

A-202-17
2018 FCA 42

A-202-17
2018 CAF 42

Bell Canada, Bell ExpressVu Limited Partnership, Bell Media Inc., Vidéotron S.E.N.C., Groupe TVA Inc., Rogers Communications Canada Inc., Rogers Media Inc. (*Appellants*)

Bell Canada, Bell ExpressVu Limited Partnership, Bell Média Inc., Vidéotron S.E.N.C., Groupe TVA Inc., Rogers Communications Canada Inc., Rogers Media Inc. (*appelantes*)

v.

c.

Adam Lackman dba TVAddons.ag (*Respondent*)

Adam Lackman s.n. TVAddons.ag (*intimé*)

INDEXED AS: BELL CANADA v. LACKMAN

RÉPERTORIÉ : BELL CANADA c. LACKMAN

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Gauthier and de Montigny J.J.A.—Montréal, November 16, 2017; Ottawa, February 20, 2018.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Gauthier et de Montigny, J.C.A.—Montréal, 16 novembre 2017; Ottawa, 20 février 2018.

Copyright — Appeal from Federal Court order dated June 29, 2017, vacating Anton Piller order granted by Federal Court June 9, 2017 (2017 FC 634) and dismissing appellants' motion for interlocutory injunction — Respondent operating website used as repository of “add-ons”, i.e. software used to supplement other applications — Appellants characterizing website as platform for copyright piracy — Federal Court issuing interim injunction June 9, 2017 enjoining respondent from communicating or making available appellants' programs — In addition, Federal Court issuing Anton Piller order allowing appellants to inspect respondent's residence, make copies of documents pertaining to website, remove materials, make mirror images of digital devices — Also permitting appellants' solicitors to question respondent in regards to location of information, names of third parties — Federal Court in June 29 order referring to questioning of respondent as an “interrogation” — Finding that appellants not meeting prima facie case for Anton Piller order — Accepting that respondent's activities falling under defence to copyright infringement set out in Copyright Act, s. 2.4(1)(b) — As to interim injunction, finding that balance of convenience favouring respondent — Whether Federal Court erring in vacating Anton Piller order, dismissing application for interlocutory injunction — Federal Court erring in vacating Anton Piller order — Misapprehending evidence, making palpable, overriding errors in assessment of strength of appellants' case misunderstanding nature of respondent's activities — Appellants having sole right to communicate their television programs to the public pursuant to Act, ss. 3(1)f), 27 — Strong prima facie case that respondent infringing Act, ss. 2.4(1.1), 27 — Respondent's website targeting copyrighted content, hosting tool facilitating installation of infringing add-ons — Parliament not envisioning this type of activity when enacting

Droit d'auteur — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale en date du 29 juin 2017 annulant l'ordonnance Anton Piller rendue par la Cour fédérale le 9 juin 2017 (2017 CF 634) et rejetant la requête en injonction interlocutoire des appelantes — L'intimé exploitait un site Web répertoire des extensions « add-ons », c.-à-d. un type de logiciel servant à assortir d'autres applications de fonctions supplémentaires — Les appelantes ont qualifié le site Web de plateforme pour le piratage de contenu protégé par le droit d'auteur — La Cour fédérale a accordé une injonction provisoire le 9 juin 2017 interdisant à l'intimé de communiquer au public ou de permettre l'accès aux émissions des appelantes — En outre, la Cour fédérale a rendu une ordonnance Anton Piller permettant aux appelantes d'inspecter la résidence de l'intimé, de faire des copies des documents concernant le site Web, d'y prélever du matériel et de créer une copie intégrale de certains dispositifs numériques — Elle permettait également aux avocats des appelantes de poser des questions à l'intimé sur l'emplacement de tels renseignements et les noms de tiers — Dans une ordonnance datée du 29 juin 2017, la Cour fédérale a assimilé les questions posées à l'intimé à un « interrogatoire » — Elle a conclu que les appelantes n'avaient pas satisfait à l'exigence relative à la preuve prima facie pour obtenir une ordonnance Anton Piller — Elle a accepté la thèse de l'intimé selon laquelle ses activités relevaient du moyen de défense à la violation du droit d'auteur énoncé à l'art. 2.4(1)b) de la Loi sur le droit d'auteur — Quant à l'injonction provisoire, elle a conclu que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'intimé — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a annulé à tort l'ordonnance Anton Piller et a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire — La Cour fédérale a commis une erreur en annulant l'ordonnance Anton Piller — Elle a mal compris les éléments de preuve,

Act, s. 2.4(1)(b) — Execution of Anton Piller order done in conformity with rules of the art — Federal Court erring in dismissing motion for interlocutory injunction on basis balance of convenience favouring respondent — Respondent not having arguable case he was not in contravention of Act, s. 27 — Also, reliance on respondent's limited resources somewhat problematic as respondent going to great lengths to conceal his identity, dissociate himself from operation of impugned website — Extremely difficult herein to gather reliable information on true financial means of respondent — In any event, injunctions should not be issued only when respondent having financial means to weather it — Moreover, Federal Court's conclusion on balance of convenience rooted in misapplication of Act, s. 2.4(1)(b), finding of fact not based on evidence — Appeal allowed.

This was an appeal from an order of the Federal Court dated June 29, 2017, vacating the Anton Piller order granted by the Federal Court on June 9, 2017 and dismissing the appellants' motion for an interlocutory injunction.

The respondent was involved in the creation and operation of a website used as a repository of “add-ons”, i.e. software that can be used to supplement other applications such as the KODI media player with additional functions or features. KODI is a software application that can be installed on electronic devices and that allows users to play various types of multimedia content. The appellants characterized the respondent's TVAddons website as a platform for copyright piracy. They alleged, *inter alia*, that the website offered the “FreeTelly” application, which is preconfigured with a selection of add-ons that are principally infringing add-ons. The Federal Court issued an interim injunction on June 9, 2017 enjoining and restraining the respondent from communicating or making available to the public the appellants' programs. In addition, the Federal Court issued an Anton Piller order allowing the appellants' solicitors to inspect the respondent's residence, make copies of documents pertaining to the website, remove certain materials and make mirror images of digital devices. The order also permitted the appellants' solicitors to question the respondent in regards to the location of the information and for names of third parties involved in

elle a commis des erreurs manifestes et dominantes dans son analyse visant à décider si les appelantes avaient une cause défendable et elle a mal compris la nature des activités de l'intimé — Les appelantes avaient le droit exclusif de communiquer leurs émissions de télévision au public aux termes des art. 3(1)f) et 27 de la Loi — Il existait une preuve prima facie solide que l'intimé violait les art. 2.4(1.1) et 27 de la Loi — Le site Web de l'intimé visait un contenu protégé et hébergeait un outil qui facilitait l'installation d'extensions attentatoires — Le législateur n'avait pas envisagé ce type d'activité lorsqu'il a édicté l'art. 2.4(1)b) de la Loi — L'ordonnance Anton Piller a été exécutée de manière conforme aux règles reconnues de l'art — La Cour fédérale a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire au motif que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'intimé — L'intimé ne pouvait affirmer qu'il n'avait pas contrevenu à l'art. 27 de la Loi — En outre, il était délicat d'évoquer les ressources limitées de l'intimé, qui avait tout fait pour cacher son identité et se dissocier de son exploitation du site Web contesté — En l'espèce, il était extrêmement difficile de récolter des renseignements fiables sur les moyens financiers véritables de l'intimé — Quoi qu'il en soit, l'injonction ne devrait pas être accordée uniquement lorsque l'intimé a les moyens de se défendre — En outre, la conclusion de la Cour fédérale sur la prépondérance des inconvénients était fondée sur une application erronée de l'art. 2.4(1)b) de la Loi et une constatation de fait que le dossier n'était pas — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance de la Cour fédérale en date du 29 juin 2017 annulant l'ordonnance Anton Piller rendue par la Cour fédérale le 9 juin 2017 et rejetant la requête en injonction interlocutoire des appelantes.

L'intimé a participé à la création et à l'exploitation d'un site Web répertoire des extensions « *add-ons* », un terme qui désigne un type de logiciel servant à assortir d'autres applications, comme le lecteur multimédia KODI, de fonctions ou caractéristiques supplémentaires. Application logicielle qui peut être installée sur des dispositifs électroniques, KODI permet aux utilisateurs de lire divers types de contenu multimédia. Les appelantes ont qualifié le site Web de TVAddons de l'intimé de plateforme pour le piratage de contenu protégé par le droit d'auteur. Elles ont fait valoir notamment que le site Web présentait l'application « Free Telly », qui est déjà configurée pour offrir une sélection d'extensions qui sont principalement attentatoires. La Cour fédérale a accordé une injonction provisoire le 9 juin 2017 interdisant à l'intimé de communiquer au public ou de permettre l'accès aux émissions des appelantes. En outre, la Cour fédérale a rendu une ordonnance Anton Piller permettant aux avocats des appelantes d'inspecter la résidence de l'intimé, de faire des copies des documents concernant le site Web, d'y prélever du matériel et de créer une copie intégrale de certains dispositifs numériques. L'ordonnance permettait également aux avocats des

the development of the TVAddons website, the “FreeTelly” and “Indigo” tools and similar software applications. In its order dated June 29, 2017, the Federal Court referred to the questioning of the respondent as an “interrogation” that was tantamount to “an examination for discovery without any of the protections normally afforded to litigants in such circumstances”. The Federal Court found that the appellants did not meet the high threshold of a strong *prima facie* case. It accepted the respondent’s position that his activities fell under the defence to copyright infringement as set out in paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*. With regards to the interim injunction, the Federal Court found that the balance of convenience favoured the respondent, relying on the fact that the respondent had demonstrated that he had an arguable case that he was not violating the *Copyright Act*, that the TVAddons website was his only source of income, and that the appellants sought to neutralize his business.

At issue was whether the Federal Court erred in vacating the Anton Piller order and in dismissing the application for an interlocutory injunction.

Held, the appeal should be allowed.

The Federal Court erred in vacating the Anton Piller order and in declaring that the execution of that order was not lawfully conducted. The Federal Court misapprehended the evidence and made palpable and overriding errors in its assessment of the strength of the appellants’ case. The Federal Court misapprehended the evidence by concluding that only a small percentage (just over 1 percent) of the add-ons were purportedly infringing. It also appears to have misunderstood the nature of the respondent’s activities. These factual errors led the Federal Court to a misinterpretation of the law and of the cases. Pursuant to paragraph 3(1)(f) and section 27 of the *Copyright Act*, the appellants, as creators and distributors of television programs, have the sole right to communicate these works to the public by telecommunication and to authorize such act. There was clearly a strong *prima facie* case that the respondent, by hosting and distributing infringing add-ons, was making the appellants’ programs and stations available to the public by telecommunication in a way that allowed users to access them from a place and at a time of their choosing, thereby infringing subsection 2.4(1.1) and section 27 of the *Copyright Act*. It was not entirely clear why the Federal Court accepted the respondent’s claim that he was not communicating any content and was therefore entitled to benefit from the exemption of paragraph 2.4(1)(b). The respondent’s website was not content neutral as it targeted copyrighted content. The website also hosted and distributed a tool which, once installed on the KODI media player, facilitated and

appelantes de poser des questions à l’intimé sur l’emplacement de tels renseignements et les noms des tiers qui avaient participé à l’élaboration du site Web de TVAddons, des outils « Free Telly » et « Indigo » et des applications logicielles semblables. Dans une ordonnance datée du 29 juin 2017, la Cour fédérale a assimilé les questions posées à l’intimé à un « interrogatoire préalable dépourvu des mesures de protection normalement accordées aux justiciables dans ces circonstances ». La Cour fédérale a conclu que les appelantes n’avaient pas satisfait à l’exigence élevée relative à la preuve *prima facie* solide. Elle a accepté la thèse de l’intimé selon laquelle ses activités relevaient du moyen de défense à la violation du droit d’auteur énoncé à l’alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Quant à l’injonction provisoire, la Cour fédérale a conclu que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l’intimé, se fondant sur le fait que l’intimé a démontré qu’il avait une cause défendable qu’il n’enfreignait pas la *Loi sur le droit d’auteur*, que le site Web de TVAddons était sa seule source de revenus et que les appelantes cherchaient à neutraliser son entreprise.

Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a annulé à tort l’ordonnance Anton Piller et a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a commis une erreur en annulant l’ordonnance Anton Piller et en déclarant que l’ordonnance n’avait pas été exécutée conformément aux règles de droit. La Cour fédérale a mal compris les éléments de preuve et a commis des erreurs manifestes et dominantes dans son analyse visant à décider si les appelantes avaient une cause défendable. La Cour fédérale a mal compris les éléments de preuve en concluant qu’un peu plus d’un pour cent des extensions portaient atteinte au droit d’auteur, sans plus. Elle semble également avoir mal compris la nature des activités de l’intimé. Ces erreurs de fait ont mené la Cour fédérale à mal interpréter le droit et la jurisprudence. Aux termes de l’alinéa 3(1)f) et de l’article 27 de la *Loi sur le droit d’auteur*, les appelantes, en tant que créatrices et distributrices d’émissions de télévision, ont le droit exclusif de communiquer ces œuvres au public par télécommunication et d’autoriser ce type de communication. Il existait manifestement une preuve *prima facie* solide que l’intimé, en hébergeant et en distribuant les extensions attentatoires, mettait les émissions et chaînes télévisées des appelantes à la disposition du public par télécommunication d’une manière qui permettait aux utilisateurs d’y accéder depuis l’endroit qu’ils souhaitaient, au moment où ils le souhaitaient, ce qui constituait une violation du paragraphe 2.4(1.1) et de l’article 27 de la *Loi sur le droit d’auteur*. La raison pour laquelle la Cour fédérale a accepté la thèse de l’intimé selon laquelle il ne communiquait aucun contenu et pouvait ainsi bénéficier de la protection prévue à l’alinéa 2.4(1)b) n’était pas claire. Le

automated the installation of infringing add-ons. Parliament did not envision this type of activity when paragraph 2.4(1)(b) was enacted. As to the execution of the Anton Piller order, it was done in conformity with the acknowledged rules of the art. The supervising solicitor acted in an independent and professional way, ensured that the inspection and removal of the respondent's property were executed within the four corners of the Anton Piller order, and that the vast majority of the questions to the respondent related to the location of known evidence or to passwords.

The Federal Court erred in dismissing the motion for an interlocutory injunction on the basis that the balance of convenience favoured the respondent. To the extent that the respondent did not have a defence under paragraph 2.4(1)(b), he could not have an arguable case that he was not in contravention of section 27. The Federal Court took into account the loss of income and the resulting lack of financial resources for the respondent to mount his defence. In the case at bar, reliance on the respondent's limited resources was somewhat problematic as he had gone to great lengths to conceal his identity and dissociate himself from his operation of the TVAddons website. In those circumstances, it was extremely difficult to gather reliable information on the true financial means of the respondent. In any event, injunctions should not be issued only when the respondent has the financial means to weather it; such a course of action would risk creating a two-tier judicial system. Moreover, the Federal Court's conclusion on the balance of convenience was rooted in a misapplication of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* and a finding of fact not based on the evidence. As such, its finding was fatally flawed and could not stand.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2.4(1)(b),(1.1), 3(1)(f), 27.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 373, 374, 377.

CASES CITED

APPLIED:

Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp., 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189; *British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657; *RJR – MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; *Société*

site Web de l'intimé n'était pas un simple agent neutre étant donné qu'il visait un contenu protégé. En outre, le site Web hébergeait et distribuait un outil qui, une fois installé sur le lecteur multimédia KODI, facilitait et automatisait l'installation d'extensions attentatoires. Le législateur n'avait pas envisagé ce type d'activité lorsqu'il a édicté l'alinéa 2.4(1)(b). En ce qui concerne l'ordonnance Anton Piller, elle a été exécutée de manière conforme aux règles reconnues de l'art. L'avocat qui surveillait a agi de façon indépendante et professionnelle, a veillé à ce que l'inspection et le prélèvement des biens de l'intimé respectent à la lettre l'ordonnance Anton Piller et que les questions posées à l'intimé concernent en grande partie l'emplacement d'éléments de preuve connus ou les mots de passe.

La Cour fédérale a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire au motif que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'intimé. Dans la mesure où l'intimé ne pouvait se prévaloir du moyen de défense fondé sur l'alinéa 2.4(1)(b), il ne pouvait affirmer qu'il n'avait pas contrevenu à l'article 27. La Cour fédérale a tenu compte de la perte de revenu et de l'absence de ressources financières en découlant susceptible d'empêcher l'intimé de préparer sa défense. En l'espèce, il était délicat d'évoquer les ressources limitées de l'intimé, qui avait tout fait pour cacher son identité et se dissocier de son exploitation du site Web de TVAddons. Dans ces circonstances, il était extrêmement difficile de récolter des renseignements fiables sur les moyens financiers véritables de l'intimé. Quoi qu'il en soit, l'injonction ne devrait pas être accordée uniquement lorsque l'intimé a les moyens de se défendre. Une telle démarche risquerait de créer un système judiciaire à deux vitesses. En outre, la conclusion de la Cour fédérale sur la prépondérance des inconvénients était fondée sur une application erronée de l'alinéa 2.4(1)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur* et sur une constatation de fait que le dossier n'était pas. De la sorte, sa conclusion était entachée d'un vice fatal et ne pouvait être maintenue.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2.4(1)(b),(1.1), 3(1)(f), 27.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 373, 374, 377.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp., 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657; *RJR – MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Société canadienne des*

of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427.

CONSIDERED:

Canada v. South Yukon Forest Corporation, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286; *Bell Canada v. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 FC 612, 271 A.C.W.S. (3d) 831, *affid sub nom. Wesley (Mtfreetv.com) v. Bell Canada*, 2017 FCA 55, 278 A.C.W.S. (3d) 385.

REFERRED TO:

Manitoba (A.G.) v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110, (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Viacom Ha! Holding Co. v. Doe* (2000), 6 C.P.R. (4th) 36, 96 A.C.W.S. (3d) 1042 (F.C.T.D.), *affid sub nom. Tejani v. Nintendo of America Inc.*, 2001 FCA 395, 286 N.R. 392; *Netbored Inc. v. Avery Holdings Inc.*, 2005 FC 1405, 48 C.P.R. (4th) 241.

APPEAL from an order of the Federal Court dated June 29, 2017 (2017 FC 634, 157 C.P.R. (4th) 26) vacating the Anton Piller order granted by the Federal Court on June 9, 2017 and dismissing the appellants' motion for an interlocutory injunction. Appeal allowed.

APPEARANCES

François Guay and Guillaume Lavoie Ste-Marie for appellants.
Karim Renno and Hilal El Ayoubi for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Smart & Biggar, Montréal, for appellants.
Renno Vathilakis Inc. and Hilal El Ayoubi, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DE MONTIGNY J.A.: The appellants Bell Canada, Bell Expressvu Limited Partnership, Bell Media Inc., Vidéotron S.E.N.C., Groupe TVA Inc., Rogers Communications Canada Inc. and Rogers Media Inc. (the appellants) are appealing the order of Justice Bell of

auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada c. South Yukon Forest Corporation, 2012 CAF 165; *Bell Canada c. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 CF 612, *conf. par sub nom. Wesley (Mtfreetv.com) c. Bell Canada*, 2017 CAF 55.

DÉCISIONS CITÉES :

Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Viacom Ha! Holding Co. c. Doe*, T-550-99, juge Tremblay-Lamer (14 avril 2000), [2000] A.C.F. n° 498 (QL) (1^{er} inst.), *conf. par sub nom. Tejani c. Nintendo of America Inc.*, 2001 CAF 395; *Netbored Inc. c. Avery Holdings Inc.*, 2005 CF 1405.

APPEL d'une ordonnance de la Cour fédérale en date du 29 juin 2017 (2017 CF 634) annulant l'ordonnance Anton Piller rendue par la Cour fédérale le 9 juin 2017 et rejetant la requête en injonction interlocutoire des appelantes. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

François Guay et Guillaume Lavoie Ste-Marie, pour les appelantes.
Karim Renno et Hilal El Ayoubi pour l'intimé.

PROCUREURS INSCRITS AU DOSSIER

Smart & Biggar, Montréal, pour les appelantes.
Renno Vathilakis Inc. et Hilal El Ayoubi, Montréal, pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Les appelantes Bell Canada, Bell Expressvu Limited Partnership, Bell Média Inc., Vidéotron S.E.N.C., Groupe TVA Inc., Rogers Communications Canada Inc. et Rogers Media Inc. (les appelantes) interjettent appel de l'ordonnance du

the Federal Court (the Judge) dated June 29, 2017 [2017 FC 634] (Justice Bell's order or reasons), whereby he vacated the Anton Piller order granted by Justice LeBlanc on June 9, 2017 (Justice LeBlanc's order) and dismissed the appellants' motion for an interlocutory injunction. In the underlying action, the appellants alleged that Adam Lackman (the respondent) infringed copyright by communicating and making available to the public the appellants' programs, and by inducing and/or authorizing users of infringing add-ons to initiate acts of infringement through the business it operates under the name TVAddons.ag (TVAddons or the TVAddons website).

[2] Having carefully read the record and considered the written and oral submissions of the parties, I am of the view that the appeal should be allowed. The appellants have established a strong *prima facie* case of copyright infringement for the purposes of the Anton Piller order sought, and the Judge's conclusion to the contrary was based on a misapprehension of the case law and of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 and on overriding and palpable errors in construing the facts. Likewise, the Judge erred in dismissing the motion for an interlocutory injunction and in concluding that the orders were not lawfully executed.

I. Facts

[3] The respondent was involved in the creation and operation of the TVAddons website. The website is a repository of "add-ons", a generic term for a type of software that can be used to supplement other applications with additional functions or features (affidavit of Adam Lackman, at paragraph 5, appeal book, volume 3, tab 26 (Lackman aff.)). One such application that can be supplemented with add-ons is the KODI media player.

[4] KODI is a software application that can be installed on electronic devices and that allows users to play various types of multimedia content (video, music or pictures, for example). It can read both physical

juge Bell de la Cour fédérale (le juge) du 29 juin 2017 [2017 CF 634] (l'ordonnance du juge Bell ou les motifs), par laquelle il a annulé l'ordonnance Anton Piller rendue par le juge LeBlanc le 9 juin 2017 (l'ordonnance du juge LeBlanc) et a rejeté la requête en injonction interlocutoire des appelantes. Dans l'action au principal, les appelantes affirment qu'Adam Lackman (l'intimé) a violé leur droit d'auteur en communiquant et en rendant accessibles au public les émissions des appelantes et en incitant ou en autorisant des violations du droit d'auteur par les utilisateurs d'extensions attentatoires par le truchement de l'entreprise qu'il exploite sous la raison sociale TVAddons.ag (TVAddons ou le site Web de TVAddons).

[2] Après avoir soigneusement pris connaissance du dossier et examiné les arguments oraux et écrits des parties, je suis d'avis d'accueillir l'appel. Les appelantes ont établi une preuve *prima facie* solide de violation du droit d'auteur, à laquelle est subordonné le prononcé de l'ordonnance Anton Piller demandée, et la conclusion contraire du juge était fondée sur une mauvaise interprétation de la jurisprudence et de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, ainsi que sur des erreurs manifestes et dominantes dans l'appréciation des faits. De même, le juge a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire et a conclu à mauvais droit que les ordonnances n'avaient pas été exécutées conformément aux règles de droit.

I. Les faits

[3] L'intimé a participé à la création et à l'exploitation du site Web de TVAddons. Le site répertorie des extensions « *add-ons* », un terme générique qui désigne un type de logiciel servant à assortir d'autres applications de fonctions ou caractéristiques supplémentaires (affidavit d'Adam Lackman, au paragraphe 5, dossier d'appel, vol. 3, onglet 26 (aff. de Lackman)). Le lecteur multimédia KODI appartient à cette catégorie d'applications pouvant être assorties d'extensions.

