

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

James Kouri *Respondent***INDEXED AS: R. v. KOURI****Neutral citation: 2005 SCC 81.**

File No.: 30588.

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, s. 210(1).

Following a police investigation, the accused was charged with keeping a common bawdy-house for the practice of indecent acts under s. 210(1) of the *Criminal Code*. The accused operated a licensed bar in Montréal. According to the evidence at trial, access to the bar was restricted to couples. A doorman asked prospective clients if they were a “liberated couple”, and only couples answering yes were permitted to enter after paying a \$6 fee. Every half hour, a translucent curtain closed around the dance floor where people would engage in group sex activities. The trial judge convicted the accused. The majority of the Court of Appeal set aside the conviction, concluding that the acts at issue did not constitute criminal indecency.

Held (Bastarache and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed and the accused’s acquittal affirmed.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.: In light of the comments made in the companion case *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80, the conduct at issue in this case did not constitute criminal indecency. First, the evidence does not establish a significant risk of harm to the autonomy and liberty of members of the public. The

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

James Kouri *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. KOURI****Référence neutre : 2005 CSC 81.**

N° du greffe : 30588.

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 — Activités sexuelles de groupe dans un club — Indécence de la conduite au sens du droit criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 210(1).

À la suite d’une enquête policière, une accusation a été portée contre l’accusé pour avoir tenu une maison de débauche en contravention du par. 210(1) du *Code criminel*. L’accusé exploitait un bar à Montréal. Selon la preuve présentée au procès, seuls les couples y avaient accès. Un portier demandait aux clients potentiels s’ils formaient un « couple libéré » et si le couple répondait par l’affirmative, il était autorisé à entrer moyennant des frais de 6 \$. Toutes les demi-heures, un rideau translucide se fermait autour de la piste de danse où des personnes se livraient à des activités sexuelles de groupe. Le juge du procès a condamné l’accusé. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont infirmé la déclaration de culpabilité, concluant que les actes en cause ne constituaient pas des actes d’indécence au sens du droit criminel.

Arrêt (les juges Bastarache et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et l’acquittement de l’accusé confirmé.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron : Selon les remarques formulées dans l’arrêt connexe *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80, la conduite en cause ne constituait pas des actes d’indécence au sens du droit criminel. Premièrement, la preuve n’établit pas l’existence d’un risque appréciable d’atteinte à l’autonomie et

Crown presented no evidence of anyone witnessing this conduct against his or her will, or of anyone entering the establishment not knowing what to expect. The control mechanisms at the door of the bar, put in context, were adequate to restrict access to people informed about the nature of the place and willing to observe or participate in the activities taking place therein. The apparent failure to ask the investigating officers if they were a liberated couple is insufficient to displace the evidence that the practice was to ask each new couple if they were liberated. Second, there is no evidence of inducing anti-social attitudes through demeaning, abusive or humiliating treatment of any individual or group. No one was pressured into sex, was paid for sex, or was treated as a mere object for the sexual gratification of others. Finally, there is no suggestion of physical or psychological harm to the participants. The health risk from engaging in unprotected sexual activities is conceptually and causally unrelated to indecency and cannot be an independent basis for a finding of criminal indecency. [11-23]

Per Bastarache and LeBel JJ. (dissenting): Based on the approach developed in the companion case of *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80, it must be concluded that the acts observed in the accused's establishment were indecent because they clearly offended the Canadian community standard of tolerance. It is essential 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. In the case at bar, even if the acts took place between informed and consenting adults, this does not in itself mean that they met the standard of tolerance. The impugned acts were performed in a public place; the degree of privacy afforded for the performance of sexual acts in the establishment was virtually nil, and the measures taken, which supposedly limited access to the club to informed people who shared the philosophy of partner swapping, were practically nonexistent. In addition, the performance of sexual acts in the establishment was commercial in nature, since it was possible only after an entrance fee had been paid. Finally, having regard to the public and commercial context in which the impugned acts occurred, it can also be concluded that a certain form of social harm was sustained that resulted from the failure to meet the minimum standards of social morality. Because of the context in which

à la liberté des membres du public. Le ministère public n'a présenté aucune preuve démontrant qu'une personne aurait été involontairement témoin de cette conduite ou serait entrée dans l'établissement sans savoir ce qui l'attendait. Les mesures de contrôle appliquées à la porte, situées dans leur contexte, limitaient adéquatement l'accès au lieu aux personnes informées de la nature de l'endroit et disposées à voir les activités qui s'y déroulaient ou à y participer. L'omission apparente de demander aux enquêteurs s'ils formaient un couple libéré ne suffit pas à réfuter la preuve qu'il était d'usage de demander à chaque nouveau couple s'il était un couple libéré. Deuxièmement, rien ne prouve qu'une personne ou un groupe ait subi un traitement dégradant, abusif ou humiliant qui aurait favorisé des attitudes antisociales. 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 servant à la gratification sexuelle des autres. Enfin, rien n'indique que les participants aient subi un préjudice physique ou psychologique. Le risque que la participation à des activités sans protection présente pour la santé n'a pas de lien conceptuel ni causal avec l'indécence et ne saurait étayer de façon indépendante une conclusion d'indécence criminelle. [11-23]

Les juges Bastarache et LeBel (dissidents) : Adoptant l'approche développée dans l'arrêt connexe *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80, il faut conclure que les actes constatés dans l'établissement de l'accusé sont indécents parce qu'ils dépassent clairement la norme de tolérance de la société canadienne. Il est essentiel de s'en tenir au test original de détermination de l'indécence, qui met l'accent sur une analyse contextuelle des actes reprochés et intègre la notion de préjudice comme élément important, mais non décisif, de la détermination du niveau de tolérance applicable. En l'espèce, même si les actes sont survenus entre adultes avertis et consentants, cela n'emporte pas en soi conformité avec la norme de tolérance. Les actes reprochés étaient pratiqués dans un endroit public; le degré d'intimité pour la pratique d'actes sexuels dans l'établissement était presque nul, et les mesures de contrôle qui prétendent limiter l'accès au bar aux gens avertis qui partagent la philosophie échangiste étaient pratiquement inexistantes. Par ailleurs, la pratique d'actes sexuels dans l'établissement est de nature commerciale puisqu'elle ne devient possible qu'après le paiement du droit d'entrée. Enfin, compte tenu du contexte public et commercial dans lequel surviennent les actes reprochés, on peut aussi conclure à une certaine forme de préjudice social, préjudice qui résulterait du non-respect des normes minimales de moralité sociale. L'établissement de l'accusé constitue donc en raison du contexte dans lequel

the acts occurred, the accused's establishment was a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) of the *Criminal Code*. [28] [32] [43-48]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Followed: *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80; **applied:** *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; **referred to:** *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932.

By Bastarache and LeBel JJ. (dissenting)

R. v. Labaye, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) “public place”, 210(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Proulx, Otis and Rochon JJ.A.), [2004] R.J.Q. 2061, 191 C.C.C. (3d) 42, [2004] Q.J. No. 7724 (QL), setting aside the accused's conviction on a charge of keeping a common bawdy-house. Appeal dismissed, Bastarache and LeBel JJ. dissenting.

Germain Tremblay, for the appellant.

