

**Jean-Paul Tremblay, Patricia Tremblay, Peggy Obas Malval, Doris Tremblay, Marleine Jean, Robert Bourdeau, Chantal Girouard, Christiane St-Louis et Brigitte Tremblay** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TREMBLAY

File No.: 22650.

1993: February 23; 1993: September 2.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Indecent act — Bawdy-house — Public place — Nude dancers performing in individual cubicles — Clients permitted to be nude and to masturbate while watching performance — Whether community tolerance standard offended — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 193(1), 529(3), (4).*

*Trial — Procedure — Motion to amend charge — Motion made late in trial — Whether or not serious prejudice to accused.*

The appellants were charged with keeping a bawdy-house for the purpose of the practice of indecent acts contrary to s. 193(1) (now s. 210(1)) of the *Criminal Code*. Nude dancers would perform in individual cubicles for their clients and would assume a variety of suggestive positions. The clients were permitted to remove their clothing and many masturbated during the performance. The management strictly enforced a "no touching" policy and monitored this policy with a peep hole on each room. The peep hole was not used for purposes of voyeurism.

At trial, the Crown's motion to amend the charge by deleting the words "the practice of indecency", and its subsequent motion to include the words "practice of prostitution" were denied because they would cause serious prejudice to the accused. The motions were

**Jean-Paul Tremblay, Patricia Tremblay, Peggy Obas Malval, Doris Tremblay, Marleine Jean, Robert Bourdeau, Chantal Girouard, Christiane St-Louis et Brigitte Tremblay** *Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. TREMBLAY

N° du greffe: 22650.

1993: 23 février; 1993: 2 septembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Acte d'indécence — Maison de débauche — Endroit public — Danseuses nues se produisant en privé — Les clients pouvaient se dévêtir et se masturber pendant la prestation de la danseuse — A-t-on contrevenu à la norme de tolérance de la société? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 193(1), 529(3), (4).*

*Procès — Procédure — Requête tendant à modifier l'acte d'accusation — Requête déposée à un stade avancé du procès — Un préjudice grave a-t-il été causé aux accusés?*

Les appelants ont été accusés d'avoir tenu une maison de débauche à des fins de pratique d'actes d'indécence, en contravention au par. 193(1) (maintenant le par. 210(1)) du *Code criminel*. Des danseuses nues s'y produisaient en privé à l'intention de leurs clients et adoptaient diverses positions suggestives. Les clients pouvaient se dévêtir et bon nombre d'entre eux se masturbaient pendant la prestation de la danseuse. Les propriétaires de l'établissement appliquaient strictement la règle interdisant tout contact physique et s'assuraient que la règle était respectée au moyen d'un judas pratiqué dans chaque chambre. Le judas en question ne servait pas à des fins de voyeurisme.

Au procès, la requête du ministère public tendant à modifier l'acte d'accusation par la suppression des mots «pratique d'actes d'indécence» et la requête subséquente visant à y ajouter les mots «pratique de la prostitution» ont été rejetées parce qu'elles auraient causé un préju-

made late in the trial when virtually all the evidence had been called. The Court of Appeal materially amended the charge and entered a conviction on the basis of the amended charge. The issues before this Court are: (1) whether the Crown should have been permitted to amend the charge substantially, and (2) whether the acts were indecent when viewed in light of the current standard of community tolerance.

*Held* (Gonthier and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ.: Although the courts possess reasonably wide powers of amendment under s. 529(3) (now s. 601(3)) of the *Criminal Code*, persons accused of a crime must know the charge brought against them in order to present a full answer and defence. A court can amend an information or indictment only when the amendment would not result in irreparable prejudice and only if the evidence can support such a charge. Here, to have permitted the amendment so late in the trial would have caused irreparable prejudice to the appellants. It might have been appropriate to allow the proposed amendment much earlier in the trial proceedings provided an adequate adjournment was granted to the appellants to prepare their defence to meet the amended charges. The Court of Appeal's decision to amend the charge materially and enter a conviction on the basis of the amended charge was extraordinary and inappropriate.

The "community standard of tolerance" test for indecency, like the one used in obscenity cases, involves an analysis of the impugned acts involving several considerations. These accepted standards of tolerance, which are contemporary and change with the times, and which reflect the standards of society as a whole, exist and should not be exceeded. The decision as to whether the acts fall below the community standard of tolerance rests with the court. The determination must be made objectively in accordance with the contemporary standards of the Canadian community, and not merely project a judge's own personal ideas of what is tolerable.

The degree of harm — in the sense of predisposing persons to act in an anti-social manner — is a factor that

dice grave aux accusés. Ces requêtes ont été déposées à un stade avancé du procès, après que pratiquement tous les éléments de preuve eurent été présentés. La Cour d'appel a substantiellement modifié l'acte d'accusation et a prononcé une déclaration de culpabilité relativement à l'acte d'accusation modifié. Notre Cour doit trancher les questions suivantes: (1) Le ministère public aurait-il dû être autorisé à modifier substantiellement l'acte d'accusation? (2) Les actes étaient-ils indécents par rapport à la norme de tolérance actuelle de la société?

*Arrêt* (les juges Gonthier et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin: Bien que les tribunaux possèdent des pouvoirs assez étendus de modification en vertu du par. 529(3) (maintenant le par. 601(3)) du *Code criminel*, les personnes accusées d'un crime doivent être informées de l'accusation qui pèse contre elles afin qu'elles puissent présenter une défense pleine et entière. Le tribunal peut modifier la dénonciation ou l'acte d'accusation seulement lorsqu'il n'en résulterait pas un préjudice irréparable et seulement si les éléments de preuve présentés peuvent appuyer l'accusation en cause. En l'espèce, autoriser la modification à un stade si avancé aurait causé un préjudice irréparable aux appelants. Il aurait peut-être été opportun de faire droit à la demande de modification si elle avait été formulée beaucoup plus tôt au cours des procédures, pourvu qu'un ajournement adéquat ait été accordé afin de permettre aux appelants de préparer leur défense en fonction des accusations modifiées. La décision de la Cour d'appel de modifier substantiellement l'acte d'accusation et de prononcer une déclaration de culpabilité à partir de l'acte d'accusation ainsi modifié constitue une mesure exceptionnelle et inopportune.

Le critère de la «norme de tolérance de la société» applicable à l'égard de l'indécence, à l'instar de celui utilisé en matière d'obscénité, requiert l'analyse des actes reprochés en fonction de plusieurs considérations. Ces normes de tolérance admises, qui sont contemporaines et changent avec le temps, et qui tiennent compte des normes de l'ensemble de la société, existent et ne devraient pas être outrepassées. Il appartient à la cour de décider si les actes en cause sont tolérables suivant la norme de la société. Cette détermination doit être faite d'une manière objective suivant les normes contemporaines de la société canadienne, et ne pas refléter simplement la conception personnelle du juge de ce qui est tolérable.

Le degré de préjudice — au sens de predisposer une personne à agir de façon antisociale — est un facteur

the courts can consider in determining the community standard of tolerance. The public harm that might result from the public exposure to the impugned acts is relevant to the determination of whether or not they are indecent.

The circumstances surrounding the act must be taken into account for the community standard of tolerance will vary from place to place and with the composition of the audience. The purpose of the performance and the nature of the warning or notice that is given of the performance may be considered.

The use of expert evidence to assess the community standard of tolerance is advisable. Here, the trial judge, in determining this standard, properly considered the expert opinion of a psychologist and sexologist, a government report studying the problems associated with pornography and prostitution and a police officer who attended at the premises.

