

**Wayne John Stewart** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. V. STEWART

File No.: 17827.

1987: December 1; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey\*, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Theft and fraud of information — Hotel employee contacted by accused to obtain the names, addresses and telephone numbers of hotel employees — Information sought confidential to the hotel — Whether accused's conduct constitutes counselling theft or fraud — Whether "anything" in s. 283(1) of the Criminal Code includes confidential information — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283(1), 338(1).*

The accused was hired to obtain the names, addresses and telephone numbers of the hotel's employees by someone he assumed was associated with a union seeking to organize the employees of that hotel. The accused contacted a security guard at the hotel and offered him money for that information. According to the agreed statement of facts, no physical object would have been taken had the scheme been carried out. The security guard was not authorized to access the personnel files, payroll print-outs or any hotel record and knew that the hotel had refused to divulge that information, considered confidential, to the union. The security guard reported the incident and the accused was charged with counselling a hotel employee to commit fraud and theft of information. He was acquitted at trial, but on appeal, the Court of Appeal set aside the acquittal and entered a conviction on the charge of counselling the indictable offence of theft. This appeal is to determine (1) whether confidential information can be the object of theft under s. 283(1) of the *Criminal Code*; and (2) whether the appropriation of the information would have amounted to fraud contrary to s. 338(1) of the *Code*?

*Held:* The appeal should be allowed.

\* Estey J. took no part in the judgment.

**Wayne John Stewart** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. STEWART

N° du greffe: 17827.

1987: 1<sup>er</sup> décembre; 1988: 26 mai.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey\*, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

c

*Droit criminel — Vol et fraude visant des renseignements — Contact de l'accusé avec un employé d'hôtel pour obtenir les noms, adresses et numéros de téléphone des employés de l'hôtel — Renseignements demandés traités comme confidentiels par l'hôtel — La conduite de l'accusé constitue-t-elle l'infraction de conseiller de commettre un vol ou une fraude? — L'expression «une chose quelconque» employée à l'art. 283(1) du Code criminel comprend-elle les renseignements confidentiels? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283(1), 338(1).*

L'accusé a été engagé pour obtenir une liste des noms, adresses et numéros de téléphone des employés de l'hôtel par une personne qui, a-t-il supposé, avait des liens avec un syndicat qui cherchait à syndiquer les employés. Il a pris contact avec un gardien de sécurité à l'hôtel et lui a offert de l'argent pour ces renseignements. Selon l'exposé conjoint des faits, aucun objet tangible n'aurait été pris si le plan avait été exécuté. Le gardien de sécurité n'était autorisé à consulter ni les dossiers du personnel, ni l'imprimé contenant la liste de paye ni les autres registres de l'hôtel et il savait que l'hôtel avait refusé de divulguer au syndicat ces renseignements considérés comme confidentiels. Le gardien de sécurité a signalé cet incident et l'accusé a été inculpé d'avoir conseillé à un employé de l'hôtel de commettre une fraude et un vol d'information. Il a été acquitté au procès mais, en appel, la Cour d'appel a annulé l'acquittement et a inscrit une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'avoir conseillé de commettre l'acte criminel de vol. Le pourvoi vise à déterminer (1) si des renseignements confidentiels peuvent faire l'objet d'un vol au sens du par. 283(1) du *Code criminel*, et (2) si l'appropriation de ces renseignements aurait constitué une fraude aux fins du par. 338(1) du *Code*.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

\* Le juge Estey n'a pas pris part au jugement.

This case does not deal with the theft of a list or any other tangible object containing confidential information, but with the theft of confidential information *per se*, a pure intangible. Although the word "anything" is not in itself a bar to including any intangible, whatever its nature, its meaning must be determined within the context of s. 283(1) of the *Code*. The wording of that section restricts the meaning of "anything" in two ways: first, whether tangible or intangible, "anything" must be of a nature such that it can be the subject of a proprietary right; and second, the property must be capable of being taken or converted in a manner that results in the deprivation of the victim. Confidential information does not fall within that definition. Confidential information does not qualify as property for the purposes of s. 283 of the *Code*. If protection is warranted for such information, it should be granted through legislative enactment and not through the extension of the concept of property or of the scope of the theft provision under the *Code*. Further, except in very unusual circumstances, confidential information is not of a nature such that it can be taken or converted. Information *per se* cannot be the subject of a taking. As for conversion, if one appropriates confidential information without taking a physical object evidencing it, the alleged owner is not deprived of the use or possession of the information but only of the confidentiality thereof. Since there is no deprivation, there can be no conversion. Confidentiality cannot be the subject of theft because it does not fall within the meaning of "anything" in s. 283(1).

The unauthorized reproduction of copyrighted information, like the employer's list, constitutes an infringement of copyright under s. 17 of the *Copyright Act* but does not constitute theft under the criminal law. The rights provided in the *Copyright Act* cannot be taken or converted as their owner would never suffer deprivation.

The accused's conduct did not amount to fraud. The element of "defraud" in s. 338(1) of the *Code* is established by proving a dishonest deprivation. The proof of a risk of prejudice to the economic interests of the victim is sufficient evidence of the deprivation; actual economic loss is not essential. In this case, the appropriation of information would not have resulted in a risk of economic loss amounting to deprivation. The hotel had no intention of dealing in a commercial way with the

Ce dont il s'agit en l'espèce n'est pas le vol d'une liste ou d'un autre objet tangible contenant des renseignements confidentiels, mais le vol de renseignements confidentiels tout simplement, donc quelque chose de purement intangible. Bien que l'expression «une chose quelconque» ne constitue pas en soi un empêchement à l'inclusion de toute chose intangible, quelle que soit sa nature, c'est dans le contexte du par. 283(1) du *Code* que son sens doit être déterminé. Le texte de ce paragraphe apporte une double restriction au sens de l'expression «une chose quelconque»: en premier lieu, qu'elle soit tangible ou intangible, «une chose quelconque» doit être de nature telle qu'elle peut faire l'objet d'un droit de propriété et, en second lieu, il faut que le bien en question soit susceptible d'être pris ou détourné d'une manière qui occasionne une privation à la victime. Les renseignements confidentiels ne relèvent pas de cette définition. Ils ne sont pas des biens aux fins de l'art. 283 du *Code*. La protection de ces renseignements, si elle est justifiée, doit être accordée au moyen d'un texte législatif plutôt que par l'élargissement de la notion de biens ou de la portée de la disposition du *Code* relative au vol. De plus, mis à part certaines circonstances très exceptionnelles, les renseignements confidentiels ne sont pas de par leur nature susceptibles d'être pris ou détournés. Les renseignements en eux-mêmes ne peuvent pas être pris. Pour ce qui est du détournement, si l'on s'approprie des renseignements confidentiels sans s'emparer d'un objet matériel en constatant l'existence, le prétendu propriétaire ne se voit privé ni de l'usage ni de la possession de ces renseignements mais seulement de leur confidentialité. Puisqu'il n'y a pas de privation, il ne peut y avoir de détournement. La confidentialité ne peut faire l'objet d'un vol parce qu'elle ne relève pas de l'expression «une chose quelconque» employée au par. 283(1).

La reproduction non autorisée d'information faisant l'objet d'un droit d'auteur, comme la liste appartenant à l'employeur, constitue une violation du droit d'auteur au sens de l'art. 17 de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais il ne s'agit nullement d'un vol en droit criminel. Les droits accordés par la *Loi sur le droit d'auteur* ne peuvent être pris ni détournés, car leur propriétaire n'en subirait jamais une privation.

La conduite de l'accusé ne constituait pas une fraude. On établit l'élément de frustration que requiert le par. 338(1) du *Code* en prouvant l'existence d'une privation malhonnête. La preuve que les intérêts économiques de la victime risquent de subir un préjudice suffit pour démontrer la privation; il n'est pas nécessaire qu'il y ait une perte économique réelle. En l'espèce, l'appropriation des renseignements en question n'aurait pas entraîné un risque de perte économique constituant une privation.

confidential information. The hotel would not have been defrauded of money or of any economic advantage; all that it stood to lose was the confidentiality of the information.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *R. v. Scallen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 441; *R. v. Hardy* (1980), 57 C.C.C. (2d) 73; **considered:** *R. v. Offley* (1986), 28 C.C.C. (3d) 1; **referred to:** *R. v. Bird*, [1970] 3 C.C.C. 340; *Aas v. Benham*, [1891] 2 Ch. 244; *Exchange Telegraph Co. v. Gregory & Co.*, [1896] 1 Q.B. 147; *Exchange Telegraph Co. v. Central News Ltd.*, [1897] 2 Ch. 48; *Exchange Telegraph Co. v. Howard* (1906), 22 T.L.R. 375; *Peter Pan Manufacturing Corp. v. Corsets Silhouette Ltd.*, [1963] 3 All E.R. 402; *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.*, [1963] 3 All E.R. 413n; *Argyll v. Argyll*, [1965] 2 W.L.R. 790; *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551; *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415; *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 47; *Fraser v. Evans*, [1968] 3 W.L.R. 1172; *Oxford v. Moss* (1978), 68 Cr. App. R. 183.

### Statutes and Regulations Cited

*Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 2, 3, 17 [am. 1974-75-76, c. 50, s. 47].  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 27, 38, 39, 283(1), 302, 312 [am. 1972, c. 13, s. 27; rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 29], 338(1) [1974-75-76, c. 93, s. 32], 350, 616, 653, 654.

### Authors Cited

Hammond, R. Grant. "Theft of Information" (1984), 100 *L.Q.R.* 252.  
 Institute of Law Research and Reform and a federal provincial working party. Report No. 46. *Trade Secrets*. Edmonton: The Institute, 1986.  
 Weinrib, Arnold S. "Information and Property" (1988), 38 *U.T.L.J.* 117.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 42 O.R. (2d) 225, 149 D.L.R. (3d) 583, 5 C.C.C. (3d) 481, 74 C.P.R. (2d) 1, 35 C.R. (3d) 105, allowing the Crown's appeal from a judgment of the Ontario High Court of Justice (1982), 38 O.R. (2d) 84, 138 D.L.R. (3d) 73, 68 C.C.C. (2d) 305, 74 C.P.R. (2d) 4, acquitting the accused on charges of counselling to commit the offence of theft and fraud. Appeal allowed.