Lucie Joncas and Christian Desrosiers, 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 Crown appeals from the decision of the Quebec Court of Appeal overturning Mr. Kouri's 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 appeal was heard together with *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80. Both cases require elaborating the test for criminal indecency and applying it to the operation of clubs established to facilitate the practice of group sex activities. A more detailed discussion of the test for criminal indecency can be found in the companion case

les actes surviennent, une maison de débauche au sens du par. 210(1) du *Code criminel*. [28] [32] [43-48]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt suivi : *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80; **arrêt appliqué :** *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; **arrêt mentionné :** *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

Citée par les juges Bastarache et LeBel (dissidents)

R. c. Labaye, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1) « endroit public », 210(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Proulx, Otis et Rochon), [2004] R.J.Q. 2061, 191 C.C.C. (3d) 42, [2004] J.Q. n° 7724 (QL), qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour avoir tenu une maison de débauche. Pourvoi rejeté, les juges Bastarache et LeBel sont dissidents.

Germain Tremblay, pour l'appelante.

Lucie Joncas et Christian Desrosiers, pour l'intimé.

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

Le ministère public se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel du Québec d'infirmer la déclaration de culpabilité de M. Kouri 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. Le pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80. Dans ces deux dossiers, nous sommes appelés à préciser le test applicable à l'indécence criminelle et à l'appliquer à l'exploitation de clubs facilitant la pratique d'activités sexuelles en groupe. Nous

of *Labaye*. Following its application to the present set of facts, I conclude that the acts alleged were not indecent, and that the judgment of the Quebec Court of Appeal acquitting the respondent should be affirmed.

2. Facts

2 The respondent operated a licensed bar called “Cœur à Corps”, on the first floor of a building in Montréal-Nord. The second floor was occupied by a strip club, “Cabaret Chez Mado”, also owned by the respondent. “Cœur à Corps” was advertised in the *Journal de Montréal* as a meeting place for [TRANSLATION] “liberated couples only”, but no further details were given as to the nature of the bar and the activities taking place therein. A similar advertisement on the Internet described the atmosphere of the bar as “warm and cozy”.

3 “Cœur à Corps” had been in existence as a meeting place for liberated couples since 1985. It was only in 1996 that the police received a complaint and started an investigation into the potential commission of indecent acts. Undercover police officers attended at the bar five times between September and November 1996, and on three further occasions between January and March 1997. Two search warrants were issued and executed on the premises on November 16, 1996 and March 16, 1997, at which times the police arrested 62 and 95 persons, respectively, including both clients and employees. The respondent was charged with two counts of keeping a bawdy-house contrary to s. 210(1) of the *Criminal Code*.

4 According to the evidence at trial, access to the bar was only open to couples and a doorman asked prospective clients if they were a “liberated couple”. If the couple answered yes, they were permitted to enter after paying a \$6 fee. The establishment had both a seating area and a dance floor. Every half hour, a black, translucent curtain closed around the dance floor while slow music played for 8 to 12 minutes. At these times, up to 70 people, comprising almost 80 percent of the clientele, would be on the dance floor engaging in group sex activities. These included sexual caresses,

examinons plus en détail le test servant à apprécier l’indécence criminelle dans l’arrêt connexe *Labaye*. Après l’avoir appliqué aux faits de la présente affaire, je conclus que les actes allégués en l’espèce n’étaient pas indécents et que le jugement de la Cour d’appel du Québec acquittant l’intimé doit être confirmé.

2. Les faits

L’intimé exploitait un bar appelé le « Cœur à Corps » au rez-de-chaussée d’un immeuble situé à Montréal-Nord. À l’étage se trouvait un club de danseuses nues, le « Cabaret Chez Mado », appartenant aussi à l’intimé. Le « Cœur à Corps » était annoncé dans le *Journal de Montréal* comme un lieu de rencontres pour « couples libérés seulement », sans autres détails quant à la nature du bar et aux activités s’y déroulant. Une annonce semblable paraissant sur Internet qualifiait l’atmosphère du bar de « chaude et légère ».

L’existence du « Cœur à Corps » comme lieu de rencontres pour couples libérés remonte à 1985. Ce n’est qu’en 1996 que la police a reçu une plainte et a entrepris une enquête sur de possibles actes d’indécence. Des policiers en civil se sont rendus au bar à cinq reprises entre septembre et novembre 1996 et à trois autres occasions entre janvier et mars 1997. Deux mandats de perquisition ont été délivrés et exécutés sur les lieux le 16 novembre 1996 et le 16 mars 1997. À ces occasions, la police a arrêté respectivement 62 et 95 personnes, incluant des clients et des employés. L’intimé a fait l’objet de deux chefs d’accusation pour avoir tenu une maison de débauche en contravention du par. 210(1) du *Code criminel*.

Selon la preuve présentée au procès, seuls les couples avaient accès au bar et un portier demandait aux clients potentiels s’ils formaient un « couple libéré ». Si le couple répondait par l’affirmative, il était autorisé à entrer moyennant des frais de 6 \$. L’établissement était composé d’une section où l’on pouvait s’asseoir et d’une piste de danse. Toutes les demi-heures, un rideau noir translucide se fermait autour de la piste de danse et l’on faisait jouer de la musique langoureuse pendant 8 à 12 minutes. À ces occasions, jusqu’à 70 personnes, soit près de 80 pour 100 de la clientèle, s’entassaient sur la piste

masturbation, fellatio and penetration. While the curtain served to separate the dance floor from the rest of the premises, it did not prevent observation of the sexual activities from the seating area.

There was no specific evidence that anyone entered the bar not knowing what to expect. The manager of the club, Mr. Lacroix, testified that he would not admit any couple who did not confirm that they were a liberated couple or any couple who were simply curious as to what was going on inside. He further stated that he gave orders to this effect to the doorman, when he was not himself present at the door. At the same time, the testimony left open the possibility that there might have been exceptions to this practice. Mr. Lacroix in fact indicated that he had not asked the undercover police officers if they were a liberated couple, but knew that they had come to the bar twice. Once inside, the police officers observed one incident where a woman became angry with her partner and the couple left the premises shortly thereafter. Apart from this incident, there is no further suggestion that anyone was unwillingly or unwittingly exposed to the acts committed in the club.

3. Judicial History

The main issue at trial was whether the respondent had the requisite *mens rea*, or criminal intent, to be found guilty of keeping a bawdy-house. On the issue of indecency, the trial judge, following a review of the case law, simply stated that [TRANSLATION] “[t]he defence has not argued this notion and the Court easily comes to the conclusion in this case that these are indecent acts committed in a public place in the sense of sections 150 and 197 of the Criminal Code” (Mun. Ct. Mtl., No. 197 044 886, June 14, 2000, at p. 9). On the issue of *mens rea*, he found that Mr. Kouri had been wilfully blind as to the indecent activities going on in his establishment, and that this sufficed to support a conviction.

de danse et se livraient à des activités sexuelles de groupe, notamment à des caresses sexuelles et à des actes de masturbation, de fellation et de pénétration. Si le rideau servait à isoler la piste de danse du reste des lieux, il n’empêchait pas pour autant l’observation des activités sexuelles à partir de la section où l’on pouvait s’asseoir.

Aucune preuve précise n’indiquait que quelqu’un était entré dans le bar sans savoir ce qui l’attendait. Le gérant du club, M. Lacroix, a témoigné qu’il n’aurait admis aucun couple qui n’aurait pas confirmé être un couple libéré ou qui aurait été simplement curieux de voir ce qui se passait à l’intérieur. Il a en outre déclaré qu’il avait donné des ordres en ce sens au portier, lorsqu’il ne se trouvait pas lui-même à l’entrée. Par ailleurs, son témoignage laisse entendre qu’il pourrait y avoir eu quelques exceptions à cette pratique. M. Lacroix a en effet indiqué qu’il n’avait pas demandé aux policiers en civil s’ils formaient un couple libéré, sachant qu’ils étaient déjà venus deux fois au bar. À une occasion, à l’intérieur du bar, les policiers ont vu une femme se mettre en colère contre son compagnon et le couple quitter le bar peu après. Mis à part cet incident, rien d’autre ne tend à indiquer que quelqu’un ait été involontairement ou inconsciemment exposé aux actes commis dans le club.