No complaints were made about the club's activities, either from neighbours or clients, and this fact too can be considered in deciding whether there was community tolerance for the acts. The community tolerated sexually suggestive acts performed by naked dancers and the acts of both the clients and the dancers came within the range of this tolerance. Both clients and dancers knew exactly what to expect, consented to the activities and could leave at will. Whether the acts of simulated masturbation or masturbation itself are indecent depends on the circumstances. The lack of physical contact, although not determinative, was significant since there was little likelihood of physical harm being caused to either individual. Equally important, the "no contact" rule ensured that the transmission of infectious sexual diseases was prevented and so increased the level of the community tolerance for the acts at issue.

Although the premises here fell within the *Criminal Code's* definition of a public place, common sense indicates that there are great differences between locations which can come within the definition of public places. The performance of an activity in a closed room in a house, where only two consenting adults are present, is far different from carrying out the same activity in a school yard or a public park. The existence of the monitoring peep hole, even if it were to be used for consensual voyeurism, was hardly enough to render the act any more public, in any significant sense, than it was when

dont les tribunaux peuvent tenir compte aux fins de déterminer la norme de tolérance de la société. Le degré de préjudice qui peut résulter de la présentation au public des actes reprochés est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer s'ils sont indécents.

Il faut tenir compte du contexte dans lequel l'acte est accompli car la norme de tolérance de la société variera en fonction du lieu où l'acte se produit et de la composition de l'auditoire. On peut tenir compte du but de la prestation et de la nature de l'avertissement ou de l'avis qui est donné relativement au spectacle.

Il est légitime de recourir au témoignage d'un expert pour déterminer quelle est la norme de tolérance de la société. En l'espèce, pour rendre sa décision concernant cette norme, le juge du procès s'est fondé à bon droit sur le témoignage d'un expert, psychologue et sexologue, sur un rapport du gouvernement concernant les problèmes liés à la pornographie et à la prostitution et sur le témoignage d'un policier qui avait visité les lieux.

Aucun voisin ou client n'a formulé de plaintes concernant les activités du club, et ce fait peut également être pertinent pour déterminer si la société tolère de tels actes. La société tolérât les actes suggestifs à caractère sexuel accomplis par des danseuses nues, et les actes tant des clients que des danseuses étaient tolérés. Les clients et les danseuses savaient exactement à quoi s'attendre, consentaient au déroulement des activités en question et pouvaient quitter les lieux. Pour déterminer si la masturbation ou la masturbation simulée constitue en soi un acte d'indécence, il faut tenir compte des circonstances. L'absence de contact physique, à elle seule non décisive, est importante parce qu'il y avait peu de risque qu'un préjudice corporel soit infligé à l'une ou l'autre des personnes en cause. Fait également important, la règle de «l'absence de contact physique» empêchait également que les personnes ne contractent une maladie transmissible sexuellement, accroissant ainsi le niveau de tolérance de la société à l'égard des gestes en cause.

Même si les actes étaient accomplis dans un endroit public au sens du *Code criminel*, il va sans dire que la définition vise des lieux très différents les uns des autres. Le déroulement d'une activité dans une pièce fermée à l'intérieur d'une maison, où seuls deux adultes consentants sont présents, est fort différent du déroulement de la même activité dans une cour d'école ou un parc public. La présence d'un judas, même s'il avait servi à des fins de voyeurisme consensuel, ne suffit pas à donner un caractère public beaucoup plus grand aux actes que s'ils sont accomplis par les deux personnes se

performed between the two persons apparently alone in the room. The presence of the peep holes would, if anything, indicate that the acts were not viewed as indecent by any of the persons in the room or by the management enforcing their rule against physical contact.

*Per La Forest and Gonthier JJ. (dissenting):* The standard for determining whether or not an act is indecent is what the community as a whole is prepared to tolerate and not what was approved of or seen as tasteful by that community. This single standard of tolerance does not vary with the actual audience and is constant, regardless of the time, place or manner of the representation at issue inasmuch as those factors serve to define the audience. The standard is responsive to the various harms which may be caused by obscene activity or depictions. The combination of a given content and a representation together constitute the particular essence of obscenity.

This case did not concern pornographic material but rather a live performance of sexual activity, by both the client and the dancer, in a public place. The acts in issue were not in substance the same as other acts found to be tolerated by the trial judge.

The way in which a representation occurs can contribute to harmfulness or a lack of tolerance by the community. The community was concerned about the activities occurring in the Club and any tolerance that neighbours may have been shown to have had towards the Club did not account for the activity of the client.

The place where the acts occurred was public, i.e., a place to which the public has access, either as of right, or by express or implied invitation. The relative privacy of an activity, while relevant, is but one of many factors to be considered. The division of what is private from what is public rests only in part on the number of persons who may witness the activities in question. It also rests upon the special set of expectations which the public rightly holds with regard to what activity will occur only in private, and what may occur in public. These expectations are not limited to those which may be justified on the basis that there should be no direct exposure of persons, against their will, to the activities in question. They extend to the expectations which the public rightly has in relation to the sphere which is shared by each and every person. While exposure of persons is one of those harms, there are many others which are undoubtedly important — exploitation, degradation, the

trouvant supposément seules dans la pièce. L'existence d'un judas indiquerait, en somme, que les actes n'étaient pas jugés indécents par les personnes qui les accomplissaient dans la pièce, non plus que par la direction, qui s'assurait du respect de la règle interdisant tout contact physique.

*Les juges La Forest et Gonthier (dissidents):* Le critère en vertu duquel la nature indécente d'un acte doit être déterminée est celui du niveau de tolérance de l'ensemble de la société et non celui de ce qu'elle est disposée à approuver ou à considérer de bon goût. Cette norme unique de tolérance ne varie pas selon l'auditoire et demeure constante indépendamment de l'époque, de l'endroit ou du mode de représentation en question, dans la mesure où l'on s'y réfère pour identifier l'auditoire. La norme tient compte des divers préjugés que l'activité obscène ou ses représentations peuvent causer. C'est dans la conjonction d'un contenu donné et de sa représentation que réside l'essence même de l'obscénité.

En l'espèce, il ne s'agit pas de matériel pornographique, mais plutôt du spectacle vivant d'une activité sexuelle, à la fois par le client et la danseuse, dans un endroit public. Les actes accomplis étaient essentiellement différents d'autres actes jugés tolérables par le juge du procès.

Le mode de représentation peut contribuer au caractère préjudiciable ou au manque de tolérance de la société. Les activités du club suscitaient une certaine préoccupation dans la collectivité, et toute tolérance que les voisins ont pu démontrer à l'égard du club ne concernait pas l'activité du client.

Les actes étaient accomplis dans un endroit public, c'est-à-dire un lieu auquel le public a accès, de droit ou sur invitation, expresse ou implicite. La relative intimité d'une activité, bien que pertinente, n'est qu'un des nombreux facteurs à considérer. La distinction entre la nature privée et la nature publique d'un geste ne repose qu'en partie sur le nombre de personnes qui peuvent être témoins des activités en question. Elle repose également sur les attentes particulières et légitimes du public quant aux activités qui se produiront en privé seulement, et celles qui peuvent se produire en public. Ces attentes ne se limitent pas à celles qui peuvent être justifiées pour le motif que des personnes ne devraient pas être témoins des activités en question contre leur gré. Elles s'étendent également aux attentes légitimes du public à l'égard de la sphère que tous partagent. Si l'étalage d'activités aux regards des gens constitue l'un de ces préjugés, il en existe de nombreux autres, certainement importants, qui

undue commercialization of certain activities, and the dangers these harms entail.

There was no evidence to support the conclusion that masturbation in a public place meets the standard of community tolerance. The normality of an act in private cannot be directly relied upon in establishing the tolerance of that act in public when, as here, the act is in part defined by its public character. The very qualities of an act which make it normal in private may not make it normal in public, or tolerated.