L'hôtel n'avait aucune intention d'utiliser les renseignements confidentiels à des fins commerciales. Il n'aurait donc pas été frustré d'argent ni d'un avantage économique quelconque; tout ce qu'il risquait de perdre était le caractère confidentiel des renseignements.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. v. Scallen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 441; *R. v. Hardy* (1980), 57 C.C.C. (2d) 73; **arrêt examiné:** *R. v. Offley* (1986), 28 C.C.C. (3d) 1; **arrêts mentionnés:** *R. v. Bird*, [1970] 3 C.C.C. 340; *Aas v. Benham*, [1891] 2 Ch. 244; *Exchange Telegraph Co. v. Gregory & Co.*, [1896] 1 Q.B. 147; *Exchange Telegraph Co. v. Central News Ltd.*, [1897] 2 Ch. 48; *Exchange Telegraph Co. v. Howard* (1906), 22 T.L.R. 375; *Peter Pan Manufacturing Corp. v. Corsets Silhouette Ltd.*, [1963] 3 All E.R. 402; *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.*, [1963] 3 All E.R. 413n; *Argyll v. Argyll*, [1965] 2 W.L.R. 790; *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551; *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415; *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 47; *Fraser v. Evans*, [1968] 3 W.L.R. 1172; *Oxford v. Moss* (1978), 68 Cr. App. R. 183.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 27, 38, 39, 283(1), 302, 312 [mod. 1972, chap. 13, art. 27; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 29], 338(1) [1974-75-76, chap. 93, art. 32], 350, 616, 653, 654.  
*Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1970, chap. C-30, art. 2, 3, 17 [mod. 1974-75-76, chap. 50, art. 47].

### Doctrine citée

Hammond, R. Grant. «Theft of Information» (1984), 100 *L.Q.R.* 252.  
 Institute of Law Research and Reform and a federal provincial working party. Report No. 46. *Trade Secrets*. Edmonton: The Institute, 1986.  
 Weinrib, Arnold S. «Information and Property» (1988), 38 *U.T.L.J.* 117.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 42 O.R. (2d) 225, 149 D.L.R. (3d) 583, 5 C.C.C. (3d) 481, 74 C.P.R. (2d) 1, 35 C.R. (3d) 105, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre un jugement de la Haute Cour de Justice de l'Ontario (1982), 38 O.R. (2d) 84, 138 D.L.R. (3d) 73, 68 C.C.C. (2d) 305, 74 C.P.R. (2d) 4, prononçant l'acquittement de l'accusé relativement à des accusations d'avoir conseillé à une autre personne de commettre les infractions de vol et de fraude. Pourvoi accueilli.

*Clayton C. Ruby and Mary Bartley*, for the appellant.

*Jeff Casey*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

*Clayton C. Ruby et Mary Bartley*, pour l'appellant.

*Jeff Casey*, pour l'intimée.

<sup>a</sup> Version française du jugement de la Cour rendu par

LAMER J.—While one can steal a document containing confidential information, does obtaining without authorization the confidential information, by copying the document or memorizing its content, constitute theft? Is it fraud? The appellant was charged in the Supreme Court of Ontario with the following three counts:

... that he, during the month of October, 1981, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, did counsel Jan William Hart to commit the indictable offence of fraud, an offence as described in Section 338 of the Criminal Code of Canada, contrary to Section 422 of the Criminal Code of Canada.

... that he, during the month of October, 1981 at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, unlawfully did counsel Jan William Hart to commit the indictable offence of theft, an offence as described in Section 294 of the Criminal Code of Canada, to wit: to steal information, the property of the Constellation Hotel and its employees, of a value exceeding \$200.00 contrary to Section 422 of the Criminal Code of Canada.

... that he, during the month of October, 1981 at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, unlawfully did counsel Jan William Hart to commit the indictable offence of mischief to the private property of the Constellation Hotel and its employees, which mischief exceeded \$50.00, an offence as described in Section 387(4) of the Criminal Code of Canada, contrary to Section 422 of the Criminal Code of Canada.

The events giving rise to these charges can be summarized succinctly. A union attempting to organize the approximately 600 employees of the Constellation Hotel, in Toronto, was unable to obtain the names, addresses and telephone numbers of the employees because of a hotel policy that such information be treated as confidential. The employer also barred union representatives from the premises. The appellant, Wayne John Stewart, a self-employed consultant, was hired by

LE JUGE LAMER—Bien qu'il soit possible de voler un document contenant des renseignements confidentiels, y a-t-il vol lorsqu'on se procure sans autorisation ces renseignements confidentiels en copiant le document ou en mémorisant le contenu? S'agit-il d'une fraude? L'appelant a été inculpé en Cour suprême de l'Ontario sous les trois chefs d'accusation suivants:

[TRADUCTION] ... d'avoir, au cours du mois d'octobre 1981 dans la municipalité de Toronto dans le district judiciaire de York, conseillé à Jan William Hart de commettre l'acte criminel de fraude prévu à l'article 338 du Code criminel du Canada, contrairement à l'article 422 du Code criminel du Canada.

... d'avoir, au cours du mois d'octobre 1981 dans la municipalité de Toronto dans le district judiciaire de York, conseillé à Jan William Hart de commettre l'acte criminel de vol prévu à l'article 294 du Code criminel du Canada, savoir le vol de renseignements d'une valeur de plus de 200 \$ appartenant à Constellation Hotel et à ses employés, contrairement à l'article 422 du Code criminel du Canada.

... d'avoir, au cours du mois d'octobre 1981 dans la municipalité de Toronto dans le district judiciaire de York, conseillé à Jan William Hart de commettre l'acte criminel prévu au paragraphe 387(4) du Code criminel du Canada, savoir la perpétration d'un méfait à l'égard des biens privés de Constellation Hotel et de ses employés, méfait qui aurait entraîné des dommages s'élevant à plus de 50 \$, contrairement à l'article 422 du Code criminel du Canada.

Voici un résumé succinct des événements qui ont donné lieu aux accusations en cause. Un syndicat qui tentait de regrouper les quelque 600 employés du Constellation Hotel à Toronto s'est vu dans l'impossibilité d'obtenir les noms, les adresses et les numéros de téléphone des employés parce que l'hôtel, suivant sa politique, considérait ces renseignements comme confidentiels. L'employeur a en outre interdit ses locaux aux représentants du syndicat. L'appelant, Wayne John Stewart, un expert-

somebody he assumed to be acting for the union to obtain the names and addresses of the employees. Stewart offered a security guard at the hotel a fee to obtain this information. The security guard, at all relevant times, had not been authorized by any of the appropriate people nor did he have any consent or right whatsoever to access the personnel files, payroll print-outs or any hotel record whatsoever for names, addresses or telephone numbers of employees and knew that the hotel refused to divulge any such information to the union, its representatives and agents and the appellant surmised this to be the situation. I should like to make it very clear at the outset of this opinion that we are not here dealing with an attempt to obtain a physical object. This case was argued throughout on an agreed statement of facts, in which it was agreed that no tangible object, such as a list containing the information sought, would have been taken had the scheme been carried out. The security guard reported the offer to his security chief and the police; as a result, a subsequent telephone conversation between Hart and Stewart was recorded, and Stewart was indicted as listed above. He elected trial by judge alone and was acquitted on all three counts.

As the Crown did not appeal the acquittal on the count of counselling mischief, I will not refer to the legislation relevant to that count nor will I summarize the trial judge's reasons in that regard.

### Judgments

The parties having submitted an agreed statement of facts, the trial turned on the legal issue of whether what Mr. Hart was asked to do amounted to fraud, theft or mischief. On the theft charge the Crown argued that the definition in s. 283(1) of the *Criminal Code*—"anything whether animate or inanimate"—does not require that the subject of theft be property; alternatively, if "anything"

conseil travaillant à son compte, a été engagé par une personne, qui, a-t-il supposé, agissait au nom du syndicat, pour obtenir une liste des noms et adresses des employés. Stewart a offert de l'argent à un gardien de sécurité de l'hôtel pour obtenir ces renseignements. Or, le gardien de sécurité n'avait reçu d'aucune personne autorisée la permission de consulter les dossiers du personnel, les imprimés de liste de paye ou d'autres registres de l'hôtel en vue d'obtenir les noms, les adresses ou les numéros de téléphone d'employés; de plus, les autorités de l'hôtel n'y avaient pas consenti ni ne lui en avaient donné le droit. Il savait par ailleurs que l'hôtel refusait de divulguer ces renseignements au syndicat, à ses représentants et à ses mandataires et l'appelant se doutait qu'il en était ainsi. Je devrais souligner tout de suite qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une tentative visant à obtenir un objet matériel. Cette affaire a été plaidée à tous les paliers en fonction d'un exposé conjoint des faits dans lequel les parties reconnaissent qu'aucun objet tangible, telle une liste contenant les renseignements, n'aurait été pris si le plan avait été exécuté. Le gardien de sécurité a signalé cette offre à son chef et à la police, ce qui a permis l'enregistrement d'une conversation téléphonique subséquente entre Hart et Stewart. Ce dernier a alors été accusé des actes criminels énoncés précédemment. Il a choisi d'être jugé par un juge siégeant sans jury et a été acquitté relativement à chacun des trois chefs d'accusation.

Comme le ministère public n'a pas interjeté appel de l'acquiescement relativement à l'accusation d'avoir conseillé à une autre personne de commettre un méfait, je ne reprendrai pas les dispositions législatives concernant cette infraction et je m'abstiens également de résumer ce qu'en dit le juge de première instance dans ses motifs.

### Les jugements

Comme les parties ont présenté un exposé conjoint des faits, le procès a porté sur la question de droit de savoir si ce que M. Hart devait faire constituait une fraude, un vol ou un méfait. En ce qui concerne l'accusation de vol, le ministère public a fait valoir que la définition figurant au par. 283(1) du *Code criminel*—"une chose quelconque, animée ou inanimée"—n'exige pas que

had to be property, then confidential information was property. Krever J. adopted the approach in *R. v. Scallen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 441 (B.C.C.A.), which dealt with s. 283(1) and which held that while "anything" need not be material and could be an intangible, it had to be property of some kind: (1982), 38 O.R. (2d) 84.

