

Jean-Paul Labaye *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LABAYE

Neutral citation: 2005 SCC 80.

File No.: 30460.

2005: April 18; 2005: December 21.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Keeping common bawdy-house — Indecency — Harm-based test — Group sex in club — Whether conduct constitutes criminal indecency — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) “common bawdy-house”, 210(1).

The accused was charged with keeping a common bawdy-house for the practice of acts of indecency under s. 210(1) of the *Criminal Code*. The accused operated a club in Montréal the purpose of which was to permit couples and single people to meet each other for group sex. Only members and their guests were admitted to the club. Prospective members were interviewed to ensure that they were aware of the nature of the activities of the club. Members paid an annual membership fee. A doorman manned the main door of the club, to ensure that only members and their guests entered. The club had three floors. The first floor was occupied by a bar, the second a salon, and the third the “apartment” of the accused. Two doors separated the third floor apartment from the rest of the club. One was marked “Privé” and the other was locked with a numeric key pad. Members of the club were supplied with the appropriate code and permitted to gain access to the third floor apartment. This was the only place where group sex took place. Entry to the club and participation in the activities were voluntary. At trial, the accused was convicted. The trial judge found that the accused’s apartment fell within the meaning of “public place”, as defined in s. 197(1) of the *Criminal Code*. She also found social harm in the fact that sexual exchanges took place in the presence of other members of the club. She concluded that this conduct was indecent under the *Criminal Code* because

Jean-Paul Labaye *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. LABAYE

Référence neutre : 2005 CSC 80.

N° du greffe : 30460.

2005 : 18 avril; 2005 : 21 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Tenue d’une maison de débauche — Indécence — Test fondé sur le préjudice — Club d’échangisme — Indécence de la conduite au sens du droit criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1) « maison de débauche », 210(1).

Une accusation a été portée contre l’accusé pour avoir tenu une maison de débauche pour la pratique d’actes d’indécence en contravention du par. 210(1) du *Code criminel*. L’accusé exploitait à Montréal un club dont l’objet était de permettre aux couples et aux célibataires de se rencontrer pour se livrer à des activités sexuelles de groupe. Seuls les membres et leurs invités étaient admis au club. On faisait passer une entrevue aux futurs membres pour s’assurer qu’ils soient au courant de la nature des activités du club. Les membres payaient des frais d’adhésion annuels. Un portier était posté à l’entrée principale du club, veillant à ce que seuls les membres et leurs invités y entrent. Le club occupait trois étages. Un bar se trouvait au premier, un salon au deuxième et l’« appartement » de l’accusé au troisième. Deux portes séparaient l’appartement du troisième étage du reste du club. L’une portait la mention « Privé » et l’autre était munie d’une serrure numérique. Les membres du club étaient informés de la combinaison et avaient accès à l’appartement du troisième étage. C’est le seul endroit où avaient lieu les activités sexuelles de groupe. L’entrée au club et la participation aux activités étaient volontaires. En première instance, l’accusé a été déclaré coupable. La juge du procès a conclu que l’appartement de l’accusé répondait à la définition d’un « endroit public » énoncée au par. 197(1) du *Code criminel*. Elle a aussi conclu à l’existence d’un

it was degrading and dehumanizing, was calculated to induce anti-social behaviour in its disregard for moral values, and raised the risk of sexually transmitted diseases. A majority of the Quebec Court of Appeal upheld the accused's conviction.

Held (Bastarache and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the accused's conviction set aside.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.: In order to establish indecent criminal conduct, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that two requirements have been met. The first is that by its nature the conduct at issue causes harm or presents a significant risk of harm to individuals or society in a way that undermines or threatens to undermine a value reflected in and thus formally endorsed through the Constitution or similar fundamental laws by (a) confronting members of the public with conduct that significantly interferes with their autonomy and liberty, (b) predisposing others to anti-social behaviour, or (c) physically or psychologically harming persons involved in the conduct. The categories of harm capable of satisfying the first branch of the inquiry are not closed. The second requirement is that the harm or risk of harm is of a degree that is incompatible with the proper functioning of society. This two-branch test must be applied objectively and on the basis of evidence. [62]

In this case, the accused must be acquitted. The autonomy and liberty of members of the public was not affected by unwanted confrontation with the sexual conduct in question. On the evidence, only those already disposed to this sort of sexual activity were allowed to participate and watch. There is also no evidence of anti-social acts or attitudes toward women, or for that matter men. No one was pressured to have sex, paid for sex, or treated as a mere sexual object for the gratification of others. The fact that the club is a commercial establishment does not in itself render the sexual activities taking place there commercial in nature. The membership fee buys access to a club where members can meet and engage in consensual activities with other individuals who have similar sexual interests. Finally, with respect to the third type of harm, the only possible danger to participants on the evidence was the risk of catching a sexually transmitted disease. However, this

préjudice social du fait que les échanges sexuels avaient lieu devant d'autres membres du club. À son avis, cette conduite était indécente au sens du *Code criminel* parce qu'elle était dégradante et déshumanisante, qu'elle prédisposait à des comportements antisociaux en faisant fi des valeurs morales et qu'elle augmentait les risques de maladies transmissibles sexuellement. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt (les juges Bastarache et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité de l'accusé est annulée.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron : La conduite indécente criminelle sera établie si le ministre public prouve deux éléments hors de tout doute raisonnable. Premièrement, de par sa nature, la conduite en litige cause ou présente un risque appréciable que soit causé, à des personnes ou à la société, un préjudice qui porte atteinte ou menace de porter atteinte à une valeur exprimée et donc reconnue officiellement dans la Constitution ou une autre loi fondamentale semblable, notamment : a) en exposant les membres du public à une conduite qui entrave de façon appréciable leur autonomie et leur liberté; b) en prédisposant autrui à adopter un comportement antisocial; c) en causant un préjudice physique ou psychologique aux personnes qui participent aux activités. Les catégories de préjudices pouvant satisfaire au premier volet de l'examen ne sont pas exhaustives. Deuxièmement, le préjudice ou le risque de préjudice atteint un degré tel qu'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Ce test en deux volets doit être appliqué objectivement et en fonction de la preuve. [62]

En l'espèce, l'accusé doit être acquitté. L'autonomie et la liberté des membres du public n'ont pas été touchées par une exposition involontaire à la conduite sexuelle en cause. Selon la preuve, seules les personnes déjà favorables à ce genre d'activité sexuelle étaient admises à y participer et à en être témoins. La preuve n'établit pas non plus l'existence d'attitudes ou d'actes antisociaux envers les femmes, ni d'ailleurs envers les hommes. Personne n'a été contraint de se livrer à des activités sexuelles, n'a été payé pour s'y livrer, ni n'a été traité comme un simple objet sexuel servant à la gratification des autres. Le fait que le club soit un établissement commercial ne confère pas en soi un caractère commercial aux activités sexuelles qui s'y déroulaient. Les frais d'adhésion donnent accès au club où les membres peuvent se rencontrer et s'adonner à des activités sur une base consensuelle avec des personnes qui partagent les mêmes intérêts en matière sexuelle. Enfin, quant

must be discounted as a factor because it is conceptually and causally unrelated to indecency. Since the Crown failed to establish the first requirement to prove indecent criminal conduct, it is unnecessary to proceed to the second branch of the test. If one did, there seems to be no evidence that the degree of alleged harm rose to the level of incompatibility with the proper functioning of society. [66-71]

Per Bastarache and LeBel JJ. (dissenting): The application of the appropriate test leads to the conclusion that the impugned acts were indecent and that the accused's establishment was a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) of the *Criminal Code*. [76]

The new approach to indecency proposed by the majority is neither desirable nor workable. Not only does it constitute an unwarranted break with the most important principles of our past decisions regarding indecency, but it also replaces the community standard of tolerance with a harm-based test. Whether or not serious social harm is sustained has never been the determinative test for indecency. Moreover, when the standard of tolerance is established on the basis of the three categories of harm, it becomes impossible to take into account the multitude of situations that could exceed the threshold for indecency. This new harm-based approach also strips of all relevance the social values that the Canadian community as a whole believes should be protected. The existence of harm is not a prerequisite for exercising the state's power to criminalize certain conduct: the existence of fundamental social and ethical considerations is sufficient. Lastly, in the context of an offence under s. 210(1) of the *Criminal Code*, it is not absolutely necessary to consider the harm done to society. [75] [98-104] [115]

To determine whether acts are indecent, it is preferable to continue applying the original test for indecency, which focusses on a contextual analysis of the impugned acts and incorporates the concept of harm as a significant, but not determinative, factor to consider in establishing the applicable level of tolerance. Whether or not harm is sustained is merely one of several indicators or contextual factors that make it possible to gauge the degree of tolerance of the Canadian community. Although a certain degree of subjectivity is inherent in the establishment of the standard of tolerance because of the judge's role as interpreter of the community's

au troisième type de préjudice, le seul risque auquel s'exposaient les participants était celui de contracter une maladie transmissible sexuellement. Il faut toutefois faire abstraction de ce facteur parce qu'il n'a aucun lien conceptuel ni causal avec l'indécence. Le ministère public ayant échoué à prouver le premier élément servant à établir la conduite indécente au sens du droit criminel, il n'est pas nécessaire de passer au second volet du test. Toutefois, si on l'appliquait, aucune preuve ne semble établir que le préjudice allégué atteindrait le degré requis pour qu'il y ait incompatibilité avec le bon fonctionnement de la société. [66-71]

Les juges Bastarache et LeBel (dissidents) : Lorsqu'on applique le test approprié, il faut conclure que les actes reprochés sont indécents et que l'établissement de l'accusé est une maison de débauche au sens du par. 210(1) du *Code criminel*. [76]

La nouvelle approche en matière d'indécence proposée par la majorité n'est ni souhaitable ni fonctionnelle. Cette approche constitue non seulement une rupture injustifiée avec les principes les plus importants de notre jurisprudence en matière d'indécence, mais elle a aussi pour effet de remplacer la norme de tolérance de la société par le critère du préjudice. Or, la présence ou l'absence d'un préjudice social grave n'a jamais été le critère décisif en ce qui concerne l'indécence. La détermination de la norme de tolérance en fonction des trois catégories de préjudice ne permet pas non plus de prendre en compte la multitude de situations susceptibles de franchir le seuil de l'indécence. Cette nouvelle approche fondée sur le préjudice prive également de toute pertinence les valeurs sociales que l'ensemble de la société canadienne considère important de protéger. L'existence d'un préjudice n'est pas un préalable à l'exercice du pouvoir de l'État de criminaliser certains comportements; l'existence de considérations sociales et morales fondamentales suffit. Enfin, dans le cadre d'une infraction visée au par. 210(1) du *Code criminel*, il n'y a pas lieu de s'attarder obligatoirement à l'effet du préjudice sur la société. [75] [98-104] [115]

Pour déterminer si des actes sont indécents, il est préférable de s'en tenir au test original de détermination de l'indécence qui met l'accent sur une analyse contextuelle des actes reprochés et qui intègre la notion de préjudice comme élément important, mais non décisif, de la détermination du niveau de tolérance applicable. La présence ou l'absence d'un préjudice n'est qu'un indice ou un facteur contextuel parmi plusieurs autres permettant de jauger le degré de tolérance de la société canadienne. Bien qu'un certain degré de subjectivité demeure inhérent à la détermination de la norme de tolérance en raison du rôle du juge comme interprète

minimum standards regarding sex, the analysis remains objective as long as the judge ignores his or her personal convictions and instead tries to determine the nature of the social consensus. [76] [134]

The question that must therefore be asked in the case at bar is as follows: “Do the impugned acts offend the standard of tolerance of the contemporary Canadian community, having regard to the place and context in which they occurred?” The following contextual factors may be considered in determining the standard of tolerance: (1) the private or public nature of the place; (2) the type of participants and the composition of the audience; (3) the nature of the warning given regarding the acts; (4) the measures taken to limit access to the place; (5) the commercial nature of the place and the acts; (6) the purpose of the acts; (7) the conduct of the participants; and (8) harm suffered by the participants. Regarding this last factor, attention must be paid to the risk of physical or psychological harm. This approach permits the risk of spreading sexually transmitted diseases to be taken into account. Finally, the consent of the participants or the fact that those present are informed adults is not in itself a determinative factor. A consensual sexual act that is totally acceptable in one situation may be indecent if it is performed in another context. It is the tolerance of the general public that counts, not the tolerance of the participants or spectators. [81] [122] [131-132]

In the case at bar, the impugned sexual acts were very explicit acts, and the place where the acts were performed was a public establishment. Although advertised as a private club, the accused’s club was a place to which the public had ready access “by invitation, express or implied”, within the meaning of s. 197(1) of the *Criminal Code*. All that was necessary was to pay the requested fee after a cursory interview that was quite superficial, or to be the guest of a club member. What is more, the measures taken by the club to control access did not adequately limit the public’s access to a place where very explicit sexual acts were performed. The establishment’s operations are also indicative of the commercial nature of the activities that took place there. Sexual acts could be performed on the third level of the establishment only after a mandatory commercial transaction between the participants and the owner of the establishment, since everyone had to pay a fee to become a member. The participants essentially purchased sexual services provided by other participants. In the instant case, it is even possible to conclude that a form of social harm has been sustained that results from the failure to meet the minimum standards of public morality. Finally, even though the participants

des normes minimales sociales en matière sexuelle, l’analyse reste objective, dans la mesure où le juge fait abstraction de ses convictions personnelles pour rechercher la nature du consensus social. [76] [134]

La question qu’il faut donc se poser en l’espèce est la suivante : « Les actes reprochés dépassent-ils la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine, compte tenu des lieux et du contexte dans lequel ils surviennent? » Les éléments contextuels suivants peuvent être examinés pour identifier la norme de tolérance : (1) le caractère privé ou public des lieux; (2) le type de participants et la composition de l’auditoire; (3) la nature de l’avertissement donné relativement aux actes; (4) les mesures visant à limiter l’accès aux lieux; (5) le caractère commercial des lieux et des actes; (6) la finalité de ceux-ci; (7) le comportement des participants et (8) le préjudice subi par les participants. En ce qui concerne le dernier élément, il faut porter attention aux risques de préjudice corporel ou psychologique. Cette approche permet de prendre en compte le risque de propagation de maladies transmissibles sexuellement. Finalement, le consentement des participants ou la présence d’adultes avertis ne sont pas, à eux seuls, des éléments décisifs. Un acte sexuel consensuel, tout à fait accepté dans une situation donnée, peut être indécent s’il est accompli dans un autre contexte. C’est la tolérance de la population en général qui compte et non celle des participants ou spectateurs. [81] [122] [131-132]

En l’espèce, les actes sexuels reprochés sont des actes très explicites et le lieu dans lequel ces actes sont pratiqués est un établissement public. Bien qu’il s’annonce comme un club privé, le club de l’accusé constitue un endroit auquel le public a facilement accès, « sur invitation, expresse ou implicite » comme l’énonce le par. 197(1) du *Code criminel*. Il suffit de payer les frais exigés après avoir subi une entrevue simple et peu sérieuse ou d’être l’invité d’un membre du club. Les mesures de contrôle du club ne réussissent pas non plus à limiter adéquatement l’accès du public à un lieu où des actes sexuels très explicites sont pratiqués. Le fonctionnement de l’établissement révèle également le caractère commercial des activités qui s’y déroulent. La pratique d’actes sexuels au troisième niveau de l’établissement ne devient possible qu’après un échange commercial obligatoire entre les participants et le propriétaire de l’établissement, puisque toute personne doit déboursier des frais d’adhésion pour devenir membre. Pour les participants, il s’agit en quelque sorte d’un achat de services sexuels fournis par d’autres participants. Dans la présente affaire, il est même possible de conclure à l’existence d’une forme de préjudice social qui résulte du non-respect des normes minimales de moralité publique. Enfin, bien que les participants soient des

were informed adults whose actions were consensual and voluntary and who presumably shared the philosophy of partner swapping, this characteristic of the participants is not relevant under s. 210(1) of the *Criminal Code* other than to demonstrate the existence of demeaning or dehumanizing acts. Considered in context, the explicit sexual acts performed in the accused's establishment clearly offended the Canadian community standard of tolerance. The community does not tolerate the performance of acts of this nature in a place of business to which the public has easy access. The acts were therefore indecent. The public and commercial dimensions of the sexual practices in issue would lead to the conclusion that those practices were indecent even if there were no harm. [137-141] [145-148] [151-153]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; **referred to:** *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103, rev'd [1964] S.C.R. 251; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932.

By Bastarache and LeBel JJ. (dissenting)

Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] S.C.R. 251; *Provincial News Co. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 89; *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951; *Germain v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 241; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Roux v. La Reine*, [2001] R.J.Q. 567; *R. v. Pelletier* (1985), 27 C.C.C. (3d) 77; *R. v. Angerillo*, [2003] R.J.Q. 1977; *R. v. Jacob* (1996), 31 O.R. (3d) 350.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163(8), 167(1), 197(1) "common bawdy-house", "public place", 210(1), 211, 212, 213.

adultes avertis, qui agissent de façon consensuelle et volontaire et qui partagent présumément la philosophie de l'échangisme, cette caractéristique des participants n'est pas pertinente sous le régime du par. 210(1) du *Code criminel* autrement que pour démontrer l'existence d'actes dégradants ou déshumanisants. Vus dans leur contexte, les actes sexuels explicites pratiqués dans l'établissement de l'accusé dépassent clairement la norme de tolérance de la société canadienne. La société ne tolère pas que des actes de cette nature surviennent dans un lieu commercial auquel le public a facilement accès. Ils sont donc indécents. La dimension publique et commerciale des pratiques sexuelles en cause permettrait une conclusion d'indécence, même s'il n'existait aucun préjudice. [137-141] [145-148] [151-153]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103, inf. par [1964] R.C.S. 251; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

Citée par les juges Bastarache et LeBel (dissidents)

Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. c. The Queen*, [1964] R.C.S. 251; *Provincial News Co. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 89; *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951; *Germain c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 241; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Roux c. La Reine*, [2001] R.J.Q. 567; *Pelletier c. La Reine*, [1986] R.J.Q. 595; *R. c. Angerillo*, [2003] R.J.Q. 1977; *R. c. Jacob* (1996), 31 O.R. (3d) 350.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163(8), 167(1), 197(1) « endroit public », « maison de débauche », 210(1), 211, 212, 213.

Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 150(8) [ad. 1959, c. 41, s. 11].

Authors Cited

LeBel, Louis. « Un essai de conciliation de valeurs: la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux » (2001), 3(2) *Éthique publique* 51.

Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Edited by R. B. MacCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Proulx, Rochon and Rayle JJ.A.), [2004] R.J.Q. 2076, 191 C.C.C. (3d) 66, [2004] Q.J. No. 7723 (QL), upholding the accused's conviction on a charge of keeping a common bawdy-house, [1999] R.J.Q. 2801, [1999] Q.J. No. 2524 (QL). Appeal allowed, Bastarache and LeBel JJ. dissenting.

Robert La Haye and Josée Ferrari, for the appellant.

Normand Labelle, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

The appellant appeals from a conviction of keeping a “common bawdy-house” for the “practice of acts of indecency” under s. 210(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The issue is whether the acts committed in his establishment were acts of indecency within the meaning of our criminal law.

Defining indecency under the *Criminal Code* is a notoriously difficult enterprise. The *Criminal Code* offers no assistance, leaving the task to judges. The test developed by the cases has evolved from one based largely on subjective considerations, to one emphasizing the need for objective criteria, based on harm. This heightened emphasis on objective criteria rests on the principle that crimes should be defined in a way that affords citizens, police and the courts a clear idea of what acts are

Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 150(8) [aj. 1959, ch. 41, art. 11].

Doctrine citée

LeBel, Louis. « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux » (2001), 3(2) *Éthique publique* 51.

Mill, John Stuart. *De la liberté*, trad. L. Lenglet. Paris : Gallimard, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Proulx, Rochon et Rayle), [2004] R.J.Q. 2076, 191 C.C.C. (3d) 66, [2004] J.Q. n° 7723 (QL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour avoir tenu une maison de débauche, [1999] R.J.Q. 2801, [1999] J.Q. n° 2524 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Bastarache et LeBel sont dissidents.

Robert La Haye et Josée Ferrari, pour l'appellant.

Normand Labelle, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron rendu par

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

L'appellant se pourvoit contre sa condamnation pour avoir tenu une « maison de débauche » pour la « pratique d'actes d'indécence » en contravention du par. 210(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il s'agit de déterminer si les actes commis dans son établissement étaient des actes d'indécence au sens où l'entend notre droit criminel.

Définir l'indécence sous le régime du *Code criminel* est une entreprise notoirement difficile. Le *Code criminel* n'est d'aucun secours, laissant cette tâche aux juges. Le test élaboré par la jurisprudence, qui était au départ essentiellement fondé sur des considérations subjectives, a évolué pour faire maintenant ressortir la nécessité d'un test objectif, fondé sur le préjudice. L'importance accrue accordée à un test objectif repose sur le principe que les infractions criminelles doivent être définies de

1

2

prohibited. (See *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, per Lamer J.) We generally convict and imprison people only where it is established beyond a reasonable doubt that they have violated objectively defined norms. Crimes relating to public indecency are no exception.

telle manière que les citoyens, la police et les tribunaux puissent avoir une idée claire des actes qui sont interdits. (Voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, le juge Lamer.) En règle générale, nous ne condamnons et n'emprisonnons les gens que lorsqu'il est établi hors de tout doute raisonnable qu'ils ont violé des normes définies objectivement. Les crimes liés à l'indécence publique ne font pas exception.

3 This appeal requires us to apply the norms developed in recent cases to the operation of clubs established to facilitate group sex, a practice colloquially referred to as “swinging”. This in turn invites further refinement of the objective criteria for indecency under the *Criminal Code*.

Nous sommes appelés en l'espèce à appliquer les normes élaborées dans la jurisprudence récente à l'exploitation de clubs facilitant les activités sexuelles de groupe, une pratique familièrement appelée « échangeisme ». Cela nous oblige à préciser davantage le test objectif servant à établir l'indécence sous le régime du *Code criminel*.

4 I conclude that the appellant's conviction should be quashed.

Je conclus que la déclaration de culpabilité de l'appellant doit être annulée.

2. Facts

2. Les faits

5 The appellant operated a club in Montréal, called L'Orage. The purpose of the club was to permit couples and single people to meet each other for group sex. Only members and their guests were admitted to the club. Prospective members were interviewed to ensure that they were aware of the nature of the activities of the club and to exclude applicants who did not share the same views on group sex. Members paid an annual membership fee.

L'appellant exploitait à Montréal un club appelé L'Orage. L'objet du club était de permettre aux couples et aux célibataires de se rencontrer pour se livrer à des activités sexuelles de groupe. Seuls les membres et leurs invités étaient admis au club. On faisait passer une entrevue aux futurs membres pour s'assurer qu'ils soient au courant de la nature des activités du club et pour exclure ceux qui ne partageaient pas l'opinion des membres sur les activités sexuelles de groupe. Les membres payaient des frais d'adhésion annuels.

6 At the time of the events giving rise to the charge against the appellant, the club L'Orage had three floors. The first floor was occupied by a bar, the second a salon, and the third the “apartment” of the appellant. A doorman manned the main door of the club, to ensure that only members and their guests entered. Two doors separated access to the third floor apartment from the rest of the club. One was marked “*Privé*” (Private) and the other locked with a numeric key pad.

Au moment des événements à l'origine de l'accusation portée contre l'appellant, le club L'Orage occupait trois étages. Un bar se trouvait au premier, un salon au deuxième et l'« appartement » de l'appellant au troisième. Un portier était posté à l'entrée principale du club, veillant à ce que seuls les membres et leurs invités puissent entrer. Deux portes séparaient l'appartement du troisième étage du reste du club. L'une portait la mention « *Privé* » et l'autre était munie d'une serrure numérique.

7 Members of the club were supplied with the appropriate code and permitted to access the third

Les membres du club étaient informés de la combinaison et avaient accès à l'appartement du

floor apartment. This was the only place where group sex took place. A number of mattresses were scattered about the floor of the apartment. There people engaged in acts of cunnilingus, masturbation, fellatio and penetration. On several occasions observed by the police, a single woman engaged in sex with several men, while other men watched and masturbated.

Entry to the club and participation in the activities were voluntary. No one was forced to do anything or watch anything. No one was paid for sex. While men considerably outnumbered women on the occasions when the police visited, there is no suggestion that any of the women were there involuntarily or that they did not willingly engage in the acts of group sex.

3. Judicial History

According to Baribeau J., the test of indecency required assessing the public or private context of the activities at issue ([1999] R.J.Q. 2801). She found that the appellant's apartment fell within the meaning of "public place", defined in s. 197(1) of the *Criminal Code* as including "any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied". The trial judge attached no significance to the fact that the public here was composed of members of the club and their guests. Based on the public nature of the locale, the trial judge concluded that the sexual practices on these facts fell below the Canadian community standard of tolerance.

The trial judge, relying on *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630, found social harm in the fact that sexual exchanges took place in the presence of other members of the club. In her view, this conduct was indecent under the *Criminal Code* because it was degrading and dehumanizing, was calculated to induce anti-social behaviour in its disregard for moral values, and raised the risk of sexually transmitted diseases.

troisième étage. C'est le seul endroit où avaient lieu les activités sexuelles de groupe. Des matelas étaient disposés çà et là sur le plancher de l'appartement. Les gens s'y livraient à des actes de cunnilingus, de masturbation, de fellation et de pénétration. À plusieurs occasions, les policiers y ont vu une femme seule avoir des rapports sexuels avec plusieurs hommes, pendant que d'autres hommes observaient la scène en se masturbant.