3. Historique judiciaire

La principale question en litige au procès consistait à déterminer si l’intimé avait la *mens rea*, ou l’intention criminelle, requise pour être reconnu coupable d’avoir tenu une maison de débauche. Sur la question de l’indécence, le juge du procès a simplement dit, après un examen de la jurisprudence, que « [l]a défense n’a pas plaidé cette notion et la Cour en arrive facilement à la conclusion dans cette affaire qu’il s’agit d’actes indécents accomplis dans un endroit public au sens des articles 150 et 197 du Code criminel » (C.M. Mtl., n° 197 044 886, 14 juin 2000, p. 9). Quant à la question de la *mens rea*, il a conclu que M. Kouri avait fait preuve d’aveuglement volontaire à l’égard des actes d’indécence qui se déroulaient dans son établissement et que cela suffisait pour justifier une déclaration de culpabilité.

7 The majority of the Quebec Court of Appeal allowed the appeal and set aside the conviction, on the ground that the acts at issue did not constitute criminal indecency ((2004), 191 C.C.C. (3d) 42). Otis J.A. concluded that only activities posing an objective risk of social harm should be penalized and the sexual activities in this case did not give rise to such a risk. While they were conducted in a public place, this was [TRANSLATION] “one where access was restricted and reserved for this purpose, without anyone being compelled to participate or to witness the sexual acts, nor to be used as a sexual object for the gratification of others” (para. 47).

8 Rochon J.A., in dissent, would have upheld the respondent’s conviction on the basis that the activities at issue went beyond the rules of conduct necessary for the proper functioning of society. The risk of harm was difficult to measure concretely, but was not necessarily insignificant. More specifically, there was, in his view, [TRANSLATION] “clearly a loss of meaning or a trivialization of sexual relations and a confusion of the boundaries as to what is or is not possible to do in society” (para. 83).

4. Analysis

4.1 *The Test for Criminal Indecency*

9 As more fully discussed in the companion case of *Labaye*, Canadian law does not reduce indecency to what a judge views as morally corrupt. The law has evolved toward an objective test of indecency based on the community standard of tolerance, which, in turn, has come to depend on the risk of harm entailed by the impugned activities. Criminal sanction should only attach to render obscene or indecent materials or acts that create a significant risk of harm, incompatible with the proper functioning of society.

10 The present appeals require an elaboration of the structure of the inquiry in finding criminal indecency. Based on the guidelines emerging from

Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont accueilli l’appel et infirmé la déclaration de culpabilité au motif que les actes en cause ne constituaient pas des actes d’indécence au sens du droit criminel ([2004] R.J.Q. 2061). La juge Otis a conclu que seuls les actes présentant un risque objectif de préjudice social devraient être sanctionnés et que les actes sexuels en cause ne généraient pas un tel risque. Bien que les activités se soient déroulées dans un endroit public, il s’agissait d’un lieu « à accès restreint et réservé à cette fin, sans qu’aucune personne ne soit contrainte de participer ou d’être témoin des actes sexuels ni ne soit utilisée comme objet sexuel à la gratification des autres » (par. 47).

Le juge Rochon, dissident, aurait maintenu la déclaration de culpabilité de l’intimé parce que les activités en cause outrepassaient les règles de conduite nécessaires au bon fonctionnement de la société. Le risque de préjudice était difficile à mesurer concrètement, mais il n’était pas nécessairement négligeable. Plus précisément, il y avait selon lui « clairement une perte de sens ou une banalisation des relations sexuelles et une confusion des frontières quant à ce qu’il est ou non possible de faire en société » (par. 83).

4. Analyse

4.1 *Le test applicable à l’indécence criminelle*

Comme il est expliqué plus en détail dans l’arrêt connexe *Labaye*, le droit canadien ne réduit pas l’indécence à ce qu’un juge estime moralement corrompu. Le droit relatif à l’indécence a évolué vers un critère objectif fondé sur la norme de tolérance de la société qui, à son tour, dépend maintenant du risque de préjudice engendré par les activités contestées. Les sanctions pénales doivent servir à ce que seuls puissent être déclarés obscènes ou indécents le matériel ou les actes qui créent un risque appréciable de préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société.

Les présents pourvois exigent que nous précisions la structure de l’examen à effectuer pour conclure à l’indécence criminelle. Compte tenu

R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452, the analysis should proceed in two steps. 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:
 - (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
2. That the harm or risk of harm is of a *degree* that is incompatible with the proper functioning of society.

4.2 *Application of the Test*

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

As discussed more fully in the companion case of *Labaye*, the first harm the concept of indecency targets is interference with the autonomy and liberty of members of the public through unwanted exposure to the conduct at issue. The risk of such harm depends on the degree to which unwilling viewers were exposed to the conduct. Where the acts took place, the manner in which they took place, and the nature of the audience are relevant factors to consider: *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932.

des principes directeurs dégagés dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, cette analyse devrait être effectuée en deux étapes. La conduite criminelle indécente 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 :
 - 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.
2. Le préjudice ou le risque de préjudice atteint un *degré* tel qu'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société.

4.2 *Application du critère*

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

Comme il est expliqué plus en détail dans l'arrêt connexe *Labaye*, le préjudice que l'infraction d'indécence cherche avant tout à prévenir est l'entrave à l'autonomie et à la liberté des membres du public qui seraient exposés involontairement à la conduite litigieuse. Le risque qu'un tel préjudice survienne dépend de la mesure dans laquelle des personnes ont été involontairement spectateurs de cette conduite. Le lieu où les actes ont été accomplis, la manière dont ils ont été accomplis et la composition de l'auditoire sont des facteurs pertinents à prendre en compte : *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

11

12

13 In this case, the Crown presented no evidence of anyone witnessing this conduct against his or her will, or of anyone entering the establishment not knowing what to expect. The majority of the Court of Appeal stressed the trial judge's findings of fact that only couples were allowed access, and this only after confirming that they were a liberated couple: [TRANSLATION] "It clearly appeared that access to the premises was restricted and that the warning given was clear when put in context." (para. 45) The majority went on to point out that there was no evidence of anyone feeling uncomfortable with the operation of the bar or the activities that took place inside and that the sexual activities were partially shielded by the black curtain, [TRANSLATION] "permitting those who did not want to witness it to exclude themselves from it" (para. 46).

14 Rochon J.A., in dissent, did not dispute the existence of the control mechanism. His view was essentially that the sexual activities at issue should not be permitted to take place in a public establishment [TRANSLATION] "notwithstanding all the measures which may be taken to restrict the clientele 'to liberated couples' only" (para. 78). In submissions before this Court, the Crown did not ask us to go this far, acknowledging that there is no rule that sexual activity in a public place automatically violates the autonomy and liberty of members of the public.