Krever J. also rejected the Crown's alternative submission that confidential information was property. Canadian, British and some American cases were cited as denying that proposition in a criminal context, and American decisions supporting it were distinguished because they interpreted legislation that aimed at the protection of much broader values than common law concepts of property. He added that if his interpretation was thought inadequate to meet the needs of modern society, the remedy must be a change in the law by Parliament.

On the charge of counselling to commit fraud Krever J. applied *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, which established that s. 338(1) of the *Code* requires proof of "dishonesty" and "deprivation". The element of dishonesty was clearly made out, but s. 338(1) specifies deprivation of "property, money or valuable security". The last was clearly inapplicable, and the first ruled out by the decision on the theft charge. The Crown argued that the hotel had been deprived of money because it could potentially make a profit should it choose to sell the list of employees' names and addresses. Krever J. rejected this submission as artificial, because the undertaking by the hotel to maintain the confidentiality of the employees' information entirely negated that suggestion. In the absence of the

l'objet du vol soit un bien ou, subsidiairement, que si «une chose quelconque» doit être un bien, alors les renseignements confidentiels constituent un bien. Le juge Krever a adopté le point de vue énoncé dans l'arrêt *R. v. Scallen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 441 (C.A.C.-B.), qui porte sur le par. 283(1) et dans lequel on a conclu qu'«une chose quelconque» ne devait pas nécessairement être matérielle et pouvait être intangible, mais qu'il fallait qu'il s'agisse d'un bien: (1982), 38 O.R. (2d) 84.

Le juge Krever a également repoussé la prétention subsidiaire du ministère public voulant que les renseignements confidentiels constituent un bien. Il a cité des décisions canadiennes et britanniques ainsi que quelques décisions américaines rejetant cette proposition dans le contexte criminel. Les décisions américaines qui l'appuyaient ont été jugées différentes en ce qu'elles interprètent des dispositions législatives visant à protéger des valeurs de portée beaucoup plus générale que les notions de biens en *common law*. Il a ajouté que, si son interprétation était jugée inadaptée aux besoins de la société moderne, il faudrait que le législateur y remédie en modifiant la loi en question.

En ce qui concerne l'accusation d'avoir conseillé à une autre personne de commettre une fraude, le juge Krever a appliqué l'arrêt *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, qui établit que le par. 338(1) du *Code* exige une preuve de «malhonnêteté» et de «privation». De toute évidence, l'élément de malhonnêteté a été prouvé en l'espèce, mais le par. 338(1) précise qu'il doit y avoir privation de quelque «bien, argent ou valeur». Or, il n'était manifestement pas question d'une valeur et, étant donné la décision relative à l'accusation de vol, il ne pouvait pas s'agir d'un bien. Le ministère public a fait valoir que l'hôtel avait été privé d'argent parce qu'il aurait pu en théorie réaliser un profit s'il avait décidé de vendre la liste des noms et adresses des employés. Le juge Krever a rejeté cet argument, le jugeant artificiel parce que l'engagement qu'avait pris l'hôtel d'assurer la confidentialité des renseignements concernant ses employés fait échec à cette prétention. À défaut de l'élément de privation, il ne peut y avoir fraude. Le juge Krever a

element of deprivation, there is no fraud. Krever J. found the accused not guilty on all counts.

On appeal, Houlden J.A. set aside the verdict of acquittal and entered a conviction on the charge of counselling the indictable offence of theft: (1983), 42 O.R. (2d) 225. He applied *R. v. Scallen, supra*, to the effect that the word "anything" in s. 283(1) has a broad meaning, wider in scope than the expression "anything capable of being stolen". Accepting Krever J.'s interpretation of s. 283(1) that "anything" must be capable of being property, Houlden J.A. was of the opinion that confidential information gathered through the expenditure of time, effort and money by a commercial enterprise for the purposes of its business should be regarded as property and entitled to the protection of the criminal law. He supported this position by reference to the definition of property in the *Code* and to a number of English and American civil cases recognizing confidential information to be property. In Houlden J.A.'s view, if a thing is property for the purposes of civil law, it follows that it is also property under the criminal law. Houlden J.A. added that, for a conviction under s. 283(1), not only is it necessary to prove that the accused "took or converted anything whether animate or inanimate", but it is also necessary to establish that the accused possessed one of the intents set out in paras. (a) to (d) of s. 283. Houlden J.A. found that, had Hart appropriated the information as requested, the hotel would still have had the information, but its character of confidentiality would have been lost. Therefore, in Houlden J.A.'s opinion, Hart would have had the intent described in s. 283(1)(d): he would have intended to deal with the information in such a manner that it would not be returned in the condition it was in at the time it was taken or converted. Houlden J.A. thus held that when the appellant counselled Hart to obtain the information without authorization, he was guilty of counselling the commission of the offence of theft.

déclaré l'accusé non coupable relativement à chacun des chefs.

En appel, le juge Houlden a annulé le verdict d'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'avoir conseillé à une autre personne de commettre l'acte criminel de vol: (1983), 42 O.R. (2d) 225. Il a appliqué l'arrêt *R. v. Scallen*, précité, d'où il se dégage que le sens de l'expression «une chose quelconque» employée au par. 283(1) est large, de portée plus étendue en fait que ce qui est envisagé par l'expression [TRADUCTION] «tout ce qui est susceptible d'être volé». Ayant accepté l'interprétation donnée au par. 283(1) par le juge Krever, selon laquelle «une chose quelconque» doit être un bien, le juge Houlden a estimé que les renseignements confidentiels qu'une entreprise, au prix de temps, de travail et d'argent, a réunis pour les fins de ses activités commerciales, doivent être considérés comme des biens et bénéficier à ce titre de la protection du droit criminel. À l'appui de cette position il a invoqué la définition de biens figurant dans le *Code* ainsi que plusieurs décisions anglaises et américaines en matière civile reconnaissant que les renseignements confidentiels sont des biens. De l'avis du juge Houlden, si une chose est un bien aux fins du droit civil, il s'ensuit qu'elle l'est également en droit criminel. Pour qu'il y ait une déclaration de culpabilité en vertu du par. 283(1), a ajouté le juge Houlden, on doit prouver non seulement que l'accusé [TRADUCTION] «a pris ou détourné une chose quelconque, animée ou inanimée», mais aussi qu'il l'a fait avec une des intentions énoncées aux al. a) à d) de l'art. 283. Le juge Houlden a conclu que, si Hart avait pris les renseignements qu'on lui avait demandés, l'hôtel en aurait conservé la possession, mais ces renseignements auraient perdu leur caractère confidentiel. Par conséquent, d'après le juge Houlden, Hart aurait eu l'intention décrite à l'al. 283(1)d), c'est-à-dire celle d'agir à l'égard de ces renseignements de telle manière qu'ils ne soient pas restitués dans l'état où ils étaient au moment où ils avaient été pris ou détournés. Le juge Houlden a donc décidé que lorsque l'appellant a conseillé à Hart de lui procurer les renseignements sans en obtenir l'autorisation, il s'est rendu coupable de lui avoir conseillé la perpétration de l'infraction de vol.

Houlden J.A. then dealt with the charge of counselling the commission of fraud. Unlike section 283(1), s. 338 specifically refers to "property". Houlden J.A. held that if information is property under the theft section, it is also property for the purposes of the fraud section. In his view, the appropriation of the information would have caused a risk of prejudice to the hotel's economic interests, since promotional groups had approached the hotel to obtain the list of names and addresses of the employees. The deprivation necessary to prove the element of "defraud" in s. 338(1) was therefore present and sufficient. Houlden J.A. thus found appellant guilty of counselling the commission of fraud. However, applying the *Kienapple* rule, he entered no conviction on this count.

Cory J.A. concurred with Houlden J.A. but expressed additional reasons for finding that confidential information is property for the purposes of criminal law. In his view, information and its collection, collation and interpretation are vital to most modern enterprises and may be their most valuable asset. Cory J.A. cited American cases that support the conclusion that information is property. These decisions held that copying paper and removing the copies was as much an act of theft as the surreptitious removal of the original papers would be.

Moreover, Cory J.A. stated that even if information *per se* is not property, there remains a right of property in confidential information. In Cory J.A.'s opinion, this right, now protected by the provisions of the *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30, falls within the definition of property contained in s. 283(1). He then held that, in the case at bar, the list of the hotel employees represents an unpublished literary work to which copyright attaches. The hotel thus has the exclusive right to reproduce copies of the list and has the corollary right to restrain others from so doing. Cory J.A. therefore concluded that copyright constitutes

Le juge Houlden s'est penché ensuite sur l'accusation d'avoir conseillé à une autre personne de commettre la fraude. À la différence du par. 283(1), l'art. 338 contient le mot «bien». Si des renseignements sont des biens aux fins de l'article portant sur le vol, ils le sont aussi aux fins de l'article relatif à la fraude, a conclu le juge Houlden. À son avis, l'appropriation des renseignements en cause aurait pu nuire aux intérêts économiques de l'hôtel, car des agences publicitaires avaient fait des démarches auprès de l'hôtel pour obtenir la liste des noms et adresses des employés. Il y a donc eu la privation requise pour établir l'élément de frustration qu'exige le par. 338(1). Le juge Houlden a donc déclaré l'appelant coupable d'avoir conseillé à une autre personne la perpétration d'une fraude. Cependant, appliquant la règle posée dans l'arrêt *Kienapple*, il n'a pas inscrit de déclaration de culpabilité relativement à ce chef d'accusation.

Le juge Cory a souscrit aux motifs du juge Houlden, mais a énoncé des raisons additionnelles pour conclure que les renseignements confidentiels constituent des biens aux fins du droit criminel. À son avis, les renseignements et leur réunion, collation et interprétation sont vitaux pour la plupart des entreprises modernes et constituent parfois leur élément d'actif le plus précieux. Le juge Cory a cité des décisions américaines qui appuient la conclusion que les renseignements sont des biens. Suivant ces décisions, le fait de reproduire des documents et de prendre possession des copies est un vol tout autant que la prise subreptice des documents originaux.