L'entrée au club et la participation aux activités étaient volontaires. Personne n'était contraint de faire ni de voir quoi que ce soit. Personne n'était payé pour avoir des relations sexuelles. Bien que les policiers aient constaté au cours de leurs visites que le nombre d'hommes dépassait largement le nombre de femmes, rien n'indique qu'elles s'y trouvaient de façon involontaire ni qu'elles participaient contre leur gré aux activités sexuelles de groupe.

3. Historique judiciaire

Selon la juge Baribeau, le test servant à établir l'indécence commandait une appréciation du contexte public ou privé des activités en cause ([1999] R.J.Q. 2801). Elle a conclu que l'appartement de l'appelant répondait à la définition d'un « endroit public » énoncée au par. 197(1) du *Code criminel*, puisqu'il s'agissait d'un « lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite ». La juge du procès n'a accordé aucune importance au fait que le public en question était composé des membres du club et de leurs invités. Se fondant sur la nature publique du lieu, elle a conclu à partir des faits que les pratiques sexuelles en cause ne respectaient pas la norme de tolérance de la société canadienne.

S'appuyant sur *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630, la juge du procès a conclu à l'existence d'un préjudice social du fait que les échanges sexuels avaient lieu devant d'autres membres du club. À son avis, cette conduite était indécente au sens du *Code criminel* parce qu'elle était dégradante et déshumanisante, qu'elle prédisposait à des comportements antisociaux en faisant fi des valeurs morales et qu'elle augmentait les risques de maladies transmissibles sexuellement.

8

9

10

11 A majority of the Quebec Court of Appeal upheld the appellant's conviction ((2004), 191 C.C.C. (3d) 66). Rochon J.A. held that the activities at issue were prejudicial to society because of the health risks involved and the propagation of a degrading and dehumanizing view of sexuality. Rayle J.A. agreed, inferring a more substantial risk of harm than in *Mara* from the higher number of sexual partners involved. In the view of the majority, the voluntary character of their participation did not diminish the resulting degradation, loss of integrity and self-respect.

12 Proulx J.A., dissenting, found that the trial judge's conviction was based on several errors. Even if the establishment was a public place, as defined in the *Criminal Code*, members of the club did not perform the sexual acts in open public view, but in a context of relative privacy. Entrants were screened and informed. All the participants retained their full autonomy. The sexual exchanges they participated in reflected their personal choice and view of sexuality. Since there was no meaningful distinction between participants and observers, the presence of observers was not relevant for assessing the publicly indecent character of the activities. Moreover, there was no social harm comparable to that identified in *Mara*, where the payment of women for sexual services led to an inference of exploitation.

4. Analysis

4.1 *The Legal Test for Criminal Indecency*

4.1.1 The History of Criminal Indecency

13 Section 210(1) of the *Criminal Code* makes it an offence, punishable by two years in prison, to keep a common bawdy-house. A bawdy-house is defined in s. 197(1) of the *Code* as a place kept,

Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant ([2004] R.J.Q. 2076). Le juge Rochon a conclu que les activités litigieuses causaient un préjudice à la société en raison des risques qu'elles présentaient pour la santé et de la vision dégradante et déshumanisante de la sexualité qu'elles propageaient. La juge Rayle a souscrit à cette opinion, concluant à l'existence d'un risque de préjudice plus élevé que dans l'affaire *Mara* en raison du plus grand nombre de partenaires sexuels prenant part aux activités. Selon les juges majoritaires, le caractère volontaire de leur participation ne diminuait en rien l'avilissement, ni la perte d'intégrité et du respect de soi qui en résultaient.

Le juge Proulx, dissident, a conclu que la déclaration de culpabilité prononcée par la juge du procès reposait sur plusieurs erreurs. Même si l'établissement était un endroit public, au sens du *Code criminel*, les membres du club n'accomplissaient pas les actes sexuels en public, mais dans un contexte de relative intimité. Les nouveaux venus étaient sélectionnés et informés. Tous les participants conservaient leur pleine autonomie. Les échanges sexuels auxquels ils participaient correspondaient à leur choix personnel et à leur vision de la sexualité. Puisqu'il n'y avait aucune différence importante entre les participants et les observateurs, la présence de ces derniers n'avait aucune pertinence pour l'appréciation de l'indécence publique de ces activités. En outre, il n'existait aucun préjudice social comparable à celui constaté dans *Mara*, où le fait que des femmes étaient payées en échange de services sexuels a amené la Cour à inférer qu'il y avait exploitation.

4. Analyse

4.1 *Le test juridique applicable à l'indécence criminelle*

4.1.1 L'historique de l'indécence criminelle

Selon le par. 210(1) du *Code criminel*, la tenue d'une maison de débauche constitue un acte criminel punissable d'un emprisonnement de deux ans. Le paragraphe 197(1) du *Code* définit une

occupied, or resorted to “by one or more persons for the purpose of prostitution or the practice of acts of indecency”. The only question in this case is whether what went on at L’Orage constituted “acts of indecency”.

Indecency has two meanings, one moral and one legal. Our concern is not with the moral aspect of indecency, but with the legal. The moral and legal aspects of the concept are, of course, related. Historically, the legal concepts of indecency and obscenity, as applied to conduct and publications, respectively, have been inspired and informed by the moral views of the community. But over time, courts increasingly came to recognize that morals and taste were subjective, arbitrary and unworkable in the criminal context, and that a diverse society could function only with a generous measure of tolerance for minority mores and practices. This led to a legal norm of objectively ascertainable harm instead of subjective disapproval.

Canadian law on indecent acts, from its origins in the English common law, has been firmly anchored in societal rather than purely private moral concerns. For example, in the early case of *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, Cockburn C.J. stated that the test for obscenity was whether the material would tend to deprave and corrupt other members of society.

However, depravity and corruption vary with the eye of the beholder, and the *Hicklin* test proved difficult to apply in an objective fashion. Convictions often depended more on the idiosyncracies and the subjective moral views of the judge or jurors than objective criteria of what might deprave or corrupt. Nevertheless, the *Hicklin* test remained in place for almost a century.

« maison de débauche » comme un local qui, selon le cas, est tenu, occupé ou fréquenté « par une ou plusieurs personnes, à des fins de prostitution ou pour la pratique d’actes d’indécence ». La seule question qui se pose en l’espèce consiste à savoir si ce qui se passait à L’Orage constituait des « actes d’indécence ».

L’indécence a deux sens : un sens moral et un sens juridique. Ce n’est pas à l’aspect moral de l’indécence que nous devons nous intéresser, mais à son aspect juridique. Les aspects moral et juridique du concept sont évidemment liés. Historiquement, les concepts juridiques de l’indécence et de l’obscénité, appliqués respectivement à des comportements et à des publications, ont été inspirés et influencés par les valeurs morales de la société. Mais au fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs et arbitraires, qu’ils n’étaient pas fonctionnels dans le contexte criminel, et qu’une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d’une société diversifiée. Cela a mené à l’adoption d’une norme juridique fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective.

Depuis ses origines en common law britannique, le droit canadien en matière d’actes d’indécence a toujours été solidement ancré dans les préoccupations morales sociales plutôt que purement privées. Ainsi, le juge en chef Cockburn a dit il y a longtemps, dans l’arrêt *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, que le test servant à établir l’obscénité consistait à déterminer si le matériel tendait à dépraver et à corrompre d’autres membres de la société.

Or, la dépravation et la corruption sont des notions qui varient d’une personne à l’autre, et le test établi dans *Hicklin* s’est révélé difficile à appliquer de manière objective. Les déclarations de culpabilité dépendaient souvent davantage des dispositions particulières et des valeurs morales subjectives du juge ou des jurés que de critères objectifs permettant de déterminer ce qui risque de dépraver ou de corrompre. Le test établi dans *Hicklin* a néanmoins été appliqué pendant près d’un siècle.

14

15

16

17

In 1959, the Canadian Parliament introduced a new “undue exploitation of sex” test for obscene materials: s. 150(8) of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51 (added by S.C. 1959, c. 41, s. 11) (now s. 163(8)). In considering this test, the Supreme Court emphasized the failings of the previous test and the need for new criteria “which have some certainty of meaning and are capable of objective application and which do not so much depend as before upon the idiosyncrasies and sensitivities of the tribunal of fact, whether judge or jury”: *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681, at p. 702, *per* Judson J.

18

Borrowing on decisions from Australia and New Zealand emphasizing the foundation of criminal legislation on obscenity and indecency in societal norms, the Court adopted a test based on the community standard of tolerance. On its face, the test was objective, requiring the trier of fact to determine what the community would tolerate. Yet once again, in practice it proved difficult to apply in an objective fashion. How does one determine what the “community” would tolerate were it aware of the conduct or material? In a diverse, pluralistic society whose members hold divergent views, who is the “community”? And how can one objectively determine what the community, if one could define it, would tolerate, in the absence of evidence that community knew of and considered the conduct at issue? In practice, once again, the test tended to function as a proxy for the personal views of expert witnesses, judges and jurors. In the end, the question often came down to what they, as individual members of the community, would tolerate. Judges and jurors were unlikely, human nature being what it is, to see themselves and their beliefs as intolerant. It was far more likely that they would see themselves as reasonable, representative members of the community. The chances of a judge or juror saying, “I view this conduct as indecent but I set that view aside because it is intolerant”, were remote indeed. The result was that despite its superficial objectivity, the community

En 1959, le Parlement canadien a introduit un nouveau test fondé sur « l'exploitation indue des choses sexuelles » pour l'appréciation du matériel obscène : par. 150(8) du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51 (aj. S.C. 1959, ch. 41, art. 11) (maintenant le par. 163(8)). En examinant ce test, la Cour suprême a fait ressortir les lacunes de l'ancien et la nécessité d'avoir recours à de nouveaux critères [TRADUCTION] « qui présentent une certaine certitude de sens et qui peuvent être appliqués objectivement, des critères qui ne dépendent pas autant qu'auparavant des idiosyncrasies et de la sensibilité du juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury » : *Brodie c. La Reine*, [1962] R.C.S. 681, p. 702, le juge Judson.

S'inspirant des décisions australiennes et néo-zélandaises qui mettaient l'accent sur le rôle des normes sociales comme fondement de la législation criminalisant l'obscénité et l'indécence, la Cour a adopté un test reposant sur la norme de tolérance de la société. Ce test qui obligeait le juge des faits à déterminer ce que la société tolérerait, était objectif à première vue. Mais encore une fois, en pratique, il s'est révélé difficile à appliquer de manière objective. Comment décide-t-on de ce que la « société » tolérerait si elle prenait connaissance de la conduite ou du matériel? Dans une société diversifiée et pluraliste dont les membres ont des opinions divergentes, de qui se compose la « société »? Et, à supposer qu'on réussisse à définir la société, comment peut-on objectivement décider de ce qu'elle tolérerait, en l'absence de preuve qu'elle était au courant du comportement en cause et qu'elle l'a évalué? Encore une fois, en pratique, ce test est devenu en quelque sorte un indicateur des opinions personnelles des témoins experts, des juges et des jurés. En définitive, la question se résumait souvent à se demander ce que ces personnes toléreraient en tant que membres de la société. La nature humaine étant ce qu'elle est, les juges et les jurés ne se percevaient probablement pas comme des personnes intolérantes et ne croyaient pas que leurs convictions pouvaient l'être. Il est beaucoup plus probable qu'ils se voyaient comme des êtres raisonnables, représentant bien les membres de la société. La possibilité était effectivement bien mince qu'un juge ou un juré

standard of tolerance test remained highly subjective in application.

Freedman J.A., dissenting in the Manitoba Court of Appeal, while noting the difficult challenge of applying the new community standard of tolerance test in an objective fashion, concluded that it was the only alternative to pure subjectivity (*R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103). In a passage adopted by the Supreme Court of Canada ([1964] S.C.R. 251), Freedman J.A. wrote:

Those standards are not set by those of lowest taste or interest. Nor are they set exclusively by those of rigid, austere, conservative, or puritan taste and habit of mind. Something approaching a general average of community thinking and feeling has to be discovered. Obviously this is no easy task, for we are seeking a quantity that is elusive. Yet the effort must be made if we are to have a fair objective standard in relation to which a publication can be tested as to whether it is obscene or not. The alternative would mean a subjective approach, with the result dependent upon and varying with the personal tastes and predilections of the particular Judge who happens to be trying the case. [p. 116]

In 1985, the Supreme Court pursued the search for objectivity by introducing a two-part definition of community standards of tolerance in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494. The first way to establish obscenity (undue exploitation of sex) was to show that the material violated the norm of tolerance of what Canadians would permit others, whose views they did not share, to do or see (p. 508). The second was to show that the material would have a harmful effect on others in society (p. 505). Although this notion of harm had been implicit in Cockburn C.J.'s definition of obscenity in *Hicklin*, *Towne Cinema* marked the first clear articulation of the relationship between obscenity and harm in Canadian jurisprudence, and represented the beginning of a shift from

dise : « Je considère cette conduite indécente, mais je fais abstraction de cette opinion puisqu'elle est empreinte d'intolérance. » En somme, en dépit de son apparente objectivité, le test fondé sur la norme de tolérance de la société est demeuré très subjectif dans son application.

Bien qu'il ait signalé la difficulté d'appliquer de façon objective le nouveau test fondé sur la norme de tolérance de la société, le juge Freedman de la Cour d'appel du Manitoba (dissident) a conclu qu'il constituait la seule solution de rechange à la subjectivité pure (*R. c. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103). Dans un passage adopté par la Cour suprême du Canada ([1964] R.C.S. 251), le juge Freedman a écrit :

[TRADUCTION] Ces normes ne sont pas fixées par des gens au goût et aux intérêts les plus bas. Elles ne sont pas non plus fixées exclusivement par des gens de goût et d'esprit rigides, austères, conservateurs ou puritains. Il faut en arriver à quelque chose qui se rapproche de la moyenne générale des opinions et des sentiments de la société. De toute évidence, ce n'est pas une tâche facile puisque ce que nous cherchons à quantifier est intangible. Il faut quand même faire cet effort si nous voulons obtenir une norme juste et objective qui permette de vérifier si une publication est obscène. L'autre solution sous-tendrait une approche subjective, ce qui produirait des résultats variables dépendant des goûts et des préférences personnels de chaque juge qui se trouve à présider le procès. [p. 116]

En 1985, la Cour suprême a poursuivi la recherche d'objectivité, dans *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, en introduisant une définition en deux parties de la norme de tolérance de la société. La première façon de prouver l'obscénité (l'exploitation induite des choses sexuelles) était de démontrer que le matériel violait la norme de tolérance, c'est-à-dire qu'il outrepassait ce que les Canadiens permettraient à d'autres Canadiens, ayant des opinions divergentes, de faire ou de voir (p. 508). La deuxième façon consistait à démontrer que le matériel aurait un effet préjudiciable sur d'autres membres de la société (p. 505). Bien que cette notion de préjudice ait été implicite dans la définition de l'obscénité formulée par le juge en chef Cockburn dans *Hicklin*, l'arrêt *Towne Cinema*

a community standards test to a harm-based test.

21 The shift to a harm-based rationale was completed by this Court's decisions in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, and *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69. In *Butler*, the two-part test for obscenity of *Towne Cinema* was resolved into a single test, in which the community standard of tolerance was determined by reference to the risk of harm entailed by the conduct:

The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. Harm in this context means that it predisposes persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men, or, what is perhaps debatable, the reverse. Anti-social conduct for this purpose is conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning. The stronger the inference of a risk of harm the lesser the likelihood of tolerance. [Emphasis added; p. 485, *per Sopinka J.*]

22 The Court in *Little Sisters* confirmed that harm is an essential ingredient of obscenity. As Binnie J. pointed out, “the phrase ‘degrading or dehumanizing’ in *Butler* is qualified immediately by the words ‘if the risk of harm is substantial’ This makes it clear that not all sexually explicit erotica depicting adults engaged in conduct which is considered to be degrading or dehumanizing is obscene. The material must also create a substantial risk of harm which exceeds the community’s tolerance” (para. 60 (emphasis added)).

23 In *Mara*, the Court affirmed that in cases of indecency, like obscenity, the community standard of tolerance test amounts to a test of harm incompatible with society’s proper functioning.

offre le premier énoncé clair du lien établi par la jurisprudence canadienne entre l’obscénité et le préjudice et il marque le début du passage du test fondé sur la norme sociale à celui fondé sur le préjudice.

Ce passage à un raisonnement fondé sur le préjudice a été achevé dans les arrêts *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, et *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69. Dans *Butler*, le test en deux parties établi dans *Towne Cinema* relativement à l’obscénité a été ramené à un critère unique, suivant lequel la norme sociale de tolérance était établie en fonction du risque de préjudice que présentait la conduite :

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu’ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu’il predispose une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l’existence d’un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. [Je souligne; p. 485, le juge Sopinka.]

Dans *Little Sisters*, la Cour a confirmé que le préjudice est un élément essentiel de l’obscénité. Ainsi que l’a souligné le juge Binnie, « l’expression “dégradant ou déshumanisant” utilisée dans [*Butler*] est immédiatement tempérée par les mots “si le risque de préjudice est important” [. . .] Cela indique clairement que le matériel érotique sexuellement explicite représentant des adultes se livrant à des actes considérés comme dégradants ou déshumanisants n’est pas toujours obscène. Ce matériel doit également créer un risque de préjudice important, qui excède le seuil de tolérance de la société » (par. 60 (je souligne)).

Dans *Mara*, la Cour a confirmé qu’en matière d’indécence, comme en matière d’obscénité, le critère de la norme de tolérance de la société équivaut au critère du préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société.

Grounding criminal indecency in harm represents an important advance in this difficult area of the law. Harm or significant risk of harm is easier to prove than a community standard. Moreover, the requirement of a risk of harm incompatible with the proper functioning of society brings this area of the law into step with the vast majority of criminal offences, which are based on the need to protect society from harm.

However, it is not always clear precisely how the harm test for indecency applies in particular circumstances. New cases have raised questions as to the nature and degree of harm sufficient to establish indecency. Further definition is required in order to resolve cases like this, and to permit individuals to conduct themselves within the law and the police and courts to enforce the criminal sanction in an objective, fair way.

4.1.2 Toward a Theory of Harm

Developing a workable theory of harm is not a task for a single case. In the tradition of the common law, its full articulation will come only as judges consider diverse situations and render decisions on them. Moreover, the difficulty of the task should not be underestimated. We must proceed incrementally, step by cautious step.

The facts of this case require the further exploration of what types of harm, viewed objectively, suffice to found a conviction for keeping a bawdy-house for the purposes of acts of indecency. This exploration must be based on the purposes that the offence serves. More precisely, what harms are sought to be curtailed by targeting indecent conduct?

The first step is to generically describe the type of harm targeted by the concept of indecent conduct under the *Criminal Code*. In *Butler* at p. 485 and *Little Sisters* at para. 59, this was described

Faire reposer l'indécence criminelle sur le préjudice représente un progrès important dans ce domaine compliqué du droit. Le préjudice ou le risque appréciable de préjudice est plus facile à prouver qu'une norme sociale. De plus, l'exigence d'un risque de préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société met ce domaine du droit au diapason avec la vaste majorité des infractions criminelles, qui reposent sur la nécessité de protéger la société contre divers préjudices.

Cependant, on ne sait pas toujours comment appliquer exactement le test fondé sur le préjudice pour apprécier l'indécence dans une situation particulière. De nouvelles causes ont soulevé des questions quant à la nature et au degré du préjudice requis pour justifier une conclusion d'indécence. Une définition plus précise s'impose pour résoudre les cas comme celui qui nous occupe et pour permettre à chacun d'adopter une conduite conforme à la loi et à la police et aux tribunaux d'appliquer les sanctions criminelles de façon objective et équitable.

4.1.2 Vers une théorie du préjudice

Élaborer une théorie du préjudice qui soit efficace n'est pas l'affaire d'un seul arrêt. Dans la tradition de la common law, pareille théorie ne trouvera sa pleine expression qu'au fur et à mesure que les juges analyseront différentes situations et rendront des décisions à leur égard. De plus, il ne faudrait pas sous-estimer l'ampleur de la tâche. Nous devons procéder graduellement, avec prudence, étape par étape.

Les faits de l'espèce nécessitent une analyse approfondie des types de préjudices qui, pris objectivement, suffisent pour justifier une condamnation relativement à la tenue d'une maison de débauche pour la pratique d'actes d'indécence. Cette analyse doit s'appuyer sur le but dans lequel l'infraction a été créée. Plus précisément, quels maux a-t-on voulu enrayer en ciblant les comportements indécents?

La première étape consiste à décrire globalement le type de préjudice visé par le concept de conduite indécente pour l'application du *Code criminel*. Dans *Butler*, p. 485, et *Little Sisters*, par. 59,

24

25

26

27

28

as “conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning”.

29 Two general requirements emerge from this description of the harm required for criminal indecency. First, the words “formally recognize” suggest that the harm must be grounded in norms which our society has recognized in its Constitution or similar fundamental laws. This means that the inquiry is not based on individual notions of harm, nor on the teachings of a particular ideology, but on what society, through its laws and institutions, has recognized as essential to its proper functioning. Second, the harm must be serious in degree. It must not only detract from proper societal functioning, but must be *incompatible* with it.

30 It follows that the analysis to be performed in a particular case involves two steps. The first step is concerned with the *nature* of the harm. It asks whether the Crown has established a harm or significant risk of harm to others that is grounded in norms which our society has formally recognized in its Constitution or similar fundamental laws. The second step is concerned with the *degree* of the harm. It asks whether the harm in its degree is incompatible with the proper functioning of society. Both elements must be proved beyond a reasonable doubt before acts can be considered indecent under the *Criminal Code*.

31 I now turn to a more detailed consideration of each of the two requirements for establishing indecent acts for the purposes of s. 210 of the *Criminal Code*.

4.1.3 The Nature of the Harm: Harm to Individuals or Society Contrary to Society’s Norms

32 To ground criminal responsibility, the harm must be one which society *formally recognizes* as

ce préjudice a été défini comme le « comportement [. . .] que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement ».

Deux conditions générales se dégagent de cette définition du préjudice nécessaire pour qu’il y ait indécence criminelle. Premièrement, les mots « reconnaît officiellement » indiquent que le préjudice doit se rapporter à des normes que notre société a reconnues dans sa Constitution ou ses lois fondamentales semblables. Cela signifie que l’examen n’est pas fondé sur une conception individuelle de ce qui constitue un préjudice, ni sur les enseignements de telle ou telle idéologie, mais sur ce que la société, par ses lois et ses institutions, a reconnu comme essentiel à son bon fonctionnement. Deuxièmement, le préjudice doit être grave. Il doit non seulement nuire au bon fonctionnement de la société, mais être *incompatible* avec celui-ci.

Il s’ensuit que l’analyse à laquelle il faut procéder dans un cas donné comporte deux étapes. La première étape concerne la *nature* du préjudice. Il s’agit de savoir si le ministère public a établi l’existence d’un préjudice ou d’un risque appréciable de préjudice pour autrui qui se rapporte aux normes que notre société a officiellement reconnues dans sa Constitution ou ses lois fondamentales semblables. La deuxième étape concerne le *degré* de préjudice. Il s’agit de savoir si le préjudice atteint un degré tel qu’il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Chacun de ces deux éléments doit être prouvé hors de tout doute raisonnable pour que des actes soient considérés comme indécents pour l’application du *Code criminel*.

Je procéderai maintenant à un examen plus approfondi de chacune des deux conditions à remplir pour que soit établie l’existence d’actes d’indécence pour l’application de l’art. 210 du *Code criminel*.

4.1.3 La nature du préjudice : le préjudice causé aux personnes ou à la société qui est contraire aux normes sociales

Pour engager la responsabilité pénale, le préjudice doit être un préjudice que la société *reconnaît*

incompatible with its proper functioning: *Butler*, at p. 485.

The requirement of formal societal recognition makes the test objective. The inquiry is not based on individual notions of harm, nor on the teachings of a particular ideology, but on what society, through its fundamental laws, has recognized as essential. Views about the harm that the sexual conduct at issue may produce, however widely held, do not suffice to ground a conviction. This is not to say that social values no longer have a role to play. On the contrary, to ground a finding that acts are indecent, the harm must be shown to be related to a fundamental value reflected in our society's Constitution or similar fundamental laws, like bills of rights, which constitutes society's formal recognition that harm of the sort envisaged may be incompatible with its proper functioning. Unlike the community standard of tolerance test, the requirement of formal recognition inspires confidence that the values upheld by judges and jurors are truly those of Canadian society. Autonomy, liberty, equality and human dignity are among these values.

The complexity of the guarantee of freedom of religion in this context requires further comment. The claim that particular sexual conduct violates particular religious rules or values does not alone suffice to establish this element of the test. The question is what values Canadian society has formally recognized. Canadian society through its Constitution and similar fundamental laws does not formally recognize particular religious views, but rather *the freedom to hold particular religious views*. This freedom does not endorse any particular religious view, but the right to hold a variety of diverse views.

The requirement of formal endorsement ensures that people will not be convicted and imprisoned for transgressing the rules and beliefs of particular individuals or groups. To incur the ultimate

officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement : *Butler*, p. 485.

La condition relative à la reconnaissance sociale officielle assure l'objectivité du critère. L'examen n'est pas fondé sur des conceptions personnelles de ce qui constitue un préjudice, ni sur les enseignements de telle ou telle idéologie, mais sur ce que la société a reconnu, par ses lois fondamentales, comme essentiel. Des opinions sur le préjudice que peut causer la conduite en cause, si répandues soient-elles, ne suffisent pas pour fonder une condamnation. Cela ne signifie pas que les valeurs sociales n'ont plus aucun rôle à jouer. Au contraire, pour justifier une conclusion d'indécence, il faut démontrer que le préjudice se rattache à une valeur fondamentale exprimée dans la Constitution ou les lois fondamentales semblables de notre société, telles les déclarations des droits, par lesquelles la société reconnaît officiellement que le type de préjudice en cause peut être incompatible avec son bon fonctionnement. Contrairement au test fondé sur la norme de tolérance de la société, l'exigence de la reconnaissance officielle permet de croire que les valeurs défendues par les juges et les jurés sont véritablement celles de la société canadienne. L'autonomie, la liberté, l'égalité et la dignité humaine comptent parmi ces valeurs.