[4] Application logicielle qui peut être installée sur des dispositifs électroniques, KODI permet aux utilisateurs de lire divers types de contenu multimédia (par exemple, des vidéos, de la musique ou des images).

digital media (such as CDs, DVDs or Blu-ray) and digital files (such as MP3 or QuickTime). It is an “open source” software application, and is available for download for free on the Internet. When used in conjunction with add-ons, the KODI media player can be used to access and stream multimedia content hosted on the Internet. These add-ons fall into two categories: non-infringing add-ons, which direct users towards legitimate websites, and infringing add-ons, which direct users towards copyrighted content where the user has no authorized access (affidavit of Andrew McGuigan, at paragraphs 28–36, appeal book, confidential volume 1, tab 6 (conf. McGuigan aff.)).

[5] The TVAddons website is a repository of both infringing and non-infringing add-ons. The respondent claims that his website is primarily an Internet forum for users of the KODI application, and has two purposes: (1) providing a forum for the exchange of information between users of KODI about their experiences using this software and its add-ons, and (2) allowing developers of add-ons for KODI to make them available to the users (Lackman aff., at paragraph 13). These add-ons are specialized search engines that give access to digital content hosted on other websites, and this content can also be found using other search engines such as Google (Lackman aff., at paragraphs 19 and 21). The respondent also insists that the multimedia content accessed by the use of add-ons is not located on the TVAddons website but needs to be accessed and streamed on the Internet by using the KODI application (respondent’s memorandum of fact and law (respondent’s MFL), at paragraph 51).

[6] The appellants, on the other hand, characterized the TVAddons website as a platform for copyright piracy. While it is a source of both infringing and non-infringing add-ons, the website holds itself out as “the best”, “most popular” and “all free” source of such add-ons (conf. McGuigan aff., at paragraph 64). Sixteen out of the 22 add-ons of the “Featured” category of the TVAddons website are reproduced in the appellants’ memorandum

Il peut lire à la fois les médias numériques physiques (tels les CD, les DVD ou Blu-ray) et les médias numériques (tels les fichiers MP3 ou QuickTime). C’est une application logicielle libre qu’on peut télécharger gratuitement à partir d’Internet. Assorti d’extensions, le lecteur multimédia KODI permet de lire en continu du contenu multimédia hébergé dans Internet. Ces extensions se divisent en deux catégories : les extensions légitimes, qui dirigent les utilisateurs vers des sites Web licites, et les extensions attentatoires, qui renvoient les utilisateurs vers un contenu protégé par le droit d’auteur auquel l’utilisateur n’est pas autorisé à accéder (affidavit d’Andrew McGuigan, aux paragraphes 28 à 36, dossier d’appel, vol. 1 confidentiel, onglet 6 (aff. conf. de McGuigan)).

[5] Le site Web de TVAddons est un répertoire d’extensions tant attentatoires que légitimes. L’intimé soutient que son site Web constitue principalement un forum Internet pour les utilisateurs de l’application KODI et qu’il possède deux objectifs : 1) permettre l’échange de renseignements entre les utilisateurs de KODI sur leur expérience de ce logiciel et de ses extensions et 2) permettre aux concepteurs d’extensions pour KODI de les rendre accessibles aux utilisateurs (aff. de Lackman, au paragraphe 13). Ces extensions constituent des moteurs de recherche spécialisés qui donnent accès à du contenu numérique hébergé dans d’autres sites Web, que l’on peut également trouver par le truchement d’autres moteurs de recherche tels Google (aff. de Lackman, aux paragraphes 19 et 21). L’intimé insiste également sur le fait que le contenu multimédia auquel mènent les extensions n’est pas hébergé dans le site Web de TVAddons; il faut y accéder et en faire la lecture en continu à partir d’Internet en utilisant l’application KODI (mémoire des faits et du droit de l’intimé (MFD de l’intimé), au paragraphe 51).

[6] Les appelantes, pour leur part, qualifient le site Web de TVAddons de plateforme pour le piratage de contenu protégé par le droit d’auteur. Si ce site Web répertorie à la fois des extensions attentatoires et des extensions légitimes, il se présente comme la source [TRADUCTION] « la meilleure », « la plus populaire » et « entièrement gratuite » de ces extensions (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 64). Seize des 22 extensions

of fact and law. The appellants' expert has tested 12 out of the 22 add-ons in that category and concluded that these 12 add-ons were all infringing (confidential appellants' memorandum of fact and law (conf. appellants' MFL), at paragraph 33; conf. McGuigan aff., at paragraphs 61, 62, 70 and 71). The add-ons found on the website can be used to access Canadian television stations and live sports as well as on-demand television and motion pictures (conf. McGuigan aff., at paragraph 64).

[7] The TVAddons website also provides two additional features. It offers the "FreeTelly" application, a customized version of KODI that is accessible for download and which the appellants allege is preconfigured with a selection of add-ons that are principally infringing add-ons (conf. McGuigan aff., at paragraph 66). As such, one need not seek out and configure add-ons; access to infringing content is immediate (conf. McGuigan aff., at paragraphs 66–67). TVAddons also produces and supplies to the users guides with information on how to access and use its add-ons, and distributes "Indigo", a tool which facilitates and automates the installation of add-ons by avoiding the completion of all installation steps (conf. McGuigan aff., at paragraphs 57, 73 and 74).

[8] Following *ex parte* and *in camera* motions, Justice LeBlanc issued an interim injunction on June 9, 2017 which, pursuant to rule 374 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, was valid for 14 days. The respondent was enjoined and restrained from communicating or making available to the public the appellants' programs and inducing or authorizing anyone to initiate acts of infringement of the appellants' rights to communicate their programs to the public by telecommunication. Justice LeBlanc also ordered the respondent to provide his login credentials for the domains and subdomains hosting the TVAddons website, as well as for various social media sites associated with the website. A computer forensics expert was authorized to modify the login requirements for various domains and

de la catégorie [TRADUCTION] « En vedette » du site Web de TVAddons sont reproduites dans le mémoire des faits et du droit des appelantes. L'expert des appelantes a testé 12 des 22 extensions dans cette catégorie et a conclu qu'elles étaient toutes attentatoires (mémoire confidentiel des faits et du droit des appelantes (MFD conf. des appelantes), au paragraphe 33; aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 61, 62, 70 et 71). Les extensions qui se trouvent sur le site Web permettent de capter des chaînes télévisées canadiennes et des épreuves sportives en direct, ainsi que des émissions de télévision et films sur demande (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 64).

[7] Le site Web de TVAddons propose également deux autres produits. Il présente l'application « Free Telly », une version personnalisée de KODI téléchargeable qui, selon les appelantes, est déjà configurée pour offrir une sélection d'extensions qui sont principalement attentatoires (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 66). Ainsi, point n'est besoin de chercher et de configurer des extensions; l'accès au contenu qui porte atteinte au droit d'auteur est immédiat (aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 66 et 67). En outre, TVAddons produit et fournit aux utilisateurs des guides présentant des renseignements sur l'accès à ses extensions et l'utilisation de ces dernières et distribue « Indigo », un outil qui facilite et automatise l'installation des extensions, ce qui permet d'éviter toutes les étapes d'installation (aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 57, 73 et 74).

[8] Sur requêtes *ex parte* et entendues à huis clos, le juge LeBlanc a accordé une injonction provisoire le 9 juin 2017 d'une durée de 14 jours, en vertu de la règle 374 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. La Cour a ainsi interdit à l'intimé de communiquer au public ou de permettre l'accès aux émissions des appelantes et d'inciter ou d'autoriser quiconque à enfreindre le droit des appelantes de communiquer leurs émissions au public par télécommunication. Le juge LeBlanc a également ordonné à l'intimé de fournir ses identifiants et mots de passe pour les domaines et sous-domaines hébergeant le site Web de TVAddons ainsi que pour plusieurs comptes de médias sociaux associés au site Web. Un expert en informatique judiciaire a été autorisé à modifier les identifiants et mots de

subdomains, to deactivate the domains and subdomains that hosted the TVAddons website and to take control of the host server.

[9] In addition, Justice LeBlanc issued an Anton Piller order, also valid for 14 days, pursuant to rule 377 of the *Federal Courts Rules*. It allowed the appellants' solicitors to inspect the respondent's residence, make copies of documents pertaining to the website as well as its financial records, remove certain materials and make mirror images of digital devices. The order also permitted the appellants' solicitors to question the respondent in regards to the location of the information and for names of third parties involved in the development of the TVAddons website, the "FreeTelly" and "Indigo" tools and similar software applications. The execution of the Anton Piller order was to be monitored by an independent supervising counsel hired by the appellants, who would then report to the Court on the motion to review.

II. The impugned decision

[10] At issue before Justice Bell was a motion to review the Anton Piller order and to convert the interim injunction into an interlocutory injunction. As stated by the Judge, his role at that stage was not to decide the merits of the case, but to assess the Anton Piller order on a *de novo* basis after having heard the respondent's point of view. To that effect, he first recalled the four requirements established by the Supreme Court of Canada in *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189, at paragraph 35 and in *British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657, at paragraph 29: (1) that there be a strong *prima facie* case; (2) that the damage to the plaintiff caused by the defendant's alleged misconduct, potential or actual, be very serious; (3) that there be convincing evidence that the defendant has in its possession incriminating documents or things; and (4) that there be a real possibility that the defendant may destroy such material before the discovery process can do its work. He also set out the well-known tripartite

passé pour divers domaines et sous-domaines, à désactiver les domaines et sous-domaines qui hébergeaient le site Web de TVAddons et à prendre le contrôle du serveur-hôte.

[9] En outre, le juge LeBlanc a rendu une ordonnance Anton Piller, également valable pour 14 jours, en vertu de la règle 377 des *Règles des Cours fédérales*. L'ordonnance permettait aux avocats des appelantes d'inspecter la résidence de l'intimé, de faire des copies des documents concernant le site Web aussi bien que de ses dossiers financiers, d'y prélever du matériel et de créer une copie intégrale de certains dispositifs numériques. L'ordonnance permettait également aux avocats des appelantes de poser des questions à l'intimé sur l'emplacement de tels renseignements et les noms des tiers qui ont participé à l'élaboration du site Web de TVAddons, des outils « Free Telly » et « Indigo » et des applications logicielles semblables. L'exécution de l'ordonnance Anton Piller devait être surveillée par un avocat indépendant engagé par les appelantes, qui devait ensuite faire son rapport à la Cour dans le cadre de la requête en réexamen.

II. La décision contestée

[10] Le juge Bell était saisi d'une requête en réexamen de l'ordonnance Anton Piller et sollicitant la conversion de l'injonction provisoire en injonction interlocutoire. Comme l'a affirmé le juge, son rôle à cette étape était non pas de trancher le litige au fond, mais de réexaminer l'ordonnance Anton Piller *de novo* à la lumière des observations de l'intimé. À cette fin, il a d'abord rappelé les quatre exigences établies par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189, au paragraphe 35 et *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657, au paragraphe 29 : 1) le demandeur doit présenter une preuve *prima facie* solide; 2) le préjudice causé au demandeur par l'inconduite présumée du défendeur doit être très grave; 3) il doit y avoir une preuve convaincante que le défendeur a en sa possession des documents ou des objets incriminants et 4) il faut démontrer qu'il est réellement possible que le défendeur détruise ces pièces avant que la procédure de communication

test for interlocutory injunctions laid out in *Manitoba (A.G.) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, (1987), 38 D.L.R. (4th) 321 and in *RJR – MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385 (*RJR – MacDonald*).

[11] The Judge was very critical of the way in which the Anton Piller order was carried out. He referred to the questioning of the respondent as an “interrogation” that was tantamount to “an examination for discovery without any of the protections normally afforded to litigants in such circumstances” (reasons, at paragraph 19). Indeed, the Judge was concerned with the length of the interrogation, the fact that the respondent could not refuse to answer questions under fear of contempt proceedings, that his counsel was not allowed to clarify the answers to questions and that the questions were not really questions but orders. What he found most egregious was that the respondent was asked to provide names of those operating similar websites. He concluded that this question constituted a hunt for further evidence rather than preservation of then existing evidence (reasons, at paragraph 20).