De plus, le juge Cory a affirmé que, même si les renseignements ne sont pas en soi des biens, les renseignements confidentiels font tout de même l'objet d'un droit de propriété. De l'avis du juge Cory, ce droit, maintenant protégé par la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1970, chap. C-30, est compris dans la définition de biens inhérente au par. 283(1). Il a conclu ensuite qu'en l'espèce la liste des employés de l'hôtel constitue une œuvre littéraire inédite qui fait l'objet d'un droit d'auteur. L'hôtel jouit donc du droit exclusif de faire des copies de la liste et du droit corrélatif d'empêcher autrui de le faire. Par conséquent, le juge

property of a nature that falls within the scope of s. 283(1), but he stressed that such compilations will only be capable of being stolen if they are confidential.

In a dissent, Lacourcière J.A. supported the findings of the trial judge. He stated that appellate decisions have restricted the application of the word "anything" to cases involving "property" whether corporeal or incorporeal. That assertion is supported by reference to the requisite intent set out in paras. (a) to (d) of s. 283(1). In his opinion, the proposition that confidential information can be the subject of proprietary rights is correct to the extent only that a court of equity will restrain the improper transmission or use of confidential information surreptitiously obtained. Cases containing dicta to the effect that confidential information may be described as property are not helpful when considering whether it can be obtained by the commission of a theft.

After much consideration, Lacourcière J.A. felt bound to agree that the word "anything" in s. 283 must be defined and qualified within the context of property and that confidential information does not properly fit within that context. Like Krever J., he was of the opinion that it is for Parliament to broaden the criminal definition of property if the needs of modern Canadian society require it.

As for the count of fraud, Lacourcière J.A. held that confidential information is clearly not money or valuable security, and that it is not property within the meaning of s. 338(1) of the *Code*. Furthermore, the hotel conceded that it had no intention to deal in a commercial way with the information; it would thus not have suffered the requisite deprivation or detriment which is an essential element of fraud. Lacourcière J.A. was of the view that the accused's conduct did not amount to the offence of counselling fraud.

Cory a conclu que ce droit d'auteur constitue un bien auquel s'applique le par. 283(1), mais il a souligné que des listes de ce genre ne peuvent être volées que si elles sont confidentielles.

a

Dans son opinion dissidente, le juge Lacourcière a approuvé les conclusions du juge de première instance. Il a déclaré que les cours d'appel ont limité l'application de l'expression «une chose quelconque» aux affaires où il s'agit de «biens», qu'ils soient corporels ou incorporels. Cette affirmation est appuyée par les al. a) à d) du par. 283(1) qui énoncent l'élément moral requis. À son avis, la proposition selon laquelle les renseignements confidentiels peuvent faire l'objet de droits de propriété est bien fondée seulement dans la mesure où un tribunal d'*equity* interdira la transmission ou l'utilisation illégitimes de renseignements confidentiels obtenus subrepticement. Les décisions où, en *obiter*, on a qualifié les renseignements confidentiels de biens ne sont d'aucun secours lorsqu'il s'agit de déterminer s'il est possible de voler ces renseignements.

e

Après mûre réflexion, le juge Lacourcière s'est senti obligé de convenir que l'expression «une chose quelconque» employée à l'art. 283 doit être définie et sa portée restreinte dans le contexte de la notion de biens, contexte qui n'englobe pas à proprement parler les renseignements confidentiels. Tout comme le juge Krever, il a estimé que c'est au législateur qu'il incombe d'élargir la définition de biens en droit criminel si les besoins de la société canadienne moderne le requièrent.

Au sujet de l'accusation relative à la fraude, le juge Lacourcière a conclu que les renseignements confidentiels n'entrent manifestement ni dans la catégorie de l'argent ni dans celle des valeurs et qu'ils ne sont pas un bien au sens du par. 338(1) du *Code*. Qui plus est, l'hôtel a reconnu qu'il n'avait nullement l'intention d'utiliser les renseignements dans un but commercial; il n'aurait donc pas subi la privation ou le préjudice qui sont des éléments essentiels de la fraude. Selon le juge Lacourcière, la conduite de l'accusé ne constituait pas l'infraction d'avoir conseillé à une autre personne de commettre la fraude.

### The Issues

On the facts of this appeal the following questions are raised:

1. Can confidential information be the subject of theft under s. 283(1) of the *Criminal Code*?
2. Would the appropriation of the information have amounted to fraud contrary to s. 338(1) of the *Criminal Code*?

Before this Court, the Crown adopted the majority's reasoning in the Court of Appeal and would answer the questions in the affirmative.

#### I

### Theft

Section 283(1) of the *Criminal Code* reads as follows:

283. (1) Every one commits theft who fraudulently and without colour of right takes, or fraudulently and without colour of right converts to his use or to the use of another person, anything whether animate or inanimate, with intent,

- (a) to deprive, temporarily or absolutely, the owner of it or a person who has a special property or interest in it, of the thing or of his property or interest in it,
- (b) to pledge it or deposit it as security,
- (c) to part with it under a condition with respect to its return that the person who parts with it may be unable to perform, or
- (d) to deal with it in such a manner that it cannot be restored in the condition in which it was at the time it was taken or converted.

In order to be convicted of theft, one has to take or convert "anything whether animate or inanimate" with the requisite intent as described in paras. (a) to (d). To determine whether confidential information can be the object of theft, the meaning of "anything" must be ascertained. The word "anything" is very comprehensive and is not in itself restricted in any way. As such it could include both tangible things and intangibles. Appellant contends that the offence of theft contemplates only physical objects. Under Canadian law as it now stands, however, "anything" has been held to encompass certain choses in action,

### Les questions en litige

Les faits de la présente instance soulèvent les questions suivantes:

1. Des renseignements confidentiels peuvent-ils faire l'objet d'un vol au sens du par. 283(1) du *Code criminel*?
2. L'appropriation de ces renseignements aurait-elle constitué une fraude aux fins du par. 338(1) du *Code criminel*?

En cette Cour, le ministère public a adopté le raisonnement de la majorité en Cour d'appel et aurait répondu à ces questions par l'affirmative.

#### I

### Le vol

Le paragraphe 283(1) du *Code criminel* est ainsi rédigé:

283. (1) Commet un vol, quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit, ou détourne à son propre usage ou à l'usage d'une autre personne, frauduleusement et sans apparence de droit, une chose quelconque, animée ou inanimée, avec l'intention

- a) de priver, temporairement ou absolument, son propriétaire, ou une personne y ayant un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial, de cette chose ou de son droit ou intérêt dans cette chose,
- b) de la mettre en gage ou de la déposer en garantie,
- c) de s'en dessaisir à une condition, pour son retour, que celui qui s'en dessaisit peut être incapable de remplir, ou
- d) d'agir à son égard de telle manière qu'il soit impossible de la remettre dans l'état où elle était au moment où elle a été prise ou détournée.

Pour être reconnu coupable de vol, on doit, avec l'intention requise décrite aux al. a) à d), prendre ou détourner «une chose quelconque, animée ou inanimée». Pour déterminer si des renseignements confidentiels peuvent faire l'objet d'un vol, il faut établir le sens de l'expression «une chose quelconque». Or, il s'agit d'une expression de portée vaste qui ne comporte en soi aucune restriction. Elle pourrait donc englober aussi bien des choses tangibles que des choses intangibles. L'appellant soutient que l'infraction de vol ne peut se perpétrer qu'à l'égard d'objets matériels. Toutefois, en droit canadien, il a été jugé qu'«une chose quelconque»

which are intangibles. In *R. v. Scallen*, *supra*, the accused was convicted on a charge of theft of credit in a financial institution. The British Columbia Court of Appeal held that bank credit was included in "anything" under s. 283(1) (at p. 473):

I see no reason to construe "anything" in s. 283(1) with stress on "thing", and I think the word should be construed in its broad sense and to mean exactly what it says, that theft can be committed of "anything" that was property. That would include a bank credit in a bank account—which any normal person having one would describe by saying that "he had money in the bank". I think it would be difficult to convince him otherwise, even if in strict domestic law all he had was the right to draw money from the bank in cash, by banknotes, by cheque or by transfers elsewhere.

The reasoning in *Scallen*, with which I am in agreement, was followed in *R. v. Hardy* (1980), 57 C.C.C. (2d) 73 (B.C.C.A.). Since certain choses in action can be the subject of theft, what must be decided for the purpose of this appeal is whether intangibles other than choses in action are to be included in the word "anything".

In *R. v. Offley* (1986), 28 C.C.C. (3d) 1, the Alberta Court of Appeal was of the view that information, even when qualified as confidential, is not "anything" within the meaning of s. 283(1), because it is intrinsically incapable of being an inanimate thing. In that case, the accused offered money to a police officer to run security checks for him on job applicants through the Canadian Police Information Center, knowing that this information was available only to law enforcement agencies. As in the case before us, he was charged with counselling theft of information. The Alberta Court of Appeal disagreed with the majority decision of the Ontario Court of Appeal in the case at bar and acquitted the accused.

comprend certains droits incorporels qui sont intangibles. Dans l'affaire *R. v. Scallen*, précitée, l'accusé a été déclaré coupable du vol d'un crédit bancaire dans un établissement financier. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'expression «une chose quelconque» employée au par. 283(1) comprenait un crédit bancaire (à la p. 473):

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison de donner à l'expression «une chose quelconque» figurant au par. 283(1) une interprétation qui insiste sur le mot «chose» et j'estime que cette expression doit recevoir son sens large et littéral, c'est-à-dire que l'objet du vol peut être une «chose quelconque» dans la mesure où il s'agit d'un bien. Cela comprendrait une somme créditée à un compte en banque, que toute personne ordinaire décrirait comme «avoir de l'argent en banque». Je crois d'ailleurs qu'il serait difficile de convaincre cette personne qu'il en est autrement, même si, du point de vue strictement juridique, tout ce qu'elle possède c'est le droit de retirer de la banque de l'argent liquide, au moyen de billets de banque, par chèque ou par des virements.

Le raisonnement adopté dans l'arrêt *Scallen*, auquel je souscris, a été suivi dans l'arrêt *R. v. Hardy* (1980), 57 C.C.C. (2d) 73 (C.A.C.-B.) Puisque certains droits incorporels sont susceptibles d'être volés, la question à trancher aux fins du présent pourvoi est de savoir si les choses intangibles autres que les droits incorporels doivent être inclus dans l'expression «une chose quelconque».