La complexité du droit à la liberté de religion dans ce contexte appelle d'autres commentaires. Prétendre qu'une conduite particulière porte atteinte à des règles ou des valeurs religieuses particulières ne suffit pas en soi à établir cet élément du test. La question est de savoir quelles sont les valeurs que la société canadienne a reconnues officiellement. La société canadienne, dans sa Constitution et ses lois fondamentales semblables, ne reconnaît pas officiellement d'opinions religieuses particulières, mais plutôt *la liberté d'avoir des opinions religieuses particulières*. Cette liberté n'appuie aucune opinion religieuse en particulier, mais affirme le droit à une variété d'opinions différentes.

L'exigence d'une reconnaissance officielle empêche que quelqu'un puisse être condamné et emprisonné pour avoir transgressé les règles et heurté les convictions de personnes ou de groupes

33

34

35

criminal sanction, they must have violated values which Canadian society as a whole has formally endorsed.

36 Three types of harm have thus far emerged from the jurisprudence as being capable of supporting a finding of indecency: (1) harm to those whose autonomy and liberty may be restricted by being confronted with inappropriate conduct; (2) harm to society by predisposing others to anti-social conduct; and (3) harm to individuals participating in the conduct. Each of these types of harm is grounded in values recognized by our Constitution and similar fundamental laws. The list is not closed; other types of harm may be shown in the future to meet the standards for criminality established by *Butler*. But thus far, these are the types of harm recognized by the cases.

37 Reference to the fundamental values of our Constitution and similar fundamental laws also eliminates types of conduct that do *not* constitute a harm in the required sense. Bad taste does not suffice: *Towne Cinema*, at p. 507. Moral views, even if strongly held, do not suffice. Similarly, the fact that most members of the community might disapprove of the conduct does not suffice: *Butler*, at p. 492. In each case, more is required to establish the necessary harm for criminal indecency.

38 A particular type of conduct may involve several types of harm; life does not fall into neatly tagged juridical boxes. But since each type of harm rests on its own set of values, it is useful to consider each independently. Being clear about the type of harm raised by the facts of a particular case, helps to determine what factors are relevant to assessing whether it rises to the degree prescribed in *Butler*. It ensures that the analysis is truly contextual, and is not skewed by factors that may not be relevant to the particular harms alleged in the case.

particuliers. Pour mériter la sanction ultime du droit criminel, il faut avoir porté atteinte à des valeurs auxquelles l'ensemble de la société canadienne a adhéré officiellement.

Jusqu'à maintenant, la jurisprudence a dégagé trois types de préjudices susceptibles d'étayer une conclusion d'indécence : (1) le préjudice causé à ceux dont l'autonomie et la liberté peuvent être restreintes du fait qu'ils sont exposés à une conduite inappropriée; (2) le préjudice causé à la société du fait de la prédisposition d'autrui à adopter une conduite antisociale; et (3) le préjudice causé aux personnes qui participent à la conduite. Chacun de ces types de préjudices est lié à des valeurs reconnues par notre Constitution et nos lois fondamentales semblables. Cette liste n'est pas exhaustive; il pourra être établi que d'autres types de préjudices satisfont aux normes établies dans *Butler* pour établir l'indécence criminelle. Mais ce sont pour l'instant les types de préjudices que la jurisprudence a reconnus.

Le renvoi aux valeurs essentielles de notre Constitution et de nos lois fondamentales semblables élimine aussi les types de conduite qui *ne* constituent *pas* un préjudice au sens requis. Le mauvais goût ne suffit pas : *Towne Cinema*, p. 507. Les convictions morales, même bien ancrées, ne suffisent pas. De même, le fait que la plupart des membres de la collectivité puissent désapprouver la conduite ne suffit pas : *Butler*, p. 492. Dans chaque cas, il faut plus pour établir le préjudice nécessaire à une conclusion d'indécence criminelle.

Un type particulier de conduite peut entraîner plusieurs types de préjudices : la vie ne se prête pas à une compartimentation étanche entre des catégories juridiques clairement définies. Mais comme chaque type de préjudice repose sur son propre ensemble de valeurs, il est utile de les examiner séparément. Bien saisir le type de préjudice qui résulte des faits dans une affaire donnée aide à établir quels facteurs sont pertinents pour déterminer si ce préjudice atteint le degré requis selon l'arrêt *Butler*. Cette façon de procéder garantit une analyse véritablement contextuelle, qui ne soit pas faussée par des facteurs qui ne sont pas nécessairement pertinents dans le cas des préjudices particuliers allégués.

Against this background, I turn to a closer look at the three types of harm that may ground a finding of criminal indecency. If harm in any of these senses is established beyond a reasonable doubt, the inquiry then proceeds to the second step of the *Butler* test, to assess whether the nature and quality of the harm rises to the required degree.

4.1.3.1 *The Harm of Loss of Autonomy and Liberty Through Public Confrontation*

The first is the harm of public confrontation with unacceptable and inappropriate conduct. One reason for criminalizing indecent acts and displays is to protect the public from being confronted with acts and material that reduce their quality of life. Indecent acts are banned because they subject the public to unwanted confrontation with inappropriate conduct. This harm is conceptually akin to nuisance. Nevertheless, to call this the “eyesore” basis of criminalization of indecent acts is to trivialize the harm. The harm is not the aesthetic harm of a less attractive community, but the loss of autonomy and liberty that public indecency may impose on individuals in society, as they seek to avoid confrontation with acts they find offensive and unacceptable. The value or interest protected is the autonomy and liberty of members of the public, to live within a zone that is free from conduct that deeply offends them.

Much harm in this category does not rise to the levels of harm required by *Butler* and *Little Sisters*. Tolerance requires that only serious and deeply offensive moral assaults can be kept from public view on pain of criminal sanction. We live in an age when sexual images, some subtle and some not so subtle, are widely dispersed throughout our public space. However, this does not negate the fact that even in our emancipated society, there may be some kinds of sexual conduct the public display of which seriously impairs the livability of the environment and significantly constrains autonomy.

C’est sur cette toile de fond que j’examinerai maintenant de plus près les trois types de préjudices susceptibles d’étayer une conclusion d’indécence criminelle. Si l’un ou l’autre de ces types de préjudices est établi hors de tout doute raisonnable, l’analyse se poursuit avec la deuxième étape du test établi dans *Butler*, qui consiste à déterminer si la nature et la qualité du préjudice atteignent le degré requis.

4.1.3.1 *Le préjudice de la perte d’autonomie et de liberté résultant de l’exposition du public*

Le premier type de préjudice est celui qui résulte de l’exposition du public à une conduite inacceptable et inappropriée. L’une des raisons de la criminalisation des représentations et des actes indécents est la volonté de protéger le public contre l’exposition à des actes et à du matériel qui diminuent sa qualité de vie. Les actes indécents sont proscrits parce qu’ils exposent le public, contre son gré, à une conduite inappropriée. Sur le plan conceptuel, ce préjudice s’apparente à la nuisance. Néanmoins, parler de « pollution visuelle » pour décrire ce motif de criminalisation des actes d’indécence banalise le préjudice. Il ne s’agit pas d’un préjudice esthétique dû à une société moins attrayante, mais d’une perte d’autonomie et de liberté causée par l’indécence publique à des membres de la société qui ne veulent pas être exposés à des actes qu’ils jugent offensants et inacceptables. La valeur ou le droit que l’on cherche à protéger est l’autonomie et la liberté des membres du public de vivre dans un environnement exempt d’une conduite qui les offense profondément.

La plupart des préjudices relevant de cette catégorie n’atteignent pas le degré requis par *Butler* et *Little Sisters*. La tolérance commande que seule la conduite qui constitue une atteinte morale grave et profondément offensante soit tenue à l’abri du regard du public sous peine de sanction criminelle. Nous vivons à une époque où l’espace public est envahi par des images sexuelles, certaines subtiles, d’autres moins. Il demeure toutefois que, même dans notre société émancipée, la représentation publique de certains types de comportements sexuels peut nuire sérieusement à la qualité de vie

Sexual relations are an intensely personal, religious and age-sensitive matter. People's autonomy and enjoyment of life can be deeply affected by being unavoidably confronted with debased public sexual displays. Even when avoidance is possible, the result may be diminished freedom to go where they wish or take their children where they want. Sexual conduct and material that presents a risk of seriously curtailing people's autonomy and liberty may justifiably be restricted. The loss of autonomy and liberty to ordinary people by in-your-face indecency is a potential harm to which the law is entitled to respond. If the risk of harm is significant enough, it may rise to the degree of the test for criminal indecency in *Butler* — conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning.

qu'offre un environnement et restreindre sensiblement l'autonomie. L'activité sexuelle est une question éminemment personnelle, étroitement liée à l'âge et aux croyances religieuses. Une personne peut subir une grave atteinte à son autonomie et à sa qualité de vie si elle ne peut échapper à des représentations sexuelles publiques dégradantes. Même lorsqu'il lui est possible de les éviter, il se peut que sa liberté d'aller où bon lui semble ou d'emmener ses enfants là où elle le désire soit restreinte. Les comportements et le matériel sexuels qui risquent de porter une grave atteinte à l'autonomie et à la liberté des gens peuvent, à juste titre, faire l'objet de restrictions. La perte d'autonomie et de liberté causée aux gens ordinaires par les actes d'indécence commis sous leur nez constitue un préjudice potentiel auquel le droit peut s'attaquer. Si le risque de préjudice est suffisamment appréciable, il peut atteindre le degré requis par le test servant à établir l'indécence criminelle énoncé dans *Butler* — celui du comportement que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement.

42 Since the harm in this class of case is based on the public being confronted with unpalatable acts or material, it is essential that there be a risk that members of the public either will be unwillingly exposed to the conduct or material, or that they will be forced to significantly change their usual conduct to avoid being so exposed.

Puisque le préjudice de cette catégorie repose sur l'exposition du public à des actes ou à du matériel insupportables, il est essentiel qu'il y ait un risque que les membres du public soient involontairement exposés à la conduite ou au matériel, ou qu'ils soient tenus de modifier sensiblement leurs habitudes pour éviter d'y être exposés.

43 This makes relevant the manner, place and audience of the acts alleged to be indecent. In this respect, indecency differs from obscenity, where an element of public exposure is presumed: *Butler*, at p. 485. As stated in *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, at p. 960, "the place in which the acts take place and the composition of the audience" may affect whether acts are indecent.

Pour cette raison, la nature, le lieu et l'auditoire des actes visés par les allégations d'indécence sont pertinents. À cet égard, l'indécence diffère de l'obscénité, l'exposition du public étant un élément qui se présume dans le cas de l'obscénité : *Butler*, p. 485. Comme il est précisé dans *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, p. 960, la question de savoir si un acte est indécent peut varier en fonction « du lieu où l'acte se produit et de la composition de l'auditoire ».

44 While these factors inform the factual and contextual determination of indecency, they are merely subsidiary and instrumental to the ultimate finding of harm. Whether certain acts are indecent cannot simply depend on whether they are performed in

Bien que ces facteurs guident l'examen factuel et contextuel de l'indécence, ils ne sont que des éléments auxiliaires et accessoires de la détermination ultime du préjudice. La question de savoir si certains actes sont indécents ne saurait

a “public place”, as defined in the *Criminal Code*. *Tremblay* cautioned against an overly simplistic reliance on this factor, as “common sense indicates that there are great differences between locations which can come within the definition of public places” (p. 970). More importantly, exclusive reliance on the public nature of the place is at odds with the harm-based rationale for criminal indecency. Indecency targets harm or significant risk of harm to members of the public, which has to be established on the evidence and cannot be presumed or automatically inferred from the nature of the location where the acts take place.

4.1.3.2 *The Harm of Predisposing Others to Anti-social Acts or Attitudes*

The second source of harm is based on the danger that the conduct or material may predispose others to commit anti-social acts. As far back as *Hicklin*, Cockburn C.J. spoke of using the criminal law to prevent material from depraving and corrupting susceptible people, into whose hands it may fall. The threshold for criminal indecency is higher under *Butler* than that envisioned by Cockburn C.J. almost a century and a half ago, but the logic is the same: in some cases, the criminal law may limit conduct and expression in order to prevent people who may see it from becoming predisposed to acting in an anti-social manner: *Butler*, at p. 484. Indeed, a particular harm envisaged in *Butler* was the “predispos[ition of] persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men, or, what is perhaps debatable, the reverse” (p. 485).

This source of harm is not confined to explicit invitations or exhortations to commit anti-social acts. As discussed in *Butler*, the inquiry embraces attitudinal harm. Conduct or material that perpetuates negative and demeaning images of humanity is likely to undermine respect for members of the

dépendre simplement du fait qu'ils sont commis dans un « endroit public » au sens du *Code criminel*. L'arrêt *Tremblay* met en garde contre un recours trop simpliste à ce facteur, en ce qu'« il va sans dire que la définition vise des lieux très différents les uns des autres » (p. 970). Fait plus important, s'appuyer exclusivement sur la nature publique du lieu va à l'encontre du principe voulant que ce soit le préjudice qui soit le fondement de l'indécence criminelle. L'indécence vise le préjudice ou le risque appréciable de préjudice causé aux membres du public, qui doit être établi par la preuve et ne saurait être présumé, ni automatiquement inféré de la nature du lieu où se produisent les actes.

4.1.3.2 *Le préjudice résultant de la prédisposition d'autrui à adopter un comportement antisocial*

La deuxième source de préjudice tient au risque que la conduite ou le matériel puisse prédisposer autrui à commettre des actes antisociaux. Déjà dans *Hicklin*, le juge en chef Cockburn parlait de recourir au droit criminel pour empêcher que du matériel ne déprave et ne corrompe les personnes vulnérables entre les mains desquelles il pourrait se retrouver. Le seuil à franchir pour que soit établie l'indécence criminelle conformément à l'arrêt *Butler* est plus élevé que celui envisagé par le juge en chef Cockburn il y a près d'un siècle et demi, mais le raisonnement est le même : dans certains cas, le droit criminel peut restreindre la conduite et l'expression afin d'empêcher que les personnes susceptibles de les voir ne deviennent prédisposées à agir d'une manière antisociale : *Butler*, p. 484. D'ailleurs, un préjudice spécifique envisagé dans *Butler* était la « predispos[ition d']une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable » (p. 485).

Cette source de préjudice ne se limite pas aux invitations explicites ou aux exhortations à commettre des actes antisociaux. Comme il est mentionné dans *Butler*, l'examen s'étend au préjudice qui touche l'attitude. La conduite ou le matériel qui perpétue des images négatives et dégradantes de

targeted groups and hence to predispose others to act in an anti-social manner towards them. Such conduct may violate formally recognized societal norms, like the equality and dignity of all human beings, which is protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and similar fundamental laws such as the provincial human rights codes.

47 Because this source of harm involves members of the public being exposed to the conduct or material, here too it is relevant to inquire whether the conduct is private or public. This type of harm can arise only if members of the public may be exposed to the conduct or material in question.

4.1.3.3 *Harm to Participating Individuals*

48 A third source of harm is the risk of physical or psychological harm to individuals involved in the conduct at issue. Sexual activity is a positive source of human expression, fulfilment and pleasure. But some kinds of sexual activity may harm those involved. Women may be forced into prostitution or other aspects of the sex trade. They may be the objects of physical and psychological assault. Sometimes they may be seriously hurt or even killed. Similar harms may be perpetrated on children and men. Sexual conduct that risks this sort of harm may violate society's declared norms in a way that is incompatible with the proper functioning of society, and hence meet the *Butler* test for indecent conduct under the *Criminal Code*.

49 The consent of the participant will generally be significant in considering whether this type of harm is established. However, consent may be more apparent than real. Courts must always be on the lookout for the reality of victimization. Where other aspects of debased treatment are clear, harm to participating individuals may be established despite apparent consent.

l'humanité risque d'ébranler le respect envers les membres des groupes visés et, par conséquent, de prédisposer autrui à agir de manière antisociale envers eux. Une telle conduite peut contrevenir aux normes sociales officiellement reconnues, comme l'égalité et la dignité de tous les êtres humains, protégées par la *Charte canadienne des droits et libertés* et les lois fondamentales semblables, tels les codes provinciaux des droits de la personne.

Comme cette source de préjudice suppose l'exposition de membres du public à la conduite ou au matériel, il convient une fois encore de se demander si la conduite est privée ou publique. Ce type de préjudice ne peut survenir que si les membres du public sont susceptibles d'être exposés à la conduite ou au matériel en cause.

4.1.3.3 *Le préjudice causé aux participants*

La troisième source de préjudice est le risque de préjudice physique ou psychologique causé aux personnes qui participent à la conduite litigieuse. L'activité sexuelle est une source positive d'expression, d'accomplissement et de plaisir pour l'être humain. Mais certains types d'activité sexuelle peuvent causer du tort à ceux qui y participent. Les femmes peuvent être contraintes à la prostitution ou à d'autres aspects du commerce du sexe. Elles peuvent être victimes d'agression physique et psychologique. Il arrive parfois qu'elles soient blessées gravement ou même tuées. Des enfants et des hommes peuvent aussi subir des préjudices semblables. La conduite sexuelle qui risque de provoquer cette sorte de préjudice peut contrevenir à des normes sociales reconnues d'une manière qui est incompatible avec le bon fonctionnement de la société et satisfaire ainsi au test énoncé dans l'arrêt *Butler* afin d'établir l'indécence pour l'application du *Code criminel*.

Le consentement du participant sera généralement important pour déterminer si ce type de préjudice est établi. Toutefois, le consentement peut se révéler plus apparent que réel. Les tribunaux doivent toujours être vigilants et se demander si, en réalité, il n'y a pas victimisation. Lorsque d'autres aspects d'un traitement avilissant sont manifestes, le préjudice causé aux participants peut être établi en dépit de leur consentement apparent.

Unlike the previous types of harm by confrontation and by inculcation, the third type of harm is only minimally dependent on whether the conduct is private or public, since its focus is not on harm to society or members of society, but on individuals involved in the acts. Harm of this type is not dependent on public viewing, and may occur in a private room of an establishment, so long as the minimal element of publicity is satisfied to bring it within the scope of the indecency provisions, by showing it to be a place kept for the purpose of practising such acts, for instance. In the final analysis, the critical issue is not how members of the public might be affected, but how the participant is affected.

A form of harm to participants which invokes special considerations is the danger of sexually transmitted disease. Clearly this is an important harm that may flow from sexual conduct. It has been considered as a factor in determining whether conduct is criminally indecent (*Tremblay*), and as a factor exacerbating an already existing harm (*Mara*). However, it is difficult to assign the risk of sexually transmitted disease an *independent* role in the test for indecency. The risk of disease, while it may be connected to other legal consequences, is not logically related to the question of whether conduct is indecent, either conceptually or causally. Indecency connotes sexual mores rather than health concerns, and sex that is not indecent can transmit disease while indecent sex might not.

4.1.4 The Degree of the Harm: Harm Incompatible With the Proper Functioning of Canadian Society

At this stage, the task is to examine the degree of the harm to determine whether it is incompatible with the proper functioning of society. The threshold is high. It proclaims that as members of

Contrairement aux types de préjudices précédents qui tiennent à l'exposition du public et aux attitudes inculquées, le troisième type de préjudice n'a qu'un lien très ténu avec le fait que la conduite soit privée ou publique, puisque le préjudice qui importe alors n'est pas celui causé à la société ou à ses membres, mais aux personnes mêmes qui participent aux actes. Un préjudice de ce type ne dépend pas de l'existence d'un auditoire et peut survenir dans une pièce privée à l'intérieur d'un établissement, dans la mesure où il répond au critère minimal de publicité pour entrer dans le champ d'application des dispositions visant l'indécence, par exemple s'il est démontré qu'il s'agit d'un endroit tenu pour la pratique de ces actes. En définitive, la question essentielle n'est pas de savoir comment les membres du public pourraient être touchés, mais comment les participants sont effectivement touchés.

Une forme de préjudice causé aux participants, soit le risque de maladies transmissibles sexuellement, mérite une attention spéciale. De toute évidence, il s'agit d'un préjudice important qui peut résulter d'une conduite sexuelle. Il a été considéré comme un facteur pour la question de savoir si la conduite est criminellement indécente (*Tremblay*), et comme un facteur aggravant un préjudice déjà existant (*Mara*). Cependant, il est difficile d'attribuer au risque de maladies transmissibles sexuellement un rôle *indépendant* dans le critère de l'indécence. Le risque de maladies, bien qu'il puisse être lié à d'autres conséquences juridiques, n'a pas de lien conceptuel ni causal logique avec la question de savoir si une conduite est indécente. L'indécence se rapporte aux mœurs sexuelles et non à des questions de santé; une maladie peut être transmise par des actes sexuels qui ne sont pas indécents, et ne pas l'être par des actes sexuels indécents.

4.1.4 Le degré du préjudice : le préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société canadienne

À cette étape, il faut examiner le degré du préjudice pour déterminer s'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Le critère applicable est exigeant. Il veut qu'en tant que membres

a diverse society, we must be prepared to tolerate conduct of which we disapprove, short of conduct that can be objectively shown beyond a reasonable doubt to interfere with the proper functioning of society.

53 The objective test for criminal indecency that this Court has long insisted must be our goal, requires careful and express analysis of whether the alleged harm is on the evidence in the particular case truly incompatible with the proper functioning of Canadian society. This involves value judgements. What is the “proper” functioning of society? At what point do we say an activity is “incompatible” with it?

54 Value judgements in this domain of the law, like many others, cannot be avoided. But this does not mean that the decision-making process is subjective and arbitrary. First, judges should approach the task of making value judgments with an awareness of the danger of deciding the case on the basis of unarticulated and unacknowledged values or prejudices. Second, they should make value judgments on the basis of evidence and a full appreciation of the relevant factual and legal context, to ensure that it is informed not by the judge’s subjective views, but by relevant, objectively tested criteria. Third, they should carefully weigh and articulate the factors that produce the value judgements. By practices such as these, objectivity can be attained.

55 It is important to evaluate the nature of the conduct in light of contemporary Canadian standards. As Freedman J.A. wrote 42 years ago in *Dominion News & Gifts*, at pp. 116-17:

Times change, and ideas change with them. Compared to the Victorian era this is a liberal age in which we live. One manifestation of it is the relative freedom with which the whole question of sex is discussed. In books, magazines, movies, television, and sometimes even in parlour conversation, various aspects of sex are made the subject of comment, with a candour that in an earlier

d’une société diversifiée, nous soyons prêts à tolérer des comportements que nous désapprouvons, à moins qu’il puisse être établi objectivement, hors de tout doute raisonnable, qu’ils nuisent au bon fonctionnement de la société.

Le test objectif que la Cour préconise depuis longtemps pour établir l’indécence criminelle requiert une analyse attentive et explicite de la question de savoir si la preuve démontre que le préjudice allégué est réellement incompatible avec le bon fonctionnement de la société canadienne. Cela suppose des jugements de valeur. Qu’est-ce que le « bon » fonctionnement de la société? À quel moment pouvons-nous affirmer qu’une activité est « incompatible » avec celui-ci?

Dans ce domaine du droit, comme dans bien d’autres, les jugements de valeur sont inévitables. Ce qui ne signifie pas que le processus décisionnel soit subjectif ou arbitraire. Premièrement, les juges qui s’apprêtent à porter des jugements de valeur doivent être conscients du risque de fonder leur décision sur des valeurs ou des idées préconçues non exprimées et non reconnues. Deuxièmement, ils doivent appuyer leurs jugements de valeur sur la preuve et sur un examen complet du contexte factuel et juridique pertinent, de sorte que leurs jugements ne soient pas influencés par leurs opinions subjectives, mais qu’ils résultent de l’application de critères pertinents et objectivement éprouvés. Troisièmement, les juges doivent soupeser soigneusement et nommer les facteurs qu’ils prennent en compte pour rendre leurs jugements de valeur. En adoptant de telles pratiques, il est possible d’atteindre l’objectivité.

Il est important d’évaluer la nature de la conduite en fonction des normes canadiennes contemporaines. Comme l’a écrit le juge Freedman, il y a 42 ans dans l’affaire *Dominion News & Gifts*, p. 116-117 :

[TRADUCTION] Les temps et les idées changent. Nous vivons à une époque qui est libérale si on la compare à l’ère victorienne. Une manifestation de ce phénomène est la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles. Dans les livres, les revues, les films, les émissions de télévision et parfois même dans les conversations de salon, les différents aspects des choses

day would have been regarded as indecent and intolerable. We cannot and should not ignore these present-day attitudes when we face the question whether *Dude* and *Escapade* are obscene according to our criminal law.

Only if the impact of the acts in degree of harm poses a real risk of damaging the autonomy and liberty of members of the public, judged by contemporary standards, can indecency be established.

Incompatibility with the proper functioning of society is more than a test of tolerance. The question is not what individuals or the community think about the conduct, but whether permitting it engages a harm that threatens the basic functioning of our society. This ensures in part that the harm be related to a formally recognized value, at step one. But beyond this it must be clear beyond a reasonable doubt that the conduct, not only by its nature but also in degree, rises to the level of threatening the proper functioning of our society.

