. Par. 13 de la décision.

72. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e édition (Montréal : Thémis, 2009), p. 76.

73. Préc., note 12.

74. 1997 G.O.Q. 2, 6454.

75. 2007 CanLII 56769 (Cour municipale de Montréal).

76. *Id.*, par. 40.

77. 2008 CanLII 26333 (Cour municipale de Québec).

78. *Id.*, par. 5.

conclusion que « l'attestation ne comporte pas de signature »⁷⁹. Avec déférence pour la Cour municipale de Québec, la décision rendue dans *Bolduc* semble mieux rendre compte de l'objectif de la signature. Rappelons, comme l'ont fait plusieurs auteurs, que la signature répond « à deux fonctions fondamentales, soit l'identité du signataire et la manifestation de son consentement »⁸⁰. Cette double fonction est d'ailleurs clairement identifiée à l'article 2827 *C.c.Q.* précité. Or, ici, l'apposition du nom et du matricule de l'agent « au moyen d'un procédé électronique » remplit ces fonctions tout aussi bien que ne le ferait une signature manuscrite.

S'il est vrai qu'une telle signature « électronique » n'a pas la même consonance qu'une signature manuscrite⁸¹, le contexte du constat d'infraction en est un où l'équivalence fonctionnelle entre ces deux modes d'identification de l'agent de la paix responsable de la rédaction du constat ne cause pas de problème. En effet, comme le souligne la Cour supérieure :

Il faut également garder à l'esprit l'objet de la loi. Cette signature est requise afin de permettre au défendeur de s'assurer de l'identité de la personne qui lui décerne le constat d'infraction et qui a constaté les faits qui y sont relatés afin de pouvoir l'assigner s'il le désire.⁸²

Bref, l'objectif poursuivi par la loi est pris en compte lorsque l'on permet la signature électronique telle que définie dans le présent contexte.

Par ailleurs, il est intéressant de souligner que la Cour n'a pas cru utile de commenter l'article 14 du *Règlement sur la forme des constats d'infraction*⁸³, lequel article énonce que :

Le constat d'infraction composé de feuillets comportant des inscriptions informatisées est un constat sur support papier assujéti aux normes de la présente section et il doit être signé de façon manuscrite lors de sa délivrance.

79. *Id.*

80. Voir GAUTRAIS (Vincent) et GINGRAS (Patrick), « La preuve des documents technologiques », au présent numéro.

81. Sur les distinctions entre la signature manuscrite et la signature électronique, voir GAUTRAIS (Vincent), « La couleur du consentement électronique », (2003), 16:1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 61.

82. *Bolduc* (C.S.), préc., note 67, par. 21.

83. Préc., note 74.

Cette disposition semble donc infirmer le raisonnement adopté par la Cour municipale de Montréal. Notons toutefois que cet article vise les constats rédigés de façon manuscrite sur des formulaires « préimprimés ». En effet, comme le souligne la Cour supérieure, les constats préparés de façon électronique sont plutôt visés par les articles 16 et 17 du Règlement, lesquelles dispositions ne prévoient aucune obligation d'apposer une quelconque signature manuscrite sur le constat ainsi généré⁸⁴, même lorsque celui-ci est matérialisé⁸⁵. Pour conclure, il importe de mentionner que la Cour d'appel a accepté de se prononcer sur les questions soulevées dans ce litige⁸⁶. Il nous faudra donc attendre encore plusieurs mois avant de connaître le dénouement de ce dossier.

5. YORK UNIVERSITY C. BELL CANADA ENTERPRISES : QUAND NORWICH ARRIVE SUR LE WEB

Nous finissons notre revue de l'année 2009 avec la décision ontarienne *York University c. Bell Canada Enterprises*⁸⁷. Dans cette affaire, la demanderesse, l'Université York, a demandé qu'il soit ordonné aux fournisseurs d'accès Internet Bell Canada Enterprises (« Bell ») et Rogers Communications Inc. (« Rogers ») de divulguer l'identité d'un blogueur ayant tenu des propos diffamatoires à l'égard de son recteur.

Le document litigieux, une lettre transmise à une liste indéterminée d'individus puis affichée sur le site Web <http://cupe3903unit2.cupe.ca/>, avait été transmis puis affiché de façon anonyme par un individu s'identifiant par l'acronyme YFCFYU. Aux dires de l'Université, sans la collaboration de Bell et Rogers, il s'avérerait impossible d'identifier l'auteur de ces propos et donc de lui demander réparation.