[12] Before turning to the application of the first requirement for an Anton Piller order, the Judge prefaced his analysis with the following (reasons, at paragraph 21):

The *Anton Pillar (sic)* Order under review was purposely designed by counsel for the Plaintiffs, as admitted by them, to completely shut down the Defendant’s operations. To the Plaintiffs, it mattered not that, by their own estimate, just over 1% of the Add-ons developed by the Defendant were allegedly used to infringe copyright. I therefore conclude that the purpose of the *Anton Piller* Order under review was only partly designed to preserve evidence that might be destroyed or that could disappear. I am of the view that its true purpose was to destroy the livelihood of the Defendant, deny him the financial resources to finance a defence to the claim made against him, and to provide an opportunity for discovery of the Defendant in circumstances where none of the procedural safeguards of our civil justice system could be engaged.

préalable puisse être amorcée. Il a également énoncé le critère à trois volets très connu, en matière d’injonctions interlocutoires, énoncé dans les arrêts *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110 et *RJR – MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 (*RJR – MacDonald*).

[11] Le juge était très critique à l’égard de la manière dont l’ordonnance Anton Piller avait été exécutée. Il a assimilé les questions posées à l’intimé à un [TRADUCTION] « interrogatoire préalable dépourvu des mesures de protection normalement accordées aux justiciables dans ces circonstances » (motifs, au paragraphe 19). En effet, le juge s’est dit préoccupé de la durée des questions, de l’impossibilité pour l’intimé de refuser de répondre sous peine d’outrage au tribunal, de l’impossibilité pour son avocat de clarifier les réponses et du fait que les questions constituaient essentiellement des ordres. De l’avis du juge, le plus inacceptable était que l’on avait demandé à l’intimé de fournir les noms de ceux qui exploitent des sites Web similaires. Il a conclu que cette question avait pour but la recherche d’éléments de preuve supplémentaires plutôt que la conservation des éléments de preuve existants (motifs, au paragraphe 20).

[12] Le juge a fait précéder du paragraphe suivant son analyse de l’application de la première exigence d’une ordonnance Anton Piller (motifs, au paragraphe 21) :

[TRADUCTION] L’ordonnance *Anton Pillar (sic)* en question a été conçue délibérément par les avocats des demanderesse pour mettre fin à l’entreprise du défendeur, ce qu’elles admettent. Il ne leur importait guère que seule une infime partie des extensions élaborées par le défendeur, correspondant à un peu plus d’un pour cent selon elles, porterait atteinte au droit d’auteur. Par conséquent je conclus que l’ordonnance *Anton Piller* dont je suis saisi ne visait que partiellement à protéger les éléments de preuve susceptibles de disparaître ou d’être détruits. Je suis d’avis que son objet véritable était de détruire le gagne-pain du défendeur, de le priver des ressources financières nécessaires au financement d’une défense à l’action intentée contre lui et de faire subir à ce dernier un interrogatoire préalable dépourvu des protections procédurales que garantit notre système de justice civil.

[13] The Judge then turned to whether there exists a *prima facie* case. He accepted the respondent's position that his activities fell under the defence to copyright infringement as set out in paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* as interpreted by the Supreme Court of Canada in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN*). He came to that conclusion on the basis of the "forthright manner" (reasons, at paragraph 22) in which the respondent described his knowledge of the KODI software and because infringing content accessible on the TVAddons website could also be located using Google. As such, the Judge found that the appellants did not meet the high threshold of a strong *prima facie* case. Having reached that conclusion, and given that in his view the Anton Piller order was much broader than only preserving evidence, he did not find it necessary to consider the other elements of the test.

[14] With regards to the interim injunction, the Judge accepted that there exists a serious issue to be tried and that the appellants might suffer irreparable harm if the injunction is not issued, but nevertheless found that the balance of convenience favours the respondent. To reach that conclusion, the Judge relied on the fact that the respondent has demonstrated that he has an arguable case that he is not violating the *Copyright Act*, that the TVAddons website was his only source of income, and that the appellants seek to neutralize his business. Maintaining the order, in his view, would therefore deprive the respondent of the financial means necessary to mount a defence and would effectively bring the litigation to an end. Finally, he also relied on the appellants' "admission" that the vast majority of add-ons are non-infringing.

III. Issues

[15] This appeal raises the following issues:

- A. *Did the Judge err in vacating the Anton Piller order?*

[13] Le juge a abordé ensuite la question de l'existence d'une preuve *prima facie*. Il a accepté la thèse de l'intimé selon laquelle ses activités relevaient du moyen de défense à la violation du droit d'auteur énoncé à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, tel qu'il a été interprété par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN*). Il est parvenu à cette conclusion en raison de la [TRADUCTION] « manière directe » (motifs, au paragraphe 22) employée par l'intimé pour décrire sa connaissance du logiciel KODI et parce que le contenu attentatoire auquel donne accès le site Web de TVAddons pouvait également être trouvé par le truchement de Google. Ainsi, le juge a conclu que les appelantes n'avaient pas satisfait à l'exigence élevée relative à la preuve *prima facie* solide. Vu cette conclusion et son avis selon lequel l'ordonnance Anton Piller avait un objet bien plus vaste que la simple conservation de la preuve, il n'a pas jugé nécessaire d'examiner les autres volets du critère.

[14] Quant à l'injonction provisoire, le juge était d'avis qu'il existait une question sérieuse à trancher et que les appelantes pourraient subir un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas rendue, mais a néanmoins conclu que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'intimé. Le juge est arrivé à cette conclusion sur le fondement suivant : l'intimé a démontré qu'il avait une cause défendable qu'il n'enfreignait pas la *Loi sur le droit d'auteur*, le site Web de TVAddons était sa seule source de revenus et les appelantes cherchaient à neutraliser son entreprise. Maintenir l'ordonnance, à son avis, priverait donc le défendeur des moyens financiers nécessaires pour présenter une défense et mettrait effectivement fin au litige. Enfin, il s'est également appuyé sur le fait que les appelantes avaient « reconnu » que la très grande majorité des extensions n'étaient pas attentatoires.

III. Les questions en litige

[15] Le présent appel soulève les questions suivantes :

- A. *Le juge a-t-il annulé à tort l'ordonnance Anton Piller?*

B. *Did the Judge err in dismissing the application for an interlocutory injunction?*

IV. Analysis

[16] There is no issue between the parties as to the requirements to issue an Anton Piller order or an interlocutory injunction. Rather, the appellants dispute the application made by the Judge of the legal standards to the facts of this case, and also challenge his findings of fact. It is well established that such questions are subject to the standard of overriding and palpable error (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33 [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 37). This is a highly deferential standard of review. As this Court stated in *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, at paragraph 46:

... “Palpable” means an error that is obvious. “Overriding” means an error that goes to the very core of the outcome of the case. When arguing palpable and overriding error, it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall.

A. *Did the Judge err in vacating the Anton Piller order?*

[17] The appellants argue that the Judge misunderstood the nature of the respondent’s activities in characterizing him as a software developer who has come up with add-ons that permit users to access material that is for the most part not infringing on the rights of the appellants. The appellants also challenge the Judge’s finding that the allegedly infringing add-ons represent “just over 1%” (reasons, at paragraph 16) of the add-ons developed by the respondent. Finally, the appellants vigorously take exception with the Judge’s assessment of the respondent (“I am impressed by the forthright manner in which the Defendant describes his knowledge and use of the open source KODI software and the similarities between TVAddons and Google” (reasons, at paragraph 22)), and refute the respondent’s assertion that the add-ons hosted by his website can be assimilated to “mini Google” (respondent’s MFL, at paragraph 60; Lackman aff., at paragraph 19). Those factual errors, argue the appellants, led the Judge to err in his

B. *Le juge a-t-il rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire?*

IV. Discussion

[16] Les parties ne contestent pas les exigences auxquelles est subordonnée une ordonnance Anton Piller ou une injonction interlocutoire. Les appelantes contestent plutôt l’application des principes juridiques aux faits de l’affaire par le juge ainsi que ses conclusions de fait. Il est bien établi que les questions de ce type sont assujetties à la norme de l’erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 37). Cette norme de contrôle commande une grande déférence. Comme le déclare notre Cour dans l’arrêt *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, au paragraphe 46 :

[...] Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l’issue de l’affaire. Lorsque l’on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l’arbre debout. On doit faire tomber l’arbre tout entier.

A. *Le juge a-t-il annulé à tort l’ordonnance Anton Piller?*

[17] Les appelantes soutiennent que le juge a mal compris la nature des activités de l’intimé en le décrivant comme un développeur de logiciel qui a conçu des extensions qui permettent aux utilisateurs d’accéder à du contenu qui, en grande partie, ne porte pas atteinte aux droits des appelantes. Les appelantes contestent également la conclusion du juge selon laquelle les extensions qui seraient attentatoires représentent seulement [TRADUCTION] « un peu plus d’un pour cent » des produits développés par l’intimé (motifs, au paragraphe 16). Enfin, les appelantes reprochent vivement au juge l’opinion qu’il a émise à l’égard de l’intimé ([TRADUCTION] « Je suis impressionné par la manière directe avec laquelle le défendeur décrit sa connaissance et son utilisation du logiciel libre KODI et les similitudes entre TVAddons et Google » (motifs, au paragraphe 22)) et contestent l’affirmation de l’intimé selon laquelle les extensions hébergées dans son site Web peuvent être assimilées à un « mini Google » (MFD de l’intimé, au paragraphe 60;

analysis and application of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*.

[18] I agree with the appellants that the Judge misapprehended the evidence and made palpable and overriding errors in his assessment of the strength of the appellants' case. Nowhere did the appellants actually state that only a tiny proportion of the add-ons found on the respondent's website are infringing add-ons. As stated by Andrew McGuigan in his affidavit (at paragraph 61):

By clicking on the “Addons” option from the main menu on the home page of the TVAddons website, users are presented with ten categories of Add-ons. The counter underneath the various categories of Add-ons suggests that TVAddons hosts over 1,500 Add-ons in total. However, the “Featured” category of Add-ons hosted by TVAddons contains a curated list of 22 Add-ons, *almost all of which are Infringing Add-ons* [Emphasis in original.]

[19] It is an unwarranted stretch of logic to infer from that statement, as did the Judge, that “from the Plaintiffs' own evidence, just over 1% of the Add-ons developed by the Defendant are alleged to be ‘infringing Add-ons’” (reasons, at paragraph 16). Indeed, what the affiant actually mentions is not that he found 16 infringing add-ons out of 1 500, but rather that many of the add-ons found in the “Featured” category of the website were infringing. Indeed, 16 out of the 22 add-ons of the “Featured” category of the TVAddons website are reproduced in the appellants' memorandum of fact and law. The appellants' expert has tested 12 out of the 22 add-ons in that category and concluded that these 12 add-ons were all infringing (conf. appellants' MFL, at paragraph 33; conf. McGuigan aff., at paragraphs 61, 62, 70 and 71). This was the only category tested by Mr. McGuigan, and there is no evidence as to how many add-ons found on the respondent's entire website are infringing. The Judge therefore clearly misapprehended the evidence in this regard by concluding that just over 1 percent of the add-ons were purportedly infringing.

aff. de Lackman, au paragraphe 19). Ces erreurs de fait, soutiennent les appelantes, ont mené le juge à commettre une erreur dans l'analyse et l'application de l'alinéa 2.4(1)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[18] Je suis d'accord avec les appelantes pour dire que le juge a mal compris les éléments de preuve et a commis des erreurs manifestes et dominantes dans son analyse visant à décider si les appelantes avaient une cause défendable. Les appelantes n'ont en fait déclaré nulle part que seule une proportion infime des extensions qui se trouvent sur le site Web de l'intimé était attentatoire. Comme l'affirme Andrew McGuigan dans son affidavit (au paragraphe 61) :

[TRADUCTION] En sélectionnant l'option « extensions » du menu principal à partir de la page d'accueil du site Web de TVAddons, l'utilisateur voit dix catégories d'extensions. Le compteur sous les différentes catégories laisse entendre que TVAddons héberge au total plus de 1 500 extensions. Toutefois, la catégorie « En vedette » de TVAddons présente une liste triée sur le volet de 22 extensions, *qui sont presque toutes attentatoires* [...] [En italiques dans l'original.]