15 The question at this stage is therefore whether the evidence establishes a significant risk of harm to the autonomy and liberty of members of the public. This requires a contextual assessment of the risk of harm to those who may be involuntarily confronted with this conduct. The control mechanisms designed to put people on notice and ensure an informed choice to enter the premises are vital to this assessment. The question is whether they adequately restricted access to people informed about the nature of the place and willing to observe or participate in the activities taking place therein. In order to show that acts are indecent, the Crown

En l'espèce, le ministère public n'a présenté aucune preuve démontrant qu'une personne aurait été involontairement témoin de cette conduite ou serait entrée dans l'établissement sans savoir ce qui l'attendait. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont insisté sur les conclusions de fait tirées par le juge du procès selon lesquelles seuls les couples avaient accès au lieu et ce, seulement après avoir confirmé qu'ils formaient un couple libéré : « Il apparaît clairement que l'accès au lieu était encadré et que l'avertissement était clair lorsque mis en contexte. » (par. 45) Les juges majoritaires ont ensuite souligné qu'aucune preuve n'avait été présentée selon laquelle l'organisation du bar ou les activités s'y déroulant auraient gêné qui que ce soit et que les activités sexuelles étaient protégées dans une certaine mesure par le rideau noir, qui « permetta[i]t néanmoins à ceux qui ne souhaitaient pas en être témoins de s'en exclure » (par. 46).

Dans ses motifs de dissidence, le juge Rochon n'a pas mis en doute l'existence d'un mécanisme de contrôle. Il estimait essentiellement que les activités sexuelles en cause ne devraient pas être autorisées dans un établissement public « malgré toutes mesures qui pourraient être prises pour restreindre la clientèle aux "couples libérés" uniquement » (par. 78). Dans ses observations devant la Cour, le ministère public ne nous a pas demandé d'aller aussi loin, reconnaissant qu'il n'existe aucune règle voulant que les activités sexuelles pratiquées dans un endroit public portent automatiquement atteinte à l'autonomie et à la liberté des membres du public.

Il s'agit donc à cette étape de se demander si la preuve établit l'existence d'un risque appréciable d'atteinte à l'autonomie et à la liberté des membres du public. Cet exercice nécessite une appréciation contextuelle du risque de préjudice pour les personnes susceptibles d'être exposées involontairement à cette conduite. Les mécanismes de contrôle destinés à avertir les gens et à s'assurer que leur entrée dans les lieux procède d'un choix éclairé sont essentiels pour cette appréciation. Il s'agit de savoir si ces mécanismes limitaient adéquatement l'accès au lieu aux personnes informées de la nature de l'endroit et disposées à voir les activités qui s'y

must establish beyond a reasonable doubt that the control mechanisms were insufficient to ward off the risk of unwanted exposure. For the reasons that follow, I conclude that the evidence in this case falls below the required criminal standard of proof.

The Crown argues that the black, transparent curtain that bounded the dance floor where sexual activities took place was not an adequate control mechanism. I agree. The evidence is clear that one could see through the black curtain and across the dance floor. Indeed, this was one of the ways the manager was expected to monitor the activities and curb excessive behaviour. Although the curtain served to mark the boundaries within which the allegedly indecent acts could take place, it is clear that it would not have effectively shielded them from view by an unsuspecting or unwilling witness. The control mechanism was not the curtain, but the procedures at the door.

Like the majority of the Court of Appeal, I am satisfied that the controls at the door, put in context, were sufficiently clear and comprehensive. Only couples were admitted. The club's policy required the doorman to ask each couple whether they were "liberated". The exterior of the building displayed large posters of partially undressed dancers. All this provided ample indication that sexually explicit activity was to be expected inside.

The Crown argues that there was no specific warning as to the actual nature and extent of the activities engaged in on the dance floor. It is true there were no express warnings. No sign proclaimed: "Caution, you may see sexual activity inside", nor did the doorman so advise. However, it is difficult to conceive that a couple which passed the explicit sexual depictions on the exterior walls of the buildings and answered affirmatively to the query that they were "liberated", would not

déroulaient ou à y participer. Pour prouver que des actes sont indécents, le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que les mécanismes de contrôle étaient insuffisants pour prévenir les risques d'exposition involontaire. Pour les motifs qui suivent, je conclus que la preuve soumise en l'espèce ne satisfait pas à la norme de preuve requise en matière pénale.

Le ministère public soutient que le rideau noir translucide qui délimitait la piste de danse où se déroulaient les activités sexuelles ne constituait pas un mécanisme de contrôle adéquat. Je suis d'accord. Il ressort clairement de la preuve que l'on pouvait voir à travers le rideau noir, du côté de la piste de danse. D'ailleurs, c'était là un des moyens par lesquels le gérant était censé surveiller les activités et freiner les comportements excessifs. Bien que le rideau ait servi à tracer les limites à l'intérieur desquelles les prétendus actes d'indécence pouvaient avoir lieu, il est évident qu'il ne pouvait efficacement les soustraire à la vue d'un témoin qui ne se doutait de rien ou n'était pas consentant. Le mécanisme de contrôle n'était pas le rideau, mais la procédure d'accès.

À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, je suis convaincue que les mesures de contrôle appliquées à la porte, situées dans leur contexte, étaient assez claires et suffisantes. Seuls les couples étaient admis. La politique du club exigeait du portier qu'il demande à chaque couple s'il était « un couple libéré ». L'extérieur de l'établissement était placardé de grandes affiches montrant des danseurs partiellement dévêtus. Tout cela indiquait bien que l'on pouvait s'attendre à ce que des activités sexuellement explicites se déroulent à l'intérieur.

Le ministère public plaide l'absence d'avertissement précis quant à la nature et à l'étendue réelles des activités qui se déroulaient sur la piste de danse. Il est vrai qu'il n'y avait aucun avertissement exprès. Aucune affiche ne proclamait : « Attention, des activités sexuelles peuvent se dérouler à l'intérieur » et le portier ne faisait aucune mise en garde de la sorte. Il est cependant difficile de concevoir qu'un couple, après être passé devant les descriptions sexuellement explicites ornant les murs

16

17

18

realize they were entering a place where sexual activity might occur.

19 The Crown also argues that it is not clear that the doorman posed the question about being a “liberated couple” to each and every couple seeking access to the bar, relying on his apparent failure to question investigating officers. This deficiency in the entry policy is confirmed, the Crown argues, by the evidence that on one occasion, a woman became upset with her partner and left the premises.

20 The fact that a woman became upset with her partner and left the premises does not permit the inference that she was unprepared for what she saw; she may have been upset for any number of reasons. Moreover, the incident is open to the competing interpretation that this was a member of the public who voluntarily chose to enter the establishment, and only subsequently came to regret that choice. The apparent failure to ask the investigating officers if they were a liberated couple, while more troubling, is nevertheless insufficient to displace the evidence that the practice was to ask each new couple if they were liberated. The doorman testified that any lack of questioning might reflect the fact that he had seen the couple before. Whatever the case, it is for the Crown to establish significant risk of harm beyond a reasonable doubt. Taken in total, the evidence of a risk of unwanted confrontation is at best inconclusive and incapable of meeting that standard.

21 The trial judge, after considering all the evidence, found as a fact that only couples who confirmed they were “liberated” were admitted to the club. The majority of the Court of Appeal confirmed that: [TRANSLATION] “It clearly appeared that access to the premises was restricted and that the warning given was clear when put in context.” (para. 45) The evidence amply supports these conclusions. It follows that the Crown’s argument that harm resulted from insufficient steps

extérieurs des bâtiments et avoir répondu par l’affirmative à la question de savoir s’il était « un couple libéré », puisse ne pas comprendre qu’il entrerait dans un endroit où il était possible que des activités sexuelles aient lieu.