Afin d'obtenir les renseignements convoités, la demanderesse demande que soit prononcée une ordonnance *Norwich* à l'égard de Bell et Rogers. L'ordonnance *Norwich*, procédure nommée d'après la cause Britannique *Norwich Pharmacal Co. c. Commissioners of Customs & Excise*⁸⁸, constitue un véhicule procédural peu connu en droit québécois⁸⁹, mais de plus en plus commun ailleurs au pays. Il

84. *Bolduc* (C.S.), préc., note 67, par. 17.

85. Art. 19 et par. 25 (5^e) du Règlement.

86. *Bolduc c. Montréal (Ville de)*, 2010 QCCA 755.

87. 2009 CanLII 46447 (C. sup. d'Ont.).

88. [1974] A.C. 133 (H.L.).

89. En effet, bien que certains auteurs prétendent que ce type d'ordonnance pourrait être prononcée par la cour en vertu de son pouvoir inhérent (art. 2, 20 et 46 C.p.c.),

s'agit d'une ordonnance de divulgation qui s'obtient de façon *ex parte*⁹⁰ et qui « vise à obtenir de l'information auprès d'une tierce partie qui aurait aidé de façon innocente un individu aux intentions malicieuses à commettre un acte frauduleux ou préjudiciable à l'égard d'un demandeur »⁹¹. Comme l'explique Lord Reid :

if through no fault of his own a person gets mixed up in the tortious acts of others so as to facilitate their wrongdoing he may incur no personal liability but he comes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and disclosing the identity of the wrongdoers.⁹²

Les critères d'obtention d'une ordonnance *Norwich* sont énoncés au paragraphe 13 de la décision, à savoir :

- 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.

Il importe de souligner que ces critères sont quasi identiques à ceux qu'avait mis de l'avant le juge Sexton dans l'affaire *BMG Canada Inc. c. John Doe*⁹³, soit :

- a) le demandeur doit démontrer qu'il existe à première vue quelque chose à reprocher à l'auteur inconnu du préjudice ;
- b) la personne devant faire l'objet d'un interrogatoire préalable doit avoir quelque chose à voir avec la question en litige – elle ne peut être un simple spectateur ;

aucune telle ordonnance n'a encore été formulée par un tribunal québécois. Voir GAGNÉ (Krishna), « Les injonctions de type Norwich Pharmacal / Bankers Trust en droit québécois », (2009), disponible à l'adresse : <http://www.sarailis.ca/fr/publications/200909-norwich-bankers.htm>.

90. GAGNÉ, préc., note 89.

91. *Id.*

92. *Norwich*, préc., note 88, page 175.

93. 2005 CAF 193.

- c) la personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit être la seule source pratique de renseignements dont disposent les demandeurs ;
- d) la personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit recevoir une compensation raisonnable pour les débours occasionnés par son respect de l'ordonnance portant interrogatoire préalable, en sus de ses frais de justice ;
- e) l'intérêt public à la divulgation doit l'emporter sur l'attente légitime de respect de la vie privée.

Tout comme dans la décision sous étude, l'arrêt *BMG Canada Inc. c. John Doe* concernait une demande visant à forcer des fournisseurs d'accès Internet à révéler l'identité d'abonnés. Notons toutefois qu'il n'était pas ici question d'une ordonnance *Norwich* en bonne et due forme (bien que la Cour ait fait directement référence à la décision *Norwich Pharmacal Co. c. Commissioners of Customs & Excise*), mais plutôt une demande d'interrogatoire au préalable en *equity*.

Contrairement au raisonnement adopté dans *BMG Canada Inc. c. John Doe*, le juge Strathy a, dans *York*, convenu que la première étape du test était atteinte, c'est-à-dire « qu'il existe à première vue quelque chose à reprocher à l'auteur inconnu du préjudice ». En effet, le tribunal est d'avis que « the words used in the e-mail and web site posting are capable of being found by a reasonably charged jury to be defamatory of York and President Shoukri »⁹⁴. Dans la mesure où le recteur de l'Université York y était accusé de fraude simplement parce qu'il avait vanté les mérites d'un professeur dont la qualité du cv était remise en question par l'auteur des propos, cette conclusion est difficilement critiquable, d'autant plus que le critère ne vise pas à établir avec certitude que les propos rapportés sont diffamatoires, mais bien « l'existence *prima facie* d'une cause d'action contre le présumé auteur du préjudice »⁹⁵.