[19] C'est défier la logique que de conclure, à partir de cette affirmation, comme l'a fait le juge, que [TRADUCTION] « d'après la propre preuve des demanderesse, seule une infime partie des extensions développées par le défendeur, c'est-à-dire un peu plus d'un pour cent, seraient attentatoires » (motifs, au paragraphe 16). En effet, ce que l'auteur de l'affidavit mentionne en réalité est non pas qu'il a trouvé 16 extensions attentatoires parmi les 1 500 extensions, mais que de nombreuses extensions énumérées dans la catégorie [TRADUCTION] « En vedette » du site Web étaient attentatoires. En effet, 16 des 22 extensions de la catégorie [TRADUCTION] « En vedette » du site Web de TVAddons sont reproduites dans le mémoire des faits et du droit des appelantes. L'expert des appelantes a testé 12 des 22 extensions de cette catégorie et a conclu qu'elles étaient toutes attentatoires (MFD conf. des appelantes, au paragraphe 33; aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 61, 62, 70 et 71). C'est la seule catégorie testée par M. McGuigan et la preuve n'indique pas le nombre d'extensions attentatoires dans l'entier site Web de l'intimé. Le juge a donc

[20] The Judge also appears to have misunderstood the nature of the respondent's activities, and to have been swayed by the fact that the actions performed by the appellants' expert to access infringing material on the TVAddons website were replicated by the respondent using Google. While Google is an indiscriminate search engine that returns results based on relevance, as determined by an algorithm, infringing add-ons target predetermined infringing content in a manner that is user-friendly and reliable. The affidavit of Mr. McGuigan highlights key features that make add-ons distinctly different; they are designed to avoid dead links (i.e. links that appear to lead to infringing content but that are inoperative), advertisements and computer viruses or malware that are common on these streaming sites (conf. McGuigan aff., at paragraph 51).

[21] Characterizing add-ons as "mini Google" suggests a mere difference in degree. This overlooks the targeted nature of add-ons, which is critical to the issue which the Judge was called upon to decide. The fact that a search result using an add-on can be replicated with Google is of little consequence. The content will always be found using Google or any other Internet search engine because they search the entire universe of all publicly available information. Using add-ons, however, takes one to the infringing content much more directly, effortlessly and safely.

[22] These factual errors, in turn, led the Judge to a misinterpretation of the law and of the cases. Pursuant to paragraph 3(1)(f) and section 27 of the *Copyright Act*, the appellants, as creators and distributors of television programs, have the sole right to communicate these works to the public by telecommunication and to authorize such act. There is clearly a strong *prima facie*

manifestement mal compris les éléments de preuve à cet égard en concluant qu'un peu plus d'un pour cent des extensions portaient atteinte au droit d'auteur, sans plus.

[20] Le juge semble également avoir mal compris la nature des activités de l'intimé et avoir été influencé par le fait que les actions effectuées par l'expert des appelantes pour accéder au contenu attentatoire dans le site Web de TVAddons avaient été reproduites par l'intimé à l'aide de Google. Tandis que Google est un moteur de recherche neutre qui propose des résultats classés par ordre de pertinence, obtenus par le jeu d'un algorithme, les extensions attentatoires rassemblent, dans un cadre convivial et fiable, des contenus attentatoires choisis d'avance. L'affidavit de M. McGuigan souligne les principales caractéristiques qui distinguent les extensions : elles sont conçues pour éviter les liens menant à une impasse (c'est-à-dire des liens qui semblent mener à du contenu attentatoire, mais qui sont inactifs), les publicités et les virus ou les logiciels malveillants qui sont courants sur ces sites de diffusion en continu (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 51).

[21] Assimiler les extensions à des « mini Google » laisse entendre que la distinction se résume à une simple question de degré. C'est faire fi de la nature ciblée des extensions, qui est au cœur de la question que le juge était appelé à trancher. Le fait qu'une recherche effectuée à l'aide de Google présente le même résultat que celle effectuée à l'aide d'une extension n'est guère révélateur. Google, ou un autre moteur de recherche, permettra toujours de trouver le contenu étant donné qu'il effectue la recherche dans l'entier univers des renseignements publics. En revanche, la recherche effectuée à l'aide d'une extension mène beaucoup plus directement et facilement au contenu attentatoire, et ce, d'une manière bien plus sécuritaire.

[22] Ces erreurs de fait ont ensuite mené le juge à mal interpréter le droit et la jurisprudence. Aux termes de l'alinéa 3(1)f) et de l'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur*, les appelantes, en tant que créatrices et distributrices d'émissions de télévision, ont le droit exclusif de communiquer ces œuvres au public par télécommunication et d'autoriser ce type de communication. Il

case that the respondent, by hosting and distributing infringing add-ons, is making the appellants' programs and stations available to the public by telecommunication in a way that allows users to access them from a place and at a time of their choosing, thereby infringing subsection 2.4(1.1) and section 27 of the *Copyright Act*.

[23] The Judge nevertheless came to the opposite conclusion, relying on the exception set out in paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* according to which participants in a telecommunication who only provide "the means of telecommunication necessary" are deemed not to be communicators. That provision reads as follows:

Communication to the public by telecommunication

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

...

(b) a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public.

[24] That provision was considered by the Supreme Court of Canada in *SOCAN*. Writing for the majority, Justice Binnie first noted that this immunity was adopted to strike a balance between, on the one hand, the expansion of the notion of "communication to the public" to include all forms of "telecommunication" in paragraph 3(1)(f), and, on the other hand, the need to ensure that those who participate in the retransmissions solely as intermediaries would not be unfairly caught by that expanded definition (*SOCAN*, at paragraph 90). In his view, paragraph 2.4(1)(b) was meant to "shield from liability the activities associated with providing the means for another to communicate by telecommunication" (*SOCAN*, at paragraph 92). He also explained that the defence is available where one merely serves as

existe manifestement une preuve *prima facie* solide que l'intimé, en hébergeant et en distribuant les extensions attentatoires, met les émissions et chaînes télévisées des appelantes à la disposition du public par télécommunication d'une manière qui permet aux utilisateurs d'y accéder depuis l'endroit qu'ils souhaitent, au moment où ils le souhaitent, ce qui constitue une violation du paragraphe 2.4(1.1) et de l'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[23] Le juge a néanmoins tiré la conclusion contraire, sur le fondement de l'exception énoncée à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* selon laquelle la personne participant à la télécommunication qui ne fait que « fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires » est présumée ne pas avoir effectué la communication. Cette disposition est ainsi rédigée :

Communication au public par télécommunication

2.4 (1) Les règles qui suivent s'appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication :

[...]

b) n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue.

[24] Cette disposition a été examinée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *SOCAN*. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Binnie fait d'abord remarquer que cette immunité avait pour objet de concilier, d'une part, la notion élargie de « communication au public », qui incluait tous les types de « télécommunication », mentionnée à l'alinéa 3(1)f), et, d'autre part, la nécessité de veiller à ce que ceux qui participent à la retransmission uniquement en tant qu'intermédiaires ne soient pas injustement visés par cette définition élargie (*SOCAN*, au paragraphe 90). Selon lui, l'alinéa 2.4(1)b) vise à « soustrai[re] à l'application des dispositions sur le droit d'auteur les activités liées à la fourniture à un tiers de moyens de télécommunication lui permettant d'effectuer une communication »

a “conduit” and does not otherwise engage in any other act of communication. In order to be a conduit, one’s participation in the dissemination of information must be content neutral (*SOCAN*, at paragraph 92).

[25] On that basis, the majority found that Internet service providers acted as mere conduits and could therefore garner the protection of paragraph 2.4(1)(b). In coming to that conclusion, Justice Binnie provided useful factors to be considered in determining whether one is serving the role of conduit (*SOCAN*, at paragraph 101):

I conclude that the *Copyright Act*, as a matter of legislative policy established by Parliament, does not impose liability for infringement on intermediaries who supply software and hardware to facilitate use of the Internet. The attributes of such a “conduit”, as found by the Board, include a lack of actual knowledge of the infringing contents, and the impracticality (both technical and economic) of monitoring the vast amount of material moving through the Internet, which is prodigious. We are told that a large on-line service provider like America Online delivers in the order of 11 million transmissions a day.

[26] Interestingly, the Supreme Court also noted that this protection could be lost. For instance, providing content or creating embedded links which automatically precipitate to copyrighted content from another source could attract liability (*SOCAN*, at paragraph 102).

[27] It is not entirely clear why the Judge accepted the respondent’s claim that he is not communicating any content and is therefore entitled to benefit from the exemption of paragraph 2.4(1)(b). His reasoning appears to rest entirely on the assumption that Google is a conduit and so is the TVAddons website. With all due respect, when all the evidence on the record is properly considered, the respondent’s website cannot be regarded as a mere neutral conduit for information provided by others.

(*SOCAN*, au paragraphe 92). Il explique également que la défense est à la portée de la personne qui se contente d’être « un agent » et ne se livre à aucun autre acte de communication. L’agent ne peut se livrer à une activité touchant au contenu de la communication et ne doit avoir aucune incidence sur celui-ci (*SOCAN*, au paragraphe 92).

[25] Ainsi, les juges majoritaires dans cette affaire concluent que les fournisseurs de services Internet agissent en tant que simples agents et peuvent donc se prévaloir de la protection conférée par l’alinéa 2.4(1)(b). Dans son analyse menant à cette conclusion, le juge Binnie énonce des facteurs utiles lorsqu’il s’agit de reconnaître un agent (*SOCAN*, au paragraphe 101) :

À mon avis, suivant la *Loi sur le droit d’auteur*, qui consacre la politique législative du Parlement, l’intermédiaire qui fournit des logiciels et du matériel pour faciliter le recours à l’Internet ne viole pas le droit d’auteur. Comme l’a conclu la Commission, ce qui caractérise entre autres un tel « agent » c’est l’ignorance du contenu attentatoire et l’impossibilité (tant sur le plan technique que financier) de surveiller la quantité énorme, voire prodigieuse, de fichiers circulant sur l’Internet. Un important fournisseur de services en ligne comme America Online effectuée, nous dit-on, quelque onze millions de transmissions par jour.

[26] Fait intéressant, la Cour suprême souligne aussi que cette protection peut être perdue. Par exemple, fournir du contenu ou créer des liens intégrés qui dirigent automatiquement un utilisateur vers un contenu protégé provenant d’autres sources peut engendrer une violation (*SOCAN*, au paragraphe 102).

[27] La raison pour laquelle le juge a accepté la thèse de l’intimé selon laquelle il ne communique aucun contenu et peut ainsi bénéficier de la protection prévue à l’alinéa 2.4(1)(b) n’est pas claire. Son raisonnement semble reposer entièrement sur la prémisse que Google est un agent et le site Web de TVAddons l’est aussi. Soit dit en tout respect, lorsqu’on examine adéquatement le dossier, on ne peut dire que le site Web de l’intimé est un simple agent neutre servant d’intermédiaire à l’égard de renseignements fournis par autrui.

[28] First of all, as previously explained, the add-ons contained on the TVAddons website cannot be assimilated to mini Google. Even assuming that a search engine like Google is indeed shielded from liability under paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* (an issue that need not be decided in the present case), the respondent's website is not content neutral as it targets copyrighted content. In one of the guides found on the TVAddons website providing information as to how to access and use add-ons, attention is drawn to the most popular KODI add-ons, all of which are infringing add-ons designed to provide unauthorized access to motion pictures and on-demand and/or live television programming (conf. McGuigan aff., at paragraphs 58–59).

[29] In his affidavit, Mr. McGuigan also attaches (as Exhibit AM-8) a guide titled “Installing the Made in Canada IPTV Kodi Addon (17.0 Krypton or Above)”, which contains instructions on how to install the “Made in Canada IPTV” infringing add-on specialized in providing access to live Canadian television content. We have already seen that one of the categories into which the add-ons are organized on the website is called “Featured”, within which most of the add-ons are infringing. This is akin to providing embedded links or automatically precipitating a path to copyrighted content.

[30] There is more. The TVAddons website also “hosts and distributes the “Indigo” tool which, once installed on the KODI media player, facilitates and automates the installation of Add-ons, including Infringing Add-ons” (conf. McGuigan aff., at paragraph 74). TVAddons also develops, supports and provides download links to the “FreeTelly” application, which is preconfigured with at least 28 add-ons of which many are infringing add-ons (conf. McGuigan aff., at paragraphs 65–75).