Le ministère public prétend également qu’il n’est pas certain que le portier demandait à chacun des couples voulant entrer dans le bar s’il formait un « couple libéré », puisqu’il n’avait apparemment pas posé la question aux enquêteurs. Cette faille de la politique d’accès est confirmée, soutient-il, par la preuve qu’à une occasion, une femme s’est mise en colère contre son compagnon et a quitté les lieux.

Le fait qu’une femme se soit fâchée contre son compagnon et ait quitté les lieux ne permet pas de conclure qu’elle n’était pas préparée à voir ce qu’elle a vu; elle peut s’être mise en colère pour de nombreuses raisons. En outre, l’incident peut être interprété à l’inverse, à savoir qu’il s’agissait d’un membre du public qui avait choisi de plein gré d’entrer dans l’établissement et qui, après coup, a regretté sa décision. L’omission apparente de demander aux enquêteurs s’ils formaient un couple libéré, quoique plus troublante, ne suffit néanmoins pas à réfuter la preuve qu’il était d’usage de demander à chaque nouveau couple s’il était un couple libéré. Selon le portier, toute omission de sa part de poser la question pourrait être le signe qu’il avait déjà vu le couple. Quoi qu’il en soit, il appartient au ministère public d’établir hors de tout doute raisonnable l’existence d’un risque appréciable de préjudice. Considérée globalement, la preuve d’un risque d’exposition involontaire est au mieux non concluante et ne satisfait pas à cette norme.

Après avoir examiné l’ensemble de la preuve, le juge du procès a tiré la conclusion de fait que seuls les couples ayant confirmé qu’ils étaient un « couple libéré » étaient autorisés à entrer au club. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont confirmé qu’« [i]l apparaît clairement que l’accès au lieu était encadré et que l’avertissement était clair lorsque mis en contexte. » (par. 45) La preuve étaye amplement ces conclusions. Il s’ensuit que l’argument du ministère public

to ward off the risk of unwanted exposure, cannot succeed.

Moving to the second type of harm, there is no evidence of inducing anti-social attitudes through demeaning, abusive or humiliating treatment of any individual or group. As in the companion case of *Labaye*, no one was pressured into sex, paid for sex, or treated as a mere object for the sexual gratification of others. On the present set of facts, the commercial aspect of the respondent's operation is hardly relevant to this type of harm. The entrance fee was not paid by some to secure the sexual services of others. It merely enabled all the customers to gain access to the bar and to equally participate in the activities taking place therein. As such, the payment of a fee may lower one's moral estimation of the activities at issue, but it is not helpful in seeing how they can be a source of attitudinal harm through encouraging anti-social behaviour.

Finally, there is no suggestion of physical or psychological harm to the participants. Again, the only apparent concern is the health risk from engaging in these activities without adequate protection. However, as discussed in *Labaye*, this type of risk is conceptually and causally unrelated to indecency and cannot be an independent basis for a finding of criminal indecency.

The absence of proof of harm or significant risk of harm makes it unnecessary to discuss the subsequent step of the inquiry into criminal indecency. I merely note that this is not a case of effectively removing the possibility of choice on the part of others as to how they go about their daily business without interference from what they see as deeply offensive conduct. Given this degree of choice, it is difficult to see how the activities at the club can

selon lequel le préjudice résultait de l'insuffisance des mesures mises en place pour prévenir les risques d'exposition involontaire ne saurait être retenu.

Quant au deuxième type de préjudice, rien ne prouve qu'une personne ou un groupe ait subi un traitement dégradant, abusif ou humiliant qui aurait favorisé des attitudes antisociales. Comme dans l'affaire connexe *Labaye*, 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 servant à la gratification sexuelle des autres. Compte tenu des faits de l'espèce, l'aspect commercial de l'entreprise de l'intimé n'est guère pertinent relativement à ce type de préjudice. Les frais d'entrée n'étaient pas acquittés par certaines personnes en vue d'obtenir des faveurs sexuelles d'autres personnes. Ils permettaient simplement à tous les clients d'accéder au bar et de participer d'égal à égal aux activités s'y déroulant. Comme tel, le paiement des frais d'entrée peut déprécier la valeur morale accordée aux activités en cause, mais ce fait n'est pas utile lorsqu'il s'agit de déterminer en quoi ces activités peuvent générer un préjudice consistant à encourager une attitude qui favorise des comportements antisociaux.

Enfin, rien n'indique que les participants aient subi un préjudice physique ou psychologique. De nouveau, il semble que la seule source de préoccupation à cet égard soit le risque que la participation à ces activités sans protection adéquate présente pour la santé. Or, comme il est expliqué dans *Labaye*, ce type de risque n'a pas de lien conceptuel ni causal avec l'indécence et ne saurait étayer de façon indépendante une conclusion d'indécence criminelle.

En l'absence d'une preuve de préjudice ou de risque appréciable de préjudice, il est inutile d'aborder l'étape subséquente de l'examen relatif à l'indécence criminelle. Je me contenterai simplement de signaler qu'il ne s'agit pas d'un cas où les autres sont en fait privés de la possibilité de choisir de vaquer à leurs occupations quotidiennes sans entraves liées à ce qu'ils perçoivent comme une conduite profondément offensante. Compte tenu de cette liberté de

22

23

24

be seen to have caused harm incompatible with the proper functioning of society.

25 I would dismiss the appeal and affirm the decision of the majority of the Quebec Court of Appeal to enter an acquittal.

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

BASTARACHE AND LeBEL JJ. (dissenting) —

1. Introduction

26 This appeal has been brought to determine whether the impugned sexual acts were indecent and whether the respondent was guilty of keeping a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”).

27 Our colleagues conclude that the sexual acts in the instant case were not indecent. They base their conclusion on the approach they have developed in *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80, which is based exclusively on the concept of social harm. In the opinion of the majority, the sexual acts in this case did not result in serious social harm that would be incompatible with the proper functioning of our society by, for example, predisposing its individual members to act in an anti-social manner.

28 Although we respect their opinion, we disagree with it. Based on the contextual approach we have developed in our reasons in *Labaye*, we conclude that the impugned acts in the instant case were indecent because they clearly offended the Canadian community standard of tolerance. Our opinion is not based exclusively on the concept of harm. Harm is indeed an important factor to consider in establishing the level of tolerance, but it is not determinative. In our view, because of the context in which the acts occurred, the respondent’s establishment was a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) *Cr. C.*

choix, il est difficile de voir comment les activités qui se déroulaient au club peuvent être considérées comme ayant causé un préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société.

Je serais d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision majoritaire de la Cour d’appel du Québec de prononcer un acquittement.

Les motifs des juges Bastarache et LeBel ont été rendus par

LES JUGES BASTARACHE ET LeBEL (dissidents) —

1. Introduction

Le présent pourvoi vise à déterminer si les actes sexuels reprochés en l’espèce sont indécents et si l’intimé est coupable d’avoir tenu une maison de débauche au sens du par. 210(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »).

Nos collègues concluent que les actes sexuels en l’espèce ne sont pas indécents. Ils fondent leur conclusion sur l’approche développée par eux dans l’arrêt *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80, qui repose exclusivement sur la notion de préjudice social. Selon la majorité, les actes sexuels en l’espèce n’engendreraient pas de préjudice social grave qui serait incompatible avec le bon fonctionnement de notre société, par exemple en prédisposant ses individus à agir de façon antisociale.