Whether it does so must be determined by reference to the values engaged by the particular kind of harm at stake. If the harm is based on the threat to autonomy and liberty arising from unwanted confrontation by a particular kind of sexual conduct, for example, the Crown must establish a real risk that the way people live will be significantly and adversely affected by the conduct. The number of people unwillingly exposed to the conduct and the circumstances in which they are exposed to it are critical under this head of harm. If the only people involved in or observing the conduct were willing participants, indecency on the basis of this harm will not be made out.

If the harm is based on predisposing others to anti-social behaviour, a real risk that the conduct will have this effect must be proved. Vague generalizations that the sexual conduct at issue will lead to attitudinal changes and hence anti-social behaviour will not suffice. The causal link between

sexuelles font l'objet de commentaires avec une franchise qui, à une époque antérieure, aurait été considérée comme indécente et intolérable. Nous ne pouvons ni ne devons ignorer ces attitudes actuelles lorsqu'il s'agit de déterminer si les publications *Dude* et *Escapade* sont obscènes au sens de notre droit criminel.

Ce n'est que lorsque les conséquences des actes, au regard du degré de préjudice, risquent réellement de porter atteinte à l'autonomie et à la liberté des membres du public, jugées selon des normes contemporaines, que l'indécence peut être établie.

L'incompatibilité avec le bon fonctionnement de la société va plus loin qu'un test fondé sur la tolérance. La question n'est pas de savoir ce que les personnes ou la société pensent de la conduite, mais si l'autoriser entraîne un préjudice qui menace fondamentalement le fonctionnement de notre société. À la première étape, ce critère veut que le préjudice soit lié à une valeur officiellement reconnue. Mais au-delà, il doit être établi hors de tout doute raisonnable que la conduite, en raison non seulement de sa nature, mais aussi de son degré, va jusqu'à menacer le bon fonctionnement de notre société.

Pour décider si tel est le cas, il faut se reporter aux valeurs touchées par le type particulier de préjudice en cause. Si le préjudice tient à la menace pour l'autonomie et la liberté qui résulte, par exemple, d'une exposition involontaire à un type particulier de conduite sexuelle, le ministère public doit établir que cette conduite risque réellement d'avoir des effets importants et négatifs sur la façon de vivre des gens. Le nombre de personnes involontairement exposées à la conduite et les circonstances dans lesquelles elles y sont exposées sont des éléments cruciaux relativement à ce type de préjudice. Si toutes les personnes qui ont participé à la conduite ou en ont été témoins l'ont fait volontairement, l'indécence fondée sur ce type de préjudice ne sera pas établie.

Si le préjudice tient à la prédisposition d'autrui à des comportements antisociaux, l'existence d'un risque réel que la conduite ait cet effet doit être établie. De vagues généralisations portant que la conduite sexuelle en cause entraînera des changements d'attitude et, par voie de conséquence, des

56

57

58

images of sexuality and anti-social behaviour cannot be assumed. Attitudes in themselves are not crimes, however deviant they may be or disgusting they may appear. What is required is proof of links, first between the sexual conduct at issue and the formation of negative attitudes, and second between those attitudes and real risk of anti-social behaviour.

59

Similarly, if the harm is based on physical or psychological injury to participants, it must again be shown that the harm has occurred or that there is a real risk that this will occur. Witnesses may testify as to actual harm. Expert witnesses may give evidence on the risks of potential harm. In considering psychological harm, care must be taken to avoid substituting disgust for the conduct involved, for proof of harm to the participants. In the case of vulnerable participants, it may be easier to infer psychological harm than in cases where participants operate on an equal and autonomous basis.

60

These are matters that can and should be established by evidence, as a general rule. When the test was the community standard of tolerance, it could be argued that judges or jurors were in a position to gauge what the community would tolerate from their own experience in the community. But a test of harm or significant risk of harm incompatible with the proper functioning of society demands more. The judge and jurors are generally unlikely to be able to gauge the risk and impact of the harm, without assistance from expert witnesses. To be sure, there may be obvious cases where no one could argue that the conduct proved in evidence is compatible with the proper functioning of society, obviating the need for an expert witness. To kill in the course of sexual conduct, to take an obvious example, would on its face be repugnant to our law and the proper functioning of our society. But in most cases, expert evidence will be required to establish that the nature and degree of the harm makes it incompatible with the proper functioning of society. In every case, a conviction must be

comportements antisociaux ne suffiront pas. Le lien de causalité entre la représentation des choses sexuelles et les comportements antisociaux ne saurait être présumé. Les attitudes ne sont pas en soi criminelles, si déviantes soient-elles ou si dégoûtantes puissent-elles paraître. Ce qui est requis, c'est la preuve d'un lien, premièrement, entre la conduite sexuelle en cause et la formation d'attitudes négatives et, deuxièmement, entre ces attitudes et le risque réel de comportements antisociaux.

De même, si le préjudice tient au dommage physique ou psychologique subi par les participants, il faut là encore démontrer que le préjudice a été causé ou qu'il existe un risque réel qu'il sera causé. Des témoins peuvent attester du préjudice réel. Des témoins experts peuvent attester des risques de préjudice appréhendé. Dans l'examen du préjudice psychologique, il faut se garder de substituer le dégoût suscité par la conduite visée à la preuve d'un préjudice causé aux participants. Dans les cas où les participants sont vulnérables, il peut être plus facile d'inférer un préjudice psychologique que dans les cas où ils agissent d'égal à égal, en toute autonomie.

Ce sont là des points qui, règle générale, peuvent et devraient être établis par la preuve. Lorsque le test reposait sur la norme de tolérance de la société, on pouvait soutenir que les juges ou les jurés étaient en mesure d'apprécier ce que la société tolérerait en faisant appel à leur propre expérience au sein de la collectivité. Mais un test fondé sur le préjudice ou sur le risque appréciable de préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société est plus exigeant. En général, il est peu probable que le juge et les jurés soient en mesure d'apprécier le risque de préjudice et ses conséquences sans l'aide des témoins experts. Certes, des cas évidents peuvent survenir où il est impossible de prétendre que la conduite établie par la preuve est compatible avec le bon fonctionnement de la société, ce qui éliminera la nécessité de recourir à un témoin expert. Le fait de tuer quelqu'un au cours de rapports sexuels, pour donner un exemple évident, répugne en soi à notre droit et au bon fonctionnement de notre société. Mais dans la plupart des cas, une preuve d'expert sera requise pour établir que la nature et

based on evidence establishing beyond a reasonable doubt actual harm or a significant risk of actual harm. The focus on evidence helps to render the inquiry more objective. It does not, however, transform the entire inquiry into a pure question of fact. A finding of indecency requires the application of a legal standard to the facts and context surrounding the impugned conduct. It is this legal standard that the harm-based test seeks to articulate.

Where actual harm is not established and the Crown is relying on risk, the test of incompatibility with the proper functioning of society requires the Crown to establish a significant risk. Risk is a relative concept. The more extreme the nature of the harm, the lower the degree of risk that may be required to permit use of the ultimate sanction of criminal law. Sometimes, a small risk can be said to be incompatible with the proper functioning of society. For example, the risk of a terrorist attack, although small, might be so devastating in potential impact that using the criminal law to counter the risk might be appropriate. However, in most cases, the nature of the harm engendered by sexual conduct will require at least a probability that the risk will develop to justify convicting and imprisoning those engaged in or facilitating the conduct.

4.1.5 Summary of the Test

Indecent criminal conduct will be established where the Crown proves beyond a reasonable doubt the following two requirements:

1. That, by its *nature*, the conduct at issue causes harm or presents a significant risk of harm to individuals or society in a way that undermines or threatens to undermine a value reflected in and thus formally endorsed through the Constitution or similar fundamental laws by, for example:

le degré du préjudice le rendent incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Dans chaque cas, la déclaration de culpabilité doit être fondée sur une preuve établissant hors de tout doute raisonnable l'existence d'un préjudice réel ou d'un risque appréciable de préjudice réel. L'accent mis sur la preuve contribue à accroître l'objectivité de la démarche. Il ne la transforme toutefois pas pour autant en une pure question de fait. Pour conclure à l'indécence, il faut appliquer une norme juridique aux faits et au contexte qui entoure les actes reprochés. C'est cette norme juridique que le test fondé sur le préjudice vise à formuler.

Lorsque l'existence d'un préjudice réel n'est pas établie et que le ministère public invoque l'existence d'un risque, le critère de l'incompatibilité avec le bon fonctionnement de la société lui impose d'établir l'existence d'un risque appréciable. Le risque est un concept relatif. Plus la nature du préjudice est extrême, moins le degré de risque requis pour entraîner la sanction ultime du droit criminel sera élevé. Parfois, un risque assez mince peut être considéré comme incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Par exemple, le risque d'une attaque terroriste, même s'il est mince, pourrait être si dévastateur au regard de ses conséquences appréhendées, qu'il pourrait être approprié de recourir au droit criminel pour le combattre. Cependant, dans la plupart des cas, la nature du préjudice engendré par la conduite sexuelle sera telle qu'il faudra, à tout le moins, qu'il soit probable que le risque se réalisera pour justifier la condamnation et l'emprisonnement des personnes qui y participent ou qui la facilitent.

4.1.5 Résumé du critère

La conduite indécente criminelle sera établie si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable les deux éléments suivants :

1. De par sa *nature*, la conduite en litige cause ou présente un risque appréciable que soit causé, à des personnes ou à la société, un préjudice qui porte atteinte ou menace de porter atteinte à une valeur exprimée et donc reconnue officiellement dans la Constitution ou une autre loi fondamentale semblable, notamment :

61

62

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> (a) confronting members of the public with conduct that significantly interferes with their autonomy and liberty; or (b) predisposing others to anti-social behaviour; or (c) physically or psychologically harming persons involved in the conduct, and <p>2. That the harm or risk of harm is of a <i>degree</i> that is incompatible with the proper functioning of society.</p> | <ul style="list-style-type: none"> a) en exposant les membres du public à une conduite qui entrave de façon appréciable leur autonomie et leur liberté; b) en prédisposant autrui à adopter un comportement antisocial; c) en causant un préjudice physique ou psychologique aux personnes qui participent aux activités. <p>2. Le préjudice ou le risque de préjudice atteint un <i>degré</i> tel qu'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société.</p> |
|---|--|

As the above makes clear, the categories of harm capable of satisfying the first branch of the inquiry are not closed, nor is any one of the listed categories in itself an integral part of the definition of harm. For example, predisposition to anti-social behaviour, while central to this Court's analysis in *Butler*, is but one illustration of the type of harm that undermines or threatens to undermine one of society's formally recognized values.

Ce test indique clairement que les catégories de préjudices pouvant satisfaire au premier volet de l'examen ne sont pas exhaustives et qu'aucune des catégories énumérées n'est en soi une constituante de la définition du préjudice. Ainsi, la prédisposition à un comportement antisocial, qui était un élément central de l'analyse de la Cour dans *Butler*, ne constitue qu'une illustration du type de préjudice qui porte atteinte ou menace de porter atteinte à une valeur officiellement reconnue par la société.

63 This test, applied objectively and on the basis of evidence in successive cases as they arise, is directed to articulating legal standards that enhance the ability of persons engaged in or facilitating sexual activities to ascertain the boundary between non-criminal conduct and criminal conduct. In this way, the basic requirements of the criminal law of fair notice to potential offenders and clear enforcement standards to police will, it is hoped, be satisfied.

Ce test appliqué objectivement et en fonction de la preuve au fur et à mesure des affaires qui surviendront, vise à énoncer des normes juridiques qui permettent aux personnes participant à ces activités sexuelles ou les facilitant de tracer plus facilement la ligne de démarcation entre une conduite criminelle et une conduite qui ne l'est pas. Ainsi, les règles fondamentales du droit criminel qui exigent que les contrevenants potentiels soient raisonnablement avertis des conséquences de leur conduite et que les policiers disposent de normes claires pour appliquer la loi seront, souhaitons-le, respectées.

4.2 *Application of the Test*

4.2 *Application du test*

64 The first question is whether the conduct at issue harmed, or presented a significant risk of harm to individuals or society.

Il s'agit en premier lieu de déterminer si la conduite en cause a causé un préjudice ou présentait un risque appréciable que soit causé un préjudice à des personnes ou à la société.

65 The sexual acts at issue were conducted on the third floor of a private club, behind doors marked "Privé" and accessed only by persons in possession of the proper numerical code. The evidence

Les actes sexuels en litige ont été accomplis au troisième étage d'un club privé, derrière des portes portant la mention « Privé », où seules pouvaient entrer les personnes connaissant le bon code

establishes that a number of steps were taken to ensure that members of the public who might find the conduct inappropriate did not see the activities. Pre-membership interviews were conducted to advise of the nature of the activities and screen out persons not sharing the same interests. Only members and guests were admitted to the premises. A doorman controlled access to the principal door.

On these facts, none of the kinds of harm discussed above was established. The autonomy and liberty of members of the public was not affected by unwanted confrontation with the sexual conduct in question. On the evidence, only those already disposed to this sort of sexual activity were allowed to participate and watch.

Nor was there evidence of the second type of harm, the harm of predisposing people to anti-social acts or attitudes. Unlike the material at issue in *Butler*, which perpetuated abusive and humiliating stereotypes of women as objects of sexual gratification, there is no evidence of anti-social attitudes toward women, or for that matter men. No one was pressured to have sex, paid for sex, or treated as a mere sexual object for the gratification of others. The fact that L'Orage is a commercial establishment does not in itself render the sexual activities taking place there commercial in nature. Members do not pay a fee and check consent at the door; the membership fee buys access to a club where members can meet and engage in consensual activities with other individuals who have similar sexual interests. The case proceeded on the uncontested premise that all participation was on a voluntary and equal basis.

Finally, there is no evidence of the third type of harm — physical or psychological harm to persons

numérique. La preuve établit que certaines précautions ont été prises pour s'assurer que les membres du public qui pourraient trouver cette conduite inappropriée n'en soient pas témoins. Des entrevues préalables étaient réalisées afin d'informer les membres potentiels de la nature des activités et d'écartier les personnes qui ne partageaient pas les mêmes intérêts. Seuls les membres et leurs invités étaient admis dans les lieux. Un portier contrôlait les entrées à la porte principale.

Compte tenu de ces faits, aucun des types de préjudices dont il a été précédemment question n'a été établi. L'autonomie et la liberté des membres du public n'ont pas été touchées par une exposition involontaire à la conduite sexuelle en cause. Selon la preuve, seules les personnes déjà favorables à ce genre d'activité sexuelle étaient admises à y participer et à en être témoins.

La preuve n'établit pas l'existence du deuxième type de préjudice, celui qui consiste à prédisposer les gens à des attitudes ou à des actes antisociaux. Contrairement au matériel litigieux dans *Butler*, qui perpétuait des stéréotypes méprisants et humiliants en présentant les femmes comme des objets de gratification sexuelle, la preuve n'établit l'existence d'aucun comportement antisocial envers les femmes, ni d'ailleurs envers les hommes. Personne n'a été contraint de se livrer à des activités sexuelles, n'a été payé pour s'y livrer, ni n'a été traité comme un simple objet sexuel servant à la gratification des autres. Le fait que le club L'Orage soit un établissement commercial ne confère pas en soi un caractère commercial aux activités sexuelles qui s'y déroulaient. En payant les frais d'adhésion, les membres n'aliènent pas leur faculté de consentement. Ces frais leur donnent accès à un club où ils peuvent rencontrer les autres membres et s'adonner à des activités sur une base consensuelle avec des personnes qui partagent les mêmes intérêts en matière sexuelle. L'affaire a été débattue à partir de la prémisse non contestée que les membres participaient aux activités sur une base volontaire et d'égal à égal.

Enfin, il n'existe aucune preuve de l'existence du troisième type de préjudice — un préjudice

66

67

68

participating. The only possible danger to participants on the evidence was the risk of catching a sexually transmitted disease. However, this must be discounted as a factor because, as discussed above, it is conceptually and causally unrelated to indecency.

69 As stated above, the categories of harm are not closed; in a future case other different harms may be alleged as a basis for criminal indecency. However, no other harms are raised by the evidence in this case. All that is raised, in the final analysis, is the assessment that the conduct amounted to “an orgy” and that Canadian society does not tolerate orgies (Rochon J.A., at para. 133). This reasoning erroneously harks back to the community standard of tolerance test, which has been replaced, as discussed, by the harm-based test developed in *Butler*.

70 I conclude that the evidence provides no basis for concluding that the sexual conduct at issue harmed individuals or society. *Butler* is clear that criminal indecency or obscenity must rest on actual harm or a significant risk of harm to individuals or society. The Crown failed to establish this essential element of the offence. The Crown’s case must therefore fail. The majority of the Court of Appeal erred, with respect, in applying an essentially subjective community standard of tolerance test and failing to apply the harm-based test of *Butler*.

71 It is unnecessary to proceed to the second branch of the test. However, if one did, there appears to be no evidence that the degree of alleged harm rose to the level of incompatibility with the proper functioning of society. Consensual conduct behind code-locked doors can hardly be supposed to jeopardize a society as vigorous and tolerant as Canadian society.

physique ou psychologique causé aux participants. Selon la preuve, le seul risque auquel s’exposaient les participants était celui de contracter une maladie transmissible sexuellement. Il faut toutefois faire abstraction de ce facteur parce que, comme nous l’avons vu précédemment, il n’a aucun lien conceptuel ni causal avec l’indécence.

Rappelons que les catégories de préjudice ne sont pas exhaustives et que d’autres catégories de préjudice pourraient être invoquées, à l’avenir, pour étayer une allégation d’indécence criminelle. Cependant, la preuve ne fait état d’aucun autre préjudice en l’espèce. Le seul argument avancé, en dernière analyse, est que la conduite en cause relevait de « l’orgie » et que la société canadienne ne tolère pas les orgies (le juge Rochon, par. 133). Ce raisonnement fait ressurgir à tort le test fondé sur la norme de la tolérance de la société, qui a été remplacé, comme nous l’avons vu, par le test fondé sur le préjudice élaboré dans *Butler*.

Je conclus que la preuve ne permet pas de conclure que la conduite sexuelle en litige a causé un préjudice à des personnes ou à la société. L’arrêt *Butler* établit clairement que l’indécence ou l’obscénité au sens du droit criminel doit reposer sur un préjudice réel ou sur un risque appréciable de préjudice causé à des personnes ou à la société. Le ministère public n’a pas réussi à établir cet élément essentiel de l’infraction. Sa cause doit donc être rejetée. Les juges majoritaires de la cour d’appel ont commis une erreur en appliquant un test essentiellement subjectif fondé sur la norme de tolérance de la société plutôt que d’appliquer le test fondé sur le préjudice établi dans *Butler*.

Il n’est pas nécessaire de passer au second volet du test. Si, cependant, on procédait à cet examen, aucune preuve ne semble établir que le préjudice allégué atteindrait le degré requis pour qu’il y ait incompatibilité avec le bon fonctionnement de la société. On ne peut guère prétendre qu’une conduite consensuelle se déroulant derrière des portes closes, protégées par une serrure numérique, puisse mettre en péril une société aussi vigoureuse et tolérante que la société canadienne.

I would allow the appeal and set aside the conviction.

English version of the reasons of Bastarache and LeBel JJ. delivered by

BASTARACHE AND LEBEL JJ. (dissenting) —

1. Introduction

The fundamental issue in this case is what constitutes indecency and in what circumstances the conditions required to establish indecency will lead to the conclusion that a common bawdy-house is being kept within the meaning of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”). In our dissenting reasons, we will therefore examine the criteria to be applied in defining indecency, specifically in the context of an offence under s. 210(1) *Cr. C.*, which prohibits the keeping of a common bawdy-house. The next step will be to determine whether the sexual acts at issue in this case are indecent and whether the appellant is consequently guilty of keeping a common bawdy-house in the circumstances of the case.

Our colleagues have opted to modify the concept of indecency found in the case law to make it more objective by basing it solely on harm and disregarding the other criteria that have been recognized by the courts. According to the majority, the fundamental test for determining what the contemporary Canadian community will tolerate can be reduced to whether or not the conduct causes social harm that is serious enough to be incompatible with the proper functioning of society by, for example, predisposing individuals to act in an anti-social manner. Only by demonstrating such harm can it be established that the acts in question are not tolerated by the community. The acts must constitute wrongs that are formally recognized as such by the community and must be sufficiently serious in degree. This ensures that the test is objective. In the case at bar, our colleagues are of the view that no serious social harm was demonstrated, given the absence of degradation, commercial transactions or sexual exploitation. They instead stress the

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’annuler la déclaration de culpabilité.

Les motifs des juges Bastarache et LeBel ont été rendus par

LES JUGES BASTARACHE ET LEBEL (dissidents) —

1. Introduction

La question fondamentale dans la présente cause est de déterminer en quoi consiste l’indécence et dans quelles circonstances les conditions requises pour l’établir permettront de conclure à la tenue d’une maison de débauche au sens du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »). Dans nos motifs dissidents, nous allons donc examiner les critères permettant de définir l’indécence, notamment dans le cadre d’une infraction visée au par. 210(1) *C. cr.* qui interdit la tenue de maisons de débauche. Il s’agira ensuite de décider si les actes sexuels reprochés en l’espèce sont indécents et si l’appelant est en conséquence coupable d’avoir tenu une maison de débauche dans les circonstances de la présente affaire.

Nos collègues ont choisi de modifier la notion d’indécence que l’on retrouve dans la jurisprudence antérieure en la rendant plus objective, par l’emploi du seul critère du préjudice et l’exclusion des autres critères déjà reconnus par la jurisprudence. Selon la majorité, le critère fondamental de détermination de la tolérance de la société canadienne contemporaine se résume à la présence ou à l’absence d’un préjudice social si grave qu’il doit être considéré incompatible avec le bon fonctionnement de la société, par exemple en prédisposant les individus à agir d’une manière antisociale. Seule la démonstration de ce préjudice permettrait d’établir que les actes reprochés ne sont pas tolérés par la société. Ils doivent constituer un tort reconnu formellement par la société et être d’un degré suffisamment grave, ce qui assurerait le caractère objectif du test. En l’espèce, nos collègues sont d’avis qu’aucun préjudice social grave n’a été établi étant donné l’absence d’avis de dégradation, d’échange commercial ou d’exploitation sexuelle. Ils soulignent plutôt le

72

73

74

consensual nature of the acts and state that there was no evidence that the participants were used as objects of gratification. As there were, according to this harm-based test, no acts that could be defined as indecent, the appellant's establishment was not, in their view, a common bawdy-house.

75 The majority is in this way departing from the case law of this Court and proposing a new approach to indecency that is, in our view, neither desirable nor workable. It constitutes an unwarranted break with the most important principles of our past decisions regarding indecency. Our colleagues' approach replaces the community standard of tolerance with a test that treats harm as the basis of indecency rather than as a criterion for determining the community's level of tolerance. Whether or not serious social harm is sustained has never been the determinative test for indecency, and it cannot take the place of a contextual analysis of the Canadian community standard of tolerance without completely transforming the concept of indecency and rendering it meaningless.

76 In contrast to our colleagues, we propose to continue applying the original test for indecency, which focusses on a contextual analysis of the impugned acts and incorporates the concept of harm as a significant, but not determinative, factor to consider in establishing the applicable level of tolerance. Whether or not harm is sustained is merely one of several indicators or contextual factors that make it possible to gauge the degree of tolerance of the Canadian community. In our view, all the contextual factors must be considered in every case. The application of this test to the facts of the case at bar leads to the conclusion that the impugned acts were indecent and that the appellant's establishment was a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) *Cr. C.*

2. Facts

77 In our opinion, the description of the facts set out in the majority opinion is incomplete. We believe it is important to clarify the following facts.

caractère consensuel des actes et affirment qu'il n'existe aucune preuve que les participants en l'instance sont utilisés comme objets de gratification. En l'absence d'actes indécents, définis selon ce critère de préjudice, l'établissement de l'appelant n'est pas, à leur avis, une maison de débauche.

La majorité s'écarte ainsi de la jurisprudence de notre Cour et propose une nouvelle approche de l'indécence qui n'est, à nos yeux, ni souhaitable ni fonctionnelle. Elle constitue une rupture injustifiée avec les principes les plus importants de notre jurisprudence en matière d'indécence. L'approche de nos collègues a pour effet de remplacer la norme de tolérance de la société par le critère du préjudice, retenant ce dernier comme fondement de l'indécence plutôt que comme critère de détermination du niveau de tolérance de la société. Or, la présence ou l'absence d'un préjudice social grave n'a jamais été le critère décisif en ce qui concerne l'indécence et ne peut remplacer l'analyse contextuelle de la norme de tolérance de la société canadienne sans que cette notion soit transformée complètement et vidée de tout sens.

Contrairement à nos collègues, nous proposons de nous en tenir au test original de détermination de l'indécence qui met l'accent sur une analyse contextuelle des actes reprochés et qui intègre la notion de préjudice comme élément important, mais non décisif, de la détermination du niveau de tolérance applicable. La présence ou l'absence d'un préjudice n'est qu'un indice ou un facteur contextuel parmi plusieurs autres permettant de jauger le degré de tolérance de la société canadienne. Il faut, selon nous, dans tous les cas, s'assurer que l'ensemble des éléments contextuels soit considéré. En appliquant ce test aux faits de la présente affaire, nous concluons que les actes reprochés en l'espèce sont indécents et que l'établissement de l'appelant est une maison de débauche au sens du par. 210(1) *C. cr.*

2. Faits

La description des faits que nous retrouvons dans l'opinion majoritaire nous paraît incomplète. Nous pensons qu'il est important de clarifier les faits suivants.