The evidence of the expert witness and the reliance placed on the Fraser Committee were misplaced for, although they did consider aspects peripheral to the issue of society's tolerance of masturbation in public, they did not consider that issue itself. The activity here was not the same as that which occurred in other establishments and which was tolerated.

The defence of lack of *mens rea* was not available. The appellants, although they did not intend to break the law, did intend to do what they did and to operate the club as they did, and so cannot avail themselves of this defence. The defence of officially induced error, too, was not available even though appellants were given reason by official sources to believe they were not breaking the law. A clear connection must exist between the inducement relied upon and the activity of the defendants. The licence (as an establishment for private erotic conversation), which is the most convincing form of inducement, was for activities greatly different from the activities actually occurring at the premises. The defence, moreover, does not operate to prevent the courts from determining what activity is indecent. The application of the defence is usually limited to regulatory offences where the reliance placed on the inducement is more reasonable.

### Cases Cited

By Cory J.

**Applied:** *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; **considered:** *R. v. Traynor*, [1987] O.J. No. 1943 (Q.L.); *R. v. Pelletier* (1985), 27 C.C.C. (3d) 77, [1986] R.J.Q. 595; *R. v. St. Pierre* (1974), 3 O.R. (2d) 642; **referred to:** *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157; *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635;

comprennent l'exploitation, la dégradation, la commercialisation excessive de certaines activités et les dangers qu'elles entraînent.

Aucune preuve ne permet de conclure que la masturbation dans un endroit public respecte la norme de tolérance de la société. On ne peut se fonder directement sur la normalité d'un acte accompli en privé pour établir le degré de tolérance dont cet acte sera l'objet s'il est accompli en public lorsque, comme en l'espèce, l'acte en question est en partie défini par sa nature publique. Les qualités mêmes d'un acte qui en font un acte normal en privé n'en font pas nécessairement un acte normal en public ou toléré en public.

Le témoignage de l'expert et l'importance accordée aux constatations du Comité Fraser sont déplacés car, bien qu'ils aient examiné des aspects connexes à la question de la tolérance de la société à l'égard de la masturbation en public, ils n'ont pas traité de cette question en soi. On ne peut considérer l'activité en question comme essentiellement semblable à celle qui prenait place dans d'autres établissements et était tolérée.

La défense d'absence de *mens rea* ne peut être invoquée. Bien qu'ils n'aient pas eu l'intention d'enfreindre la loi, les appelants avaient l'intention d'accomplir les actes en question et d'exploiter le club comme ils le faisaient, et ne peuvent avoir recours à cette défense. La défense d'erreur provoquée par les autorités ne peut pas non plus être avancée même si les appelants avaient été amenés par des sources officielles à croire qu'ils n'étaient pas en infraction. Un lien évident doit exister entre l'incitation invoquée et l'activité des défendeurs. La plus convaincante forme d'incitation invoquée en l'espèce, un permis délivré aux appelants (pour un établissement de conversations érotiques privées), couvrirait des activités très différentes de celles qui ont finalement pris place à l'endroit en cause. En outre, cette défense n'a pas pour effet d'empêcher les tribunaux de décider du caractère indécent d'une activité. L'application de la défense est généralement restreinte aux infractions de nature réglementaire, où la foi prêtée à l'incitation est plus raisonnable.

### Jurisprudence

i Citée par le juge Cory

**Arrêt appliqué:** *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; **arrêts examinés:** *R. c. Traynor*, [1987] O.J. No. 1943 (Q.L.); *Pelletier c. La Reine*, [1986] R.J.Q. 595; *R. c. St. Pierre* (1974), 3 O.R. (2d) 642; **arrêts mentionnés:** *Patterson c. The Queen*, [1968] R.C.S. 157; *R. c. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635;

*R. v. Webb*, [1963] 3 W.L.R. 638; *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270; *Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097; *R. v. Geavreau* (1979), 51 C.C.C. (2d) 75; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Giambalvo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 324; *R. v. Kleppe* (1977), 35 C.C.C. (2d) 168; *R. v. Sequin*, [1969] 2 C.C.C. 150; *R. v. Belanger* (1980), 5 W.C.B. 446; *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109.

By Gonthier J. (dissenting)

*R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109; *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270; *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 193(1), 529(3) [am. S.C. 1985, c. 19, s. 123], (4), (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 210(1), 601(3), (4)).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 150, 163, 197.

#### Authors Cited

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution*. (Fraser Committee Report). Ottawa: 1985.

Roth, Philip. *Portnoy's Complaint*. London: Cape, 1969.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 2766, 41 Q.A.C. 241, 68 C.C.C. (3d) 439, allowing an appeal from acquittal by Fontaine M.C.J., [1989] R.J.Q. 217. Appeal allowed, La Forest and Gonthier JJ. dissenting.

*Robert La Haye and Josée Ferrari*, for the appellants.

*Germain Tremblay*, for the respondent.

*R. c. Webb*, [1963] 3 W.L.R. 638; *R. c. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270; *Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097; *R. c. Geavreau* (1979), 51 C.C.C. (2d) 75; *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. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Giambalvo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 324; *R. c. Kleppe* (1977), 35 C.C.C. (2d) 168; *R. c. S equin*, [1969] 2 C.C.C. 150; *R. c. Belanger* (1980), 5 W.C.B. 446; *R. c. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

*R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109; *R. c. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270; *R. c. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 193(1), 529(3) [mod. S.C. 1985, ch. 19, art. 123], (4), (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 210(1), 601(3), (4)).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 150, 163, 197.

#### Doctrine citée

Canada. Comité spécial sur la pornographie et la prostitution. *Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et la prostitution* (Rapport Fraser). Ottawa: 1985.

Roth, Philip. *Portnoy et son complexe*, Paris: Gallimard, 1973.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 2766, 41 Q.A.C. 241, 68 C.C.C. (3d) 439, qui a accueilli l'appel interjeté contre un acquittement prononcé par le juge Fontaine de la Cour municipale, [1989] R.J.Q. 217. Pourvoi accueilli, les juges La Forest et Gonthier sont dissidents.

*Robert La Haye et Josée Ferrari*, pour les appelants.

*Germain Tremblay*, pour l'intimée.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of Justice Cory. As he states, the two issues in this appeal are whether the Court of Appeal erred in setting aside the decision of the trial judge refusing to permit the Crown to amend the charge substantially, and second, whether the acts in question satisfy the community standard of tolerance, and are therefore not indecent. I am in agreement with Cory J. in relation to the first issue, and I am also in agreement with the review of the facts which he presents as they relate to the activities of the appellants. However, there are a number of additional facts relevant in particular to the standard of community tolerance which will be referred to, as required, in the course of these reasons. I respectfully disagree with him on the second issue and would dismiss the appeal confirming in the result the decision of the Court of Appeal.

#### The Standard of Community Tolerance as Applied to this Case

The test by which the indecency of an act is to be determined for the purposes of the charge in this case is rightly identified by Cory J. as the standard set by what the community is prepared to tolerate. That test was recently affirmed in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, where the relevant standard was confirmed to be that which the community as a whole, and not a mere segment of it, was prepared to tolerate, and not what was approved of or seen as tasteful by that community (at p. 476). This single standard of tolerance does not vary with the actual audience and is constant, regardless of the time, place or manner of the representation at issue inasmuch as they serve to define the audience. The standard is responsive to the various harms which may be caused by obscene activity or depictions. As I had occasion to note in that case, at p. 512, it is the combination of a given content and a representation which together constitute the particular essence of obscenity and, as I stated at pp. 517-18:

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Cory. Comme il l'indique, le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant la décision du juge du procès de ne pas autoriser le ministère public à modifier substantiellement l'acte d'accusation? Deuxièmement, les actes incriminés respectent-ils la norme de tolérance de la société, de sorte qu'ils ne peuvent être qualifiés d'indécents? Je souscris à l'opinion du juge Cory quant à la première question, de même qu'à sa revue des faits liés aux activités des appelants. Il existe toutefois un certain nombre d'autres faits pertinents, en particulier relativement à la norme de tolérance de la société, que j'exposerai. Avec égards, je ne partage pas son opinion sur la deuxième question et je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel.