[31] In light of that compelling evidence, one cannot conceive of TVAddons as being a mere conduit that does not engage in acts that relate to the content of the communication. The respondent's website is clearly designed to facilitate access to infringing material and indeed claims to be the original source for the best unofficial KODI add-ons (Exhibit AM-9 of conf. McGuigan aff.).

[28] Premièrement, comme nous l'expliquons plus haut, les extensions figurant dans le site Web TVAddons ne peuvent être assimilées à un mini Google. Même si on part du principe qu'un moteur de recherche comme Google jouit effectivement de la protection prévue à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* (une question qu'il n'est pas nécessaire de trancher en l'espèce), le site Web de l'intimé n'est pas neutre étant donné qu'il vise un contenu protégé. Un guide offert sur le site Web de TVAddons, qui explique comment utiliser les extensions, signale les extensions les plus populaires pour KODI, toutes conçues pour permettre l'accès non autorisé à des films ou à des émissions télévisées sur demande ou en direct (aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 58 et 59).

[29] À son affidavit, M. McGuigan joint également (pièce AM-8) un guide intitulé « Installing the Made in Canada IPTV Kodi Addon (17.0 Krypton or Above) », qui contient des instructions sur l'installation de l'extension attentatoire « Made in Canada IPTV », qui vise à donner accès à du contenu télévisé canadien en direct. Rappelons que la catégorie du site Web intitulée [TRADUCTION] « En vedette » présente des extensions majoritairement attentatoires, ce qui équivaut à fournir des liens intégrés ou à renvoyer automatiquement à un contenu protégé.

[30] Ce n'est pas tout. Le site Web de TVAddons [TRADUCTION] « héberge et distribue l'outil “Indigo” qui, une fois installé sur le lecteur multimédia KODI, facilite et automatise l'installation d'extensions, y compris d'extensions attentatoires » (aff. de McGuigan, au paragraphe 74). En outre, TVAddons a développé l'application « Free Telly », en assure le soutien technique et offre des liens pour la télécharger. Elle est assortie d'au moins 28 extensions, dont plusieurs sont attentatoires (aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 65 à 75).

[31] Vu ces éléments de preuve convaincants, on ne peut guère imaginer que TVAddons n'est qu'un simple agent qui ne se livre pas à des activités liées au contenu de la communication. Le site Web de l'intimé est manifestement conçu pour faciliter l'accès au contenu attentatoire et se targue d'être la source originale des meilleures extensions non officielles pour KODI (pièce AM-9 de

It is quite telling that “since 2012, the official KODI community has refused to provide access to, or technical support for, Infringing Add-ons that are deemed to be intended solely to view pirated content” (conf. McGuigan aff., at paragraph 38; see also Exhibit AM-2). While the respondent’s website never explicitly promotes illegal activities, the implication of marketing “unofficial KODI add-ons” and naming an application “FreeTelly” are clear.

[32] It is also important to recall that the purpose of paragraph 2.4(1)(b) is to protect innocent disseminators. Again, I fail to understand how the respondent can cloak himself in the shroud of an innocent disseminator, when his website clearly targets those who want to circumvent the legal means of watching television programs and the related costs. By using the infringing add-ons that are promoted as being “the best”, “most popular” and “all free” (conf. McGuigan aff., at paragraph 64), users can stream various types of television content from streaming sites immediately and for free. I do not think that Parliament envisioned this type of activity when paragraph 2.4(1)(b) was enacted.

[33] Nor can the respondent claim that he had no knowledge of the infringing content of the add-ons hosted on his website. The description of the infringing add-ons explicitly states that they are developed and/or supported by TVAddons. The respondent cannot credibly assert that his participation is content neutral and that he was not negligent in failing to investigate, since at a minimum he selects and organizes the add-ons that find their way onto his website.

[34] I further agree with the appellants that the respondent’s website bears many similarities with the pre-loaded set-top boxes that were the subject of an interlocutory injunction in *Bell Canada v. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 FC 612, 271 A.C.W.S. (3d) 831, affd *sub nom. Wesley (Mtlfreetv.com) v. Bell Canada*, 2017 FCA 55, 278 A.C.W.S. (3d) 385 (*Bell Canada*). The

l’aff. conf. de McGuigan). Il est très révélateur que [TRADUCTION] « depuis 2012, la communauté KODI refuse de fournir l’accès, ou le soutien technique, à des extensions attentatoires ayant censément pour unique but le visionnement de contenu piraté » (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 38; voir également la pièce AM-2). Si le site Web de l’intimé ne fait jamais expressément la promotion d’activités illégales, ce qu’il laisse entendre en annonçant des [TRADUCTION] « extensions non officielles pour KODI » et en intitulant son application « Free Telly » est on ne peut plus clair.

[32] Il est également important de rappeler que l’objectif de l’alinéa 2.4(1)b est de protéger des retransmetteurs innocents. Encore une fois, je vois mal comment l’intimé peut se réclamer de la protection offerte au retransmetteur innocent, alors que son site Web vise manifestement ceux qui souhaitent contourner les moyens légaux de regarder les émissions télévisées et éviter les coûts qui y sont associés. En optant pour une extension attentatoire présentée comme [TRADUCTION] « la meilleure », « la plus populaire » et « entièrement gratuite » (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 64), un utilisateur peut visionner différents contenus télévisés de sites de diffusion en continu immédiatement et gratuitement. Je ne pense pas que le législateur envisageait ce type d’activité lorsqu’il a édicté l’alinéa 2.4(1)b.

[33] L’intimé ne peut prétendre non plus qu’il n’avait aucune connaissance du contenu attentatoire des extensions hébergées dans son site Web. La description des extensions attentatoires indique expressément qu’elles sont développées ou maintenues par TVAddons. L’intimé ne peut affirmer sérieusement que sa participation n’a aucune incidence sur le contenu et qu’il n’a pas fait preuve de négligence en ne s’informant pas davantage; à tout le moins, il sélectionne et organise les extensions qui aboutissent sur son site Web.

[34] Je suis en outre du même avis que les appelantes selon qui le site Web de l’intimé a beaucoup de points communs avec les boîtiers décodeurs préinstallés qui ont fait l’objet d’une injonction interlocutoire dans l’affaire *Bell Canada c. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 CF 612, conf. par *sub nom. Wesley (Mtlfreetv.com) c. Bell Canada*, 2017 CAF 55 (*Bell Canada*). Les

pre-loaded set-top boxes at issue in those decisions are devices that can be connected to any standard television set in order to provide additional functionalities to that television, including free and user-friendly access to content for which the appellants own the copyright. At paragraph 8 of her reasons, Justice Tremblay-Lamer identifies three types of pre-installed applications that can be found on the pre-loaded set-top boxes, all of which could be used to access copyrighted content. One of those was KODI, which she describes as enabling access to online streaming websites with the proper add-ons. The TVAddons website was later identified as the source of the infringing add-ons pre-loaded on these set-top boxes (affidavit of Shawn Omstead, at paragraphs 47–53; appeal book, confidential volume 3, tab 7).

[35] One of the defendants in that case also tried to raise the paragraph 2.4(1)(b) exception to infringement, arguing that his devices were merely a conduit for communications. The Federal Court judge (upheld by this Court) dismissed that argument in no uncertain terms at paragraph 22 of *Bell Canada*:

The devices marketed, sold and programmed by the Defendants enable consumers to obtain unauthorized access to content for which the Plaintiffs own the copyright. This is not a case where the Defendants merely serve as the conduit, as was argued by Mr. Wesley. Rather, they deliberately encourage consumers and potential clients to circumvent authorized ways of accessing content—say, by a cable subscription or by streaming content from the Plaintiffs’ websites—both in the manner in which they promote their business, and by offering tutorials in how to add and use applications which rely on illegally obtained content. The statutory defence provided in paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* does not apply to the Defendants who go above and beyond selling a simple “means of telecommunication”. They also engage in acts related to the content of the infringed communications (*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v Canadian Assn of Internet Providers*, 2004 SCC 45 at para 92). Consumers can consequently stream or download the Plaintiffs’ programs and store them on their device without authorization from the Plaintiffs. This constitutes *prima facie* copyright infringement pursuant to section 27 of the *Copyright Act*.

boîtiers décodeurs préinstallés en question sont des dispositifs pouvant être branchés à n’importe quelle télévision ordinaire pour y ajouter des fonctionnalités, y compris un accès gratuit et convivial à du contenu visé par le droit d’auteur des appelantes. Au paragraphe 8 de ses motifs, la juge Tremblay-Lamer mentionne trois types d’applications préinstallées dans les boîtiers décodeurs qui pourraient servir à visionner du contenu protégé par le droit d’auteur. L’une d’elles était KODI, qui, assortie des accessoires nécessaires, permet d’accéder à des sites Web de diffusion en continu, selon la description qu’en donne la juge. Le site Web de TVAddons a été reconnu comme étant la source des extensions attentatoires préinstallées dans ces boîtiers décodeurs (affidavit de Shawn Omstead, aux paragraphes 47 à 53; dossier d’appel, vol. 3 confidentiel, onglet 7).

[35] L’une des défenderesses dans cette affaire a également tenté d’alléguer l’exception prévue à l’alinéa 2.4(1)b), soutenant que ses dispositifs ne faisaient que servir d’agent de communication. La juge de la Cour fédérale (dont la décision a été confirmée par notre Cour) a rejeté cet argument d’une manière non équivoque au paragraphe 22 de *Bell Canada* :

Les dispositifs électroniques commercialisés, vendus et programmés par les défendeurs permettent aux consommateurs d’avoir un accès non autorisé à du contenu pour lequel les demanderesse détiennent le droit d’auteur. Il ne s’agit pas d’une situation où les défendeurs servent simplement d’agents de communication comme l’a fait valoir M. Wesley. Elles encouragent plutôt délibérément les consommateurs et les clients potentiels à contourner les méthodes autorisées d’accès au contenu, par exemple grâce à un abonnement au câble ou par l’accès au contenu de diffusion en continu sur les sites Web des demanderesse, de façon à promouvoir leur activité et en offrant des tutoriels sur la manière d’ajouter et d’utiliser des applications donnant accès au contenu illégalement obtenu. Le moyen de défense prévu à l’alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d’auteur* ne s’applique pas aux défendeurs, qui font plus que vendre de simples « moyens de télécommunication ». Elles se livrent également à une activité touchant au contenu de la communication violée (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 RCS 427, au paragraphe 92). Les consommateurs peuvent ainsi diffuser en

[36] The service offered by the respondent through the TVAddons website is no different from the service offered through the set-top boxes. The means through which access is provided to infringing content is different (one relied on hardware while the other relied on a website), but they both provided unauthorized access to copyrighted material without authorization of the copyright owners. There is no principled reason to distinguish one from the other, as neither one of these services can be credibly considered to be a mere neutral conduit.

[37] For all of the foregoing reasons, I am of the view that the Judge erred in finding that the appellants did not have a strong *prima facie* case for copyright infringement. The Judge's conclusion was based on palpable and overriding errors in assessing the evidence and in applying the law to the facts of this case. The Judge also erred in failing to consider the appellants' separate claim that the respondent induced and authorized acts of infringement by encouraging users to access infringing content when they would otherwise not have done so. While the threshold for authorizing copyright infringement is high (see *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at paragraph 38) and the appellants may not have been able to establish the necessary degree of control between the respondent and those who stream or upload copyrighted content onto the Internet, it ought to have been considered as a separate cause of action in determining whether the appellants have a strong *prima facie* case.

[38] The Judge did not pronounce on the other three criteria to determine whether an Anton Piller order should be granted. Had he not committed the aforementioned reversible errors with respect to the first criterion, he would have had no choice but to find that the appellants met all the criteria for the issuance of an Anton

continu ou télécharger les émissions des demanderesse et les stocker sur leurs appareils sans l'autorisation des demanderesse. Cela constitue une violation *prima facie* du droit d'auteur aux termes de l'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[36] Le service offert par l'intimé au moyen du site Web de TVAddons ne se distingue en rien du service offert par le truchement des boîtiers décodeurs. Le moyen d'accès au contenu attentatoire est différent (l'un se faisait au moyen de matériel et l'autre au moyen d'un site web), mais tous deux donnent un accès non autorisé à du contenu protégé par le droit d'auteur sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur. Aucune raison de principe ne permet de les distinguer, ni l'un ni l'autre ne pouvant sérieusement être vu comme un simple agent neutre.