Nous respectons leur avis, mais nous ne le partageons pas. Adoptant l’approche développée dans nos motifs dans l’arrêt *Labaye*, fondée sur une analyse contextuelle, nous arrivons à la conclusion que les actes reprochés en l’espèce sont indécents parce qu’ils dépassent clairement la norme de tolérance de la société canadienne. Notre opinion ne repose pas exclusivement sur la notion de préjudice. Cette notion constitue en effet un élément important mais non décisif de la détermination du niveau de tolérance. L’établissement de l’intimé constitue, selon nous, en raison du contexte dans lequel les actes surviennent, une maison de débauche au sens du par. 210(1) *C. cr.*

2. Facts

We agree generally with the majority's description of the facts. We note, however, that the description minimizes the impact of two facts that are relevant to a contextual determination of indecency: the commercial nature of the premises and the ease with which any member of the general public was able to gain access to the club and witness the sexual acts that took place on the dance floor. These two contextual factors, and their application to the facts of the case at bar, will be discussed in greater detail in our analysis.

3. Analysis

As we explained in greater detail in our reasons in *Labaye*, only one question need be answered in order to establish indecency and determine whether a place is 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? This analysis reflects the view that there are, *inter alia*, appropriate restrictions of time (such as the time of day) and place where the performance of sexual acts is concerned.

The approach proposed by our colleagues replaces the community standard of tolerance with a test that treats harm as the sole basis of indecency rather than as a criterion for determining the community's level of tolerance. In *Labaye*, we showed that whether or not serious social harm is sustained has never been the determinative test for indecency and that social harm 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.

We consider it essential 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

2. Faits

Nous acceptons de façon générale la description des faits de la majorité. Nous notons cependant que cette description minimise la portée de deux éléments factuels pertinents à la détermination contextuelle de l'indécence, soit le caractère commercial des lieux et la facilité avec laquelle tout membre du grand public peut accéder au bar et être témoin des actes sexuels qui se déroulent sur la piste de danse. Ces deux facteurs contextuels et leur application aux faits de la présente affaire seront discutés plus en détail dans notre analyse.

3. Analyse

Comme nous l'avons expliqué de façon plus détaillée dans nos motifs dans l'arrêt *Labaye*, il n'existe qu'une seule question à se poser 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? Cette analyse reflète l'idée qu'il existe notamment des restrictions de temps (tel que le moment de la journée) et de lieu appropriées eu égard à la pratique d'actes sexuels.

L'approche proposée par nos collègues remplace la norme de tolérance de la société par le critère du préjudice, retenant celui-ci comme seul fondement de l'indécence plutôt que comme critère de détermination du niveau de tolérance de la société. Nous avons démontré dans l'arrêt *Labaye* que l'absence ou la présence d'un préjudice social grave n'a jamais été le test décisif en ce qui concerne l'indécence et que le préjudice social ne peut pas remplacer l'analyse contextuelle de la norme de tolérance de la société canadienne sans que l'on ne transforme complètement cette notion et qu'on la vide de tout sens.

Nous croyons qu'il est essentiel de s'en tenir au test original de détermination de l'indécence, lequel met l'accent sur une analyse contextuelle des actes reprochés et intègre la notion de préjudice comme élément important, mais non décisif, de

29

30

31

32

applicable level of tolerance. Regard must also be had to the fact that there may be a form of social harm that results from the failure to meet the minimum standards of public morality. Furthermore, the adoption of a vague concept of incompatibility with the “proper functioning of society” or of predisposing others to anti-social behaviour must be avoided. This is plain from the analysis of s. 210(1) *Cr. C.*, and from the need to establish the standard of tolerance based on an objective, contextual analysis of the sexual acts.

33 The establishment of the standard of tolerance is based on two main factors: the nature of the impugned acts and the context. In considering the nature of the acts, it must be asked whether they are exceptional in comparison to other acts that are accepted and that are performed in a similar context. The more exceptional the acts, the more likely they are to exceed the community’s threshold of tolerance, particularly if they have dehumanizing, degrading or demeaning aspects.

34 In analysing the context, the places where the acts were performed and the circumstances in which they occurred must be considered. A number of factors are involved in this contextual analysis: (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) the harm suffered by the participants. This list is not exhaustive.

35 The fact that no spectators or witnesses were present when the sexual acts occurred does not preclude a finding of indecency. Whether a place is public does not depend on the presence of witnesses. To adopt the contrary position would amount to accepting that even demeaning sexual acts, including in particular acts capable of causing physical or psychological harm to the participants, performed in a place to which the public has access would not be indecent provided that there were no witnesses or spectators, but only a large

détermination du niveau de tolérance applicable. Il faut aussi tenir compte du fait qu’il peut exister une certaine forme de préjudice social découlant du non-respect des normes minimales de moralité publique. Il faut en outre éviter d’adopter une vague notion d’incompatibilité avec le « bon fonctionnement de la société » ou l’incitation à la conduite antisociale. Cela ressort clairement de l’analyse du par. 210(1) *C. cr.* et du besoin de déterminer la norme de tolérance en fonction d’une analyse objective et contextuelle des actes sexuels.

La détermination de la norme de tolérance est fondée sur deux facteurs principaux : la nature des actes reprochés et le contexte. En ce qui concerne la nature des actes, il faut se demander si ces derniers sont de nature exceptionnelle par rapport à d’autres actes acceptés et accomplis dans un même contexte. Plus les actes sont exceptionnels, plus ils sont susceptibles de dépasser le seuil de tolérance de la société, notamment s’ils comportent des éléments déshumanisants, avilissants ou dégradants.

Pour ce qui est du contexte, on doit examiner les lieux où les actes sont posés et les circonstances dans lesquelles ils surviennent. Cette analyse contextuelle comprend plusieurs éléments : (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 des actes; (7) le comportement des participants et (8) le préjudice subi par les participants. Cette liste n’est pas exhaustive.

L’absence de spectateurs ou de témoins lorsque surviennent les actes sexuels n’empêche pas de conclure à l’indécence. Le caractère public des lieux ne dépend pas de la présence de témoins. Souscrire à la position contraire reviendrait à accepter que même des actes sexuels dégradants, incluant notamment des actes pouvant causer un préjudice physique ou psychologique chez les participants, pratiqués dans un lieu accessible au public, ne seraient pas indécents dès qu’il n’y a ni témoins ni spectateurs, mais seulement un grand

number of participants. This result is unacceptable, as we showed in *Labaye*.

Whether a place is private or public must instead be determined by considering a continuum of situations that will vary with the degree of privacy involved, and from which the tolerance of society in respect of various sexual practices can be ascertained in light of the nature of the acts and the context in which they are performed. For this reason, an analysis based on a simple dichotomy between purely private and purely public premises must be avoided. The recognition of a general class of acts based on the concept of “relative privacy” must also be avoided. The degree of relative privacy in each case is not on its own sufficient to support an appropriate assessment of the context from which it can be concluded that acts are indecent.

Voluntary consent by the participants is not a determinative factor either, since the fundamental question in determining whether certain acts are indecent involves deciding what Canadians will tolerate or agree to other Canadians doing, having regard to the place and the context. The participants’ level of tolerance is not what must be considered. Freedom and autonomy of action does not rule out the moral judgment that the community might form regarding sexual practices that take place in certain places and contexts. Absence of consent may nevertheless play a role in determining that behaviour is dehumanizing, degrading or demeaning, and it would then have a negative impact on the level of tolerance.