#### L'application de la norme de tolérance de la société en l'espèce

Le juge Cory indique avec raison que le critère en vertu duquel la nature indécente d'un acte doit être déterminée aux fins de l'accusation portée en l'espèce est celui du niveau de tolérance de la société. Ce critère a été récemment confirmé dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à l'effet que la norme applicable est celle de ce que l'ensemble de la société, et non une partie seulement de celle-ci, est disposée à tolérer, et non celle de ce qu'elle approuve ou considère de bon goût (à la p. 476). Cette norme unique de tolérance ne varie pas selon l'auditoire et demeure constante indépendamment de l'époque, de l'endroit ou du mode de représentation en question, dans la mesure où l'on s'y réfère pour identifier l'auditoire. La norme tient compte des divers préjudices que l'activité obscène ou ses représentations peuvent causer. J'ai indiqué à la p. 513 de l'arrêt précité que c'est dans la conjonction d'un contenu donné et de sa représentation que réside l'essence même de l'obscénité et, à la p. 518, j'ai précisé:

A host of factors could intervene in the manner of representation to affect the characterization of the material, among which are the medium, the type or the use.

The medium provides a good example. . . .

. . . the likelihood of harm, and the tolerance of the community, may vary according to the medium of representation, even if the content stays the same.

While that case concerned s. 163 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and various depictions of sexual activity, and this case concerns activity under s. 210 of the *Code* (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 193) rather than a depiction, there is a representation of sexual activity in both instances: the dancer in this case performed in a place to which the public had access, to an audience, albeit of one, who was a member of the public, and the dance was intended for and addressed to a member of the public against remuneration. As a live representation, the impact of the dance is considerably stronger than that of a statue, painting, picture or even movie.

This case, then, does not concern pornographic material, but rather a live performance of sexual activity, by both the client and the dancer, in a public place.

In identifying the acts in question, Cory J. concludes that the performance in question was similar to dancing performances which were tolerated by the police. He refers to the fact that unlike most performances which occur in strip bars, in this case, clients did undress and masturbate when they were in the room viewing the performance of the dancer. He states at p. 957:

Several witnesses testified that the only difference between the performance by the dancers in the Pussy Cat and that of dancers performing in the strip bars was that the client was permitted to take off his clothes and masturbate. The actions and movements of the nude dancers performing in bars were not subject to any police action.

Toute une série de facteurs pourraient intervenir dans le mode de représentation et influencer sur la caractérisation du matériel, mentionnons notamment le moyen d'expression, le type de représentation ou l'utilisation qu'on en fait.

Le moyen d'expression offre un bon exemple. . . .

. . . la probabilité de préjudice et la tolérance de la société [peuvent] varier en fonction du moyen d'expression, même si le contenu demeure le même.

Bien que cet arrêt concerne l'art. 163 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et diverses représentations de l'activité sexuelle et qu'en l'espèce il s'agisse d'une activité visée à l'art. 210 du *Code* (anciennement S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 193) plutôt que d'une représentation, il y a néanmoins, dans les deux cas, une représentation d'une activité sexuelle: en l'espèce, la danseuse se produisait dans un endroit auquel le public avait accès, à l'intention d'un auditoire, même s'il s'agit d'une seule personne, qui était un membre du public, et la danse était exécutée à l'intention de cette personne contre rémunération. Comme il s'agit d'un spectacle vivant, son effet est nettement plus marqué que celui d'une statue, d'un tableau, d'une photo ou même d'un film.

En l'espèce donc, il ne s'agit pas de matériel pornographique, mais plutôt du spectacle vivant d'une activité sexuelle, à la fois par le client et la danseuse, dans un endroit public.

En définissant les actes incriminés, le juge Cory conclut que la prestation en question s'apparente à des danses tolérées par la police. Il rappelle que, contrairement à la plupart des prestations exécutées dans les clubs de danseuses nues, en l'espèce, les clients se dévêtaient et se masturbaient en regardant le spectacle de la danseuse dans la chambre. Il dit à la p. 957:

Plusieurs témoins ont déposé que la seule différence entre le spectacle des danseuses du Pussy Cat et celui présenté dans les clubs de danseuses nues était que, dans le premier cas, le client pouvait se dévêtir et se masturber. Or, les gestes et les mouvements des danseuses nues qui se produisent dans les clubs ne suscitent aucune intervention policière.



However, in my view the acts which occurred at the Pussy Cat Club were not in substance the same as those which, according to the evidence, occurred elsewhere and were found to be tolerated by the trial judge. This is clear when the three salient features of the performance, namely its live nature, the public locale and the activity of the client are considered. This is so even when the activity of the dancer as a live performance is considered by itself. Johanne Totunov, who was sworn as a witness for the Crown, had approximately seven years experience as a nude dancer in Montreal, and had worked at the Pussy Cat Club as a dancer. She testified that she had never seen a dancer use a vibrator in the course of a nude dance in a club. This was common practice in the Pussy Cat Club, and it is a noteworthy aspect of the performance. It changes the quality of the activity of the dancer as perceived by the client from a dance performance having an erotic quality into something more in the nature of a demonstration of sexual activity. The performance was not merely evocative of sexual imagery and sexuality, but was a performance of a sexual act. Because a vibrator is used for actual stimulation, the activity from the point of view of the dancer is actual masturbation, as opposed to a mere simulation of being in a state of arousal or stimulation. On the basis of the substance of the performance of the dancer alone, the activity in question is clearly distinguished from what was done, and found to be tolerated, elsewhere.

The evidence of Constables Rochon and Cormier does not support the conclusion that the acts of the dancers in the Pussy Cat Club were sufficiently similar in nature to the acts of dancers performed and tolerated elsewhere so as to meet the standard of community tolerance. Constable Rochon states that the acts he saw in the Pussy Cat Club were not the same as those which he had seen occur elsewhere, and his statement is uncontradicted. This opinion concerned the nature of the acts, when seen as a whole. There is no evidence that he had seen dancers use vibrators for acts of masturbation, nor did he state that other dancing performances included all the aspects of the performance at the Pussy Cat Club. His evidence on

À mon avis toutefois, les actes accomplis au Pussy Cat étaient essentiellement différents de ceux qui, selon la preuve, étaient accomplis ailleurs et jugés tolérables par le juge du procès. C'est évident lorsqu'on considère les trois caractéristiques principales de la prestation en cause, soit le spectacle vivant, l'endroit public et l'activité du client. Il en est ainsi même lorsqu'on considère seulement l'activité de la danseuse comme spectacle. Johanne Totunov, assermentée comme témoin à charge, a sept ans d'expérience environ comme danseuse nue à Montréal et a travaillé au Pussy Cat comme danseuse. Elle a déposé qu'elle n'avait jamais vu une danseuse utiliser un vibreur au cours d'une danse nue dans un club. Or, il s'agissait d'une pratique courante au Pussy Cat, et d'un aspect important du spectacle qui modifie la nature de l'activité de la danseuse, telle que perçue par le client, d'une danse au caractère érotique en un acte qui se rapproche plus de la démonstration d'une activité sexuelle. Le spectacle ne suggérait pas seulement une image sexuelle et une sexualité, mais il consistait en un acte sexuel. Parce qu'un vibreur est utilisé aux fins de la stimulation, il s'agit en fait de masturbation, du point de vue de la danseuse, plutôt que de la simple simulation d'un état d'excitation ou de stimulation. Compte tenu même seulement de la nature de la représentation donnée par la danseuse, l'activité en question se distingue nettement de celles qui sont exécutées et tolérées ailleurs.