Les critères subséquents laissent toutefois perplexes quant à leur interprétation eu égard au médium électronique. La Cour est d'avis que Bell et Rogers sont aptes à divulguer les renseignements requis parce que « As the providers of internet services to their customers, from whose "gmail" address the anonymous e-mail originated, Bell and Rogers provided the conduit for the communication of the e-mail. Without the internet services provided by Bell and Rogers, the e-mails could not have been sent over the internet ». Cette préten-

94. *York*, préc., note 87, par. 25.

95. GAGNÉ, préc., note 89.

tion découle de la divulgation préalable, par Google, des adresses IP desquelles les propos diffamatoires ont été transmis⁹⁶.

Pourtant, comme l'avantage premier d'un compte de courriel Web⁹⁷ tel Gmail découle du fait qu'il est accessible en tout temps de n'importe quel poste informatique, comment établir que Bell et/ou Rogers est associée d'une quelconque façon à l'auteur des propos litigieux au-delà d'être un simple conduit de communication? En effet, dans la mesure où un individu contracte rarement avec deux fournisseurs d'accès Internet distincts, il est fort probable qu'au moins l'une de ces deux entités (voire les deux si le message est transmis d'un café Internet, par exemple) n'a aucun lien contractuel avec l'auteur des propos litigieux. Ceci implique par ailleurs qu'il y a risque de communication de renseignements personnels d'un tiers au litige.

Dans le même ordre d'idée, il importe de souligner que les propos diffamatoires furent publiés le 3 février 2009, alors que la requête de l'Université York a été entendue six mois plus tard, soit le 4 août 2009. Or, selon la Cour d'appel fédérale dans *BMG Canada Inc. c. John Doe* :

S'il s'écoule un long délai entre le moment où la demande de divulgation d'identité est faite par les demandeurs et le moment où ceux-ci reçoivent les renseignements, il se peut que les renseignements soient inexacts. Il semble que cela soit dû au fait qu'une adresse IP peut ne pas être associée à la même personne pendant longtemps. Par conséquent, il est possible que le droit à la vie privée de personnes innocentes soit violé et que des poursuites en justice soient intentées sans justification contre ces personnes. Par conséquent, on doit voir à éviter les retards entre l'enquête et la demande de renseignements. Si on ne fait pas cela, une cour de justice serait peut-être justifiée de refuser de délivrer une ordonnance de divulgation.⁹⁸

Pourtant, de telles préoccupations n'ont pas été abordées par la Cour, laquelle a accordé l'ordonnance.

La question de l'obligation de confidentialité contractuelle et législative des fournisseurs d'accès Internet a également fait l'objet d'une analyse par le juge Strathy.

96. *York*, préc., note 87, par. 3.

97. « Service gratuit de messagerie électronique, directement accessible sur le Web depuis un navigateur, sans faire appel à un logiciel de courrier électronique. » Voir <http://www.granddictionnaire.com>.

98. *BMG*, préc., note 93, par. 43.

Quant à une éventuelle obligation contractuelle de la part des fournisseurs d'accès Internet de protéger les renseignements personnels de leurs utilisateurs, la Cour souligne que les conditions d'utilisations tant de Bell que de Rogers prévoient une exception à l'obligation de confidentialité en cas d'ordonnance de la Cour⁹⁹. Notons toutefois que ces conditions visent les clients des services et non les simples utilisateurs, ce qui pourrait s'avérer problématique. Cette observation est toutefois de peu d'importance puisque « [u]ne fois l'ordonnance de divulgation obtenue, celle-ci aura préséance sur tout devoir de confidentialité dû [aux utilisateurs] »¹⁰⁰.

Quant à la législation, bien que la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*¹⁰¹ prévoit que « [t]oute personne doit être informée de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent »¹⁰², elle prévoit également, comme le soulève la Cour, qu'une divulgation est tout de même possible lorsque « elle est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d'un tribunal, d'une personne ou d'un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents »¹⁰³. Quant à l'obligation d'obtenir le consentement préalable de la personne visée par l'information¹⁰⁴ sauf lorsqu'il est « impossible ou peu réaliste d'obtenir » celui-ci¹⁰⁵, un *obiter* du juge Strathy, lequel s'inspire des décisions américaines *Cohen c. Google*¹⁰⁶ et *Dendrite International Inc. c. Doe*¹⁰⁷, offre une ouverture intéressante. Celui-ci soumet que les intermédiaires techniques pourraient, dans certains cas non définis, être tenus d'aviser la personne dont on demande de divulguer l'identité afin de lui permettre de faire des représentations le cas échéant. Une telle obligation viendrait, en quelque sorte, contrer la problématique liée à la protection des renseignements personnels de tiers énoncée ci-dessus.