As well, taking the commercial nature of the place and the acts into account may assist in establishing the Canadian community’s level of tolerance for the impugned acts. It is well established that the association of sexual acts with a commercial transaction has a negative impact on Canadians’ tolerance, because the persons involved in this type of transaction are generally exploited and experience a loss of dignity or autonomy. The commercial exploitation of sexual acts thus impairs the values

nombre de participants. Cette solution est inacceptable, comme nous l’avons démontré dans l’arrêt *Labaye*.

On doit plutôt évaluer le caractère privé ou public des lieux en fonction d’un continuum de situations qui varient en fonction du degré d’intimité en cause et qui, selon la nature des actes et le contexte dans lequel ils sont posés, permettront de juger de la tolérance de la société à l’égard de diverses pratiques sexuelles. Pour cette raison, il faut éviter d’adopter une analyse fondée sur une simple dichotomie entre lieux purement privés et purement publics. Il faut aussi éviter de reconnaître une catégorie générale fondée sur le concept de « relative intimité ». Le degré d’intimité relative dans chaque cas ne peut pas à lui seul permettre une évaluation adéquate du contexte pouvant donner lieu à la conclusion que des actes sont indécents.

Le consentement volontaire des participants ne constitue pas non plus un facteur décisif, puisque la question fondamentale pour déterminer si certains actes sont indécents consiste à décider ce que les Canadiens tolèrent ou acceptent que d’autres Canadiens fassent, compte tenu des lieux et du contexte. En effet, ce n’est pas le niveau de tolérance des participants qui doit être pris en considération. Le fait d’agir de manière libre et autonome ne permet pas d’exclure le jugement moral que pourrait porter la société à l’égard de pratiques sexuelles qui surviennent dans certains lieux et contextes. L’absence de consentement pourra tout de même jouer un rôle dans l’identification de comportements déshumanisants, avilissants ou dégradants. Cette absence aurait alors une incidence négative sur le niveau de tolérance.

De même, la prise en compte du caractère commercial du lieu et des actes pourra aider à constater le niveau de tolérance de la société canadienne à l’égard des actes reprochés. Il est bien établi que le fait que des actes sexuels soient associés à un échange commercial affecte négativement la tolérance des Canadiens parce que ce type d’échange dénote généralement une exploitation et une perte de dignité ou d’autonomie des personnes impliquées. L’exploitation commerciale d’actes sexuels porte

36

37

38

of our society, such as the equality, liberty and dignity of the individual.

39 The risk of harm to participants is still relevant in a contextual analysis. In some cases, there will be a need to consider the risk of spreading sexually transmitted diseases. If this risk is real, it will have a negative effect on the standard of tolerance where there is a systematic absence of protective measures.

40 Lastly, even if no harm as understood by the majority is established, there may still be a form of social harm resulting from a failure to meet the minimum standards of public morality, as, for example, where exceptional sexual acts are performed in a public place. If such harm is established, it can be concluded that the standard of tolerance has been offended.

4. Application of the Principles to the Facts

41 As in *Labaye*, we are of the opinion that the sexual acts performed in the respondent's establishment were indecent. They did not meet the Canadian community standard of tolerance. Because of the public nature of the place and the commercial nature of the activities, we conclude that the respondent's establishment was a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) *Cr. C.*

4.1 *Nature of the Acts*

42 We acknowledge that in the instant case the sexual acts performed on the dance floor of the respondent's establishment were less explicit than the acts considered in *Labaye*. They consisted mainly of touching and masturbation, sometimes in groups. Several instances of fellatio and a single case of penetration were also observed. Despite this difference, we find that the acts were indecent. Our finding is based essentially on a contextual analysis of the activities. Accordingly, although the acts in the case at bar were less exceptional than in *Labaye*, we conclude from the fact that they took place in a more public and commercial place that they were indecent.

ainsi atteinte aux valeurs de notre société telles que l'égalité, la liberté et la dignité des individus.

Les risques de préjudice pour les participants demeurent pertinents dans l'analyse contextuelle. Dans plusieurs cas, il sera indiqué de prendre en compte le risque de propagation de maladies transmissibles sexuellement. Ce risque, s'il est réel, affecte négativement la norme de tolérance en l'absence systématique de mesures de protection.

Finalement, même si aucun préjudice au sens où l'entend la majorité n'est identifié, il peut néanmoins exister une forme de préjudice social qui résulte du non-respect des normes minimales de moralité publique, comme par exemple dans le cas d'actes sexuels exceptionnels pratiqués dans un lieu public. Si un tel préjudice est établi, il sera permis de conclure que la norme de tolérance a été dépassée.

4. L'application des principes aux faits

Tout comme dans l'affaire *Labaye*, nous sommes d'avis que les actes sexuels posés dans l'établissement de l'intimé étaient des actes indécents. Ils ne respectent pas la norme de tolérance de la société canadienne. En raison du caractère public des lieux et du caractère commercial des activités, nous concluons que l'établissement de l'intimé constitue une maison de débauche au sens du par. 210(1) *C. cr.*

4.1 *La nature des actes*

Nous reconnaissons que, dans la présente affaire, les actes sexuels pratiqués sur la piste de danse de l'établissement de l'intimé sont moins explicites que ceux qui furent examinés dans l'affaire *Labaye*. Il s'agit surtout d'actes d'attouchement et de masturbation, parfois en groupe. Quelques cas de fellation et un seul cas de pénétration ont aussi été observés. Malgré ces différences, nous concluons à l'indécence. L'essentiel de notre conclusion est fondée sur l'analyse contextuelle des activités. Ainsi, même si les actes en l'espèce sont moins exceptionnels que dans l'arrêt *Labaye*, le fait qu'ils surviennent dans un endroit davantage public et commercial nous amène à conclure à l'indécence.

4.2 *Context*

4.2.1 Private or Public Nature of the Place

It was much easier in the case at bar than in *Labaye* for members of the general public to gain access to the respondent's establishment out of mere curiosity or by accident, and to witness sexual acts taking place there. There was only a doorman who asked each couple who wanted to enter the establishment whether they were a "liberated couple"; they were then required to pay a \$6 admission fee. Any couple who observed these formalities could enter and witness the sexual acts taking place on the dance floor without being interviewed or receiving an official warning regarding the nature of the sexual acts being performed in front of everyone who was there. It is quite clear that the individuals who entered the establishment were not necessarily members of a club made up of people who shared the same philosophy. In fact, the general public received an express or implied invitation to enter the establishment, as may be seen from the numerous efforts made to advertise for new customers. The impugned acts in the instant case were performed in a public place that met the requirements of, *inter alia*, s. 197(1) *Cr. C.*

The degree of privacy afforded for the performance of sexual acts in the establishment was in fact virtually nil, in particular because there were 75 people on the dance floor. This conclusion is not changed by the fact that there was a translucent curtain encircling the dance floor. It was possible to see through the curtain, as the trial judge and the majority of this Court have noted. Furthermore, a gathering of 75 people, in the context of this case, does not constitute even a semblance of privacy.

4.2.2 Participants and Composition of the Audience

While the acts did in fact take place between informed and consenting adults, this does not in itself mean that they met the standard of tolerance. If consent had been absent, the acts could have been characterized as dehumanizing, degrading or demeaning, but there is no question of that here.