Les témoignages des agents Rochon et Cormier ne permettent pas de conclure que les gestes des danseuses au Pussy Cat étaient suffisamment semblables en nature aux gestes des danseuses exécutés et tolérés ailleurs pour respecter la norme de tolérance de la société. L'agent Rochon, qui n'a pas été contredit à cet égard, a indiqué que les actes qu'il a observés au Pussy Cat différaient de ceux qu'il avait vus ailleurs. Son opinion porte sur la nature des actes, considérés dans l'ensemble. Aucune preuve ne démontre qu'il a vu des danseuses utiliser des vibreurs pour se masturber, et il n'a pas déclaré que d'autres danses réunissaient tous les éléments de la représentation donnée au Pussy Cat. Le fait qu'il ait témoigné en contre-

cross-examination that a number of the parts of the performance at the Pussy Cat Club were equivalent to acts which formed a part of performances he had seen elsewhere, does not detract from his overall assessment.

Constable Cormier gave evidence based on approximately one hundred visits to nude dance clubs which he had made during five and a half years of service with the drug and morals division. His testimony was that, when seen as a whole, the dancing at the Pussy Cat Club was not like that which he had seen elsewhere. In particular, he testified that he had never seen dancers touching their genitals in the way they did at the Pussy Cat. He stated that if he had seen such activity, he would have intervened to do what was "necessary", meaning at a minimum, to issue a warning. This evidence confirms that even the activity of the dancer, considered alone, was not similar to the performances of dancers which were found to occur and be tolerated elsewhere.

In *R. v. Butler, supra*, at p. 517, I had occasion to note that the way in which a representation occurs can contribute to harmfulness or a lack of tolerance by the community. This case does not concern the depiction of acts of masturbation, or a movie of a dancer, for example, but those activities themselves. The client was not a passive observer of a spectacle. It makes the activities in question less an erotic portrayal, and more like a sexual encounter. The importance of such a distinction, and how it bears on the tolerance that persons may have towards the acts in question, is illustrated by the testimony of Dr. Campbell. The only direct evidence which Dr. Campbell gives regarding tolerance relates to that of persons in the neighbourhood of the Club towards the acts that occurred there. It suggests that their tolerance is based upon, and indeed limited to, the performance of acts where the client would be a mere passive observer:

[TRANSLATION] Once he knew what was happening, they appeared to me—"Well, okay, that's what's going on!"—they wondered—it was not clear in their minds whether this was prostitution with sexual intercourse,

interrogatoire que certaines parties des représentations données au Pussy Cat étaient identiques à des actes faisant partie de spectacles qu'il avait vus ailleurs, ne change en rien son évaluation globale.

L'agent Cormier a fondé son témoignage sur approximativement cent visites effectuées dans des clubs de danseuses nues au cours des cinq années et demie passées au sein de l'unité des drogues et de la moralité. Il a témoigné que, dans l'ensemble, la danse exécutée au Pussy Cat ne s'apparentait pas à ce qu'il avait vu ailleurs. En particulier, il a déposé qu'il n'avait jamais vu les danseuses toucher leurs organes génitaux comme elles le faisaient au Pussy Cat. Il a indiqué que, s'il avait vu une telle activité, il serait intervenu et aurait fait le «nécessaire», c'est-à-dire aurait au moins donné un avertissement. Son témoignage confirme que même l'activité de la danseuse considérée seule n'était pas semblable aux représentations données ailleurs par des danseuses et qui y étaient tolérées.

Dans l'arrêt *R. c. Butler*, précité, à la p. 517, j'ai eu l'occasion de signaler que le mode de représentation peut contribuer au caractère préjudiciable ou au manque de tolérance de la société. L'espèce ne vise pas la représentation d'actes de masturbation ou un film représentant une danseuse, par exemple, mais ces activités elles-mêmes. Le client n'était pas un témoin passif d'un spectacle. Les activités en question consistent donc moins en un portrait érotique qu'en une rencontre sexuelle. L'importance d'une telle distinction, et ses conséquences sur le degré de tolérance que la société peut avoir envers les actes en question, est illustrée par le témoignage de M. Campbell. La seule preuve directe que M. Campbell donne relativement à la tolérance porte sur celle des personnes dans les environs du Club à l'égard des actes qui y prennent place. Il laisse entendre que leur tolérance est fondée sur, et en fait limitée à, la prestation d'actes dans le cadre de laquelle le client ne serait qu'un simple témoin passif:

Une fois qu'il savait ce qui se passait, ils m'ont paru: «Bon, okay, c'est ça qui se passe!», eux se demandaient, ce n'était pas clair dans leur tête si c'était de la prostitution avec relation sexuelle coïtale, ce n'était pas clair

that was not clear to them; they said to me, "So exactly what is it?", and I explained, "Well, as I understand it, they watch", and when I explained that they said "Yes, okay, now we understand, that's all right". Those were the only persons I contacted; there is my wife . . .

pour eux ça, ils me disaient: «Bien c'est quoi au juste?», ça fait que là j'ai expliqué: «Bien d'après ce que moi j'en comprends, c'est regarder», et là quand j'ai expliqué ça ils m'ont fait comme: «Oui, okay, là on voit, ça va». Ça c'est les seules personnes avec qui j'ai été en contact, il y a mon épouse . . .

This evidence suggests that there was some basis for the conclusion that the community was concerned about the activities occurring in the Club, but also that any tolerance that neighbours may have been shown to have had towards the Club did not account for the activity of the client.

On pourrait déduire du témoignage en question que les activités du Club suscitaient une certaine préoccupation dans la collectivité, mais également que toute tolérance que les voisins auraient pu démontrer à l'égard du Club ne concernait pas l'activité du client.

The second aspect is the public character of the place in which the acts took place. The definition of a public place which is adopted in s. 197 of the *Criminal Code*, but also in s. 150 in relation to other offences, is very wide indeed. It includes all places to which the public have access, either as of right, or by express or implied invitation. It is true, as pointed out by Cory J., that there is a spectrum of situations or locales, some of which are more open and crowded than others. It is also true that this fact is relevant to the characterization of the acts in question, and that acts which occur in one sort of public place may be tolerated while those which occur in another may not be.

Le second aspect de l'acte incriminé vise la nature publique de l'endroit où il était accompli. La définition d'endroit public, adoptée à l'art. 197 du *Code criminel*, et à l'art. 150 en relation avec d'autres infractions, est effectivement très large. Elle vise tout lieu auquel le public a accès, de droit ou sur invitation, expresse ou implicite. Certes, comme le souligne le juge Cory, il existe un éventail de situations ou d'endroits, certains étant plus ouverts et fréquentés que d'autres. Il est tout aussi vrai que ce fait est pertinent quant à la qualification des actes incriminés, et que les actes accomplis dans un endroit public peuvent être tolérés alors que ceux qui sont accomplis dans un autre endroit public peuvent ne pas l'être.