99. *York*, préc., note 87, par. 31.

100. GAGNÉ, préc., note 89.

101. L.C. 2000, c. 5.

102. Article 4.3 des Principes énoncés dans la norme nationale du Canada intitulée *Code type sur la protection des renseignements personnels*, CAN/CSA-Q830-96, Annexe 1 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*.

103. Al. 7(3) c) de la *Loi*.

104. Article 4.3 des Principes énoncés dans la norme nationale du Canada intitulée *Code type sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 102.

105. *Id.*

106. N.Y.S.C. Index No. 100012/09, August 17, 2009.

107. (2001), 342 N.J. Super 134, 775 A. 2d 756 (N.J. Sup. Ct., App Div.).

Tel que souligné en introduction, l'ordonnance *Norwich* n'est pas prévue au *C.p.c.*, mais pourrait, semble-t-il, être demandée en vertu des articles 2, 20 et 46 *C.p.c.* au même titre qu'une ordonnance *Anton Pillar*¹⁰⁸. Une telle ordonnance serait toutefois inutile dans le cadre d'une poursuite pénale dans la mesure où le second alinéa de l'article 27 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁰⁹ prévoit que le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour fournir des services sur un réseau de communication ou qui y conserve ou y transporte des documents technologiques « ne doit prendre aucun moyen [...] pour empêcher les autorités responsables d'exercer leurs fonctions, conformément à la loi, relativement à la sécurité publique ou à la prévention, à la détection, à la preuve ou à la poursuite d'infractions », ce qui laisserait transparaître une obligation de collaborer avec les autorités étatiques.

CONCLUSION

Ainsi se clôture ce palmarès des cinq décisions canadiennes qui ont le mieux reflété les incidences des technologies de l'information et des communications sur la sphère juridique en 2009. Il importe de souligner qu'une constante se dégage de l'ensemble des décisions étudiées, constante que l'on peut associer à cette fameuse notion de « neutralité technologique » consacrée par le législateur québécois au titre de la section VI du chapitre du *C.c.Q.* portant sur l'écrit¹¹⁰. En effet, *Bishop c. Minichiello*, tout comme *Leduc c. Roman*, *Wice c. The Dominion of Canada General Insurance Company* et *Schuster c. Royal & Insurance Company of Canada*, nous rappellent qu'un document demeure un document peu importe le support sur lequel il se trouve, alors que *Crooke c. Newton* crée une « équivalence fonctionnelle »¹¹¹ entre hyperliens et notes de bas de page et que *Ville de Montréal c. Bolduc* vient préciser que la notion de signature s'applique dès qu'un procédé remplit les fonctions d'identification et de manifestation du consentement. Finalement, *York University c. Bell Canada Enterprises* confirme une fois de plus que la définition de « diffamation » n'est pas affectée par le médium utilisé¹¹². Bref, le droit demeure le même, peu importe le médium utilisé.

108. GAGNÉ, préc., note 89.

109. Préc., note 12.

110. Pour une analyse plus poussée de la notion de « neutralité technologique », voir GAUTRAIS et GINGRAS, préc., note 80.

111. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 12, art. 1.

112. Sur ce point, voir BRUN (Bernard), « Le blogue : un équilibre délicat entre communication et responsabilité », dans *Leg@l.TI, droit et technologies de l'information : devenir aujourd'hui l'avocat de demain* (Cowansville : Blais, 2007) 73, à la page 79.

Il ne faudrait toutefois jamais oublier les propos du juge Mahoney dans l'affaire *Apple Computer*¹¹³ : « La difficulté principale que j'ai rencontrée en l'espèce procède du caractère anthropomorphique de presque tout ce qui est pensé, dit ou écrit au sujet des ordinateurs. [...] Les métaphores et analogies que nous utilisons pour décrire leurs différentes fonctions ne demeurent que des métaphores et des analogies »¹¹⁴. En effet, « équivalence fonctionnelle » signifie que « tous les procédés, mécanismes ou objets capables d'accomplir une fonction déterminée ont un statut équivalent »¹¹⁵ et non que ceux-ci sont en tout point identiques et nécessairement interchangeables dans n'importe quel contexte. Il ne faudrait donc pas confondre « équivalence fonctionnelle » et « identité matérielle »...

113. *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, (1987), 18 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.).

114. *Id.*, par. 38.

115. Voir http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g129.asp.