First, it must be acknowledged that the L'Orage club is located in a commercial building. Other facts also serve to establish the commercial nature of the place. As the trial judge noted: (i) advertisements encouraging the public to become members appeared regularly in the *Journal de Montréal*, *Voir* magazine, the newsletter of a Toronto swingers' club, and an erotic publication; (ii) interviews were granted to magazines and television hosts to attract new members; and (iii) an information booth was rented at the *Salon de l'amour et de la séduction* trade fair in Montréal in February 1998, where between 2,000 and 3,000 brochures were distributed to the general public. The commercial nature of the place and the activities that took place there is beyond doubt. This factor is of major significance in the contextual analysis respecting the standard of tolerance.

Second, we would note that, as the trial judge concluded, the appellant's apartment on the third floor of the building in which he operated his business was not genuinely intended to be lived in. It was essentially a large loft-style room with few intimate or private spaces. It should also be noted that the layout of the premises created at best an illusion of privacy or intimacy. On this point, the trial judge pointed out that there was no kitchen equipped with basic plumbing, cupboards or electrical outlets. There was no space that could serve as a bedroom, apart from eight mattresses strewn about on the floor. According to a city of Montréal building inspector, the premises could not be characterized as a residential apartment based on the standards of the National Building Code. Moreover, there was a constant movement of people from one level of the establishment to another. The only step taken to limit access to any part of the establishment was the installation of two doors leading to the third level. One of the doors was marked "*Privé*" (Private). The other was equipped with a numeric lock whose access code was known to all club members. All these facts confirm that the place where the impugned acts took place was indeed public.

Premièrement, il faut reconnaître que le bar L'Orage est situé dans un édifice commercial. D'autres faits servent aussi à établir le caractère commercial de l'endroit. Tel que le soulignait la juge de première instance : (i) de la publicité destinée à encourager le public à devenir membre a paru régulièrement dans le *Journal de Montréal*, dans le magazine *Voir*, dans la revue d'un club échangiste à Toronto et dans une revue érotique; (ii) des entrevues ont été accordées à des revues et à des animateurs de télévision pour solliciter l'adhésion de nouveaux membres, et (iii) un kiosque d'information a été loué à Montréal en février 1998 au *Salon de l'amour et de la séduction* lors duquel 2 000 à 3 000 dépliants publicitaires ont été distribués au grand public. Le caractère commercial du lieu et des activités qu'on y retrouve ne fait aucun doute. Or ce facteur présente une grande importance dans l'analyse contextuelle relative à la norme de tolérance.

Deuxièmement, nous voulons souligner que l'appartement de l'appelant au troisième étage de l'immeuble où il exploite son commerce n'est pas véritablement destiné à être habité, comme l'a conclu la juge de première instance. Il s'agit essentiellement d'une grande pièce de type « loft » où il existe peu d'espace intime ou privé. On note aussi que l'organisation des lieux crée au mieux une illusion de vie privée ou d'intimité. La juge de première instance souligne à cet égard qu'il n'y existe aucune cuisine avec plomberie, armoires ou installations électriques de base. De plus, on ne retrouve aucun endroit qui puisse servir de chambre à coucher, sauf pour les huit matelas dispersés au sol. L'espace ne peut d'ailleurs pas être qualifié d'appartement résidentiel suivant les normes du Code national du bâtiment, selon l'inspecteur de la Ville de Montréal. Par surcroît, des personnes allaient et venaient continuellement entre les différents niveaux de l'établissement. La seule mesure prise pour limiter l'accès à une partie de l'établissement fut l'installation de deux portes donnant accès au troisième niveau. L'une d'entre elles affiche l'inscription « Privé ». L'autre est dotée d'une serrure numérique dont tous les membres du club connaissaient le code d'accès. Tous ces éléments confirment que les lieux où se déroulaient les actes reprochés sont bel et bien des lieux publics.

80 Finally, it should be noted that any adult person interested in group sexual activities could become a member of the swingers' club unless, according to the evidence, he or she seemed to be "disrespectful" or did not share the philosophy of the club and its members. Few applicants were refused membership. At the time of the search, over 800 people had access to L'Orage, including its third level, where the sexual acts in issue took place. Interviews with prospective members consisted primarily in answering the questions of those wishing to enter the club. It was a mere formality that could not reasonably be intended to limit the public's access to the club. Moreover, every member had the right to bring guests, who did not have to be interviewed.

3. Analysis

3.1 *General Description of the Test*

81 In our opinion, there is a single question that must be asked to find that acts are indecent and to determine whether a place constitutes a common bawdy-house: "Do the impugned acts offend the standard of tolerance of the contemporary Canadian community, having regard to the place and context in which they occurred?"

82 Dickson C.J. stated the guiding principles for establishing the standard of tolerance in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, at p. 508:

... (i) in determining what is undue exploitation within s. 159(8), one of the tests to be applied is whether the accepted standards of tolerance in the contemporary Canadian community have been exceeded; (ii) the standards must be contemporary as times change and ideas change with them, one manifestation being the relative freedom with which the whole question of sex is discussed; (iii) it is the standards of the community as a whole which must be considered and not the standards of a small segment of that community such as the university community where a film was shown; (iv) the decision whether the publication is tolerable according to Canadian community standards rests with the court; (v) the task is to determine in an objective way what is tolerable in accordance with the contemporary standards of the Canadian community, and not merely to project one's own personal ideas of what is tolerable.

Finalement, il faut souligner que toute personne majeure intéressée à des activités sexuelles de groupe peut devenir membre du club échangiste, sauf, suivant la preuve, si elle semble « irrespectueuse » ou ne partage pas la philosophie du club et de ses membres. On a refusé peu de candidatures. Au moment de la perquisition, plus de 800 personnes avaient accès au club L'Orage, notamment au troisième niveau où se déroulent les actes sexuels en cause. L'entrevue avec les membres potentiels consiste principalement à répondre aux questions de ceux et celles qui désirent accéder au club. Il ne s'agit que d'une formalité qui ne peut raisonnablement viser à limiter l'accès du public au club. D'ailleurs, tout membre a le droit d'amener des invités qui n'ont pas à subir une entrevue.

3. Analyse

3.1 *Description générale du test*

À notre avis, une seule question doit être posée pour conclure à l'indécence et déterminer si un lieu constitue une maison de débauche : « Les actes reprochés dépassent-ils la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine, compte tenu des lieux et du contexte dans lequel ils surviennent? »

Le juge en chef Dickson a énoncé les principes guidant la détermination de la norme de tolérance dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, p. 508 :

... (i) pour déterminer ce qui constitue de l'exploitation indue au sens du par. 159(8), l'un des critères applicables consiste à savoir si on a outrepassé les normes de tolérance admises dans la société canadienne contemporaine; (ii) il doit s'agir des normes contemporaines vu que les temps et les idées changent comme en fait foi la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles; (iii) il faut tenir compte des normes de l'ensemble de la société et non des normes d'une fraction de la société, comme le milieu universitaire où a été présenté un film; (iv) il appartient à la cour de décider si une publication est tolérable suivant les normes de la société canadienne; (v) il incombe de décider d'une manière objective ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne, et non simplement d'appliquer sa propre conception de ce qui est tolérable.

The cases all emphasize that it is a standard of *tolerance*, not taste, that is relevant. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it. [Emphasis in original.]

It is now well established in the case law that the standard of tolerance is established by means of a contextual analysis that requires an assessment of the specific circumstances of each case: *Towne Cinema*, at p. 508; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630, at para. 32. In *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, Cory J., writing for the majority, summed up the approach to be adopted as follows, at p. 960:

In any consideration of the indecency of an act, the circumstances which surround the performance of the act must be taken into account. Acts do not take place in a vacuum. The community standard of tolerance is that of the whole community. However just what the community will tolerate will vary with the place in which the acts take place and the composition of the audience.

The purpose of assessing indecency in relation to tolerance and not on the basis of personal taste is to prevent it from becoming a tool for establishing or bolstering the morality of a particular group or minority of people in relation to sexual mores. Also, the analysis must not be based solely on the personal and subjective opinions of judges: see *Towne Cinema*, at pp. 508 and 516; *Tremblay*, at p. 958.

Nonetheless, where indecency is concerned, place and context are relevant to the establishment of the applicable limits when assessing certain sexual acts and their conformity to the standards of tolerance of the Canadian community. By reason of the nature of the standard of tolerance, applying it necessarily entails a choice of values that relate to social or public morality and are recognized by the entire Canadian community as minimum, but mandatory, standards. The standard of tolerance does not impose a morality based on particular religious beliefs or particular ideologies. It implements a social morality that is the product of values characteristic of the entire community. These values

Tous les arrêts soulignent que la norme applicable est la *tolérance* et non le goût. Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient. [En italique dans l'original.]

La jurisprudence a maintenant bien établi que la détermination de la norme de tolérance repose sur une analyse contextuelle qui commande une appréciation des circonstances spécifiques de chaque affaire : *Towne Cinema*, p. 508; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630, par. 32. Dans l'arrêt *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, le juge Cory, pour la majorité, résumait ainsi l'approche à adopter, à la p. 960 :

Pour déterminer si un acte est indécent, il faut tenir compte du contexte dans lequel il intervient, car un acte n'est jamais accompli dans le vide absolu. La norme de tolérance de la société est celle de l'ensemble de la société. Toutefois, ce que la société peut tolérer variera en fonction du lieu où l'acte se produit et de la composition de l'auditoire.

Le fait que l'indécence se mesure par rapport à la tolérance et non en fonction du goût personnel vise à empêcher que l'indécence ne devienne un outil permettant d'établir ou de renforcer la moralité d'un groupe particulier ou d'une minorité de gens en matière de mœurs sexuelles. Il faut éviter aussi que l'analyse soit basée uniquement sur les opinions personnelles et subjectives des juges : voir *Towne Cinema*, p. 508 et 516; *Tremblay*, p. 958.

Les limites applicables en matière d'indécence tiennent tout de même compte du lieu et du contexte dans l'évaluation de la pratique de certains actes sexuels et de leur conformité aux normes de tolérance de la société canadienne. L'application de la norme de tolérance comporte nécessairement, en raison de sa nature, un choix de valeurs qui se rapportent à la moralité sociale ou publique et qui sont reconnues par l'ensemble de la société canadienne comme des normes minimales, mais obligatoires. La norme de tolérance n'impose pas une morale qui découle de croyances religieuses ou d'idéologies particulières. Elle met en œuvre une morale sociale qui ressort des valeurs qui caractérisent la société dans son

83

84

85

generally reflect a social consensus that manifests itself through, for example, a concern for [TRANSLATION] “the dignity of individuals and their autonomy, potential for development and fundamental equality”: see L. LeBel, “Un essai de conciliation de valeurs: la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux” (2001), 3(2) *Éthique publique* 51, at p. 57. What must be done is not, therefore, to choose the preferences of a particular social group and impose them on others. Rather, it is necessary to establish the degree of tolerance of the majority of the Canadian community as a whole toward sexual acts, taking their context, including the place where they occur, into account. The test for indecency thus remains sufficiently objective, because it is based on a social consensus among Canadians as to what is acceptable in terms of sexual practices.

86

The community standard of tolerance can be established in two ways. First, use can be made of factual evidence, such as surveys, reports or research regarding Canadians’ sexual practices and preferences, and their attitudes toward and levels of tolerance of sexual acts in various contexts. Expert witnesses can help judges decide a case by providing this sort of information. The relevance of the information and the expert opinions is weighed on the basis of the extent of their connection to the impugned acts and the context of the case. However, judges are not bound by expert opinions and may make their own assessments without such assistance: *Towne Cinema*, at p. 517.

87

Second, judges may draw on the fundamental values and principles underlying legislation respecting sexual mores. The courts’ determination of the standard is not strictly dependent on the existence of factual evidence: *Mara*, at para. 25. Establishing the standard is a question of law rather than a purely factual analysis. In *Mara*, at para. 25, Sopinka J. explained the nature of the analysis to be carried out:

This determination [of the standard of tolerance], then, can be made in the absence of evidence and is not

ensemble. Ces valeurs révèlent généralement un consensus social qui se manifeste, par exemple, par un souci pour « la dignité des personnes, [. . .] leur autonomie, [. . .] leur capacité d’épanouissement ainsi que [. . .] leur égalité fondamentale » : voir L. LeBel, « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux » (2001), 3(2) *Éthique publique* 51, p. 57. Il ne s’agit donc pas de choisir les préférences d’un groupe social particulier et de les imposer aux autres. Il faut plutôt identifier le degré de tolérance de la majorité de la société canadienne dans son ensemble à l’égard de pratiques sexuelles compte tenu du contexte, notamment du lieu où elles se produisent. La détermination de l’indécence demeure alors suffisamment objective car elle repose sur un consensus social des Canadiens et Canadiennes concernant ce qui est acceptable en matière de pratiques sexuelles.

L’identification de la norme de tolérance au sein de la société peut s’effectuer de deux façons. D’abord, il est possible de recourir à des éléments factuels comme les sondages, rapports ou projets de recherche au sujet des pratiques et préférences sexuelles des Canadiens et Canadiennes, ainsi que de leurs attitudes et niveaux de tolérance à l’égard d’actes sexuels qui surviennent dans différents contextes. Le témoin expert pourra alors aider le juge à trancher un litige en fournissant ce type d’information. La pertinence des informations et de l’opinion de l’expert s’évaluera en fonction de leur connexité avec les actes reprochés et le contexte en l’espèce. Le juge n’est cependant pas lié par l’opinion de l’expert et peut accomplir sa tâche sans son aide : *Towne Cinema*, p. 517.

Ensuite, il est possible pour le juge de s’inspirer des valeurs et principes fondamentaux qui sous-tendent la législation relative aux mœurs sexuelles. En effet, la détermination de la norme par les tribunaux ne dépend pas strictement de l’existence d’éléments factuels mis en preuve : *Mara*, par. 25. La norme est une question de droit qui s’écarte d’une analyse purement factuelle. Dans *Mara*, par. 25, le juge Sopinka précisait ainsi la nature de l’analyse à effectuer :

Cette décision [sur la norme de tolérance] peut donc être prise en l’absence d’élément de preuve et n’est pas

susceptible of proof in the traditional way. It must perforce be a question of law, otherwise proof would be required based on evidence and according to the criminal standard.

Judges called upon to determine the standard of tolerance may therefore rely on principles of social morality drawn from legislation. Parliament has given effect to these principles by enacting statutory provisions banning such acts as child pornography or incest. It has also prohibited acts that constitute transgressions of social morality in the context and in the places in which they are performed. Thus, acts that encourage the exploitation of women, the exchange of sexual favours for money, and sexual violence offend against social morality: see, for example, *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 478-79. These factors are indicia upon which judges may rely to reach a finding of indecency, since they are indicators of the level of tolerance of the community as a whole.

It is also important to explain the role played by the concept of harm in the analysis.

3.2 *The Concept of Harm and Its Role in the Analysis*

The recognition of the Canadian community standard of tolerance as the test for indecency originated in the definition of community standards given by this Court in the context of obscenity in *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681. It had become necessary to adopt a new test following the enactment of the former s. 150(8) of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, as a result of which the test that had been applied up to that time — the test established by Cockburn C.J. in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360 — had become obsolete: see *Towne Cinema*, at p. 503. Under the old test, images and texts tending to deprave or corrupt were declared obscene. The test was criticized for depending on the subjective moral views of the court. It is interesting to note that the majority in the case at bar has now adopted what might lead to anti-social behaviour as a type of social harm that would serve to establish indecency.

tributaire d'une preuve au sens traditionnel du terme. Il doit forcément s'agir d'une question de droit, sinon une démonstration fondée sur des éléments de preuve et conforme à la norme applicable en matière criminelle serait requise.

Le juge appelé à déterminer la norme de tolérance peut donc se fonder sur les principes de la morale sociale qui ressortent de la législation. En effet, le législateur met en œuvre une morale sociale par l'adoption de dispositions législatives qui bannissent des actes comme la pornographie infantile ou l'inceste. Il tient aussi à prohiber des actes qui transgressent la morale sociale selon le contexte et les lieux dans lesquels les actes surviennent. La morale sociale rejette à ce titre les actes qui encouragent l'exploitation des femmes, les faveurs sexuelles pour de l'argent et la violence sexuelle : voir par exemple *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 478-479. Ces éléments constitueront des indices sur lesquels un juge pourra s'appuyer pour conclure à l'indécence puisqu'ils sont des indicateurs du niveau de tolérance de l'ensemble de la société.

Il est aussi important de préciser le rôle joué par la notion de préjudice dans l'analyse.

3.2 *La notion de préjudice et son rôle dans l'analyse*

La reconnaissance de la norme de tolérance de la société canadienne comme critère provient de la définition des normes sociales donnée en matière d'obscénité par notre Cour dans l'arrêt *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681. Le choix d'un nouveau critère était en effet devenu nécessaire en raison de l'adoption de l'ancien par. 150(8) du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, qui rendait désuet le test appliqué jusqu'alors et dégagé par le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360 : voir *Towne Cinema*, p. 503. Ce test déclarait obscènes les images ou les textes qui avaient tendance à dépraver ou à corrompre. On lui faisait grief de dépendre des positions morales subjectives du tribunal. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la majorité dans le présent arrêt s'attache maintenant à ce qui conduirait à une conduite anti-sociale comme un type de préjudice social qui servirait à établir l'indécence.

88

89

90

91 The general Canadian community standard of tolerance has become the fundamental test for establishing obscenity. The standard has been applied or cited consistently and uniformly in cases subsequent to *Brodie: Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] S.C.R. 251; *Provincial News Co. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 89, at pp. 98-99; *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951, at pp. 962-63; *Germain v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 241, at pp. 253-54. It was in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1159, that this Court confirmed that the standard of tolerance test applies to indecency.

92 The case law was to start evolving, however, with *Towne Cinema*, in which this Court stressed the concept of social harm. As the majority points out, this concept was presented in that decision as an alternative way to establish indecency or obscenity. It should be noted, however, that the standard of tolerance test, as formulated in *Towne Cinema*, did not incorporate social harm as a criterion. The standard of tolerance and the concept of harm were two ways to establish that certain publications were “undue” under s. 159(8) *Cr. C.* (R.S.C. 1970, c. C-34). As Dickson C.J. wrote at p. 505:

There are other ways in which exploitation of sex might be “undue”. Ours is not a perfect society and it is unfortunate but true that the community may tolerate publications that cause harm to members of society and therefore to society as a whole. Even if, at certain times, there is a coincidence between what is not tolerated and what is harmful to society, there is no necessary connection between these two concepts. Thus, a legal definition of “undue” must also encompass publications harmful to members of society and, therefore, to society as a whole. [Emphasis added.]

93 It was in *Butler* that the concept of harm came to play a major role in establishing indecency and obscenity. However, it is essential to note that the test based on social harm, which is defined in that case as the predisposition of persons to act in an anti-social manner, was adopted to fill a vacuum. Its purpose was to establish the relationship between

La norme de tolérance générale de la société canadienne est devenue le critère fondamental de détermination de l’obscénité. La jurisprudence subséquente à l’arrêt *Brodie* l’a appliquée ou y a référé d’une manière constante et uniforme : *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. c. The Queen*, [1964] R.C.S. 251; *Provincial News Co. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 89, p. 98-99; *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951, p. 962-963; *Germain c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 241, p. 253-254. C’est dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1159, que notre Cour a confirmé l’applicabilité du critère de la norme de tolérance en matière d’indécence.

La jurisprudence allait toutefois évoluer à partir de l’arrêt *Towne Cinema*, où notre Cour a mis l’accent sur la notion de préjudice social. Comme le souligne la majorité, cette notion fut présentée dans cet arrêt comme un moyen alternatif de détermination de l’indécence et de l’obscénité. Il faut noter, cependant, que le test de la norme de tolérance, tel que formulé dans *Towne Cinema*, n’incorporait pas le critère du préjudice social. La norme de tolérance et la notion de préjudice constituaient deux moyens permettant d’établir le caractère « indu » de certaines publications aux termes du par. 159(8) *C. cr.* (S.R.C. 1970, ch. C-34). Comme l’écrivait le juge en chef Dickson à la p. 505 :

L’exploitation des choses sexuelles peut être « indue » d’autres façons. Notre société n’est pas parfaite et il est malheureux mais tout de même vrai que la société peut tolérer des publications nocives pour ses membres et, par conséquent, pour l’ensemble de la société. Même si parfois il y a coïncidence entre ce qui n’est pas toléré et ce qui est nocif pour la société, il n’y a pas nécessairement de lien entre ces deux concepts. Ainsi, la définition légale du mot « indue » doit viser également les publications nocives pour les membres de la société et, par conséquent, pour l’ensemble de la société. [Nous soulignons.]

C’est dans l’arrêt *Butler* que la notion de préjudice en vint à jouer un rôle important dans la détermination de l’indécence et de l’obscénité. Cependant, il est primordial de noter que le test fondé sur le préjudice social, défini dans cet arrêt comme la predisposition des personnes à agir de manière antisociale, fut adopté afin de combler un

the community standards test and the degrading or dehumanizing treatment test. As Sopinka J. wrote in *Butler*, at p. 483:

This review of jurisprudence shows that it fails to specify the relationship of the tests one to another. Failure to do so with respect to the community standards test and the degrading or dehumanizing test, for example, raises a serious question as to the basis on which the community acts in determining whether the impugned material will be tolerated. With both these tests being applied to the same material and apparently independently, we do not know whether the community found the material to be intolerable because it was degrading or dehumanizing, because it offended against morals or on some other basis. [Emphasis added.]

The harm-based test thus gained new importance in the establishment of the community standard of tolerance. The fact that there were harmful acts, that is, acts that predisposed individuals to anti-social conduct, was now sufficient to sustain a finding of indecency, provided that the degree of harm related to those acts was sufficient. Sopinka J. summed up this approach as follows in *Butler*, at p. 485:

The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. Harm in this context means that it predisposes persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men, or, what is perhaps debatable, the reverse. Anti-social conduct for this purpose is conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning. The stronger the inference of a risk of harm the lesser the likelihood of tolerance. The inference may be drawn from the material itself or from the material and other evidence. Similarly evidence as to the community standards is desirable but not essential.

There can be no doubt that, since *Butler*, social harm has been a very important test for establishing indecency. For example, in *Mara*, at para. 33, this Court stated that the standard of tolerance test for a performance was “if the social harm engendered by the performance, having reference to the circumstances in which it took place, is such that

vide. Il visait à établir la corrélation entre le besoin d’assurer le respect des normes sociales et le critère du traitement dégradant ou déshumanisant. Le juge Sopinka écrit à la p. 483 de l’arrêt *Butler* :

Il ressort de cette analyse de la jurisprudence qu’elle ne mentionne pas la corrélation qui existe entre les critères. Cette lacune en ce qui concerne le critère des normes sociales et le critère du traitement dégradant ou déshumanisant, par exemple, soulève une importante question quant aux facteurs sur lesquels se fonde la société pour déterminer si le matériel contesté sera toléré. En appliquant ces deux critères au même matériel et apparemment de façon indépendante, nous ne savons pas si la société a jugé le matériel intolérable parce qu’il était dégradant ou déshumanisant, parce qu’il choquait la morale ou pour quelque autre motif. [Nous soulignons.]

Le critère du préjudice acquit alors une importance nouvelle dans l’identification de la norme de tolérance de la société. La présence d’actes préjudiciables, c’est-à-dire les actes prédisposant les individus à agir de manière antisociale, suffisait désormais pour conclure à l’indécence dans la mesure où le degré de préjudice relié à ces actes était suffisant. Le juge Sopinka résume cette approche de la façon suivante à la p. 485 de l’arrêt *Butler* :

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu’ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu’il prédispose une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l’existence d’un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. Cette conclusion peut être tirée à partir du matériel même ou à partir du matériel et d’autres éléments de preuve. En outre, la preuve des normes sociales est souhaitable, mais non essentielle.

On ne peut certes douter du fait que, depuis l’arrêt *Butler*, le préjudice social constitue un critère de grande importance pour conclure à l’indécence. Par exemple, dans l’arrêt *Mara*, au par. 33, notre Cour a énoncé que le test de la norme de tolérance à l’égard d’un spectacle était de savoir « si le préjudice social qu’il engendre, compte tenu des

the community would not tolerate it taking place”. See also *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 52.

96

However, despite the importance of the social harm test, it cannot be said to be the only standard by which the tolerance of the Canadian community for sexual practices is to be measured. The very definition of social harm warrants closer examination before this test can be applied to determine the level of tolerance of the Canadian community. Apart from the conceptual and practical difficulties that arise out of adopting such an approach, which will be discussed below, it can be seen from the analysis of the emergence of the concept of harm in this Court’s decisions relating to obscenity and indecency that *Towne Cinema* has never been overruled or contradicted. Bearing in mind the reasons that led to the adoption of the social harm test, it does not follow from *Butler*, *Tremblay* and *Mara* that the courts must determine what the community tolerates by reference to the degree of harm alone, and in particular of harm as it is defined by our colleagues in the majority in the instant case. The standard of tolerance is established by means of a contextual analysis. Furthermore, it is interesting to note that in *Tremblay*, which dealt with indecency, the majority’s analysis did not rely on harm as its sole test. The analysis was based more on an overall assessment of the contextual elements specific to that case.

97

Thus, serious harm is not the sole criterion for determining what the Canadian community will tolerate. Harm is but one indicator of the community standard of tolerance. The cases cited by the majority must be placed in the context of a line of authority that focusses on determining whether the standard of tolerance has been violated, based on the nature of the acts, the places where the acts occurred and the context. In our opinion, therefore, the majority’s analysis departs in practice from the case law by adopting an approach based solely on

circonstances dans lesquelles il a lieu, est tel que la collectivité ne tolérerait pas qu’il ait lieu ». Voir aussi *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 52.