However, this does not mean that acts done in a public place that is less exposed than a school yard or a public park are equivalent to acts which are done in privacy. Cory J. correctly notes that the dancer would be the only one who would be exposed to the masturbation of the client, and that she was a consenting adult. On this basis, it is concluded that the acts were "relatively private". Although the relative privacy of an activity is relevant, as it may bear on the expectations of persons, for example, it is but one of many factors which must be considered. The division of what is private from what is public rests only in part on the number of persons who may witness the activities in question. It also rests upon the special set of expectations which the public rightly holds with regard to what activity will occur only in private, and what may occur in public. These expectations are not limited to those which may be justified on the

Toutefois, cela ne signifie pas que les actes accomplis dans un endroit public moins exposé aux regards qu'une cour d'école ou un parc public sont des actes exécutés en privé. Le juge Cory remarque à juste titre que la danseuse, une adulte consentante, serait la seule à être témoin de la masturbation du client. Pour cette raison, on conclut que les actes étaient accomplis dans une «relative intimité». Bien que la relative intimité d'une activité soit pertinente, puisqu'elle peut avoir des conséquences sur les attentes des gens, par exemple, elle n'est qu'un des nombreux facteurs à considérer. La distinction entre la nature privée et la nature publique d'un geste ne repose qu'en partie sur le nombre de personnes qui peuvent être témoins des activités en question. Elle repose également sur les attentes particulières et légitimes du public quant aux activités qui se produiront en privé seulement, et celles qui peuvent se produire en public. Ces

basis that there should be no direct exposure of persons, against their will, to the activities in question. They extend to the expectations which the public rightly has in relation to the sphere which is shared by each and every person. The public sphere is specially attended to by the law in general, and the *Criminal Code* in particular, because it is into that sphere that persons enter to earn a living, to conduct business, and to enjoy community life. As such, there are certain harms which occur only in the public realm and which are properly given particular attention as such. 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.

The law regulates the activity occurring in the public sphere for these and many other reasons. One has to look no further than the structure of the law governing the activities associated with prostitution to gain an appreciation for the many varied interests of peace, security, and public order which are secured by the legal regime governing activity permitted in public. The *Criminal Code* makes special reference to the common bawdy-house because the activity occurring in those houses may well not be tolerated, regardless of the potential for direct exposure of the general public to the activity: a bawdy-house is "relatively private", but it is nonetheless singled out for special attention by the *Criminal Code*.

It is not necessary for the purposes of this appeal to address all the policy considerations which support the wide definition of what is a public place in the meaning which has been adopted in the *Code*. If the removal of the activity occurring in a common bawdy-house from the sight of the general public had of itself a great significance, there would be little need for s. 210 of the *Criminal Code*.

The third aspect of the activity which occurred at the Pussy Cat Club and which must be noted is

attentes ne se limitent pas à celles qui peuvent être justifiées pour le motif que des personnes ne devraient pas être témoins des activités en question contre leur gré. Elles s'étendent également aux attentes légitimes du public à l'égard de la sphère que tous partagent. Le droit en général et le *Code criminel* en particulier veillent expressément à la sphère publique puisque c'est là que les personnes gagnent leur vie, vaquent à leurs affaires et jouissent de la vie communautaire. Comme tel, certains préjudices se produisent seulement dans la sphère publique, et méritent de ce fait une attention particulière. 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.

C'est pour ces raisons et bien d'autres que le droit régit les activités qui se produisent dans la sphère publique. Il suffit de considérer la structure du droit gouvernant les activités liées à la prostitution pour apprécier les divers intérêts dans la paix, la sécurité et l'ordre public qui sont protégés par le régime juridique qui régit les activités permises en public. Le *Code criminel* mentionne expressément les maisons de débauche parce que l'activité qui y prend place peut fort bien ne pas être tolérée, indépendamment de la possibilité que le public en général soit directement exposé à l'activité: une maison de débauche offre une «relative intimité» et pourtant le *Code criminel* la différencie en lui prêtant une attention particulière.

Il n'est pas nécessaire aux fins du présent pourvoi de traiter de toutes les considérations de principe qui justifient une définition large de ce qui constitue un endroit public au sens du *Code*. Si le fait de retirer de la vue du grand public l'activité qui prend place dans une maison de débauche revêtait en lui-même une grande importance, l'art. 210 du *Code criminel* ne serait guère utile.

Le troisième aspect de l'activité qui prenait place au Pussy Cat et qu'il faut prendre en consi-

the activity of the client. There is no evidence which supports the conclusion that masturbation in a public place meets the standard of community tolerance. Reference was made by the trial judge to the evidence of Dr. Campbell, an expert witness, and the contents of the Fraser Committee. I have had occasion to note above that the evidence of Dr. Campbell which bears directly on the question of tolerance does not support the conclusion that acts of masturbation in public are tolerated, and indeed suggests the opposite. Further, the relevance of expert testimony with regard to the understanding of the community standard of tolerance is limited. This was recognized in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, at p. 515. Two aspects of that decision are relevant here. First, the opinion of experts is always subject to evaluation by the courts. Second, and more importantly, the kind of expert testimony which was at issue in that case was testimony by the Chairman of the Censor Board that a film called *Dracula Sucks*, the content of which gave rise to the litigation, did not fall below the contemporary community standard of tolerance. The evidence there bore directly on the matter before the Court. The evidence given by Dr. Campbell, who is concerned with human sexual behaviour and treatment of sexual problems, is very different. It relates essentially to the normality of the activity of masturbation which he considered was engaged in by a large portion of the population, but undoubtedly in a private place. While this testimony may bear on how persons may view private acts of masturbation, it is not relevant in the manner accepted at trial. Testimony that an activity is not a perversion may be directly relevant to excluding that activity from the category of those acts which would be indecent wherever they occurred. But such a narrow and straightforward inquiry is not what is at issue here. The normality of an act in private cannot be directly relied upon in establishing the tolerance of that act in public when, as here, the act is in part defined by its public character. All the circumstances of the act must be considered, and the act in all its features must be examined. There is no doubt that the very qualities of an act which make it normal in private may not make it normal in public. The normality of an activity undertaken

dération est l'activité du client. Aucune preuve ne permet de conclure que la masturbation dans un endroit public respecte la norme de tolérance de la société. Le juge du procès a mentionné le témoignage de M. Campbell, un témoin expert, et les constatations du Comité Fraser. J'ai souligné plus haut que la partie du témoignage de M. Campbell qui concerne directement la question de la tolérance ne permet pas de conclure que la masturbation en public est tolérée, et qu'elle semble en fait indiquer le contraire. En outre, la pertinence d'un témoignage d'expert relativement à la définition de la norme de tolérance de la société est limitée. C'est ce qu'on a reconnu dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, à la p. 515, dont deux aspects sont pertinents en l'espèce. Premièrement, l'opinion des experts est toujours sujette à une évaluation par les tribunaux. Deuxièmement, distinction encore plus importante, le témoignage d'expert en cause dans cette affaire, était la déposition du président de la Commission de censure selon laquelle le film *Dracula Sucks*, dont le contenu faisait l'objet du litige, n'outrepassait pas la norme contemporaine de tolérance de la société. Le témoignage portait directement sur la question soumise à la Cour. Or, en l'espèce, le témoignage de M. Campbell, qui porte sur les comportements sexuels chez l'être humain et le traitement de problèmes sexuels, est très différent. Il porte essentiellement sur la normalité de la masturbation qui, selon lui, est pratiquée par une grande partie de la population, bien que certainement dans un endroit privé. Si ce témoignage porte sur l'opinion des gens quant aux actes privés de masturbation, il n'est pas pertinent au sens où il a été accepté au procès. Il se peut que le témoignage qu'une activité n'est pas perverse soit directement pertinent pour l'exclure de la catégorie des actes qui seraient indécents indépendamment de l'endroit où ils se produisent. Mais il ne s'agit pas en l'espèce d'une analyse aussi restreinte et simple. On ne peut se fonder directement sur la normalité d'un acte accompli en privé pour établir le degré de tolérance dont cet acte sera l'objet s'il est accompli en public lorsque, comme en l'espèce, l'acte en question est en partie défini par sa nature publique. On doit en considérer toutes les circonstances et en examiner tous les aspects. Il n'y a

in private does not demonstrate that the same activity would be tolerated in public.