Dans l'arrêt *R. v. Offley* (1986), 28 C.C.C. (3d) 1, la Cour d'appel de l'Alberta a estimé que l'information, même celle qui était qualifiée de confidentielle, ne constituait pas «une chose quelconque» au sens du par. 283(1) parce qu'elle est intrinsèquement incapable d'être un objet inanimé. Dans cette affaire, l'accusé, sachant qu'il s'agissait de renseignements auxquels seuls les corps policiers avaient accès, a offert de l'argent à un policier pour que celui-ci procède, par le truchement du Centre d'information de la police canadienne, à des vérifications de sécurité portant sur des postulants d'emploi. Comme en l'espèce, l'accusé s'est vu inculper d'avoir conseillé à une autre personne de voler des renseignements. La Cour d'appel de l'Alberta a désapprouvé l'arrêt rendu par la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente instance et a acquitté l'accusé.

We are here dealing not with the theft of a list or any other tangible object containing confidential information, but with the theft of confidential information *per se*, a pure intangible. As mentioned earlier, the assumption that no tangible object would have been taken was part of the agreed statement of facts, and the case was argued throughout on that basis. The word "anything" is not in itself a bar to including any intangible, whatever its nature. However, its meaning must be determined within the context of s. 283 of the *Code*. Indeed, while sexual intercourse was found to be included in "anything" within the meaning of the extortion provision (*R. v. Bird*, [1970] 3 C.C.C. 340 (B.C.C.A.)), it does not necessarily follow that the same must be found under our law of theft.

In my view, the wording of s. 283 restricts the meaning of "anything" in two ways. First, whether tangible or intangible, "anything" must be of a nature such that it can be the subject of a proprietary right. Second, the property must be capable of being taken or converted in a manner that results in the deprivation of the victim.

With respect to the first restriction, the courts below have decided the case on the assumption that "anything" has to be property. While appellant's counsel takes issue with the relevancy of this qualification, I am of the view that such qualification is proper. In my opinion, it is clear that to be the object of theft, "anything" must be property in the sense that to be stolen, it has to belong in some way to someone. For instance, no conviction for theft would arise out of a taking or converting of the air that we breathe, because air is not property.

It can be argued—as Professor Weinrib does in "Information and Property" (1988), 38 *U.T.L.J.* 117—that confidential information is property for the purposes of civil law. Indeed, it possesses many of the characteristics of other forms of property:

Ce dont il est question en l'occurrence n'est pas le vol d'une liste ou d'un autre objet tangible contenant des renseignements confidentiels, mais le vol des seuls renseignements confidentiels, donc quelque chose de purement intangible. Comme je l'ai déjà dit, on tient pour acquis qu'aucun objet tangible n'aurait été pris et c'est sur ce fondement que la cause a été plaidée à tous les paliers. L'expression «une chose quelconque» ne constitue pas en soi un empêchement à l'inclusion de toute chose intangible, quelle que soit sa nature. C'est toutefois dans le contexte de l'art. 283 du *Code* que son sens doit être déterminé. De fait, bien qu'il ait déjà été décidé que les mots «quelque chose» (*anything*) figurant dans la disposition relative à l'extorsion englobaient des relations sexuelles (*R. v. Bird*, [1970] 3 C.C.C. 340 (C.A.C.-B.)), il ne s'ensuit pas nécessairement qu'on doive en venir à la même conclusion en vertu des règles de droit sur le vol.

À mon avis, le texte de l'art. 283 apporte une double restriction au sens de l'expression «une chose quelconque». En premier lieu, qu'elle soit tangible ou intangible, «une chose quelconque» doit être de nature telle qu'elle peut faire l'objet d'un droit de propriété. En second lieu, il faut que le bien en question soit susceptible d'être pris ou détourné d'une manière qui occasionne une privation à la victime.

Pour ce qui est de la première restriction, les tribunaux d'instance inférieure en l'espèce ont fondé leurs décisions sur la présomption qu'«une chose quelconque» doit être un bien. Quoique l'avocat de l'appelant conteste la pertinence de cette restriction, j'estime qu'elle est valable. Selon moi, il est évident que, pour faire l'objet d'un vol, «une chose quelconque» doit être un bien en ce sens qu'elle ne peut être volée que si elle appartient de quelque manière à quelqu'un. Par exemple, le fait de prendre ou de détourner l'air que nous respirons ne donnerait pas lieu à une condamnation pour vol parce que l'air n'est pas un bien.

Il est possible de soutenir, comme le fait le professeur Weinrib dans «Information and Property» (1988), 38 *U.T.L.J.* 117, que les renseignements confidentiels sont des biens aux fins du droit civil. En effet, ils possèdent plusieurs des caracté-

for example, a trade secret, which is a particular kind of confidential information, can be sold, licensed or bequeathed, it can be the subject of a trust or passed to a trustee in bankruptcy. In the commercial field, there are reasons to grant some form of protection to the possessor of confidential information: it is the product of labour, skill and expenditure, and its unauthorized use would undermine productive efforts which ought to be encouraged. As the term "property" is simply a reference to the cluster of rights assigned to the owner, this protection could be given in the form of proprietary rights. The cases demonstrate that English and Canadian civil law protect confidential information. However, the legal basis for doing so has not been clearly established by the courts. Some cases have treated confidential information as property, and thus have entitled the owner to exclude others from the use thereof: *Aas v. Benham*, [1891] 2 Ch. 244 (C.A.); *Exchange Telegraph Co. v. Gregory & Co.*, [1896] 1 Q.B. 147 (C.A.); *Exchange Telegraph Co. v. Central News Ltd.*, [1897] 2 Ch. 48; *Exchange Telegraph Co. v. Howard* (1906), 22 T.L.R. 375 (Ch. Div.) On the other hand, the courts have recognized certain rights with respect to confidential information in the guise of an equitable obligation of good faith: *Peter Pan Manufacturing Corp. v. Corsets Silhouette Ltd.*, [1963] 3 All E.R. 402 (Ch. Div.); *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.*, [1963] 3 All E.R. 413n (C.A.); *Argyll v. Argyll*, [1965] 2 W.L.R. 790 (Ch. Div.); *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551; *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415 (C.A.); *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 47 (H.L.); *Fraser v. Evans*, [1968] 3 W.L.R. 1172 (C.A.)

It appears that the protection afforded to confidential information in most civil cases arises more from an obligation of good faith or a fiduciary relationship than from a proprietary interest. No Canadian court has so far conclusively decided that confidential information is property, with all the civil consequences that such a finding would

ristiques des autres types de biens: par exemple, un secret industriel, qui est un genre particulier de renseignements confidentiels, peut être vendu; il peut faire l'objet d'une licence ou être légué; il peut aussi faire l'objet d'une fiducie ou être transmis à un syndic de faillite. Dans le domaine commercial, il existe des raisons d'accorder une certaine protection au détenteur de renseignements confidentiels: ceux-ci sont le fruit de travail, d'habileté et de dépenses et leur utilisation non autorisée minerait des efforts productifs qui doivent plutôt être encouragés. Comme le terme «propriété» désigne simplement l'ensemble des droits dont jouit le propriétaire, cette protection pourrait être accordée sous la forme de droits de propriété. Il ressort de la jurisprudence que le droit civil anglais et le droit civil canadien protègent les renseignements confidentiels. Le fondement juridique de cette protection n'a toutefois pas été clairement établi par les tribunaux. Certaines décisions ont traité les renseignements confidentiels comme des biens et ont en conséquence permis au propriétaire d'empêcher autrui de s'en servir: *Aas v. Benham*, [1891] 2 Ch. 244 (C.A.), *Exchange Telegraph Co. v. Gregory & Co.*, [1896] 1 Q.B. 147 (C.A.), *Exchange Telegraph Co. v. Central News Ltd.*, [1897] 2 Ch. 48, *Exchange Telegraph Co. v. Howard* (1906), 22 T.L.R. 375 (Ch. Div.) Par ailleurs, les tribunaux ont reconnu certains droits relatifs aux renseignements confidentiels par le biais d'une obligation de bonne foi en equity: *Peter Pan Manufacturing Corp. v. Corsets Silhouette Ltd.*, [1963] 3 All E.R. 402 (Ch. Div.), *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.*, [1963] 3 All E.R. 413n (C.A.), *Argyll v. Argyll*, [1965] 2 W.L.R. 790 (Ch. Div.), *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] R.C.S. 551, *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415 (C.A.), *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 47 (H.L.), *Fraser v. Evans*, [1968] 3 W.L.R. 1172 (C.A.)

Il appert que la protection accordée aux renseignements confidentiels dans la plupart des affaires civiles résulte davantage d'une obligation de bonne foi ou de l'existence de relations fiduciaires que d'un droit de propriété. Jusqu'à présent aucun tribunal canadien n'a conclu définitivement que les renseignements confidentiels sont des biens, avec

entail. The case law is therefore of little assistance to us in the present case.

It is possible that, with time, confidential information will come to be considered as property in the civil law or even be granted special legal protection by statutory enactment. Even if confidential information were to be considered as property under civil law, it does not however automatically follow that it qualifies as property for the purposes of criminal law. Conversely, the fact that something is not property under civil law is likewise not conclusive for the purpose of criminal law. Whether or not confidential information is property under the *Criminal Code* should be decided in the perspective of the criminal law.

In *Oxford v. Moss* (1978), 68 Cr. App. R. 183, the Divisional Court had to decide whether confidential information was "intangible property" for the purposes of the *Theft Act* 1968. A student was accused of stealing an examination paper that he hoped to return without being detected. After considering a number of civil authorities dealing with the subject of confidential information, Smith J. wrote (at pp. 185-86):

Those are cases concerned with what is described as the duty to be of good faith. They are clear illustrations of the proposition that, if a person obtains information which is given to him in confidence and then sets out to take an unfair advantage of it, the courts will restrain him by way of an order of injunction or will condemn him in damages if an injunction is found to be inappropriate. It seems to me, speaking for my part, that they are of little assistance in the present situation in which we have to consider whether there is property in the information which is capable of being the subject of a charge of theft. In my judgment, it is clear that the answer to that question must be no.