Cependant, malgré l’importance du critère du préjudice social, on ne peut soutenir qu’il constitue la seule norme à partir de laquelle doit être évaluée la tolérance de la société canadienne à l’égard de pratiques sexuelles. Plus encore, il faut s’arrêter à la définition même du préjudice social avant d’être en mesure d’appliquer ce critère pour décider du niveau de tolérance de la société canadienne. Mis à part les difficultés conceptuelles et pratiques qui découlent de l’adoption d’une telle approche et qui seront discutées ultérieurement, l’analyse de l’émergence de la notion de préjudice dans la jurisprudence de notre Cour en matière d’obscénité et d’indécence a permis de constater que l’arrêt *Towne Cinema* n’a jamais été écarté ou contredit. Si l’on garde à l’esprit les raisons qui ont mené à l’adoption du critère de préjudice social, les arrêts *Butler*, *Tremblay* et *Mara* ne permettent pas de conclure que les tribunaux doivent déterminer ce que la société tolère en fonction du degré de préjudice seulement, notamment du préjudice tel que le définissent nos collègues de la majorité dans la présente affaire. La détermination de la norme de tolérance s’effectue encore selon une analyse contextuelle. D’ailleurs, il est intéressant de noter que dans l’arrêt *Tremblay*, qui traitait d’indécence, l’analyse de la majorité ne faisait pas du préjudice le critère unique. L’analyse y reposait davantage sur une appréciation globale des éléments contextuels propres à cette affaire.

Ainsi, le préjudice grave n’est pas le critère unique pour décider de la tolérance de la société canadienne. Le préjudice n’est qu’un indicateur de la norme de tolérance de la société. Les arrêts invoqués par la majorité doivent être replacés dans un courant jurisprudentiel qui met l’accent sur la question de savoir si la norme de tolérance a été violée en fonction de la nature des actes, des lieux où ils se sont produits et du contexte. Nous sommes donc d’avis que l’analyse de la majorité s’écarte en pratique de la jurisprudence lorsqu’elle adopte une

harm, whereas *Mara* and *Butler* did not break with the contextual approach.

In principle, we consider the change to the legal order proposed by the majority to be inappropriate, particularly because no valid justification is given for departing from the existing test. We are convinced that this new approach strips of all relevance the social values that the Canadian community as a whole believes should be protected.

First, our colleagues' approach changes the role of the judge in establishing the standard of tolerance. It is clear from the case law that the judge's role is, through contextual analysis, to interpret the community's view of sexual practices as expressed in various places at various times. Whether the impugned acts met the Canadian community standard of tolerance is thus a question of law: see *Mara*, at para. 26; *Tremblay*, at p. 946 (*per* Gonthier J., dissenting, but not on this issue). However, by adopting certain categories of harm that emphasize the mere exposure of the general public to sexual acts or the risk of serious psychological or physical harm, the majority's approach tends to reduce the judge's analysis to a purely fact-based one. The inquiry into the standard of tolerance thus becomes more a question of fact, which is contrary to this Court's case law.

Second, when the standard of tolerance is established on the basis of the three categories of harm adopted by the majority, it becomes impossible to take into account the multitude of situations that could exceed the threshold for indecency. Granted, the harm-based test for indecency will in most cases yield the same result as a contextual approach. However, it is easy to conceive of situations in which the categories will not reflect the Canadian community standard of tolerance. For example, it is possible that, even in the absence of degrading acts or of harm to the participants, the Canadian community will not tolerate certain acts committed in a given context and place, regardless

approche fondée uniquement sur le préjudice, alors que les arrêts *Mara* et *Butler* n'ont jamais rompu avec l'analyse contextuelle.

Sur le plan des principes, nous pensons que le changement dans l'ordre juridique que propose la majorité est inapproprié notamment parce qu'aucune justification valable n'est donnée pour écarter le recours au test actuel. Nous sommes persuadés que la nouvelle approche prive de toute pertinence les valeurs sociales que l'ensemble de la société canadienne considère important de protéger.

D'abord, l'approche de nos collègues modifie le rôle du juge dans la détermination de la norme de tolérance. Il ressort clairement de la jurisprudence que le juge est appelé, à travers une analyse contextuelle, à se faire l'interprète de la conception que la société se fait des pratiques sexuelles telles qu'elles s'expriment dans divers lieux et à divers moments. La question de savoir si les actes reprochés respectent la norme de tolérance de la société canadienne constitue alors une question de droit : voir *Mara*, par. 26; *Tremblay*, p. 946 (le juge Gonthier, dissident, mais pas sur ce point). Or, en adoptant certaines catégories de préjudice qui mettent l'accent sur la simple exposition du grand public à des actes sexuels ou encore sur le risque de préjudice psychologique ou physique grave, l'approche de la majorité tend à réduire l'analyse du juge à une analyse purement factuelle. La recherche de la norme de tolérance s'apparente alors à une question de fait, ce qui contredit la jurisprudence de notre Cour.

Ensuite, la détermination de la norme de tolérance en fonction des trois catégories de préjudice adoptées par la majorité ne permet pas de prendre en compte la multitude de situations susceptibles de franchir le seuil de l'indécence. Certes, l'indécence identifiée en fonction du préjudice correspondra dans la majorité des cas à celle déterminée selon l'analyse contextuelle. Toutefois, il est facile d'imaginer des situations où les catégories ne refléteront pas la norme de tolérance de la société canadienne. Par exemple, il se peut que, même en l'absence d'actes dégradants ou de préjudice subi par les participants, la société canadienne ne tolère pas certains actes commis dans un contexte et un lieu

98

99

100

of whether spectators are present or whether they consent. In other words, sexual acts of any nature performed without an audience would *de facto* fall outside the ambit of the provisions aimed at prohibiting indecency. In our view, indecency cannot be based solely on the exposure of the general public to sexual acts. This outcome is unacceptable.

101 The Canadian community's tolerance for sexual practices must be assessed independently of the presence of spectators. The nature of the principle that is to be applied must not be forgotten. It consists in establishing not what Canadians think is right for themselves, or what the spectators or participants in question think is right for themselves, but what Canadians would not abide other Canadians seeing: *Towne Cinema*, at pp. 508-9. In a situation in which the Canadian community's tolerance for sexual acts must be established, as opposed to the situation in *Mara*, which concerned indecent performances, the principle will necessarily concern what Canadians would not abide other Canadians doing, taking into account the place and general context, of course. Another thing to bear in mind is that it is the standards of the community as a whole that must be considered and not the standards of a small segment of the community: *Towne Cinema*, at p. 508. Consequently, indecency cannot be based solely on the presence of participants or on their views. The contextual approach allows us to take into account the private nature of the place where the acts are carried out. But for sexual practices in places to which the public has access not to be subject to the standard of tolerance because of their allegedly private nature — we are referring here to the ambiguous concept of relatively private places — would be incompatible with a proper interpretation of the standard of tolerance. An approach that in many situations, like the situation in the instant case, systematically prevents the standard of tolerance from being established and applied must be rejected.

102 Furthermore, the majority's approach poses serious problems in light of the practical

particulier et ce, indépendamment de la présence de spectateurs ou du consentement de ceux-ci. En d'autres termes, les actes sexuels, quels qu'ils soient, pratiqués en l'absence de spectateurs seraient *de facto* exclus de la portée des dispositions visant à interdire l'indécence. À notre avis, l'indécence ne peut dépendre uniquement de l'exposition du grand public aux actes sexuels. Ce résultat ne peut être accepté.

La tolérance de la société canadienne à l'égard des pratiques sexuelles doit se mesurer indépendamment de la seule présence de spectateurs. Il faut rappeler la nature du principe en cause. Celui-ci consiste à établir non pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes, ou ce que les spectateurs ou participants en question estiment convenable pour eux-mêmes, mais ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient : *Towne Cinema*, p. 508-509. Dans un contexte où on doit évaluer la tolérance de la société canadienne à l'égard d'actes sexuels, et non de spectacles indécents comme dans l'arrêt *Mara*, ce principe visera nécessairement ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens fassent, compte tenu du lieu et du contexte en général, bien entendu. Il faut aussi rappeler qu'il faut tenir compte des normes de l'ensemble de la société et non des normes d'une fraction de la société : *Towne Cinema*, p. 508. Par conséquent, l'indécence ne peut pas dépendre uniquement de la présence de participants ou de leur avis. L'analyse contextuelle permettra de prendre en compte le caractère privé du lieu où les actes sont pratiqués. Mais la possibilité que des pratiques sexuelles dans des endroits auxquels le public a accès ne soient pas soumises à l'application de la norme de tolérance en raison de leur caractère prétendument privé — nous parlons ici de cette notion équivoque de lieux relativement privés — est incompatible avec une conception correcte de la norme de tolérance. Une approche qui, dans plusieurs situations comme celles de la présente cause, empêche systématiquement l'identification et l'application de la norme de tolérance doit être rejetée.

Par ailleurs, l'approche de la majorité pose des problèmes sérieux si l'on s'attarde aux

consequences that would result from adopting it. To successfully defend against a charge under s. 210(1) *Cr. C.* in a context in which there are no degrading acts or in which the participants do not suffer serious harm, it would be enough to ensure that the general public is not a spectator, regardless of the number of participants. It would then be difficult to characterize the acts as indecent, as there would be no evidence of harm.

In our opinion, the test adopted by the majority introduces a concept of tolerance that does not seem to be justifiable according to any principle whatsoever. This concept cannot be accepted on the pretext that harm is easier to prove or that it is desirable for this type of offence to have the same rationale as the vast majority of other criminal offences, namely the need to protect the community from harm. Social morality, which is inherent in indecency offences and is expressed through the application of the standard of tolerance, must still be allowed to play a role in all situations where it is relevant. Otherwise, the social values that the Canadian community as a whole considers worth protecting would be stripped of any relevance.

Furthermore, the existence of harm is not a prerequisite for exercising the state's power to criminalize certain conduct. The existence of fundamental social and ethical considerations is sufficient: see *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at p. 635. There is no principle that supports the harmonization of offences.

The philosophical underpinnings of the majority's harm-based approach are found in the liberal theories of J. S. Mill. This philosopher argued that the only purpose for which state power can be rightfully exercised over a member of the community is to prevent harm to others: see J. S. Mill, *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at p. 8. This court had occasion to address the principle of harm in *Malmo-Levine*. Although that case concerned the constitutional limits on the state's power to legislate in

conséquences pratiques qui résulteraient de son adoption. Pour se défendre avec succès contre une accusation portée en vertu du par. 210(1) *C. cr.* dans un contexte où ne surviennent pas d'actes dégradants ou dans lequel les participants ne subissent pas de préjudice grave, il suffirait simplement de s'assurer que le grand public n'est pas spectateur, quel que soit le nombre de participants. Il serait alors difficile de caractériser les actes comme indécents, faute d'une preuve de préjudice.

À notre avis, le test adopté par la majorité introduit une notion de tolérance qui ne semble pas justifiable en vertu de quelque principe que ce soit. On ne saurait la retenir sous prétexte que le préjudice est plus facile à prouver ou qu'il est souhaitable d'uniformiser ce type d'infraction avec les autres infractions criminelles qui, dans la vaste majorité des cas, trouvent leur justification dans le besoin de protection de la société contre le préjudice. Encore faut-il laisser à la moralité sociale, qui est inhérente aux infractions d'indécence et qui s'exprime par l'application de la norme de tolérance, la possibilité d'intervenir dans toutes les situations où elle est pertinente. Autrement, les valeurs sociales que l'ensemble de la société canadienne considère important de protéger seraient dépourvues de toute pertinence.

Par surcroît, l'existence d'un préjudice n'est pas un préalable à l'exercice du pouvoir de l'État de criminaliser certains comportements. L'existence de considérations sociales et morales fondamentales suffit : voir *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, p. 635. Il n'y a pas de principe justifiant l'harmonisation des infractions.

La position de la majorité fondée sur le préjudice trouve sa justification philosophique dans les thèses libérales de J. S. Mill. En effet, ce philosophe soutenait que la seule raison légitime qui puisse justifier l'utilisation de la force de l'État contre un membre de la société est de l'empêcher de nuire aux autres : voir J. S. Mill, *De la liberté* (1990), trad. L. Lenglet, p. 74. Notre Cour a eu l'occasion de traiter du principe de préjudice dans l'arrêt *Malmo-Levine*. Bien que cet arrêt porte sur les limites constitutionnelles au pouvoir de l'État de

103

104

105

criminal matters, the majority's reasons stressed that the justification for state intervention cannot be reduced to a single factor. There are multiple criteria for justifying state intervention in criminal matters, even if it restricts human liberty: see *Malmo-Levine*, at para. 109. Offences under the *Criminal Code* are thus based on principles and values other than harm. In the case at bar, the offence relates to social morality. To place excessive emphasis on the criterion of harm will therefore make it impossible to give effect to the moral principles in respect of which there is a consensus in the community.

106

Our colleagues' position also raises problems relating to the determination of the level of harm required for a finding of indecency. The proposed threshold is, in our view, too demanding and too abstract. There is no justification for adopting a threshold that would require neither more nor less than proof that the sexual practices in issue will lead to social disorder. The Court has not gone that far in its past decisions; rather, it has merely concluded that encouraging anti-social conduct would be incompatible with the proper functioning of society. Why should such a notion be adopted when tolerance is clearly linked to public morality and community values? What is meant by conduct that is incompatible with the proper functioning of society? How can proof that an act will lead to anti-social conduct be required, assuming that it is defined objectively, and why should it be required when the proceeding may concern acts that in fact fit that definition?

107

The position taken in *Mara*, in which tolerance was defined according to the harm suffered by those who view a performance, must be disregarded in the context of an offence under s. 210(1) *Cr. C.* Whereas the issue analysed in *Mara* concerned the indecency of a performance, the issue in the case at bar concerns the indecency of an act: see *Mara*, at para. 39. In the case of indecent acts, there is no need to consider the potential harm to spectators.

légiférer en matière criminelle, l'opinion majoritaire fait bien ressortir que la justification de l'intervention de l'État ne peut se réduire à un seul facteur. De multiples critères permettent de justifier cette intervention en matière criminelle, même si elle restreint la liberté des gens : voir *Malmo-Levine*, par. 109. Les infractions du *Code criminel* trouvent donc leur fondement dans des principes et valeurs autres que la notion de préjudice. En l'espèce, il s'agit de la moralité sociale. On comprend dès lors qu'accorder une trop grande importance au critère du préjudice empêchera de mettre en œuvre les principes moraux qui font consensus au sein de la société.

La position de nos collègues soulève aussi des problèmes à propos de l'identification du niveau de préjudice requis pour conclure à l'indécence. Le seuil proposé s'avère à notre avis trop exigeant et trop abstrait. Rien ne justifie que l'on adopte un seuil qui soit tel qu'il requière ni plus ni moins une preuve d'un désordre social potentiel engendré par les pratiques sexuelles en cause. La jurisprudence antérieure n'allait pas si loin et ne faisait que conclure que de favoriser la conduite antisociale irait à l'encontre du bon fonctionnement de la société. Pourquoi s'attacher à une telle notion alors que la tolérance est clairement reliée à une notion de morale publique et de valeurs collectives? Que signifie l'acte qui met en cause le bon fonctionnement de la société? Comment exiger la preuve qu'un acte va mener au comportement antisocial, à supposer qu'on en ait une définition objective, et pourquoi l'exiger alors qu'on peut se trouver en l'instance devant des actes qui correspondent justement à cette définition?

La position de l'arrêt *Mara* où l'on définit la tolérance en fonction du préjudice que subissent ceux qui assistent à un spectacle doit être écartée dans le cadre d'une infraction visée au par. 210(1) *C. cr.* En effet, alors que l'arrêt *Mara* comportait une analyse de la question de savoir si un spectacle est indécet, la question en l'espèce est de savoir si un acte est indécet : voir *Mara*, par. 39. On ne saurait donc s'attarder, dans le cas d'actes indécets, au préjudice que risquent de subir les spectateurs.

To adopt that position would have the effect of disregarding the community's judgment in respect of sexual practices and any application of the social morality associated with them. The standard of tolerance cannot exclude only those acts that cross the hypothetical line beyond which the proper functioning of society is compromised. It is also related to social order, insofar as what is acceptable to the community is expressed in terms of a known social morality. The concept of harm is thus linked to social morality, not just to societal dysfunction or to the creation of a predisposition to anti-social conduct.

According to contemporary Canadian social morality, acts such as child pornography, incest, polygamy and bestiality are unacceptable regardless of whether or not they cause social harm. The community considers these acts to be harmful in themselves. Parliament enforces this social morality by enacting statutory norms in legislation such as the *Criminal Code*. The community does not tolerate degrading acts or sexual exploitation either: *Butler*, at p. 485. Nor is the purchase of sexual favours in public places accepted, as evidenced by the various provisions of the *Criminal Code* that prohibit common bawdy-houses and prostitution. In this second type of situation, morality is conveyed by means of provisions that demand that each individual case be assessed in light of its specific context and circumstances in order to gauge the Canadian community's tolerance for the acts in question. Certain acts are thus prohibited because of their harmful nature. Others are prohibited because of the context and places in which they arise, as in the case at bar. Harm is thus ultimately linked to a concept of social morality. There is also harm where what is acceptable to the community in terms of public morals is compromised.

Thus, the need to prove societal dysfunction to a degree approaching social disorder would appear to unduly restrict the situations in which a court

Adopter cette position aurait pour effet d'évaluer le jugement que pourrait porter la société sur des pratiques sexuelles ainsi que l'application de la morale sociale qui s'y rattache. La norme de tolérance ne peut exclure seulement les actes qui franchissent cette frontière hypothétique au-delà de laquelle le bon fonctionnement de la société est remis en cause. Elle est aussi reliée à un ordre social dans la mesure où l'on traite de ce qui est acceptable en société au regard d'une morale sociale connue. La notion de préjudice se rattache alors à une notion de moralité sociale et non uniquement au dysfonctionnement de la société ou à la création d'une prédisposition à agir de façon antisociale.

En effet, la moralité sociale contemporaine du Canada rejette notamment la pornographie infantile, l'inceste, la polygamie et la bestialité indépendamment de la question de savoir si ces actes causent un préjudice social ou non. La société juge que ces actes sont, en eux-mêmes, préjudiciables. Le législateur permet la mise en œuvre de cette moralité sociale par l'adoption de normes législatives dans les lois comme le *Code criminel*. Par ailleurs, la société ne tolère pas non plus les actes dégradants ou l'exploitation sexuelle : *Butler*, p. 485. L'achat de faveurs sexuelles dans des lieux publics n'est pas accepté non plus, comme en font foi les diverses dispositions du *Code criminel* interdisant les maisons de débauche et la prostitution. Dans ce deuxième type de situations, la morale s'exprime par des dispositions qui commandent une évaluation des cas d'espèce dans le cadre et les circonstances où ils surviennent pour vérifier la tolérance de la société canadienne à l'égard des actes. On constate donc que certains actes sont prohibés en raison de leur nature préjudiciable. D'autres le deviennent en raison du contexte et des lieux dans lesquels ils surviennent, comme par exemple dans le présent dossier. Le préjudice, en définitive, se réfère alors à une notion de moralité sociale. Il y a aussi préjudice dans la mesure où survient une atteinte à ce qui est acceptable en société au regard de la morale publique.

Ainsi, la nécessité de prouver un dysfonctionnement de la société à un degré qui s'approche du désordre social paraît restreindre indûment

could reach a finding of indecency. The importance of this requirement profoundly alters the traditional concept of tolerance by suggesting that the public will tolerate anything that is contrary to public morals unless it can be established that an act will cause significant social disorder.

111 Furthermore, analytical problems would seem to arise when only the harm test is taken into account in the context of s. 210(1) *Cr. C.* In *Mara*, the appellants had been charged under s. 167(1) *Cr. C.* with presenting “an immoral, indecent or obscene performance, entertainment or representation”. However, this Court held as follows, at para. 37:

A finding of an indecent performance depends on a finding of harm to the spectators of the performance as perceived by the community as a whole. The potential harm to the performers themselves, while obviously regrettable, is not a central consideration under s. 167.

112 The Court thus played down the importance of the factor of risk of harm to participants. Nevertheless, it considered that this principle does not apply to offences under s. 210(1) *Cr. C.* At para. 39, Sopinka J. wrote the following:

I note, however, that this Court in *Tremblay* and the Court of Appeal in the present case placed significance on the risk of sexual assault and transmission of disease which I do not, but it is important to recall that *Tremblay* involved an analysis of whether acts performed in a private room were indecent, whereas the present case involves an analysis of whether a performance was indecent. The charge in *Tremblay* was under s. 193(1) of the *Criminal Code* (now s. 210(1)). The gravamen of that offence is the keeping of a place for the purpose of the practice of acts of indecency. The presence of spectators and the effect on spectators is relatively unimportant. On the other hand, the gravamen of the offence under s. 167 is giving or allowing an indecent performance. The presence of spectators and of “performance” under s. 167(1), changes the emphasis in the present case largely to an analysis of the effect on the spectators, rather than the performers. While I do not share the view of the Court of Appeal with respect to the importance of the risk of infectious diseases to a finding of an indecent performance, I otherwise fully agree with the manner in which Dubin C.J.O.

les situations dans lesquelles un tribunal pourra conclure à l’indécence. En effet, l’importance de cette exigence modifie en profondeur la notion traditionnelle de tolérance en suggérant que le public tolère tout ce qui est contraire à la morale publique, sauf si on peut établir qu’un acte provoquera un désordre social important.

Il semble aussi que le fait de prendre en compte uniquement le critère du préjudice pour l’application du par. 210(1) *C. cr.* pose des difficultés analytiques. Dans l’arrêt *Mara*, les appelants étaient accusés, en vertu du par. 167(1) *C. cr.*, d’avoir « présenté [. . .] une représentation, un spectacle ou un divertissement immoral, indécent ou obscène ». Cependant, notre Cour décida au par. 37 :

Pour conclure qu’un spectacle est indécent, il faut conclure que ceux qui y assistent subissent un préjudice perçu par l’ensemble de la société. La possibilité qu’un préjudice soit causé aux exécutantes mêmes, bien qu’elle soit évidemment regrettable, n’est pas un facteur essentiel aux fins de l’art. 167.

La Cour réduisit donc l’importance du facteur du risque de préjudice sur les participants. Toutefois, elle jugea que ce principe ne s’applique pas aux infractions visées par le par. 210(1) *C. cr.* Au paragraphe 39, le juge Sopinka écrit :

Je note, toutefois, que notre Cour, dans *Tremblay*, et la Cour d’appel, en l’espèce, ont accordé une grande importance au risque d’agression sexuelle et de transmission de maladie, ce que je ne fais pas, mais il est important de se rappeler que *Tremblay* comportait une analyse de la question de savoir si des actes accomplis en privé étaient indécents, alors que la présente affaire comporte une analyse de la question de savoir si un spectacle était indécent. Dans *Tremblay*, l’accusation avait été portée en vertu du par. 193(1) du *Code criminel* (maintenant le par. 210(1)). L’élément essentiel de cette infraction est la tenue d’un lieu pour la pratique d’actes indécents. La présence de spectateurs et l’incidence sur ceux-ci est relativement sans importance. Par ailleurs, l’élément essentiel de l’infraction décrite à l’art. 167 est le fait de donner ou de permettre que soit donné un spectacle indécent. La présence de spectateurs et le fait qu’il y ait eu « spectacle » au sens du par. 167(1) ont grandement pour effet, dans la présente affaire, de mettre l’accent sur l’analyse de l’incidence sur les spectateurs plutôt que sur les exécutantes. Bien que je ne partage pas le point de vue de la Cour d’appel quant à l’importance du

admirably set out the differences between the present case and *Tremblay* and *Hawkins*, and explained why the activities in the present case were indecent. While it is unnecessary to repeat verbatim what was said, the principal distinctions may be summarized as follows. [Emphasis added.]

Thus, whereas the effect on spectators is a central factor in the establishment of indecency for the purposes of s. 167(1) *Cr. C.*, the impact on participants remains important in the context of s. 210(1) *Cr. C.* In other words, in determining whether the offence of keeping a common bawdy-house has been committed, the relevant harm is not “the attitudinal harm on those watching the performance as perceived by the community as a whole” (*Mara*, at para. 34), but the harm sustained by those who *participate* in the acts as perceived by the community as a whole. These remarks clearly illustrate the inadequacy of an analysis based entirely on the concept of serious harm.

A problem thus arises, as the analysis becomes circular. If it is accepted that the test for indecency in the context of s. 210(1) *Cr. C.* consists in determining whether those participating in the acts are predisposed to act in an anti-social manner (one of the three types of harm proposed by the majority), it seems illogical to ask whether the individual committing an allegedly indecent act is predisposed to act in an anti-social manner. The person is already acting in an anti-social manner. In the context of indecent acts, as opposed to indecent performances, the issue of predisposition to act in an anti-social manner would seem to be irrelevant. The harm would be more the result of a violation of social norms, as we saw above.

Consequently, in the context of an offence under s. 210(1) *Cr. C.*, we are of the opinion that it is not absolutely necessary to consider the harm done to society, such as the predisposition to act in an anti-social manner. This type of harm will be

risque de maladies infectieuses pour pouvoir conclure à l'indécence d'un spectacle, je suis par ailleurs entièrement d'accord avec la façon admirable dont le juge en chef Dubin de l'Ontario a établi les différences entre la présente affaire et les arrêts *Tremblay* et *Hawkins*, et a expliqué pourquoi les activités dans la présente affaire étaient indécentes. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de répéter mot à mot ce qui a été dit, les principales distinctions peuvent être résumées de la façon suivante. [Nous soulignons.]