[37] Pour les motifs mentionnés plus haut, je suis d'avis que le juge a commis une erreur en concluant que les appelantes n'avaient pas une preuve *prima facie* solide de la violation du droit d'auteur. Le juge a fondé sa conclusion sur des erreurs manifestes et dominantes dans l'appréciation de la preuve et dans l'application des règles de droit aux faits. Le juge aurait également dû traiter de la thèse distincte des appelantes selon laquelle l'intimé avait incité et autorisé des violations du droit d'auteur en encourageant les utilisateurs à accéder à du contenu attentatoire alors qu'ils ne l'auraient pas fait autrement. Bien que le critère applicable en matière d'autorisation de la violation du droit d'auteur soit élevé (voir *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 38) et que les appelantes n'ont peut-être pas établi le niveau de contrôle nécessaire entre l'intimé et ceux qui visionnent en continu ou téléchargent du contenu protégé par le droit d'auteur dans Internet, il aurait tout de même fallu évaluer séparément cet argument pour déterminer si les appelantes disposaient d'une preuve *prima facie* solide.

[38] Le juge ne s'est pas prononcé sur les trois autres critères permettant d'évaluer l'opportunité d'une ordonnance Anton Piller. S'il n'avait pas commis les erreurs mentionnées, qui justifient notre intervention, il n'aurait eu d'autre choix que de conclure que les appelantes avaient satisfait à tous les critères auxquels

Piller order. Indeed, the respondent made no substantive submission before the Judge or before this Court on the remaining criteria, and the appellants' claim that they suffer serious harm as a result of the respondent's activities, that there was clear evidence that the respondent had compromising evidence in his possession, and that there was a real risk that the respondent would destroy evidence before the discovery process, has not been credibly and seriously disputed.

[39] The only remaining issue upon which I wish to make some remarks is the execution of the Anton Piller order. As previously mentioned (see paragraph 11 of these reasons), the Judge's concerns in that respect arose from what he viewed as a lack of procedural safeguards and improper questioning of the respondent. Yet, a careful reading of the affidavit of the independent solicitor who monitored the execution of the Anton Piller order does not bear out the Judge's findings. The order was explained to the respondent in plain language, and he was informed of his right to remain silent and to refuse to answer questions other than those specified in the order. The respondent was permitted to have counsel present, with whom he consulted throughout the execution of the order. The independent solicitor ensured the questions fell within the scope of the order, and provided opportunity to the respondent's counsel to clarify answers to questions. The questioning did span a period of nine hours, but with several interruptions; nothing in the report suggests that it amounted to an "interrogation".

[40] The independent solicitor reported that the respondent was initially uncooperative when questioned, and only changed his behaviour when told that his conduct would be reported in the solicitor's affidavit of execution. This is a far cry from being threatened with contempt. It is also to be noted that nowhere in his reasons does the Judge seem to take into account that the respondent, during the execution of the order, attempted to conceal crucial evidence and lied to the independent supervising solicitor regarding the whereabouts of that evidence. That evidence, which was later anonymously

est subordonnée l'ordonnance Anton Piller. En effet, l'intimé n'a présenté au juge ou à notre Cour aucune observation de fond sur les autres critères, et n'a pas sérieusement contesté la thèse des appelantes — selon laquelle elles avaient subi un préjudice grave résultant des activités de l'intimé, que la preuve démontrait clairement que l'intimé avait en sa possession des éléments incriminants et qu'il était réellement possible que l'intimé détruise des éléments de preuve avant l'interrogatoire préalable.

[39] La dernière question à l'égard de laquelle je souhaite émettre quelques commentaires concerne l'exécution de l'ordonnance Anton Piller. Comme je l'ai mentionné plus haut (au paragraphe 11 des présents motifs), les réserves du juge à cet égard découlaient de ce qui constituait à son avis une absence de protections procédurales et un interrogatoire déguisé de l'intimé. Cependant, une lecture attentive de l'affidavit de l'avocat indépendant qui a surveillé l'exécution de l'ordonnance ne permet pas de confirmer les conclusions du juge. L'ordonnance a été expliquée à l'intimé en termes simples et il a été informé de son droit de garder le silence et de refuser de répondre aux questions autres que celles précisées dans l'ordonnance. L'intimé avait le droit à la présence de son avocat, qu'il a consulté pendant l'exécution de l'ordonnance. L'avocat indépendant a veillé à ce que les questions portent sur la matière visée par l'ordonnance et a offert l'occasion à l'avocat de l'intimé de clarifier les réponses aux questions. Les questions ont bien duré neuf heures, mais il y a eu plusieurs interruptions; rien dans le rapport ne laisse entendre qu'il s'agissait d'un [TRADUCTION] « interrogatoire ».

[40] L'avocat indépendant a déclaré que l'intimé n'était d'abord pas disposé à répondre aux questions. Son comportement n'a changé que lorsqu'on lui a expliqué que sa conduite serait consignée dans l'affidavit de l'avocat sur l'exécution de l'ordonnance. C'est loin d'être une menace d'outrage au tribunal. Il faut également signaler que nulle part dans ses motifs le juge ne mentionne le fait que, pendant l'exécution de l'ordonnance, l'intimé a tenté de dissimuler des éléments de preuve critiques et a menti à l'avocat indépendant quand on lui a demandé où ils se trouvaient. Ces

returned, included highly relevant evidence specifically targeted by the Anton Piller order.

[41] As previously mentioned, the Judge found that the “most egregious” part of the questioning was in providing the respondent with aliases of other people who might be operating similar websites. Yet, the question that was put to Mr. Lackman was with respect to “the username, name and address of all other companies, partnerships, trusts, legal entities and persons that are or were directly or indirectly involved in the development, operation, hosting, distribution or promotion of TVAddons, Infringing Add-ons, the “Free Telly” application, the “Indigo” tool, or any similar software application” (Exhibit DSD-6 of the affidavit of Daniel S. Drapeau, at page 1541; appeal book, confidential volume 5, tab 24). That question was entirely consistent with the authorization given to the plaintiffs’ solicitors by Justice LeBlanc at paragraph 14 of his Anton Piller order. A list of names was put to the respondent by the plaintiffs’ solicitors, but it was apparently done to expedite the questioning process. In any event, the respondent did not provide material information on the majority of the aliases put to him.

[42] All things considered, the execution of the order was done in conformity with the acknowledged rules of the art. Despite a few objectionable questions, it is clearly an overstatement to conclude “unhesitatingly”, as did the Judge, that the respondent was “subjected to an examination for discovery without any of the protections normally afforded to litigants in such circumstances (discovery)” (reasons, at paragraph 19). For the most part, I am of the view that the supervising solicitor acted in an independent and professional way, ensured that the inspection and removal of the respondent’s property were executed within the four corners of the Anton Piller order issued by Justice LeBlanc, and that the vast majority of the questions to the respondent related to the location of known evidence or to passwords.

éléments ont par la suite été rendus sous le couvert de l’anonymat; ils comportaient des documents très pertinents expressément visés par l’ordonnance Anton Piller.

[41] Comme je l’ai mentionné plus haut, le juge a conclu que ce qu’il estimait le plus [TRADUCTION] « inacceptable » dans l’exercice était qu’on avait fourni à l’intimé les pseudonymes d’autres personnes susceptibles d’exploiter des sites Web semblables. Or, les questions posées à M. Lackman concernaient [TRADUCTION] « le nom d’utilisateur, le nom et l’adresse de toutes les autres entreprises, sociétés en nom collectif, fiducies, personnes morales et physiques qui avaient directement ou indirectement participé à l’élaboration, à l’exploitation, à l’hébergement, à la distribution ou à la promotion de TVAddons, des extensions attentatoires, de l’application “Free Telly”, de l’outil “Indigo”, ou de toute autre application logicielle semblable » (pièce DSD-6, affidavit de Daniel S. Drapeau, à la page 1541; dossier d’appel, vol. 5 confidentiel, onglet 24). Cette question était tout à fait conforme à l’autorisation donnée aux avocats des demandereses par le juge LeBlanc au paragraphe 14 de son ordonnance Anton Piller. Une liste de noms a effectivement été présentée à l’intimé par les avocats des demandereses, vraisemblablement pour accélérer la séance de questions. Quoi qu’il en soit, l’intimé n’a pas donné de renseignements importants sur la plupart des pseudonymes qu’on lui a présentés.

[42] Tout bien considéré, l’ordonnance a été exécutée de manière conforme aux règles reconnues de l’art. Malgré quelques questions discutables, il est manifestement exagéré de conclure [TRADUCTION] « sans hésiter », comme l’a fait le juge, que l’intimé a été « soumis à un interrogatoire préalable dépourvu des mesures de protection normalement accordées aux justiciables dans ces circonstances (interrogatoire préalable) » (motifs, au paragraphe 19). En général, je suis d’avis que l’avocat qui surveillait a agi de façon indépendante et professionnelle, a veillé à ce que l’inspection et le prélèvement des biens de l’intimé respectent à la lettre l’ordonnance Anton Piller rendue par le juge LeBlanc et que les questions posées à l’intimé concernaient en grande partie l’emplacement d’éléments de preuve connus ou les mots de passe.

[43] The Judge seems to have been influenced in his analysis of the Anton Piller order and of its execution by his perception that the order was sought for the true purpose of destroying the respondent's business. In his summary of the evidence, the Judge quoted a short extract from the hearing in front of Justice LeBlanc, wherein counsel for the appellants stated that the purpose of his clients was to "neutralize" and "shut down" the respondent's website (appeal book, volume 4, tab 30, at pages 02299–02300). He then stated, in a passage already quoted at paragraph 12 of these reasons, that the true purpose of the appellants was to "destroy" the livelihood of the respondent, "deny" him the means to defend himself, and to allow for discovery where "none of the procedural safeguards of our civil justice system could be engaged".

[44] In my view, the Judge took the extract referred to above out of context. Earlier on in the transcript (see appeal book, volume 4, tab 30, at 02282–02285), counsel for the appellants explained why Justice LeBlanc's order had to be so broad. First, the appellants suspected that the respondent was working with others who could reactivate the website, and therefore wanted to shut down the website completely to eliminate this possibility. Second, the appellants were concerned that the subject matter of the dispute (e.g. TVAddons websites and servers) would be taken out of the Court's jurisdiction. Given that a website can easily be moved and reactivated elsewhere, neutralizing the respondent's entire operation in a thorough manner was justified. In any event, these measures were initially designed by Justice LeBlanc as part of the interim injunction order rather than the Anton Piller order. Indeed, point B) 5. of his order, which provides for the deactivation of the TVAddons domains and subdomains and its social media accounts, is found under the interim injunction order. The appellants explained before Justice Bell that they had not tested all add-ons on the TVAddons website, such an operation being highly time-consuming and quite difficult (appeal book, volume 4, tab 31, at page 02356). As such, it was impossible, at that point, to know which add-ons needed to be removed to ensure that infringement of the appellants' rights ceased. This

[43] L'analyse du juge à l'égard de l'ordonnance Anton Piller et de son exécution semblait teintée par son impression que le véritable objet de celle-ci était de détruire l'entreprise de l'intimé. En résumant la preuve, le juge a cité un court passage de la transcription de l'audience devant le juge LeBlanc où l'avocat des appelantes déclare que l'objectif de ses clients était de [TRADUCTION] « neutraliser » et de « désactiver » le site Web de l'intimé (dossier d'appel, vol. 4, onglet 30, aux pages 02299 et 02300). Il a ensuite déclaré, dans un passage déjà cité au paragraphe 12 des présents motifs, que l'objectif véritable des appelantes était de détruire le gagne-pain de l'intimé, de le « priver » des ressources financières nécessaires au financement d'une défense à l'action intentée contre lui et de faire subir à ce dernier un interrogatoire préalable « dépourvu des protections procédurales que garantit notre système de justice civil ».