In civil law, the characterization of something as property triggers a series of legal consequences. That characterization has the same effect under the criminal law, although the consequences are somewhat different. If confidential information is considered as property for the purposes of the theft section, other sections of the *Criminal Code* relat-

tout ce qu'une telle décision entraînerait comme conséquences sur le plan civil. La jurisprudence nous est donc de peu de secours en l'espèce.

<sup>a</sup> Peut-être qu'un jour les renseignements confidentiels finiront par être considérés comme des biens en droit civil, ou même qu'on adoptera un texte législatif leur accordant une protection légale spéciale. Mais même si les renseignements confidentiels devaient être assimilés à des biens aux fins du droit civil, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils seraient des biens en droit criminel. De même, le fait qu'une chose n'est pas un bien en droit civil n'est pas concluant en ce qui concerne le droit criminel. En effet, c'est en fonction du droit criminel que doit être tranchée la question de savoir si les renseignements confidentiels sont des biens aux fins du *Code criminel*.

<sup>d</sup> Dans l'affaire *Oxford v. Moss* (1978), 68 Cr. App. R. 183, la Cour divisionnaire avait à décider si des renseignements confidentiels étaient des «biens intangibles» aux fins de la *Theft Act* 1968. Un étudiant a été accusé du vol d'un questionnaire d'examen qu'il avait pris en espérant le rendre sans qu'on s'aperçoive de son acte. Après avoir examiné plusieurs décisions en matière civile ayant trait aux renseignements confidentiels, le juge Smith a écrit (aux pp. 185 et 186):

<sup>e</sup> [TRADUCTION] Ces décisions portent sur ce que l'on décrit comme l'obligation d'être de bonne foi. Elles illustrent clairement la proposition selon laquelle, si une personne obtient des renseignements qu'on lui a donnés en confidence et puis essaie d'en tirer injustement avantage, les tribunaux l'en empêcheront par voie d'injonction ou la condamneront au paiement de dommages-intérêts si une injonction est jugée inapplicable. Pour ma part, il me semble que ces décisions ne nous aident guère dans le cas présent où nous sommes appelés à examiner si les renseignements en cause donnent lieu à un droit de propriété pouvant fonder une accusation de vol. À mon avis, il est évident que cette question doit recevoir une réponse négative.

<sup>i</sup> En droit civil, qualifier une chose de bien entraîne une série de conséquences juridiques. Cette qualification a le même effet en droit criminel, quoique les conséquences diffèrent sensiblement. Si les renseignements confidentiels sont considérés comme des biens aux fins de l'article relatif au vol, il se peut que d'autres articles du *Code*

ing to offences against property may also apply: ss. 27 (use of force to prevent commission of offence), 38 (defence of movable property), 39 (defence with claim of right), 302 (robbery), 312 (possession of property obtained by crime), 350 (disposal of property to defraud creditors), 616 (restitution of property), 653 (compensation for loss of property) and 654 (compensation to *bona fide* purchasers). For example, let us assume a person obtains confidential information by the commission of a crime, such as theft if it were possible. If, after having memorized the information, that person is incapable of erasing it from his memory, he could, one might argue, be charged with an offence under s. 312 of the *Criminal Code* for each day that he is unable to forget the information.

Furthermore, the qualification of confidential information as property must be done in each case by examining the purposes and context of the civil and criminal law. It is understandable that one who possesses valuable information would want to protect it from unauthorized use and reproduction. In civil litigation, this protection can be afforded by the courts because they simply have to balance the interests of the parties involved. However criminal law is designed to prevent wrongs against society as a whole. From a social point of view, whether confidential information should be protected requires a weighing of interests much broader than those of the parties involved. As opposed to the alleged owner of the information, society's best advantage may well be to favour the free flow of information and greater accessibility by all. Would society be willing to prosecute the person who discloses to the public a cure for cancer, although its discoverer wanted to keep it confidential?

The criminalization of certain types of conduct should not be done lightly. If the unauthorized appropriation of confidential information becomes a criminal offence, there would be far reaching

*criminel* portant sur les infractions contre les biens s'appliquent également, savoir: les art. 27 (recours à la force pour empêcher la perpétration d'une infraction), 38 (défense des biens mobiliers), 39 (défense en vertu d'un droit invoqué), 302 (vol qualifié), 312 (avoir en sa possession des biens criminellement obtenus), 350 (aliénation de biens avec l'intention de frauder des créanciers), 616 (restitution de biens), 653 (dédommagement pour perte de biens) et 654 (dédommagement aux acquéreurs de bonne foi). Supposons, par exemple, qu'une personne obtienne des renseignements confidentiels par la perpétration d'un crime comme le vol si c'était possible. Si, après avoir mémorisé les renseignements, cette personne est incapable de les effacer de sa mémoire, elle pourrait, peut-on prétendre, être accusée d'une infraction à l'art. 312 du *Code criminel* pour tous les jours où elle se trouve dans l'incapacité d'oublier ces renseignements.

De plus, pour qualifier les renseignements confidentiels de biens, il faut examiner dans chaque cas les buts et le contexte du droit civil et du droit criminel. Il est compréhensible qu'une personne qui possède des renseignements importants soit désireuse de les protéger contre une utilisation et une reproduction non autorisées. Dans un litige au civil, cette protection peut être offerte par les tribunaux parce qu'ils n'ont qu'à peser les intérêts des parties à l'action. Le droit criminel, par contre, vise à prévenir la perpétration de méfaits contre la société dans son ensemble. Du point de vue social, la question de l'opportunité de protéger les renseignements confidentiels exige qu'on mette dans la balance des intérêts de portée beaucoup plus large que ceux des parties intéressées. Il se peut bien que l'intérêt de la société, par opposition à celui du prétendu propriétaire des renseignements, soit le mieux servi si l'on favorise la libre circulation de l'information et qu'on la rende plus accessible à tous. La société voudrait-elle poursuivre en justice la personne qui divulguerait au public un remède contre le cancer que son inventeur désire garder confidentiel?

Certains types de conduite ne doivent pas être criminalisés à la légère. Si l'appropriation non autorisée de renseignements confidentiels était érigée en infraction criminelle, cela aurait des

consequences that the courts are not in a position to contemplate. For instance, the existence of such an offence would have serious implications with respect to the mobility of labour. In "Theft of Information" (1984), 100 L.Q.R. 252, Hammond points out (at p. 260) the problem that would follow:

[W]hat is significant for present purposes about the traditional civil law formulations with respect to such [employee] covenants is that, notwithstanding their difficulties of application, they do allow a balance to be struck in particular cases between the various interests at stake. The criminal law on the other hand allocates responsibility in black and white terms. There is either an offence or there is not. Every employee who leaves a position in Canada now faces criminal sanctions if he misjudges a line which judges have had enormous difficulty in drawing in civil law cases.

This indirect restriction on the mobility of labour is only one of the many undesirable consequences that could result from a hasty extension of criminal provisions by qualifying confidential information as property.

Moreover, because of the inherent nature of information, treating confidential information as property *simpliciter* for the purposes of the law of theft would create a host of practical problems. For instance, what is the precise definition of "confidential information"? Is confidentiality based on the alleged owner's intent or on some objective criteria? At what point does information cease to be confidential and would it therefore fall outside the scope of the criminal law? Should only confidential information be protected under the criminal law, or any type of information deemed to be of some commercial value? I am of the view that, given recent technological developments, confidential information, and in some instances, information of a commercial value, is in need of some protection through our criminal law. Be that as it may, in my opinion, the extent to which this should be done and the manner in which it should be done are best left to be determined by Parliament rather than by the courts.

conséquences incalculables que les tribunaux ne sont pas en mesure d'envisager. Par exemple, l'existence d'une telle infraction aurait un effet marqué sur la mobilité de la main-d'œuvre. Dans "Theft of Information" (1984), 100 L.Q.R. 252, Hammond fait ressortir (à la p. 260) le problème qui en résulterait:

[TRADUCTION] ... aux fins de la présente analyse, les concepts traditionnels du droit civil relatifs à de tels engagements [clauses restrictives d'emploi] ont ceci d'important que, malgré les difficultés que présente leur application, elles permettent d'établir dans des cas particuliers un équilibre entre les différents intérêts en jeu. Le droit criminel, par contre, attribue la responsabilité en termes clairs et nets. Ou bien il y a infraction ou bien il n'y en a pas. Tout employé qui quitte un poste au Canada s'expose maintenant à des sanctions criminelles s'il franchit une ligne de démarcation que les juges ont éprouvé énormément de difficultés à tracer dans les affaires civiles.

Cette restriction indirecte de la mobilité de la main-d'œuvre n'est qu'une des conséquences peu souhaitables parmi tant d'autres possibles si on élargissait inconsiderément la portée de certaines dispositions criminelles en plaçant les renseignements confidentiels dans la catégorie des biens.

En outre, en raison de la nature inhérente de l'information, traiter purement et simplement les renseignements confidentiels comme des biens aux fins du droit relatif au vol susciterait une foule de problèmes pratiques. Par exemple, quelle est la définition précise du terme «renseignements confidentiels»? La confidentialité est-elle fonction de l'intention du prétendu propriétaire ou dépend-elle de certains critères objectifs? À quel moment les renseignements perdent-ils leur caractère confidentiel de sorte qu'ils échappent au droit criminel? La protection du droit criminel doit-elle être accordée seulement aux renseignements confidentiels ou bien à tous les types de renseignements qui sont censés avoir une valeur commerciale quelconque? Quant à moi, je crois qu'étant donné les progrès technologiques récents, les renseignements confidentiels, et en fait toute information ayant une valeur commerciale, ont besoin d'une certaine protection en vertu de notre droit criminel. Quoi qu'il en soit, j'estime qu'il appartient au législateur plutôt qu'aux tribunaux de déterminer dans quelle mesure cela doit se faire et de quelle manière.

Indeed, the realm of information must be approached in a comprehensive way, taking into account the competing interests in the free flow of information and in one's right to confidentiality or again, one's economic interests in certain kinds of information. The choices to be made rest upon political judgments that, in my view, are matters of legislative action and not of judicial decision. Illustrative of this is the complexity of the schemes suggested to legislatures and Parliaments by the various reform agencies in this country, the United Kingdom and the United States (v.g. Institute of Law Research and Reform, Report No. 46, *Trade Secrets*, July 1986).