Ainsi, alors que l'effet sur les spectateurs constitue un élément central de la détermination de l'indécence pour l'application du par. 167(1) *C. cr.*, l'impact sur les participants demeure un élément important pour l'application du par. 210(1) *C. cr.* En d'autres termes, pour savoir s'il y a une infraction consistant à tenir une maison de débauche, le préjudice pertinent n'est pas « le préjudice résultant d'une attitude chez ceux qui assistent au spectacle, tel qu'il est perçu par l'ensemble de la société » (*Mara*, par. 34), mais le préjudice subi par ceux qui *participent* aux actes, tel qu'il est perçu par l'ensemble de la société. Ces remarques montrent bien l'insuffisance d'une analyse entièrement fondée sur la notion de préjudice grave.

Une difficulté survient alors, car l'analyse devient circulaire. Si l'on accepte le fait que le test de l'indécence pour l'application du par. 210(1) *C. cr.* consiste à déterminer si les participants aux actes sont prédisposés à agir de manière antisociale (un des trois types de préjudice proposés par la majorité), il semble illogique de se demander si la personne qui commet un acte supposément indécent est prédisposée à agir de manière antisociale. La personne agit déjà de manière antisociale. Dans le cadre des actes indécents, par opposition aux spectacles indécents, la question de la prédisposition à agir de manière antisociale semble non pertinente. Le préjudice résulterait davantage d'une atteinte aux normes sociales comme nous l'avons vu antérieurement.

Conséquemment, dans le cadre d'une infraction visée au par. 210(1) *C. cr.*, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de s'attarder obligatoirement à l'effet du préjudice sur la société tel que la prédisposition à agir de manière antisociale. Ce type de préjudice

113

114

115

present where there is evidence of dehumanizing, degrading or demeaning acts. In our view, *Tremblay* appears, given that the analysis did not focus on the predisposition to act in an anti-social manner, to confirm this approach. To sum up, it is simply not possible to carry out a rational analysis in this area by limiting the test for tolerance to evidence of serious harm and, in particular, by equating serious harm with a predisposition to act in an anti-social manner.

116 These reasons are sufficient for rejecting a test for the standard of tolerance that is based solely on harm. Our colleagues' approach has too many shortcomings, both practical and theoretical. It introduces a concept of tolerance that appears to be supported by no principle whatsoever. It is also hard to find support for this position in the case law. We will now set out what we feel to be a more appropriate approach.

3.3 *A Context-Based Standard of Tolerance*

117 The analysis to establish the standard of tolerance should be based on two main factors: the nature of the acts and their context.

3.3.1 Nature of the Acts

118 It seems hard to dispute that, in a given context, the Canadian community's tolerance for sexual acts varies depending on the nature of the acts. In our opinion, this explains why, in cases involving indecency, the courts have taken the nature of the sexual acts into consideration in establishing the standard of tolerance: see *Tremblay*, at pp. 957, 969 and 971; *Mara*, at para. 40; *Roux v. La Reine*, [2001] R.J.Q. 567 (C.A.). The testimony of expert witness Michel Campbell in the instant case also confirms the relevance of this factor: A.R., vol. VIII, at pp. 1247, 1251 and 1297. The nature of the sexual acts and the context in which they were performed are thus two factors that interact dynamically to influence the Canadian community's threshold of tolerance.

sera présent devant la preuve d'actes déshumanisants, avilissants ou dégradants. L'arrêt *Tremblay*, en omettant de centrer l'analyse sur la prédisposition à agir de manière antisociale, semble confirmer cette approche selon nous. En résumé, il n'est tout simplement pas possible de faire une analyse rationnelle en ce domaine en limitant le critère de la tolérance à la preuve d'un préjudice grave et, en particulier, en identifiant ce dernier à la prédisposition à agir de façon antisociale.

Ces raisons suffiraient pour rejeter un test de détermination de la norme de tolérance fondé uniquement sur le préjudice. L'approche de nos collègues souffre d'un trop grand nombre de lacunes sur le plan tant pratique que théorique. Elle introduit une notion de tolérance qui ne semble pas justifiable en vertu de quelque principe que ce soit. La jurisprudence supporte aussi difficilement cette position. Nous exposerons donc maintenant l'approche qui nous semble la plus appropriée.

3.3 *La détermination de la norme de tolérance en fonction du contexte*

L'analyse permettant de déterminer la norme de tolérance doit reposer sur deux éléments principaux : la nature des actes et le contexte.

3.3.1 La nature des actes

Il semble difficile de contester le fait que, dans un contexte donné, la tolérance de la société canadienne à l'égard d'actes sexuels varie en fonction de leur nature. À notre avis, cela explique pourquoi, en matière d'indécence, la jurisprudence tient compte de la nature des actes sexuels pour identifier la norme de tolérance : voir *Tremblay*, p. 957, 969 et 971; *Mara*, par. 40; *Roux c. La Reine*, [2001] R.J.Q. 567 (C.A.). Le témoignage de l'expert Michel Campbell dans la présente cause confirme aussi la pertinence de ce facteur : D.A., vol. VIII, p. 1247, 1251 et 1297. La nature des actes sexuels et le contexte dans lequel ils sont posés constituent donc deux facteurs qui interagissent de façon dynamique pour influencer le seuil de tolérance de la société canadienne.

Two points require clarification at this stage. First, judges should not pass judgment on the morality of the acts themselves without regard to the context. Taking the nature of the acts into account simply offers the possibility of comparing them with other acts in a similar context. For example, if the courts have found a sexual practice to be indecent in a similar context, the nature of more degrading or dehumanizing acts will lead more easily to a finding of indecency. The public will be less tolerant of these acts because of their potential for causing social harm.

Second, the assessment of the acts' nature should not be influenced by the sexual orientation of the participants. The standard of tolerance cannot incorporate a discriminatory attitude based on sexual orientation. As Binnie J. explained in *Little Sisters*, at para. 119, “[i]t is antithetical to the remedial reasons underlying adoption of the community standard to single out a particular minority as being less worthy than others of protection and respect.”

3.3.2 Context

In light of its relationship to indecency, s. 210(1) *Cr. C.* necessarily imposes restrictions of time (such as the time of day) and place on sexual practices. Indecency concerns sexual behaviour or the representation of sexual behaviour that is neither obscene nor immoral, but inopportune or inappropriate according to Canadian standards of tolerance because of the context in which it takes place: *Tremblay*, at p. 962, quoting Boilard J. in *R. v. Pelletier* (1985), 27 C.C.C. (3d) 77 (Que. Sup. Ct.), at p. 89. From the perspectives of both statute and case law, indecency thus requires a contextual analysis of the acts in issue.

It can be seen from this Court's case law on indecency and obscenity that the following contextual factors may be taken into consideration in determining the standard of tolerance: (1) the private or public nature of the place; (2) the type of participants and the composition of the audience;

Deux précisions s'imposent ici. D'abord, le juge ne doit pas porter un jugement sur la moralité des actes eux-mêmes, indépendamment du contexte. La prise en compte de la nature des actes offre simplement la possibilité de les comparer à d'autres actes accomplis dans un contexte similaire. Si, par exemple, la jurisprudence considère une pratique sexuelle comme indécente dans un contexte similaire, la nature d'actes plus dégradants ou déshumanisants conduira plus facilement à un constat d'indécence. En effet, ces actes seront moins tolérés par la population en raison de leur capacité d'entraîner un préjudice social.

Ensuite, l'appréciation du caractère des actes ne devrait pas être influencée par l'orientation sexuelle des participants. La norme de tolérance ne saurait incorporer une attitude discriminatoire fondée sur l'orientation sexuelle. Comme l'expliquait le juge Binnie dans l'arrêt *Little Sisters*, par. 119 : « Le fait de considérer une minorité donnée comme étant moins digne de protection et de respect que les autres est antithétique aux justifications réparatoires qui sont à la base de l'adoption de la norme sociale. »

3.3.2 Le contexte

Le paragraphe 210(1) *C. cr.*, en renvoyant à la notion d'indécence, impose nécessairement des restrictions de temps (tel le moment de la journée) et de lieu quant aux pratiques sexuelles. En effet, l'indécence vise le comportement sexuel ou sa représentation qui n'est ni obscène ni immoral, mais inopportun ou inapproprié selon les normes canadiennes en raison du contexte dans lequel il survient : *Tremblay*, p. 962, citant le juge Boilard dans *Pelletier c. La Reine*, [1986] R.J.Q. 595 (C.S.), p. 604. La conception législative et jurisprudentielle de l'indécence requiert ainsi une analyse contextuelle des actes en cause.

Il ressort de la jurisprudence de notre Cour en matière d'indécence et d'obscénité que les éléments contextuels suivants peuvent être pris en compte pour identifier la norme de tolérance : (1) le caractère privé ou public des lieux; (2) le type de participants et la composition de l'auditoire; (3) la nature

119

120

121

122

(3) the nature of the warning given regarding the acts; (4) the measures taken to limit access to the place; (5) the commercial nature of the place and the acts; (6) the purpose of the acts; (7) the conduct of the participants; and (8) harm suffered by the participants (see *Tremblay*, at pp. 960-61; *Mara*, at para. 32). This list is not exhaustive, however. In our opinion, the nature of the factors adopted by the courts reflects the community's desire to limit the performance of sexual acts in public, especially in a commercial context.

123

It would be helpful to elaborate on some of these contextual factors. First, a consideration of the public or private nature of the place where the acts are performed should not be based on a simple public/private dichotomy. In light of the large number of situations in which the courts may be called upon to rule on the indecent nature of sexual practices, this simplistic dichotomy must give way to an analysis based on a continuum of situations and contexts. In our view, the expert testimony of Mr. Campbell cited in *R. v. Angerillo*, [2003] R.J.Q. 1977 (Mun. Ct. Mtl.), at paras. 129-30, reflects the fact that tolerance varies in degree according to the public nature of the place:

[TRANSLATION] However, the Court understands from Dr. Campbell's testimony that for Canadians, in all cases, swinging is understood to mean that the swapping of sexual partners is done in private, that is, "among themselves". The witness referred to a kind of "social contract" that is entered into, tacitly or specifically, between those who wish to participate in swapping. Thus, the more closed and off-limits the "social contract" is to third parties, the closer it is to falling within the "classical" definition of swinging. According to the witness, this is where the threshold of the contemporary Canadian community lies, that is, on the condition that the sexual activities take place in private.

Similarly, if the sexual activities take place in public, what is happening is no longer "swinging", but an "orgy". According to Dr. Campbell, Canadians clearly do not tolerate orgies and do not accept that other Canadians, even informed and consenting adults, participate in them. [Emphasis added.]

Mr. Campbell confirmed this approach several times in his testimony at trial: A.R., vol. VIII, at pp. 1292 and 1313.

de l'avertissement donné relativement aux actes; (4) les mesures visant à limiter l'accès aux lieux; (5) le caractère commercial des lieux et des actes; (6) la finalité de ceux-ci; (7) le comportement des participants et (8) le préjudice subi par les participants (voir *Tremblay*, p. 960-961; *Mara*, par. 32). Cette liste n'est toutefois pas exhaustive. La nature des éléments adoptés par la jurisprudence reflète selon nous le désir de la société de limiter les actes sexuels pratiqués en public, surtout dans un contexte commercial.

Il est utile d'apporter des précisions à l'égard de certains des éléments contextuels. D'abord, l'analyse du caractère public ou privé du lieu dans lequel les actes sont posés ne devrait pas reposer sur une simple dichotomie public/privé. Face à la multitude de situations dans lesquelles les cours peuvent être appelées à juger de la nature indécente de pratiques sexuelles, il faut préférer à une telle dichotomie réductrice une analyse qui reconnaît un continuum de situations et de contextes. Le témoignage d'expert de M. Campbell cité dans la cause *R. c. Angerillo*, [2003] R.J.Q. 1977 (C.M. Mtl.), par. 129-130, nous paraît refléter le fait que la tolérance varie par degré en fonction du caractère public d'un lieu :

Cependant, le Tribunal comprend du témoignage du D^r Campbell que pour les Canadiens, dans tous les cas, la notion de l'échangisme est entendue dans le sens que les échanges sexuels des partenaires se font en privé, c'est-à-dire « entre eux ». En fait, le témoin réfère à une espèce de « contrat social » qui s'établit tacitement ou spécifiquement entre ceux qui vont participer aux échanges sexuels. Ainsi, plus le « contrat social » est serré et hermétique à la présence des tiers, plus nous nous rapprochons de la définition « classique » de l'échangisme. Selon lui, c'est là que se situe le seuil de tolérance de la société canadienne contemporaine, c'est-à-dire à la condition que les échanges sexuels aient lieu en privé.

De même, si les activités sexuelles ont lieu en public, on ne parle plus d'« échangisme », mais d'« orgie ». Or, selon le D^r Campbell, clairement, les Canadiens ne tolèrent pas les orgies et ils n'acceptent pas que d'autres Canadiens, même adultes, avertis et consentants, participent à des orgies. [Nous soulignons.]

M. Campbell a confirmé cette approche à plusieurs reprises lors de son témoignage en première instance : D.A., vol. VIII, p. 1292 et 1313.

For these reasons, a swingers' club cannot automatically be characterized as a "private" place on the basis that the general public is not permitted to circulate freely within it. The place may retain a public dimension that is sufficient to support a finding of indecency. If the contrary position were adopted, it would be impossible, provided that the participants consent and that the spectators are considered only to be participants, to sanction any sexual act that is not degrading or harmful to the participants. As we have seen, this unacceptable solution amounts to denying that the standard of tolerance can be applied to sexual acts performed in establishments that are accessible to the public. Such a solution does not take into account the fact that indecency is based on what Canadians do not abide other Canadians seeing or doing: *Towne Cinema*, at p. 508. It would also amount to saying that only the morality of the participants themselves is relevant.

Section 197(1) *Cr. C.* also limits the possibility of characterizing every place where the general public does not circulate as a private place. It defines a "public place" as "any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied".

For the same reasons that have compelled us to reject the public/private dichotomy, we find it impossible to accept the validity of the concept of [TRANSLATION] "relative privacy" proposed in the Court of Appeal by Proulx J.A. ((2004), 191 C.C.C. (3d) 66). This vague concept can serve only to create a new category under which an act is tolerable if a certain degree of privacy — based on the unforeseeable definition that may be given to the concept — is maintained while the act is being performed. In *Tremblay*, Cory J. referred to this concept only to sum up the context in which the acts took place, that is, in a closed room where only two adults were present (p. 970). This differs from the facts in the instant case, as we will see below.

The commercial nature of the place and acts plays an important role in the establishment of the Canadian community's threshold of tolerance. In

Pour ces raisons, on ne saurait automatiquement qualifier un club échangiste de lieu « privé » parce que le grand public n'y circule pas librement. Le lieu pourrait conserver une dimension publique suffisante pour conclure à l'indécence. D'ailleurs, adopter la position contraire empêcherait de sanctionner tout acte sexuel non dégradant et ne portant pas préjudice à ses participants dès lors que ces derniers sont consentants et que les spectateurs ne sont considérés que comme des participants. Cette solution inacceptable, comme nous l'avons vu, revient à nier que l'application de la norme de tolérance puisse viser des actes sexuels pratiqués dans des établissements auxquels le public a accès. Une telle solution, en effet, ne tient pas compte du fait que l'indécence relève de ce que les Canadiens ne souffrent pas que d'autres voient ou fassent : *Towne Cinema*, p. 508. Elle reviendrait aussi à dire que seule la morale des participants compte.

Le paragraphe 197(1) du *C. cr.* limite aussi la possibilité de qualifier de lieu privé tout endroit où le grand public ne circule pas. Cette disposition définit « endroit public » comme « [t]out lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite. »

Pour les mêmes raisons qui nous forcent à rejeter la dichotomie public/privé, il nous semble impossible de reconnaître la validité du concept de « relative intimité » envisagé par le juge Proulx en Cour d'appel ([2004] R.J.Q. 2076). Ce concept flou ne saurait servir qu'à créer une nouvelle catégorie qui rend tolérable un acte dès lors que les gestes reprochés sont accomplis lorsque subsiste une certaine intimité, suivant la définition imprévisible que l'on pourrait donner à cette notion. Dans l'arrêt *Tremblay*, le juge Cory n'a mentionné à cette notion que pour résumer le contexte dans lequel les actes survenaient, c'est-à-dire une pièce fermée où seuls deux adultes étaient présents (p. 970). Ceci diffère des faits de la présente cause, comme nous le verrons ultérieurement.

Le caractère commercial des lieux et des actes joue, quant à lui, un rôle important dans la détermination du seuil de tolérance de la société

124

125

126

127

Mara, this Court took into consideration the fact that the commercial transaction contributed to the degrading and humiliating nature of the impugned acts by contributing to the use of women as sexual objects (para. 34). Gonthier J. also referred, in dissent, to the commercialization of certain sexual activities as establishing the existence of harm that can arise in the public sphere:

While exposure of persons is one of those harms, there are many others which are undoubtedly important, and they include exploitation, degradation, the undue commercialization of certain activities, and the dangers these harms entail.

(*Tremblay*, at p. 943)

128 Conversely, the absence of a commercial dimension to an impugned act can also be a factor in favour of tolerance: *R. v. Jacob* (1996), 31 O.R. (3d) 350 (C.A.), at p. 365, *per* Osborne J.A. Finally, the numerous offences in the *Criminal Code* respecting common bawdy-houses (ss. 210 and 211 *Cr. C.*), procuring (s. 212 *Cr. C.*), and soliciting sexual services (s. 213 *Cr. C.*) testify to our community's low level of tolerance for the commercialization of sexual acts.

129 Consequently, the commercial nature of sexual practices cannot be disregarded in establishing indecency. This factor is relevant because the association of sexual acts with a commercial transaction has an impact on community tolerance, particularly because the persons involved in this type of transaction are exploited and experience a loss of dignity or autonomy.

130 The purpose of the acts is a factor that takes the intention or objective underlying the allegedly indecent practices into account. For example, in respect of obscenity and indecent performances, indications of an artistic purpose will generally result in greater tolerance (see *Towne Cinema*, at p. 512; *Butler*, at pp. 482-83; *Little Sisters*, at paras. 65 and 195). Where indecent acts are concerned, practices intended to inflict bodily harm or to commit

canadienne. Dans l'arrêt *Mara*, notre Cour a tenu compte du fait que l'échange commercial contribuait au caractère dégradant et humiliant des actes reprochés en contribuant à utiliser la femme comme une personne-objet (par. 34). Le juge Gonthier s'est aussi référé, en dissidence, à la commercialisation de certaines activités sexuelles pour établir l'existence d'un préjudice qui peut survenir dans la sphère publique :

Si l'étalage d'activités aux regards des gens constitue l'un de ces préjudices, il en existe de nombreux autres, certainement importants, qui comprennent l'exploitation, la dégradation, la commercialisation excessive de certaines activités et les dangers qu'elles entraînent.

(*Tremblay*, p. 943)

À l'inverse, l'absence de caractère commercial relié à l'acte reproché peut aussi constituer un facteur militant en faveur de la tolérance : *R. c. Jacob* (1996), 31 O.R. (3d) 350 (C.A.), p. 365, le juge Osborne. Finalement, les nombreuses infractions du *Code criminel* relatives aux maisons de débauche (art. 210 et 211 *C. cr.*), au proxénétisme (art. 212 *C. cr.*) et à la sollicitation de services sexuels (art. 213 *C. cr.*) témoignent du peu de tolérance de notre société à l'égard de la commercialisation des actes sexuels.

On ne saurait par conséquent écarter la prise en considération du caractère commercial des pratiques sexuelles dans la détermination de l'indécence. La pertinence du facteur de la commercialité s'explique par le fait que les actes sexuels associés à un échange commercial ont une incidence sur la tolérance de la société, notamment parce que ce type d'échange dénote une exploitation et une perte de dignité ou d'autonomie des personnes impliquées.

Le facteur de la finalité des actes vise à prendre en compte l'esprit ou l'objectif qui sous-tend les pratiques dont on allègue l'indécence. Par exemple, en matière d'obscénité et de spectacles indécents, des éléments qui dénotent une finalité artistique seront généralement mieux tolérés (voir *Towne Cinema*, p. 512; *Butler*, p. 482-483; *Little Sisters*, par. 65 et 195). En ce qui a trait aux actes indécents, des pratiques qui ont pour objectif d'infliger des

degrading acts will be perceived negatively by the community.

Harm to the participants is also relevant. Attention must therefore be paid to the risk of physical or psychological harm. This approach permits the risk of spreading sexually transmitted diseases (“STDs”) to be taken into account: *Tremblay*, at pp. 970-71. If the evidence demonstrates a real risk of transmission linked to the systematic absence of protective measures, this factor will be relevant. We do not agree with the majority on this point, since Canadians’ tolerance of sexual practices is influenced by the risks of spreading STDs.

Finally, the consent of the participants or the fact that those present are informed adults is not in itself a determinative factor. A consensual sexual act that is totally acceptable in another situation may be indecent if it is performed in a context in which it offends the Canadian community standard of tolerance. Once again, it is the tolerance of the general public that counts, not the tolerance of the participants or spectators: *Towne Cinema*, at p. 508. Moreover, Sopinka J. stated the following in *Butler*, at p. 479:

In the appreciation of whether material is degrading or dehumanizing, the appearance of consent is not necessarily determinative. . . . Sometimes the very appearance of consent makes the depicted acts even more degrading or dehumanizing.

See also *Mara*, at para. 35. It is even necessary to avoid relying on the consent of the participants as a determinative factor. The absence of consent may nevertheless contribute to the characterization of acts as degrading or dehumanizing. This is how we interpret Cory J.’s discussion of informed consent in his reasons in *Tremblay*, at p. 971.

3.4 *Role of the Judge*

Before applying these principles to the facts, we will discuss the issue of the role of judges in identifying and applying the standard of tolerance. A

blessures corporelles ou de commettre des actes dégradants influenceront négativement la perception de la société.

Le préjudice subi par les participants s’avère aussi pertinent. Il faut alors porter attention aux risques de préjudice corporel ou psychologique. Cette approche permet de prendre en compte le risque de propagation de maladies transmissibles sexuellement (« MTS ») : *Tremblay*, p. 970-971. Dans la mesure où la preuve démontre un risque réel de transmission lié à l’absence systématique de mesures de protection, ce facteur restera pertinent. Nous ne partageons pas la position de la majorité sur ce point, puisque la tolérance des Canadiens à l’égard de pratiques sexuelles se trouvera influencée par les risques de transmission de MTS.

Finalement, le consentement des participants ou la présence d’adultes avertis ne sont pas, à eux seuls, des éléments décisifs. Un acte sexuel consensuel, tout à fait accepté dans une autre situation, peut en effet être indécent s’il est accompli dans un contexte tel qu’il ne respecte pas la norme de tolérance de la société canadienne. Nous le répétons, c’est la tolérance de la population en général qui compte et non celle des participants ou spectateurs : *Towne Cinema*, p. 508. De plus, comme l’indiquait le juge Sopinka dans l’arrêt *Butler*, p. 479 :

Pour déterminer si du matériel est dégradant ou déshumanisant, l’apparence de consentement n’est pas nécessairement déterminante. [. . .] Parfois, l’apparence même de consentement rend les actes représentés encore plus dégradants ou déshumanisants.

Voir aussi *Mara*, par. 35. Il faut même éviter de se fier au consentement des participants comme facteur décisif. L’absence de consentement pourra toutefois contribuer à qualifier les actes comme dégradants ou déshumanisants. C’est en ce sens que nous interprétons les motifs du juge Cory dans l’arrêt *Tremblay* lorsqu’il traite, à la p. 971, du consentement éclairé à l’accomplissement des actes.

3.4 *Le rôle du juge*

Avant d’aborder l’application des principes aux faits, nous discuterons maintenant de la question du rôle du juge dans l’identification et la mise en

131

132

133

precise understanding of the role of the judge will help to explain why a contextual analysis of the standard of tolerance offers a sufficient degree of objectivity. It will also reduce the need to change the state of the law on indecency on the basis that the analysis must be made more objective.

134

In support of using harm as the basic test for establishing indecency, the majority cites the need to make the analysis more objective. It must be acknowledged, however, that a certain degree of subjectivity is inherent in the establishment of the standard of tolerance because of the judge's role as interpreter of the community's minimum standards regarding sex. Despite this problem, the analysis remains objective on the whole as long as the judge ignores his or her personal convictions and instead tries to determine the nature of the social consensus. Judges must not only identify the harm addressed by the *Criminal Code's* provisions on indecency, but also determine the nature and content of the moral values of the community in which they perform their functions in order to establish the standard of tolerance.

135

The judge's role is not to review the evidence for the sole purpose of determining whether or not a particular social harm has been sustained and establishing the degree of that harm. His or her role is to resolve a question of law by assessing the nature of the acts in their context and evaluating them in relation to the practices and attitudes of Canadians. It is a difficult task, but as [TRANSLATION] "a product of his or her times, shaped by his or her culture and concerns, the judge must assume the risks of the problems involved in identifying and reconciling values that are contradictory": see LeBel, at p. 57. Despite the difficulties, the original test for tolerance should not be set aside to make way for a new one based solely on harm. The test was from the start designed to be a sufficiently objective standard, both conceptually and when applied to the facts: see *Towne Cinema*, at pp. 503, 508, 515 and 516. Judges inquire into the behaviour and attitudes of Canadians relating to morals and then consider the parties' evidence on this issue. A choice of

œuvre de la norme de tolérance. Une compréhension exacte du rôle du juge permet d'expliquer pourquoi l'analyse contextuelle de la norme de tolérance offre suffisamment d'objectivité. Elle diminue d'autant la nécessité de modifier l'état du droit en matière d'indécence au motif qu'il faut rendre l'analyse plus objective.