4.2 *Le contexte*

4.2.1 Le caractère privé ou public des lieux

De façon beaucoup plus marquée que dans l'affaire *Labaye*, il est facile en l'espèce pour les membres du grand public d'accéder à l'établissement de l'intimé par simple curiosité ou par accident, et d'être témoin des actes sexuels qui s'y déroulent. Seul un portier demande à chaque couple désirant accéder à l'établissement s'il constitue un « couple libéré »; on exige ensuite un droit d'entrée de 6 \$. Tout couple qui remplit ces formalités peut entrer et être témoin des actes sexuels qui se déroulent sur la piste de danse sans avoir subi une entrevue ni avoir reçu un avertissement officiel quant à la nature des actes sexuels qui sont posés devant toutes les personnes présentes. Il est bien clair que les individus qui entrent dans l'établissement ne sont pas nécessairement membres d'un club de gens qui partagent la même philosophie. Par ailleurs, le grand public est invité de manière expresse ou implicite à entrer dans l'établissement comme en témoignent les nombreux efforts publicitaires destinés à solliciter de nouveaux clients. Les actes reprochés en l'espèce sont pratiqués dans un endroit public qui répond notamment aux critères du par. 197(1) *C. cr.*

Le degré d'intimité pour la pratique d'actes sexuels dans l'établissement est par ailleurs presque nul, notamment en raison de la présence de 75 personnes sur la piste de danse. L'existence d'un rideau translucide entourant la piste ne saurait modifier cette conclusion. Il est possible de voir à travers ce rideau, comme l'a souligné le juge de première instance ainsi que la majorité de cette Cour. Plus encore, un rassemblement de 75 personnes dans le contexte en l'espèce ne constitue même pas un semblant d'intimité.

4.2.2 Les participants et la composition de l'auditoire

Il est vrai que les actes surviennent entre adultes avertis et consentants, mais cela n'emporte pas en soi conformité avec la norme de tolérance. L'absence de consentement permettrait d'identifier la présence d'actes déshumanisants, avilissants ou dégradants, mais il n'en est pas question ici. On ne

43

44

45

Nor were any children present in the establishment, which would have been an important factor.

4.2.3 Measures Taken to Control Access

46 The measures taken, which supposedly limited access to the club to informed people who shared the philosophy of partner swapping, were practically nonexistent. Payment of an admission fee and an answer to a simple question as to whether a couple is “liberated” are not serious measures, having regard to the explicit nature of the sexual acts taking place in the establishment. As the majority has pointed out, the translucent black curtain that supposedly separated the space to be used for sexual acts concealed nothing; in any event, the presence of an opaque curtain would have created only a pretence of privacy, as we said above.

4.2.4 Commercial Nature of the Place and the Acts

47 A contextual analysis of the nature of the place and the acts shows that the activities in issue were commercial in nature. The respondent operated a bar intended to be used for group sexual activities. The evidence shows that numerous efforts were made to advertise for new customers. In addition, sexual acts could be performed in the establishment only after a mandatory commercial transaction, that is, the payment of an entrance fee. As in *Labaye*, this was a form of purchase of sexual favours, since everyone who entered was able to participate freely in sexual acts with the other participants. The association of these kinds of commercial aspects with the impugned sexual acts in the instant case contributes, in this context, to the result that the community’s threshold of tolerance for those practices was exceeded.

4.2.5 Resulting Social Harm

48 It can also be concluded that a certain form of social harm was sustained in the case at bar that resulted from the failure to meet the minimum standards of social morality, having regard to the public and commercial context in which the impugned acts occurred. The harm resulted, in this

remarque pas non plus la présence d’enfants dans l’établissement, ce qui serait un facteur important.

4.2.3 Les mesures de contrôle

Les mesures de contrôle qui prétendent limiter l’accès au bar aux gens avertis qui partagent la philosophie échangiste sont pratiquement inexistantes. Le paiement d’un droit d’entrée et la réponse à la simple question de savoir si un couple est « libéré » ne constituent pas des mesures sérieuses considérant la nature explicite des actes sexuels qui se déroulent dans l’établissement. Comme le souligne la majorité, le rideau translucide noir qui prétend isoler l’espace destiné aux actes sexuels ne cache rien; de toute manière, la présence d’un rideau opaque ne créerait qu’un simulacre d’intimité comme nous l’avons déjà dit.

4.2.4 Le caractère commercial des lieux et des actes

Une analyse contextuelle de la nature des lieux et des actes révèle que les activités en cause sont de nature commerciale. L’intimé exploite un bar destiné aux activités sexuelles de groupe. La preuve démontre l’existence de nombreux efforts publicitaires effectués pour solliciter de nouveaux clients. Par ailleurs, la pratique d’actes sexuels dans l’établissement ne devient possible qu’après un échange commercial obligatoire, c’est-à-dire le paiement du droit d’entrée. Tout comme dans l’affaire *Labaye*, il s’agit d’une forme d’achat de faveurs sexuelles puisque tous ceux qui entrent peuvent participer librement à des actes sexuels avec les autres participants. De tels aspects commerciaux associés aux pratiques sexuelles reprochées en l’espèce contribuent, dans ce contexte, au dépassement du seuil de tolérance de la société à l’égard de ces pratiques.

4.2.5 La présence d’un préjudice social

On peut aussi conclure à une certaine forme de préjudice social en l’espèce, préjudice qui résulterait du non-respect des normes minimales de moralité sociale, compte tenu du contexte public et commercial dans lequel surviennent les actes reprochés. Le préjudice résulterait ici du fait que les actes sexuels

case, from the fact that the explicit sexual acts were performed in public in an inappropriate context.

4.3 *Conclusion Regarding Indecency*

Overall, having regard to the factors that lower the Canadian community's tolerance for the impugned sexual acts, we are of the opinion that the practices observed in the respondent's establishment would not be tolerated by the Canadian community because of their public and commercial character. In our view, society does not tolerate people paying to take part in group sexual activities such as were observed in this case in a licensed commercial establishment that provides no degree of privacy and to which the general public has extremely easy access. The acts were consequently indecent. There are appropriate restrictions of time where the performance of sexual acts is concerned, and they do not appear to us to have been observed in the instant case. The respondent's establishment was therefore a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) *Cr. C.*

5. Disposition

We would allow the appeal, set aside the judgment of the majority of the Quebec Court of Appeal and restore the conviction of the respondent.

Appeal dismissed, BASTARACHE and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: City of Montréal.

Solicitors for the respondent: Desrosiers, Turcotte, Massicotte, Vaclair, Montréal.

explicites sont posés en public, dans un contexte inapproprié.

4.3 *Conclusion sur l'indécence*

Dans l'ensemble, en considérant les facteurs qui diminuent la tolérance de la société canadienne à l'égard des actes sexuels reprochés, nous sommes d'avis que les pratiques constatées dans l'établissement de l'intimé ne seraient pas tolérées par la société canadienne étant donné leur caractère public et commercial. À nos yeux, la société ne tolère pas que des gens paient pour prendre part à des activités sexuelles de groupe comme celles constatées en l'espèce et ce, dans un établissement commercial autorisé à vendre de l'alcool qui n'offre aucun degré d'intimité et dont l'accès par le grand public s'avère des plus aisés. Les actes sont par conséquent indécents. Il existe des restrictions de lieu appropriées eu égard à la pratique d'actes sexuels et elles ne nous apparaissent pas respectées en l'espèce. L'établissement de l'intimé est donc une maison de débauche au sens du par. 210(1) *C. cr.*

5. Dispositif

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, de casser le jugement majoritaire de la Cour d'appel du Québec et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

Pourvoi rejeté, les juges BASTARACHE et LEBEL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Ville de Montréal.

Procureurs de l'intimé : Desrosiers, Turcotte, Massicotte, Vaclair, Montréal.