For these reasons, I am of the opinion that, as a matter of policy, confidential information should not be property for the purposes of s. 283 of the *Code*. To the extent that protection is warranted for confidential information, it should be granted through legislative enactment and not through judicial extension of the concept of property or of the scope of the theft provision under the *Criminal Code*.

Although this conclusion is sufficient to dispose of the appeal on the charge of counselling theft, I will also consider the second restriction to the scope of the word "anything", that is, that property must be capable of being taken or converted in a manner that results in the deprivation of the victim. Tangible things present no difficulty in this regard, as it is easy to conceive how they can be both taken and converted. On the other hand, pure intangibles, as they have no physical existence, can obviously only be converted, not taken. The "taking" of an intangible could only occur where such intangible is embodied in a tangible object, for example a cheque, a share certificate or a list containing information. However, that would not result in the taking of the intangible *per se*, but rather of the physical object evidencing it.

The question is thus whether confidential information is of a nature such that it can be taken or converted. In my opinion, except in very rare and

De fait, il faut adopter à l'égard du domaine de l'information une vue d'ensemble qui tient compte du conflit entre la libre circulation de l'information et le droit à la confidentialité, ou encore les intérêts économiques relatifs à certains types de renseignements. Les choix à faire à cet égard reposent sur des jugements politiques qui, à mon avis, relèvent du législateur et non pas des tribunaux. À titre d'illustration, on peut mentionner la complexité des régimes proposés aux législateurs par les différents organismes de réforme au Canada, au Royaume-Uni et aux États-Unis (p. ex. Institute of Law Research and Reform, Report No. 46, *Trade Secrets*, juillet 1986).

Pour ces raisons, je suis d'avis qu'il est de bonne politique judiciaire de ne pas considérer les renseignements confidentiels comme des biens aux fins de l'art. 283 du *Code*. Dans la mesure où la protection des renseignements confidentiels est justifiée, elle doit être accordée par un texte législatif plutôt que par l'élargissement judiciaire de la notion de biens ou de la portée de la disposition du *Code criminel* relative au vol.

Bien que cette conclusion suffise pour trancher le pourvoi relativement à l'accusation d'avoir conseillé de commettre un vol, je tiens également à traiter de la seconde restriction applicable à l'expression «une chose quelconque», c'est-à-dire qu'un bien doit pouvoir être pris ou détourné d'une manière qui entraîne une privation pour la victime. Les choses tangibles ne présentent aucune difficulté à cet égard, car on conçoit facilement qu'elles puissent être prises et détournées. Les choses purement intangibles, par contre, comme elles n'ont pas d'existence matérielle, ne peuvent évidemment faire l'objet que d'un détournement; elles ne peuvent être prises. La «prise» d'une chose intangible ne peut se produire que lorsque cette chose fait corps avec un objet tangible, par exemple un chèque, un certificat d'actions ou une liste contenant des renseignements. Toutefois, il ne s'agirait pas alors de la prise de la chose intangible elle-même, mais plutôt de l'objet matériel qui en constate l'existence.

La question est donc de savoir si les renseignements confidentiels sont par leur nature susceptibles d'être pris ou détournés. À mon avis, mis à

highly unusual circumstances, it is not. As we have seen, information *per se* cannot be the subject of a taking. As for conversion, it is defined as an act of interference with a chattel inconsistent with the right of another, whereby that other is deprived of the use and possession of it. Confidential information is not of a nature such that it can be converted because if one appropriates confidential information without taking a physical object, for example by memorizing or copying the information or by intercepting a private conversation, the alleged owner is not deprived of the use or possession thereof. Since there is no deprivation, there can be no conversion. The only thing that the victim would be deprived of is the confidentiality of the information. In my opinion, confidentiality cannot be the subject of theft because it does not fall within the meaning of "anything" as defined above.

It is no doubt possible to imagine far-fetched situations where the victim would actually be deprived of confidential information. For instance, to give but one example, if an outsider elicits from an employee of the company, who is the only employee to hold a secret formula, not only that confidential information but also the undertaking to keep it secret from his employer. In these circumstances, assuming that confidential information is property, the element of deprivation would be met. However we must recognize that these factual situations are somewhat fanciful and will seldom occur. It would be odd indeed that these rare situations be covered by the law of theft, while the vast majority of cases concerning the appropriation of confidential information would remain beyond the reach of our theft section. I am thus of the view that as a matter of policy, it is best to exclude altogether confidential information from the realm of theft.

In the case at bar, the majority of the Court of Appeal held that if Hart had taken the information requested, the hotel would not have been deprived of the information, but of its character of

part certaines circonstances extrêmement rares et très exceptionnelles, ils ne le sont pas. Comme nous l'avons déjà vu, les renseignements eux-mêmes ne peuvent pas être pris. Quant au détournement, il est défini comme un acte accompli à l'égard d'un bien meuble, qui est incompatible avec le droit d'une autre personne et qui la prive de l'usage et de la possession dudit bien. Les renseignements confidentiels ne sont pas d'une nature telle qu'ils peuvent être détournés parce que, si l'on s'approprie des renseignements confidentiels sans s'emparer d'un objet matériel, par exemple en mémorisant ou en copiant des renseignements ou en interceptant une conversation privée, le prétendu propriétaire ne se voit privé ni de l'usage ni de la possession de ces renseignements. Puisqu'il n'y a pas de privation, il ne peut y avoir de détournement. La victime ne serait alors privée que de la confidentialité des renseignements. Or, selon moi, la confidentialité ne peut faire l'objet d'un vol parce qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'expression «une chose quelconque» définie précédemment.

Il est sans doute possible d'imaginer des situations bizarres où la victime serait réellement privée de renseignements confidentiels. Supposons, pour ne donner qu'un seul exemple, qu'un tiers soutire d'un employé de la société, seul à connaître une formule secrète, non seulement cette formule mais aussi l'engagement de ne pas la divulguer à son employeur. Dans ces circonstances, à supposer que les renseignements confidentiels soient des biens, il y aurait l'élément de privation. Nous devons toutefois reconnaître que cette situation est quelque peu fantaisiste et ne se présentera que rarement. Il serait d'ailleurs bien étrange que ce genre de situation rare relève du droit relatif au vol, tandis que la grande majorité des cas d'appropriation de renseignements confidentiels échapperait à l'application de notre article relatif au vol. J'estime en conséquence que, sur le plan de la politique judiciaire, il vaut mieux exclure entièrement les renseignements confidentiels du domaine du vol.

En l'espèce, la Cour d'appel à la majorité a conclu que, si Hart avait pris les renseignements qu'on lui avait demandés, l'hôtel n'aurait pas été privé de ces renseignements mais de leur caractère

confidentiality. As a result, the Court was of the opinion that Hart would have had the intent set out in s. 283(1)(d), that is, dealing with the information in such a manner that it could not be restored in its original confidential condition. With respect, the Court of Appeal did not properly consider the *actus reus* required for committing the offence, that is a taking or a conversion. As I said one cannot be deprived of confidentiality, because one cannot own confidentiality. One enjoys it. Therefore, appellant should not have been convicted on the sole basis that he might have had the intent set out in s. 283(1)(d) since the commission of the *actus reus* was not and could not be established.

Before this Court, respondent also argued that appellant intended to deprive the hotel of the special property or interest which it had in the list, contrary to s. 283(1)(a). Respondent contended that this special property or interest is what gave the list its value, namely its confidentiality, and thus that the absence of intent to deprive of the use of the information is irrelevant. I cannot agree with this suggestion. The "special property or interest" in s. 283(1)(a) refers to a proprietary possessory right in the thing stolen. This section contemplates for example the case of the owner of an object who, having pawned it, steals it back from the pawnbroker. Theft would then be committed because the pawnbroker has a special property or interest in the object, even against the owner. Although confidentiality might give some value to the information, it does not confer a special property or interest in it to anyone. Since confidential information is not property, it follows that one cannot have a proprietary possessory right in something that is not property. Furthermore, as I have said above, establishing that an offender has the intent required is not sufficient proof of guilt if the *actus reus* has not been committed.

As an additional ground for finding guilt, Cory J.A. held that even if information *per se* is not

confidentiel. La Cour a estimé en conséquence que Hart aurait eu l'intention énoncée à l'al. 283(1)d), c'est-à-dire celle d'agir à l'égard des renseignements de telle manière qu'il soit impossible de les remettre dans leur état confidentiel primitif. Avec égards, j'estime que la Cour d'appel n'a pas dûment pris en considération l'*actus reus* requis pour qu'il y ait infraction, c'est-à-dire le fait de prendre ou de détourner. Comme je l'ai déjà dit, on ne peut être privé de la confidentialité parce qu'on ne peut pas en être propriétaire. On en a simplement la jouissance. En conséquence, l'appellant n'aurait pas dû être reconnu coupable pour le seul motif qu'il a pu avoir l'intention requise par l'al. 283(1)d), car la perpétration de l'*actus reus* n'a pas été établie et ne pouvait pas l'être.

En cette Cour, l'intimée a fait valoir en outre que l'appellant avait l'intention de priver l'hôtel du droit de propriété spécial ou l'intérêt spécial que ce dernier avait dans la liste, ce qui constituait une infraction à l'al. 283(1)a). Selon l'intimée, c'est à ce droit de propriété spécial ou à cet intérêt spécial que tenait la valeur de la liste, c'est-à-dire à sa confidentialité, et partant, l'absence d'intention de priver de l'usage des renseignements est sans pertinence. Je ne puis admettre ce point de vue. Le «droit de propriété spécial ou [l']intérêt spécial» dont parle l'al. 283(1)a) consiste en un droit de propriété et de possession sur la chose volée. Cet article envisage par exemple le cas du propriétaire d'un objet qui, l'ayant mis en gage, le vole au prêteur sur gages. Il y aurait alors vol parce que le prêteur sur gages jouit d'un droit de propriété ou intérêt spécial dans l'objet en question qu'il peut faire valoir même contre le propriétaire. Bien que la confidentialité puisse donner aux renseignements une certaine valeur, elle ne confère à personne un droit de propriété spécial ni un intérêt spécial à leur égard. Puisque les renseignements confidentiels ne sont pas des biens, il s'ensuit qu'on ne peut avoir sur une chose qui n'est pas un bien un droit de propriété et de possession. Qui plus est, je le répète, si l'inculpé n'a pas commis l'*actus reus*, il ne suffit pas pour établir sa culpabilité de prouver qu'il a eu l'intention requise.