Pour privilégier la notion de préjudice comme critère fondamental servant à établir l'indécence, la majorité invoque la nécessité de rendre l'analyse plus objective. On doit reconnaître toutefois qu'un certain degré de subjectivité demeure inhérent à la détermination de la norme de tolérance en raison du rôle du juge comme interprète des normes minimales sociales en matière sexuelle. Malgré cette difficulté, l'analyse demeure objective dans l'ensemble dans la mesure où le juge fait abstraction de ses convictions personnelles pour rechercher la nature du consensus social. Les juges doivent non seulement identifier le mal que les dispositions du *Code criminel* traitant de l'indécence visent à enrayer, mais aussi déceler la nature et le contenu des valeurs morales de la société dans laquelle ils exercent leurs fonctions afin d'identifier la norme de tolérance.

Le rôle du juge ne consiste pas à examiner la preuve uniquement pour constater la présence ou l'absence d'un préjudice social en particulier et en déterminer le degré. Son rôle consiste à répondre à une question de droit, en examinant la nature des actes dans leur contexte et en les évaluant par rapport aux pratiques et aux attitudes des Canadiens. C'est une tâche difficile, mais, « homme ou femme d'une époque, formé par sa culture et ses préoccupations, [il] doit assumer les risques des problèmes d'identification et de mise en relation de valeurs contradictoires » : voir LeBel, p. 57. Malgré les difficultés, on ne devrait pas rejeter le test original de tolérance et faciliter l'avènement d'un nouveau test fondé uniquement sur la notion de préjudice. Le test, dès l'origine, a été conçu comme une norme suffisamment objective, tant sur le plan conceptuel que sur le plan de l'application aux faits : voir *Towne Cinema*, p. 503, 508, 515 et 516. Les juges s'informent sur les comportements et les attitudes des Canadiens quant aux mœurs et considèrent

values is made, but the judge must subordinate his or her personal views on morality to community-wide standards. This approach makes it possible to uphold the values on which there is a social consensus and thereby ensure a sufficient level of objectivity. Following it does not appear to pose insurmountable problems for the courts: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, at p. 1159. Nor is this the only area in which judges must engage in such an exercise.

Judges uphold a social morality that is not necessarily attached to personal beliefs, but is grounded in the values of the general public, particularly those values that are reflected in legislation dealing with sexuality. In such a context, judges can, despite their role as interpreters of social morality, maintain a sufficient degree of objectivity by relying on values asserted in legislation. Expert witnesses, often specialists in social sciences, can also assist judges in their work and help ensure a sufficient degree of objectivity.

4. Applying the Principles to the Facts

In the case at bar, we find that the sexual acts in issue were indecent, given their context. In our opinion, the community does not tolerate the performance of acts of this nature in a place of business to which the public has easy access. The appellant's establishment was therefore a common bawdy-house.

4.1 *Nature of the Acts*

The nature of the sexual acts in the instant case contributes to their indecency. Objectively, irrespective of the context and of views regarding the morality of the acts themselves, it must be recognized that group sexual practices are not the norm. At page 34 of his expert report, and in his testimony, Mr. Campbell indicated that [TRANSLATION] "most Quebeckers do not wish to take part in partner swapping or group sex": A.R., vol. VIII, at pp. 1244 and 1400. Only two to five percent of the population engages in these practices: A.R., vol. VIII,

ensuite la preuve des parties sur cette question. Un choix de valeurs s'effectue, mais le juge a l'obligation de subordonner ses conceptions personnelles de la moralité aux normes de la société en général. Cette méthode permet de respecter les valeurs qui font consensus au sein de la société et, par le fait même, d'assurer un niveau suffisant d'objectivité. Son application ne semble pas poser de difficultés insurmontables pour les tribunaux : *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, p. 1159. Ce n'est d'ailleurs pas ici le seul domaine où pareil exercice est demandé au juge.

Le juge affirme une morale sociale qui n'est pas nécessairement rattachée à des croyances personnelles, mais qui ressort des valeurs de la population, notamment celles reflétées dans la législation en matière sexuelle. Dans un tel cadre, le juge peut, malgré son rôle d'interprète de la morale sociale, assurer un degré d'objectivité suffisant en recourant aux valeurs qu'affirme la législation. Le témoin expert, souvent spécialiste en sciences sociales, aidera aussi le juge dans sa tâche et permettra d'assurer un degré d'objectivité suffisant.

4. L'application des principes aux faits

Nous concluons, en l'espèce, que les actes sexuels en cause étaient indécents compte tenu du contexte. La société ne tolère pas, à notre avis, que des actes de cette nature surviennent dans un lieu commercial auquel le public a facilement accès. L'établissement de l'appelant était donc une maison de débauche.

4.1 *La nature des actes*

La nature des actes sexuels en l'espèce contribue à leur indécence. Objectivement, sans tenir compte du contexte et en évitant de juger de la moralité de ces actes en eux-mêmes, il faut reconnaître que les pratiques sexuelles de groupe ne constituent pas la norme. À la page 34 de son rapport d'expert et lors de son témoignage, M. Campbell indique que « la plupart des Québécois et Québécoises ne souhaitent pas pratiquer l'échangisme ni la sexualité de groupe » : D.A., vol. VIII, p. 1244 et 1400. Seulement 2 à 5 pour 100 de la

136

137

138

at p. 1196. It should be recognized that although the expert maintains that Canadians generally tolerate partner swapping, his comments clearly indicate that it would not be tolerated in a public place. The context will be discussed below. Moreover, the type of partner swapping that occurred in the appellant's establishment involved the widest range of practices, including acts of penetration, fellatio and masturbation performed simultaneously or in turn by several men with a single woman.

139 In our view, it would be possible to characterize some of these acts as degrading, given that the types of sexual acts between several men and a single woman could lead to the exploitation or degradation of women or to the use of women or their bodies as objects of sexual gratification. However, this issue does not need to be resolved in the case at bar, since the nature of the acts must always be considered *in their context*. A contextual analysis shows that the impugned acts exceed the Canadian public's threshold of tolerance.

4.2 *Context*

140 The majority discussed the fact that all the participants were informed adults whose actions were consensual and voluntary. As we saw above, the participants' consent and their membership in a club or adoption of a collective philosophy are not determinative factors for establishing the general standard of tolerance or determining whether the acts were indecent. The fundamental question is whether Canadians tolerate other Canadians participating in or witnessing the sexual acts in issue, having regard to the context in which they occurred. In the analysis in the instant case, five contextual elements must be considered.

4.2.1 Private or Public Nature of the Place

141 An analysis of the place where the acts were performed shows that the establishment is a public

population s'adonne à ces pratiques : D.A., vol. VIII, p. 1196. Il faut reconnaître que l'expert souligne que les Canadiens tolèrent l'échangisme en général, mais ses commentaires laissent clairement entendre qu'il ne sera pas toléré s'il survient dans un lieu public. Le contexte sera discuté ultérieurement. De plus, le type d'échangisme pratiqué dans l'établissement de l'appelant donne lieu aux pratiques les plus diverses, comme le révèlent les exemples d'actes de pénétration, de fellation et de masturbation pratiqués de manière simultanée ou successive par plusieurs hommes avec une seule femme.

À notre avis, il serait possible de qualifier certains de ces actes de dégradants compte tenu du fait que les types d'actes sexuels entre plusieurs hommes et une seule femme pourraient mener à l'exploitation, à l'avilissement ou à l'utilisation des femmes ou de leurs corps à titre d'objets de gratification sexuelle. Cependant, cette question n'a pas besoin d'être résolue dans la présente cause, puisque l'on doit toujours considérer la nature des actes *dans leur contexte*. Il ressort de l'analyse contextuelle que les actes reprochés dépassent le seuil de tolérance du public canadien.

4.2 *Le contexte*

La majorité s'attarde sur le fait que tous les participants étaient des adultes avertis qui agissaient de façon consensuelle et volontaire. Comme nous l'avons vu antérieurement, le consentement des participants et leur adhésion à un club ou à une philosophie collective ne sont pas des facteurs décisifs pour déterminer la norme de tolérance générale ni pour décider de l'indécence. La question fondamentale est de savoir si les Canadiens tolèrent que d'autres Canadiens participent aux actes sexuels en cause ou en soient témoins, compte tenu du contexte dans lequel ils surviennent. En l'espèce, l'analyse requiert la considération de cinq éléments contextuels.

4.2.1 Le caractère privé ou public des lieux

Une analyse du lieu dans lequel les actes sont pratiqués révèle que l'établissement est public.

one. Although advertised as a private club, L'Orage was a place to which the public had ready access "by invitation, express or implied", within the meaning of s. 197(1) *Cr. C.* Several facts illustrate this public dimension and the ease with which the public could enter the establishment. It should be noted that, despite the measures allegedly taken to limit access, members of the general public were on many occasions invited to join the club and to take part in sexual activities on the third floor. The number of people who had access to the establishment and, potentially, to the third floor was also very high, about 800. All that was necessary to gain access to the establishment was to pay the requested fee after a cursory interview that was quite superficial. It was even easier to gain access to the establishment and to the third floor simply as the guest of a club member. Neither the appellant nor his employees interviewed guests or gave them an official warning. They merely relied on the members to tell their guests about the exact nature of the sexual acts taking place on the third floor and to ensure that those guests shared the philosophy of partner swapping and would not be shocked by what they saw.

To sum up, this was a place with a decidedly public character. The appellant's establishment was not just a place to which the general public had access by express or implied invitation. The public could enter it very easily. The evidence demonstrates the ease with which members of the general public could gain access to the club and to the third floor to witness or take part in sexual acts. This was not a closed circle whose members shared the same philosophy and swapped partners in private. The situation in the case at bar has nothing in common with that of *Tremblay*, in which those involved were able to isolate themselves in a place that, in the circumstances of that case, offered relative privacy. We therefore agree with the conclusions drawn by the trial judge:

[TRANSLATION] Having reviewed the evidence, the Court finds that Mr. Labaye intentionally characterized the third floor as a private apartment even though all the

Bien qu'il s'annonce comme un club privé, le club L'Orage constitue un endroit auquel le public a facilement accès, « sur invitation, expresse ou implicite » comme l'énonce le par. 197(1) *C. cr.* Plusieurs éléments factuels illustrent cette dimension publique et la facilité avec laquelle le public peut entrer dans l'établissement. Il faut rappeler que les membres du grand public sont invités à maintes reprises à devenir membre du club et à participer aux activités sexuelles au troisième étage et ce, malgré les mesures de contrôle qui prétendent en limiter l'accès. Le nombre d'individus qui accèdent à l'établissement et potentiellement au troisième étage est aussi très élevé, soit 800. Pour accéder à l'établissement, il suffit de payer les frais exigés après avoir subi une entrevue simple et peu sérieuse. On peut même accéder à l'établissement et au troisième étage encore plus aisément en étant simplement l'invité d'un membre du club. L'appelant ou ses employés ne procèdent alors à aucune entrevue et ne donnent aucun avertissement officiel. On se fie uniquement aux membres actuels pour informer leurs invités au sujet de la nature précise des actes sexuels qui se déroulent au troisième étage et pour s'assurer qu'ils partagent la philosophie de l'échangisme et ne soient pas choqués par ce qu'ils voient.

En somme, il s'agit d'un endroit dont la nature reste décidément publique. L'établissement de l'appelant n'est pas seulement un lieu auquel le grand public a accès sur invitation expresse ou implicite. L'accès du public s'y effectue très aisément. La preuve souligne la facilité avec laquelle les membres du grand public pouvaient accéder au club et au troisième étage pour être témoins des actes sexuels ou y prendre part. Il ne s'agit pas d'un cercle privé au sein duquel des membres partagent une même philosophie et pratiquent l'échangisme dans l'intimité. La situation en l'espèce n'a d'ailleurs rien à voir avec celle de l'arrêt *Tremblay* où il était possible de s'isoler dans un endroit qui assurait, dans les circonstances de l'affaire, une relative intimité. Nous partageons donc les conclusions de la juge de première instance :

Le Tribunal arrive à la conclusion, après examen de la preuve, que c'est à dessein que M. Labaye a qualifié d'appartement privé ce troisième niveau, alors que tous

members and their guests had access to it. The distinction made by Mr. Labaye between his “public” club and his allegedly “private” apartment is but a smokescreen that fails to hide the incontrovertible reality that sexual relations of all sorts were taking place in public inside a licensed establishment that was accessible to a large number of clients who had paid to enter it.

([1999] R.J.Q. 2801, at pp. 2807-8)

143

The majority’s reasons for judgment appear to indicate that since the “public” in the case at bar consisted solely of club members and their guests, the “general public” was at no risk of seeing the acts in question. We cannot subscribe to this interpretation. The “public” in the instant case consisted of people who were both participants and spectators. A place can be sufficiently public even though the people gathered there are members of a “private” club or the guests of members. It should be noted here that in the context of an offence under s. 210(1) *Cr. C.*, tolerance, and thus indecency, concerns persons who take part in acts, their consent notwithstanding and regardless of whether spectators are present. The fundamental issue remains whether the community tolerates having these individuals witness these activities or take part in them in this context.

144

In our view, the standard of tolerance is offended when acts of partner swapping such as those performed in the case at bar occur in a place whose public nature is undeniable. We rely in particular on the testimony of Mr. Campbell cited above and on the analysis of his testimony by Judge Boisvert in *Angerillo*, at para. 129. Although the expert in the instant case relied on erroneous facts in concluding that the apartment on the third floor of Labaye’s building was a private place, the principles that can be drawn from his testimony are still applicable here. The ease with which the public had access to the appellant’s establishment where acts as explicit as these were taking place and the absence of privacy provide strong support for the conclusion that the community’s tolerance does not go so far as to include these practices.

les membres et leurs invités y avaient accès. La distinction faite par M. Labaye entre son club « public » et son appartement prétendument « privé » n’est qu’un écran de fumée qui ne saurait cacher la réalité incontestable que des relations sexuelles de toutes sortes avaient lieu publiquement à l’intérieur d’un établissement licencié accessible à une large clientèle qui avait payé pour y pénétrer.

([1999] R.J.Q. 2801, p. 2807-2808)

Les motifs du jugement majoritaire semblent indiquer que puisque le « public » en l’espèce est composé uniquement des membres du club et de leurs invités, le « grand public » ne risque pas de voir les actes en question. Nous ne pouvons souscrire à cette analyse. Le « public » en l’espèce est composé de gens qui sont à la fois participants et spectateurs. Un lieu peut être suffisamment public bien que les personnes qui s’y rassemblent soient membres d’un club « privé » ou soient leurs invités. Rappelons ici que, dans le cadre d’une infraction visée au par. 210(1) *C. cr.*, la notion de tolérance, et donc d’indécence, vise les personnes qui participent aux actes, malgré leur consentement et indépendamment de la présence de spectateurs. La question fondamentale reste de savoir si la société tolère que ces individus soient témoins de ces activités ou y participent dans ce contexte.

À notre avis, la norme de tolérance est dépassée dès lors que des actes d’échangisme sexuel comme ceux pratiqués en l’espèce se déroulent dans un lieu dont le caractère public est indéniable. Nous nous appuyons notamment sur le témoignage de M. Campbell cité précédemment et sur l’analyse de son témoignage par le juge Boisvert dans l’affaire *Angerillo*, par. 129. Bien que la base factuelle sur laquelle s’appuyait l’expert ait été erronée dans la présente cause lorsqu’il conclut que l’appartement au troisième étage de l’édifice de Labaye était un lieu privé, les principes qu’il est possible de dégager de son témoignage demeurent applicables en l’espèce. La facilité avec laquelle le public a accès à l’établissement de l’appelant où se déroulent des actes aussi explicites et l’absence d’intimité contribuent fortement à la conclusion que la tolérance de la société à l’égard de ces pratiques ne va pas aussi loin.

4.2.2 Composition of the Group of Participants and the Audience

As we have already mentioned, this is a case involving informed adults who presumably shared the philosophy of partner swapping. However, this characteristic of the participants is not relevant under s. 210 *Cr. C.* other than to demonstrate the existence of degrading or dehumanizing acts.

4.2.3 Measures Taken to Limit Access to the Place

In the case at bar, the appellant claims to have set up an adequate system for limiting access to the establishment and to the third floor to individuals who shared the philosophy of partner swapping and who knew what to expect when they entered the establishment. Our colleagues agree with him that the initial interview, the membership fees, the doorman on the first floor, the word “*Privé*” on the door leading to the third floor and the numeric lock on the door to the appellant’s apartment were effective and appropriate measures for controlling access.

With respect, these conclusions contradict the trial judge’s findings, and we see no fatal error in her analysis. The interview with prospective members served merely to answer their questions, they were given no warning or official explanation regarding the sexual acts taking place in the establishment, and the veracity of their statements was not verified. The membership fees only confirm the commercial nature of the place and of the impugned acts, as we will see below. The purpose for which the money was collected is irrelevant, as the only material question is whether it was necessary to pay to take part in the acts. The notice on the door to the third floor was just as ineffective, since there was, as the trial judge indicated, a constant flow of people between the establishment’s three floors. The trial judge pointed out that the third floor was a dependency of the two lower floors (p. 2807). Finally, the evidence shows that all club members were given the combination to the numeric lock on the apartment door upon joining the club and that

4.2.2 La composition du groupe des participants et de l’auditoire

Comme nous l’avons déjà mentionné, il s’agit en l’espèce d’adultes avertis qui partagent présumément la philosophie de l’échangisme. Cependant, cette caractéristique des participants n’est pas pertinente sous le régime de l’art. 210 *C. cr.* autrement que pour démontrer l’existence d’actes dégradants ou déshumanisants.

4.2.3 Les mesures visant à limiter l’accès au lieu

Dans la présente affaire, l’appelant prétend avoir développé un système de contrôle adéquat pour limiter l’accès à l’établissement et au troisième étage aux individus qui partagent la philosophie de l’échangisme et qui savent à quoi s’attendre en accédant à l’établissement. Nos collègues sont d’accord pour dire que l’entrevue initiale, les frais d’adhésion, le portier au premier étage, l’inscription « *Privé* » sur la porte menant au troisième étage et la serrure numérique sur la porte menant à l’appartement de l’appelant sont des mesures de contrôle efficaces et appropriées.

Avec respect, ces conclusions contredisent celles de la juge du procès et nous ne voyons aucune erreur déterminante dans son analyse. L’entrevue avec les futurs membres ne sert qu’à répondre à leurs questions, ils ne reçoivent aucun avertissement ni explication officielle des actes sexuels qui se déroulent dans l’établissement et la véracité de leurs propos ne fait l’objet d’aucune vérification. Les frais d’adhésion ne font que confirmer le caractère commercial du lieu et des actes reprochés, comme nous le verrons. Le but auquel servira l’argent est non pertinent, la seule question substantielle étant de savoir s’il faut payer pour participer aux actes. L’inscription sur la porte donnant accès au troisième étage est tout aussi inefficace, puisqu’il existe, comme l’a relevé la juge de première instance, un va-et-vient continu entre les trois étages de l’établissement. La juge souligne que le troisième niveau est une dépendance des deux premiers (p. 2807). Finalement, la preuve révèle que tous les membres du club obtiennent la

145

146

147

they were all free to take guests there. In short, these measures did not adequately limit the public's access to a place where very explicit sexual acts were performed. In our view, the degree of privacy was therefore insufficient.

4.2.4 Commercial Nature of the Place and the Acts

148 An analysis of the establishment's operations reveals the commercial nature of the activities that took place there. Several of the facts mentioned above testify to the commercial nature of the appellant's business. Sexual acts could be performed on the third level of the establishment only after a mandatory commercial transaction between the participants and the owner of the establishment, since everyone had to pay a fee to become a member. The participants essentially purchased sexual services provided by other participants, although the commercial operation was less direct or significant than in *Mara*, in which the payment was made in exchange for the right to perform certain acts with a dancer.

149 Canadians are not inclined to tolerate the commercial exploitation of sexual activities, which is contrary to a number of values of the Canadian community, such as equality, liberty and human dignity. The existence of facts that appear to be indicative of the commercial exploitation of sexual acts, while not in itself sufficient to support a finding of indecency, does clearly support the conclusion that the community standard of tolerance has been offended in the case at bar.

4.2.5 Resulting Social Harm

150 Under s. 210(1) *Cr. C.*, whether or not social harm has been sustained is not a determinative factor in establishing indecency. It may, however, assist in gauging the degree of community tolerance when humiliating, degrading or demeaning acts are performed.

combinaison de la serrure numérique sur la porte de l'appartement dès leur admission au club. Ils sont tous libres d'y amener des invités. En somme, ces mesures de contrôle ne réussissent pas à limiter adéquatement l'accès du public à un lieu où des actes sexuels très explicites sont pratiqués. Le degré d'intimité n'est donc pas suffisant à notre avis.

4.2.4 Le caractère commercial des lieux et des actes

L'analyse du fonctionnement de l'établissement révèle le caractère commercial des activités qui s'y déroulent. Plusieurs éléments factuels mentionnés auparavant témoignent du caractère commercial de l'entreprise de l'appelant. La pratique d'actes sexuels au troisième niveau de l'établissement ne devient possible qu'après un échange commercial obligatoire entre les participants et le propriétaire de l'établissement, puisque toute personne doit déboursier des frais d'adhésion pour devenir membre. Pour les participants, il s'agit en quelque sorte d'un achat de services sexuels fournis par d'autres participants, bien qu'il s'agisse d'une exploitation commerciale moins directe ou significative que celle que l'on retrouvait dans l'arrêt *Mara* où le paiement permettait de pratiquer certains actes sur une danseuse.

Les Canadiens ne sont pas portés à tolérer l'exploitation commerciale d'activités sexuelles, puisque cela va à l'encontre de plusieurs valeurs de la société canadienne telles l'égalité, la liberté, et la dignité de la personne. La présence d'éléments factuels qui se rapprochent d'une exploitation commerciale des actes sexuels, bien qu'elle ne suffise pas en elle-même pour conclure à l'indécence, contribue clairement en l'espèce au dépassement de la norme de tolérance de la société.

4.2.5 La présence d'un préjudice social

Dans le cadre du par. 210(1) *C. cr.*, la présence ou l'absence d'un préjudice social ne constitue pas un élément décisif en ce qui concerne l'indécence. Ce critère pourrait tout de même aider à déceler le degré de tolérance de la société lors des actes déshumanisants, avilissants ou dégradants sont pratiqués.

In the instant case, it is still possible to conclude that a form of social harm has been sustained that indicates that the level of tolerance of Canadians has been exceeded. This harm results from the failure to meet the minimum standards of public morality rather than from incompatibility with the “proper functioning of society” or from predisposing others to anti-social behaviour. This conclusion is specific to s. 210(1) *Cr. C.* and results from the establishment of the standard of tolerance on the basis of an objective, contextual analysis of the sexual acts.

Thus, an analysis of the context in which the acts took place may make up for the absence of harm as defined by the majority, as whether or not such harm has been sustained is just one of the factors to be considered. In the instant case, the public and commercial dimensions of the sexual practices in issue would lead to the conclusion that those practices were indecent even if there were no harm.

4.3 *Conclusion Regarding Indecency*

In the case at bar, the impugned sexual acts were very explicit acts, and they took place in a commercial establishment that was easily accessible to the general public. This situation caused a certain form of social harm resulting from the failure to meet the minimum standards of public morality. In light of these contextual factors, we are of the opinion that the sexual acts performed in the appellant’s establishment clearly offended the Canadian community standard of tolerance and were therefore indecent. Our analysis does not permit us to conclude that the Canadian community would tolerate the performance, in a commercial establishment to which the public has easy access, of group sexual activities on the scale of those that took place in this case. The appellant’s establishment is therefore a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) *Cr. C.*

5. Disposition

We would have dismissed the appeal and upheld the appellant’s conviction.

Dans la présente affaire, il reste même possible de conclure à l’existence d’une forme de préjudice social qui indique que le degré de tolérance des Canadiens a été dépassé. Ce préjudice résulte du non-respect des normes minimales de moralité publique plutôt que de l’incompatibilité avec le « bon fonctionnement de la société » ou l’incitation à la conduite antisociale. Cette conclusion est propre au par. 210(1) *C. cr.* et ressort de la détermination de la norme de tolérance en fonction d’une analyse objective et contextuelle des actes sexuels.

Ainsi, l’analyse du contexte dans lequel les actes surviennent peut pallier l’absence de préjudice au sens où l’entend la majorité, la présence ou l’absence d’un tel préjudice n’étant qu’un des facteurs à considérer dans l’analyse. En l’espèce, la dimension publique et commerciale des pratiques sexuelles en cause permettrait une conclusion d’indécence, même s’il n’existait aucun préjudice.

4.3 *Conclusion sur l’indécence*

Les actes sexuels reprochés en l’espèce sont des actes très explicites qui surviennent dans un lieu commercial facilement accessible au grand public. Il résulte de cette situation une certaine forme de préjudice social engendré par le non-respect des normes minimales de moralité publique. Compte tenu de ces éléments contextuels, nous sommes d’avis que les actes sexuels pratiqués dans l’établissement de l’appelant dépassent clairement la norme de tolérance de la société canadienne. Ils sont par conséquent indécents. Après notre analyse, nous ne pouvons conclure que la société canadienne tolérerait que des activités sexuelles de groupe de l’ampleur de celles qui surviennent en l’espèce puissent se pratiquer dans un établissement commercial auquel le public a facilement accès. L’établissement de l’appelant est donc une maison de débauche au sens du par. 210(1) *C. cr.*

5. Dispositif

Nous aurions rejeté le pourvoi et confirmé la culpabilité de l’appelant.

151

152

153

154

Appeal allowed, BASTARACHE and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Robert La Haye, Montréal; Pariseau, Olivier, Montréal.

Solicitor for the respondent: City of Montréal.

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE et LEBEL sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Robert La Haye, Montréal; Pariseau, Olivier, Montréal.

Procureur de l'intimée : Ville de Montréal.