The evidence of Dr. Campbell is that masturbation *per se* is tolerated, and the only reference to the specific acts which occurred at the Pussy Cat Club concerns the toleration which persons would have of clients watching the dancers. Equally, his testimony that there would be a tendency for tolerance of the acts in question because of the public health risks which attend prostitution does not amount to an affirmation that masturbation in a public place is tolerated by the public.

For similar reasons, I am also of the view that the reliance placed by the trial judge on the contents of the Fraser Committee is misplaced. A general review of the nature of the sexual activity in its many facets with reference to various social problems associated with these activities is not the same as a review of the societal tolerance of acts of masturbation in public. The Fraser report does not address the latter issue.

Not only is there an absence of evidence supporting the conclusion that masturbation in a public place is tolerated, the relevant evidence in this case is to the contrary. On the basis that the client was in a state of undress, Ms. Totunov described the activity at the Pussy Cat Club as being not comparable to what was done in strip clubs because it was more "osé" or risqué. This testimony, particularly when viewed in light of the fact that not only did the clients undress but they also masturbated while in a state of undress, strongly supports the conclusion reached by both Constables that when the acts are seen as a whole, they are not similar in character to those acts apparently performed and tolerated in strip clubs.

As a result, when all the evidence is considered, there is no basis upon which the activity in question can be viewed as essentially the same as that which occurred in other establishments.

aucun doute que les qualités mêmes d'un acte qui en font un acte normal en privé n'en font pas nécessairement un acte normal en public. La normalité d'une activité exercée en privé n'établit pas que la même activité sera tolérée en public.

Selon le témoignage de M. Campbell, la masturbation en soi est tolérée, et la seule mention des actes précis accomplis au Pussy Cat concerne le degré de tolérance que les gens auraient à l'égard des clients qui regardent les danseuses. De même, son témoignage, suivant lequel on tendrait à tolérer les actes en question en raison des risques que constitue la prostitution pour la santé publique, ne revient pas à affirmer que la masturbation dans un endroit public est tolérée par le public.

Pour les mêmes raisons, je suis également d'avis que l'importance accordée par le juge du procès aux constatations du Comité Fraser est déplacée. Un examen général de la nature de l'activité sexuelle dans ses nombreuses facettes en fonction des différents problèmes sociaux liés à ces activités diffère d'un examen de la tolérance de la société à l'égard de la masturbation en public. Le rapport Fraser ne traite pas de cette dernière question.

Non seulement n'y a-t-il aucune preuve permettant de conclure que la masturbation dans un endroit public est tolérée, mais la preuve pertinente en l'espèce indique le contraire. Mme Totunov a indiqué que, puisque le client était dévêtu, l'activité observée au Pussy Cat ne se comparait pas à ce qui se faisait dans les clubs de danseuses nues parce que c'était plus osé. Ce témoignage, compte tenu surtout du fait que non seulement les clients se déshabillaient, mais ils se masturbaient lorsqu'ils étaient dévêtus, appuie fortement la conclusion tirée par les deux agents que, considérés dans l'ensemble, les actes ne sont pas de nature semblable aux actes apparemment exécutés et tolérés dans les clubs de danseuses nues.

En définitive, compte tenu de l'ensemble de la preuve, on ne peut considérer l'activité en question comme essentiellement semblable à celle qui prend place dans d'autres établissements.

The Court of Appeal referred to and followed its previous decision in *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109, a case involving masturbation of clients by masseuses in a massage parlour. Cory J. refers to that case, and distinguishes it, as he does *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270, a decision of the Ontario Court of Appeal. While it is true that in both cases there was physical contact between the client and the woman offering services, the presence of physical contact did not in my view form the basis for the conclusion that masturbation in a place to which the public have access is indecent, or an act of prostitution. Indeed, the latter decision, which is referred to by the former case, relies upon the English authority of *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635. That case decided at pp. 637-38 that "prostitution is proved if it be shown that a woman offers her body commonly for lewdness for payment in return", intercourse was not a requirement. The law has never required that the most lewd form or variety of an activity which is not tolerated by the community occur in order that such activity be viewed as indecent. It does not do so here.

The decision of the Court of Appeal to reverse the conclusion of the trial judge was correctly based upon a reconsideration of the evidence, and an application of the law to the facts of this case. A conclusion that certain activities are indecent is one which is based on the facts, but in the final analysis is a question of law, since, as mentioned by Cory J. in his reasons at p. 958, "the decision whether (the acts in question are) tolerable according to Canadian community standards rests with the court".

In this case, a consideration of the evidence leads to the conclusion that there was a manifest error in the reasoning of the trial judge. I am in agreement with the decision of Brossard J.A. of the Court of Appeal, at (1991), 68 C.C.C. (3d) 439, at p. 446, that a consideration of the masturbation by the client leads by itself to the following conclusion:

La Cour d'appel a invoqué sa décision antérieure, qu'elle a suivie, dans *R. c. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109, affaire mettant en cause la masturbation de clients par des masseuses dans un salon de massage. Le juge Cory mentionne cette affaire, et établit une distinction, ainsi que pour l'arrêt *R. c. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270, de la Cour d'appel de l'Ontario. Bien qu'il soit vrai que, dans ces deux affaires, il y avait eu contact physique entre le client et la femme offrant ses services, l'existence d'un contact physique ne constituait pas, à mon avis, le fondement de la conclusion que la masturbation dans un endroit auquel le public a accès est indécente ou constitue de la prostitution. En fait, l'arrêt *R. c. Lantay*, précité, auquel renvoie le premier arrêt, s'appuie sur l'arrêt anglais *R. c. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635, dans lequel on a décidé, aux pp. 637 et 638, que [TRADUCTION] «la prostitution est établie s'il est démontré qu'une femme offre son corps couramment pour des fins lubriques contre paiement», les rapports sexuels n'étant pas une condition. Le droit n'a jamais requis que la forme ou la variété la plus lubrique d'une activité qui n'est pas tolérée par la société se produise pour qu'une telle activité soit considérée comme indécente. Ce n'est pas le cas non plus ici.

La décision de la Cour d'appel d'infirmier la conclusion du juge du procès reposait à bon droit sur un réexamen de la preuve et une application du droit aux faits de l'espèce. La conclusion que certaines activités sont indécentes repose sur les faits, mais en fin de compte, c'est une question de droit puisque, comme le dit le juge Cory dans ses motifs à la p. 958, «il appartient à la cour de décider si (les actes en cause sont) tolérable(s) suivant les normes de la société canadienne».

En l'espèce, un examen de la preuve permet de conclure que le raisonnement du juge était manifestement erroné. Je souscris à la décision du juge Brossard de la Cour d'appel, [1991] R.J.Q. 2766, à la p. 2776, suivant lequel, si on tient compte du fait que le client se masturbait, on ne peut que conclure:

(TRANSLATION) . . . in so far as it is not private in nature, carried out before a pure stranger, in a house [the public nature of which] is undeniable, and in a room where he can be seen by third parties, amply satisfies me so as to find the existence of acts of indecency.

In my view, the conclusion must be the same even if it is accepted that viewing by third parties would be limited to security and control purposes.