Comme motif additionnel à l'appui de sa conclusion, le juge Cory ajoute que, même si les rensei-

property, there still remains a right of property in confidential information which is now protected by the provisions of the *Copyright Act*. As copyright is, in his view, property, it falls within the scope of s. 283(1) and can therefore be the object of theft. The employer's list in the case at bar is indeed a "literary work" as defined in s. 2 of the Act, and thus the subject of copyright under s. 3 thereof. Does that mean however that the unauthorized reproduction of copyrighted information amounts to theft?

Copyright is defined as the exclusive right to produce or reproduce a work in its material form (s. 3). A mere copier of documents, be they confidential or not, does not acquire the copyright nor deprive its owner of any part thereof. No matter how many copies are made of a work, the copyright owner still possesses the sole right to reproduce or authorize the reproduction of his work. Such copying constitutes an infringement of the copyright under s. 17 of the Act, but it cannot in any way be theft under the criminal law. While one can, in certain circumstances, steal a chose in action, the rights provided in the *Copyright Act* cannot be taken or converted as their owner would never suffer deprivation. Therefore, whether or not copyright is property, it cannot, in my opinion, be the object of theft under s. 283(1) of the *Code*.

To summarize in a schematic way: "anything" is not restricted to tangibles, but includes intangibles. To be the subject of theft it must, however:

1. be property of some sort;
2. be property capable of being
  - (a) taken—therefore intangibles are excluded; or
  - (b) converted—and may be an intangible;

gnements ne sont pas en soi des biens, il reste néanmoins que les renseignements confidentiels font l'objet d'un droit de propriété maintenant protégé par les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme les droits d'auteur sont, selon lui, des biens, ils tombent sous le coup du par. 283(1) et peuvent en conséquence être volés. La liste établie par l'employeur en l'espèce est bel et bien une «œuvre littéraire» selon la définition de l'art. 2 de la Loi et fait donc l'objet d'un droit d'auteur au sens de l'art. 3 de ladite loi. Cela signifie-t-il toutefois que la reproduction non autorisée d'information visée par un droit d'auteur constitue un vol?

Le droit d'auteur est défini comme le droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre sous une forme matérielle (art. 3). Celui qui ne fait que copier des documents, qu'ils soient ou non confidentiels, n'acquiert pas le droit d'auteur et ne prive pas le titulaire d'une partie de celui-ci. Peu importe le nombre de copies qu'on fait d'une œuvre, le titulaire du droit d'auteur continue à posséder le droit exclusif de reproduire son œuvre ou d'en autoriser la reproduction. Aux termes de l'art. 17 de la Loi, quiconque fait ainsi des copies viole le droit d'auteur, mais cela ne constitue nullement un vol aux fins du droit criminel. Si l'on peut dans certaines circonstances voler un droit incorporel, les droits accordés par la *Loi sur le droit d'auteur* ne peuvent être pris ni détournés, car leur propriétaire n'en subirait jamais une privation. Par conséquent, indépendamment de la question de savoir si un droit d'auteur est un bien, il ne peut, selon moi, faire l'objet d'un vol au sens du par. 283(1) du *Code*.

Résumons de façon schématique: «une chose quelconque» n'est pas limitée aux choses tangibles, mais inclut les choses intangibles. Toutefois, pour pouvoir être volé, la «chose quelconque» doit être:

1. un bien de quelque sorte;
2. un bien qui puisse être
  - a) pris—donc les choses intangibles sont exclues; ou
  - b) détourné—donc éventuellement une chose intangible;

(c) taken or converted in a way that deprives the owner of his proprietary interest in some way.

Confidential information should not be, for policy reasons, considered as property by the courts for the purposes of the law of theft. In any event, were it considered such, it is not capable of being taken as only tangibles can be taken. It cannot be converted, not because it is an intangible, but because, save very exceptional far-fetched circumstances, the owner would never be deprived of it.

For all these reasons, I am of the opinion that confidential information does not come within the meaning of the word "anything" of s. 283(1) of the *Criminal Code*.

## II

### Fraud

Appellant has also been charged with counselling the commission of fraud contrary to s. 338(1) of the *Criminal Code*:

**338. (1)** Every one who, by deceit, falsehood or other fraudulent means, whether or not it is a false pretence within the meaning of this Act, defrauds the public or any person, whether ascertained or not, of any property, money or valuable security,

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years, where the subject-matter of the fraud is a testamentary instrument or where the value thereof exceeds two hundred dollars;

Very little was argued in this Court in relation to the fraud charge. Be that as it may, it must be addressed given my conclusion as regards the theft charge.

In *R. v. Olan*, *supra*, this Court held that the element of "defraud" in s. 338(1) is established by proving a dishonest deprivation. The proof of a risk of prejudice to the economic interests of the victim is sufficient evidence of the deprivation; actual economic loss is not essential.

c) pris ou détourné d'une manière qui prive de quelque façon le titulaire de son droit sur un bien.

<sup>a</sup> Pour des raisons de politique judiciaire, les tribunaux ne devraient pas, dans les affaires de vol, considérer les renseignements confidentiels comme des biens. De toute façon, même si on les considère comme des biens, ils ne peuvent être pris puisque seuls des objets tangibles peuvent l'être. Ils ne peuvent être détournés, non pas parce qu'ils sont intangibles, mais parce que le propriétaire n'en serait jamais privé, sauf dans des circonstances très exceptionnelles et fantaisistes.

<sup>c</sup> Pour tous ces motifs, je suis d'avis que l'expression «une chose quelconque» employée au par. 283(1) du *Code criminel* n'englobe pas les renseignements confidentiels.

<sup>d</sup>

## II

### La fraude

<sup>e</sup> L'appelant a été accusé en outre d'avoir conseillé à une autre personne de commettre une fraude, contrairement au par. 338(1) du *Code criminel*. Le paragraphe 338(1) est ainsi conçu:

<sup>f</sup> **338. (1)** Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, argent ou valeur

<sup>g</sup> a) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans si l'objet de la fraude est un titre testamentaire ou si la valeur de ce dont est frustré le public ou toute personne dépasse deux cents dollars;

<sup>h</sup> En cette Cour, l'accusation de fraude a été très peu débattue. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une question sur laquelle il faut se pencher, étant donné ma conclusion en ce qui concerne le vol.

<sup>i</sup> Dans l'arrêt *R. c. Olan*, précité, cette Cour a conclu qu'on établit l'élément de frustration requis par le par. 338(1) en prouvant l'existence d'une privation malhonnête. La preuve que les intérêts économiques de la victime risquent de subir un préjudice suffit pour démontrer la privation; il n'est pas nécessaire qu'il y ait une perte économique réelle.

On the basis of this decision, the majority of the Court of Appeal was of the opinion that, since promotional groups had previously offered money to the hotel to obtain the list of its employees, Hart's appropriation of that information would have caused a risk of prejudice to the hotel's economic interests. The Court therefore found appellant guilty of counselling the commission of fraud.

In his dissent Lacourcière J.A. was of the view that appellant was not guilty under that count. He held that the hotel was not defrauded of confidential information since he found that such information was neither "property, money [n]or valuable security". The only question remaining was whether the appropriation of the information would have resulted in a risk of economic loss amounting to deprivation. In this regard, Lacourcière J.A. stated (at p. 236):

It is conceded that there was no intention on the part of the hotel to deal in a commercial way with the confidential information. The hotel would not have been defrauded of money or of any economic advantage; all that the hotel stood to lose was the confidentiality of the information. Although the respondent would have received some money for the information I find it difficult to see how the hotel suffered the requisite deprivation or detriment within the meaning of *R. v. Olan*, *supra*. The deprivation would be clear if the confidential information had been in the nature of a trade secret or copyrighted material having a commercial value intended to be exploited by the victim.

In this I agree with Lacourcière J.A. for the reasons quoted above.

I would therefore allow the appeal and restore the acquittals entered by the trial judge.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.*

Se fondant sur cet arrêt, la majorité en Cour d'appel a estimé que, puisque des agences publicitaires avaient déjà offert de l'argent à l'hôtel en échange de la liste de ses employés, les intérêts économiques de l'hôtel auraient pu subir un préjudice si Hart s'était approprié les renseignements. La Cour a donc déclaré l'appelant coupable d'avoir conseillé à une autre personne la perpétration d'une fraude.

Dans sa dissidence, cependant, le juge Lacourcière s'est dit d'avis que l'appelant ne s'était pas rendu coupable de cette infraction. Il a conclu que l'hôtel n'avait pas été frustré de renseignements confidentiels parce que, selon lui, ceux-ci n'étaient ni des biens, ni de l'argent, ni des valeurs. La seule question qui restait donc à trancher était celle de savoir si l'appropriation des renseignements en question aurait entraîné un risque de perte économique constituant une privation. À ce propos, le juge Lacourcière a dit (à la p. 236):

[TRADUCTION] On reconnaît qu'il n'y a eu aucune intention de la part de l'hôtel d'utiliser les renseignements confidentiels en cause à des fins commerciales. L'hôtel n'aurait donc pas été frustré d'argent ni d'un avantage économique quelconque; tout ce qu'il risquait de perdre était le caractère confidentiel des renseignements. Quoique l'intimé eût reçu de l'argent en contrepartie des renseignements, je vois mal en quoi l'hôtel a pu subir la privation ou le préjudice exigés par l'arrêt *R. c. Olan*, précité. La privation aurait été claire si les renseignements confidentiels avaient revêtu la forme d'un secret industriel ou de données faisant l'objet d'un droit d'auteur ayant une valeur commerciale et dont la victime entendait tirer parti.

J'abonde dans le sens du juge Lacourcière pour les raisons qu'il expose dans le passage reproduit ci-dessus.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les acquittements prononcés par le juge de première instance.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.*