[44] À mon avis, le juge a analysé cet extrait hors contexte. Dans un extrait précédent de la transcription (dossier d'appel, vol. 4, onglet 30, aux pages 02282 à 02285), l'avocat des appelantes explique pourquoi l'ordonnance du juge LeBlanc devait être aussi large. Premièrement, les appelantes soupçonnaient l'intimé de travailler avec d'autres qui pouvaient réactiver le site Web; elles voulaient donc désactiver intégralement le site Web afin d'écartier cette possibilité. Deuxièmement, les appelantes craignaient que l'on déplace l'objet du litige (les sites Web et les serveurs de TVAddons) hors du ressort de la Cour. Étant donné qu'un site Web peut facilement être réactivé ailleurs, la neutralisation intégrale de l'entière exploitation de l'intimé était justifiée. Quoi qu'il en soit, ces mesures ont été prises initialement par le juge LeBlanc dans le cadre de l'injonction provisoire et non de l'ordonnance Anton Piller. En effet, le point B) 5. de son ordonnance, qui prévoit la désactivation des domaines et sous-domaines de TVAddons et de ses comptes des médias sociaux, se trouve dans l'injonction provisoire. Les appelantes ont expliqué au juge Bell qu'elles n'avaient pas testé toutes les extensions du site Web de TVAddons, vu le temps et les efforts considérables qu'il aurait fallu consacrer à une telle opération (dossier d'appel, vol. 4, onglet 31, à la page 02356). Ainsi, il était impossible, à ce moment-là, de savoir quelles extensions devaient être supprimées

is why the order had to be broad and provide for the shutdown of the entire respondent's website.

[45] This conclusion appears all the more warranted considering the further evidence that was made available to the Judge and that was not before Justice LeBlanc. It is well established that a reviewing judge is not limited to consider the evidence that was before the judge who issued the order (*Viacom Ha! Holding Co. v. Doe* (2000), 6 C.P.R. (4th) 36, 96 A.C.W.S. (3d) 1042 (F.C.T.D.), aff'd *sub nom. Tejani v. Nintendo of America Inc.*, 2001 FCA 395, 286 N.R. 392; *Netbored Inc. v. Avery Holdings Inc.*, 2005 FC 1405, 48 C.P.R. (4th) 241, at paragraph 27). Accordingly, the Judge should have taken into account the fact that the respondent has a history of copyright piracy and lying to a police officer. Indeed, the respondent admitted that he was involved in piracy of satellite television signals when he was younger, and there is evidence that he was involved in the configuration and sale of "jailbroken" Apple TV set-top boxes (conf. McGuigan aff., at paragraphs 167–168). When juxtaposed to the respondent's attempt to conceal relevant evidence during the execution of the Anton Piller order, that contextual evidence adds credence to the appellants' concern that the evidence could disappear without a comprehensive order.

[46] For all the foregoing reasons, I would therefore conclude that the Judge erred in vacating the Anton Piller order and in declaring that the execution of that order was not lawfully conducted.

B. *Did the Judge err in dismissing the application for an interlocutory injunction?*

[47] As previously mentioned, the Judge accepted that there was a serious issue to be tried and that the appellants would suffer irreparable harm if the injunction was not issued. He found, nevertheless, that the balance of convenience favoured the respondent and therefore declined to issue the injunction.

pour mettre fin à la violation des droits d'auteur des appelantes. C'est pourquoi il fallait que l'ordonnance soit générale et qu'elle prévoie la désactivation intégrale du site Web de l'intimé.

[45] Cette conclusion semble d'autant plus justifiée compte tenu des éléments de preuve supplémentaires mis à la disposition du juge et dont le juge LeBlanc n'était pas saisi. Il est bien établi que le juge siégeant en révision n'est pas limité dans son examen à la preuve dont disposait le juge qui a rendu l'ordonnance (*Viacom Ha! Holding Co. c. Doe*, T-550-99, juge Tremblay-Lamer (14 avril 2000), [2000] A.C.F. n° 498 (QL) (1^{re} inst.), conf. par *sub nom. Tejani c. Nintendo of America Inc.*, 2001 CAF 395; *Netbored Inc. c. Avery Holdings Inc.*, 2005 CF 1405, au paragraphe 27). Par conséquent, le juge aurait dû tenir compte que l'intimé n'en était pas à son premier piratage de droits d'auteur et avait déjà menti à un agent policier. En effet, l'intimé a admis qu'il était impliqué dans le piratage de signaux de télévision par satellite lorsqu'il était plus jeune et la preuve révèle qu'il a participé à la configuration et à la vente de boîtiers décodeurs Apple TV [TRADUCTION] « débloqués » (aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 167 et 168). Quand on les examine à la lumière de la tentative de l'intimé de cacher des éléments de preuve pertinents pendant l'exécution de l'ordonnance Anton Piller, ces éléments contextuels étaient la crainte des appelantes selon laquelle, à défaut d'une ordonnance générale, la preuve risquait de disparaître.

[46] Pour les motifs qui précèdent, je conclurais donc que le juge a commis une erreur en annulant l'ordonnance Anton Piller et en déclarant que l'ordonnance n'avait pas été exécutée conformément aux règles de droit.

B. *Le juge a-t-il rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire?*

[47] Comme je le mentionne plus haut, le juge était d'avis qu'il existait une question sérieuse et que les appelantes subiraient un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas rendue. Il a conclu néanmoins que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'intimé et a refusé par conséquent d'accorder l'injonction.

[48] I have already concluded that two of the reasons outlined by the Judge to find in favour of the respondent on the balance of convenience do not hold water. To the extent that the respondent does not have a defence under paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*, he cannot have an arguable case that he is not in contravention of section 27 of that same act. I have also explained why the percentage of infringing add-ons on the TVAddons website is very likely much higher than 1 percent, as the 16 infringing add-ons out of 1 500 were found in the only category (“Featured”) that was tested by the appellants.

[49] The only remaining factor taken into account by the Judge to weigh the balance of convenience is the loss of income and the resulting lack of financial resources for the respondent to mount his defence. The factors that judges may take into account in assessing the balance of convenience are numerous and vary according to the facts in each case (*RJR – MacDonald*); they must, however, exercise great care in applying these factors, and ensure that they are supported by the evidence. In the case at bar, for instance, reliance on the respondent’s limited resources is somewhat problematic. The respondent has gone to great lengths to conceal his identity on the Internet and to dissociate himself from his operation of the TVAddons website. He has also made use of offshore bank accounts and business entities, the infringing add-ons distributed on his website are hosted on servers located at a domain which does not have a public-facing webpage, it is virtually impossible to trace the ultimate beneficiaries of the donations that users are invited to make on the respondent’s website, and he makes use of a service provider that places itself between the Internet user and the website’s hosting provider to conceal the true identity of that website’s hosting provider.

[50] In those circumstances, it is extremely difficult to gather reliable information on the true financial means of the respondent. Indeed, the respondent filed no evidence to support his claim that he will lack the resources to defend the statement of claim filed by the appellants.

[48] J’ai déjà déterminé que deux raisons pour lesquelles le juge a conclu en faveur de l’intimé selon la prépondérance des inconvénients ne tiennent pas la route. Dans la mesure où l’intimé ne peut se prévaloir du moyen de défense fondé sur l’alinéa 2.4(1)b de la *Loi sur le droit d’auteur*, il ne peut affirmer sérieusement qu’il n’a pas contrevenu à l’article 27 de la même loi. J’ai également expliqué pourquoi la proportion d’extensions attentatoires dans le site Web de TVAddons est très vraisemblablement beaucoup plus élevée qu’un pour cent, étant donné que les 16 extensions attentatoires (sur 1 500) figuraient dans la seule catégorie testée par les appelantes, à savoir « En vedette ».

[49] Le seul autre facteur ayant joué dans l’appréciation par le juge de la prépondérance des inconvénients est la perte de revenu et l’absence de ressources financières en découlant susceptible d’empêcher l’intimé de préparer sa défense. Les facteurs permettant d’apprécier la prépondérance des inconvénients sont nombreux et varient selon les faits de l’espèce (*RJR – MacDonald*); les juges doivent toutefois les soupeser soigneusement et veiller à ce qu’ils soient étayés par la preuve. En l’espèce, par exemple, il est délicat d’évoquer les ressources limitées de l’intimé. Ce dernier a tout fait pour cacher son identité dans Internet et se dissocier de son exploitation du site Web de TVAddons. Il a également utilisé des comptes bancaires et des entités commerciales à l’étranger, les extensions attentatoires distribuées au moyen de son site Web sont hébergées dans des serveurs dont le domaine est dépourvu de page Web publique, il est pratiquement impossible de découvrir les destinataires des dons que les utilisateurs sont invités à faire sur le site Web de l’intimé et il utilise un fournisseur de services qui sert d’intermédiaire entre l’utilisateur et le fournisseur-hôte du site Web de telle sorte que l’identité véritable du fournisseur-hôte de ce site Web demeure secrète.

[50] Dans ces circonstances, il est extrêmement difficile de récolter des renseignements fiables sur les moyens financiers véritables de l’intimé. En effet, l’intimé n’a présenté aucune preuve à l’appui de son argument selon lequel il ne disposerait pas des ressources nécessaires pour opposer une défense à la déclaration déposée par les appelantes.

[51] Even if I were to accept this bald assertion of the respondent, it would clearly not be sufficient to support the Judge's finding on the balance of convenience requirement. First, injunctions should not be issued only when the respondent has the financial means to weather it; such a course of action would risk creating a two-tier judicial system. Moreover, the Judge's conclusion on the balance of convenience is rooted in a misapplication of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* and a finding of fact not based on the evidence. As such, his finding is fatally flawed and cannot stand.

V. Conclusion

[52] For all of the above reasons, I would:

- (a) Allow the appeal;
- (b) Set aside the order issued on June 29, 2017;
- (c) Order that paragraphs C)17 to C)20 of Justice LeBlanc's order are to remain valid until the final determination of the action in Federal Court File No. T-800-17;
- (d) Declare that the Anton Piller and interim injunction aspects of the order of Justice LeBlanc were lawfully conducted; and
- (e) Issue an interlocutory injunction order under rule 373 of the *Federal Courts Rules* in the terms sought before Justice Bell, to remain valid until the final determination of the action in Federal Court File No. T-800-17.

[53] The appellants should also be entitled to their costs in this Court and the Court below, in a total lump sum amount of \$50 000, inclusive of disbursements and applicable taxes.

NOËL C.J.: I agree.

GAUTHIER J.A.: I agree.

[51] Même si j'ajoutais foi à cette simple affirmation de l'intimé, ce ne serait manifestement pas suffisant pour confirmer la conclusion du juge sur la prépondérance des inconvénients. Premièrement, l'injonction ne devrait pas être accordée uniquement lorsque l'intimé a les moyens de se défendre. Une telle démarche risquerait de créer un système judiciaire à deux vitesses. En outre, la conclusion du juge sur la prépondérance des inconvénients est fondée sur une application erronée de l'alinéa 2.4(1)b de la *Loi sur le droit d'auteur* et sur une constatation de fait que le dossier n'étaye pas. De la sorte, sa conclusion est entachée d'un vice fatal et ne peut être maintenue.

V. Conclusion

[52] Pour les motifs énoncés plus haut, je suis d'avis :

- a) d'accueillir l'appel;
- b) d'annuler l'ordonnance datée du 29 juin 2017;
- c) d'ordonner que les paragraphes C)17 à C)20 de l'ordonnance du juge LeBlanc demeurent en vigueur jusqu'à ce que soit rendue une décision finale dans le dossier de la Cour fédérale n° T-800-17;
- d) de déclarer que l'injonction provisoire et l'ordonnance type Anton Piller du juge LeBlanc ont été exécutées en toute légalité; et
- e) d'accorder l'injonction interlocutoire en vertu de la règle 373 des *Règles des Cours fédérales* qui avait été demandée au juge Bell, laquelle demeure en vigueur jusqu'à ce que soit rendue une décision finale dans le dossier de la Cour fédérale n° T-800-17.

[53] Je suis également d'avis d'accorder aux appelantes leurs dépens devant notre Cour et la Cour fédérale fixés à 50 000 \$, débours et taxes applicables compris.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d'accord.