In the result, it is necessary to consider the arguments raised on behalf of the appellants by way of defences. These arguments were not dealt with below. They may, however, be briefly disposed of. The defences of lack of *mens rea* and officially induced error are put forward on the common basis that the appellants did not intend to break the law and were given reason, by official sources, to believe that they were not breaking the law. This basis cannot support a defence of lack of *mens rea* when, as here, the accused intended to do the acts they did and operate the Club in the way they did. As for the defence of officially induced error, it has no application to the facts of this case, for two reasons. First, the most convincing form of inducement referred to in this case, a licence which the appellants obtained, was for activities substantially different from those which ultimately occurred in the Pussy Cat Club, namely a "Bureau de conversations érotiques en personne" ([TRANSLATION] "Establishment for private erotic conversations"). A clear connection must exist between the inducement relied upon and the activity of the defendants. Second, the defence does not operate to prevent the courts from determining what activity is indecent. The application of the defence is usually limited to regulatory offences where the reliance placed on the inducement is more reasonable. For both these reasons, the defences raised in this case cannot succeed.

In the result, I would dismiss the appeal and affirm the decision of the Court of Appeal on the basis of the second issue, and direct that the matter be returned to the trial court for sentencing.

. . . dans la mesure où il n'a pas un caractère privé, exécuté devant une pure étrangère, dans une maison dont le caractère public est indéniable et dans une pièce où il peut être vu par des tiers, me suffit amplement pour conclure à l'existence d'actes d'indécence.

À mon avis, la conclusion demeure même si on accepte que l'observation par des tiers est limitée à des fins de sécurité et de surveillance.

Cela étant, il faut considérer les arguments soulevés au nom des appelants dans leur défense, sur lesquels les instances inférieures ne se sont pas prononcées. On peut toutefois les écarter brièvement. Les défenses d'absence de *mens rea* et d'erreur provoquée par les autorités sont avancées sur le fondement commun que les appelants n'avaient pas l'intention d'enfreindre la loi et ont été amenés par des sources officielles à croire qu'ils n'étaient pas en infraction. Ce motif ne peut étayer une défense d'absence de *mens rea* lorsque, comme en l'espèce, les accusés avaient l'intention d'accomplir les actes en question et d'exploiter le Club comme ils le faisaient. Quant à la défense d'erreur provoquée par les autorités, elle ne s'applique pas aux faits de l'espèce pour deux motifs. Premièrement, la plus convaincante forme d'incitation invoquée en l'espèce, un permis délivré aux appelants, couvrait des activités très différentes de celles qui ont finalement eu lieu au Pussy Cat, puisqu'il visait un «Bureau de conversations érotiques en personne». Un lien évident doit exister entre l'incitation invoquée et l'activité des défendeurs. En deuxième lieu, la défense n'a pas pour effet d'empêcher les tribunaux de décider du caractère indécent d'une activité. Une telle défense est généralement restreinte aux infractions de nature réglementaire, où la foi prêtée à l'incitation est plus raisonnable. Pour ces deux raisons, les défenses soulevées en l'espèce ne peuvent être retenues.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel eu égard à la deuxième question, et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée au juge de première instance pour détermination de la peine.



The judgment of L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

CORY J.—There are two principal issues raised on this appeal. The first is whether the Court of Appeal erred in setting aside the decision of the trial judge refusing to permit the Crown to amend substantially the charge late in the trial when virtually all the evidence had been called. The second is whether the acts described in the evidence should be considered as indecent when viewed in light of the current standard of community tolerance.

#### Factual Background

The appellants were charged with keeping a bawdy-house at 3668 Ontario St. E. for the purpose of the practice of acts of indecency contrary to s. 193(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 210(1).

An example of the wording of the charges faced by the appellants can be found in that brought against Robert Bourdeau:

[TRANSLATION] Robert Bourdeau, between March 22, 1988 and April 20, 1988, in Montreal, judicial district of Montreal, did unlawfully keep a common bawdy-house at 3668 Ontario East, by assisting the occupant of premises used for the purpose of the practice of acts of indecency contrary to s. 193(1) of the *Criminal Code*.

The address given is a house. Affixed to it is a small plaque stating simply the "Pussy Cat". Advertisements appeared in Montreal newspapers giving the name and address of the house and stating that nude dancers would perform for individual clients in a private setting. There were apparently no complaints about the operation of the house from either neighbours or clients.

When a client came to the premises, he was allowed to select a dancer from pictures which were shown to him. He was told that there was to be absolutely no touching; he could not touch the dancer, nor could she touch him.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi soulève deux questions principales. Premièrement, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant la décision du juge du procès de ne pas autoriser le ministère public à modifier substantiellement l'acte d'accusation à un stade avancé du procès, lorsque presque tous les éléments de preuve avaient été présentés? Deuxièmement, les actes dont la preuve a fait état doivent-ils être qualifiés d'indécents compte tenu de la norme de tolérance de la société?

#### Les faits

Les appelants ont été accusés d'avoir tenu une maison de débauche au 3668, rue Ontario est, à des fins de pratique d'actes d'indécence, en contravention au par. 193(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 210(1).

Voici un exemple des accusations portées contre les appelants, soit le libellé de l'accusation visant Robert Bourdeau:

Robert Bourdeau, entre le 22 mars 1988 et le 20 avril 1988 à Montréal, district judiciaire de Montréal, a illégalement tenu une maison de débauche au 3668 Ontario est, et ce, en aidant l'occupant d'un local utilisé à des fins de pratique d'actes d'indécence, en contravention à l'article 193-1 du Code Criminel.

L'adresse en question est celle d'une maison privée. À l'entrée, une petite plaque mentionne simplement «Pussy Cat». Les annonces publicitaires parues dans certains journaux de Montréal donnaient le nom et l'adresse de l'endroit et précisaient que des danseuses nues s'y produisaient à l'intention de clients individuels, en privé. Aucun voisin ou client n'aurait formulé de plainte concernant les activités exercées dans les lieux.

Lorsqu'un client se présentait, il était invité à choisir une danseuse à partir d'un jeu de photos. Il était informé que tout contact physique était formellement interdit; il ne pouvait toucher la danseuse, et celle-ci ne pouvait le toucher.

The client would be taken to a private room that was furnished with a mattress and a chair. In that room the selected dancer would, for a fee of \$40, undress and perform an erotic dance for the client on the mattress. For an additional fee of \$10 the dancer would caress herself with a vibrator while she danced. During the course of the performance the dancer would assume a variety of suggestive positions while caressing herself in simulated or actual masturbation. The clients were invited to remove their clothes. The evidence disclosed that the majority of them masturbated while the dancer performed.

The rule against physical contact was strictly enforced. There was a small hole the size of a coin located in the wall of each room. This permitted the owners of the establishment to ensure that the rule was respected. The hole in the wall served no other purpose than surveillance by the management. There is certainly no indication that it was used by voyeurs.

The Crown sought to amend the charge by deleting the words "the practice of indecency". The trial judge refused this motion. The Crown then asked that the charge be amended to include the words "practice of prostitution". This motion too was denied on the same grounds as the first, namely that it would cause serious prejudice to the accused.

After the trial was completed, the decision was reserved. On November 9, 1988, Fontaine M.C.J. of the Municipal Court acquitted all the appellants. The Crown launched an appeal and on September 17, 1991 the Court of Appeal of Quebec allowed the appeal, set aside the acquittals and convicted the appellants on the charges brought against them.

#### Judgments in the Courts Below

*Municipal Court* (Fontaine M.C.J.), [1989] R.J.Q. 217

Le client était ensuite amené dans une pièce individuelle meublée d'un matelas et d'un fauteuil. C'est dans cette pièce que, moyennant 40 \$, la danseuse choisie se déshabillait, puis exécutait une danse érotique sur le matelas, à l'intention du client. Pour 10 \$ de plus, la danseuse se caressait à l'aide d'un vibreur pendant l'exécution de la danse. Elle adoptait en outre diverses positions suggestives tout en se masturbant ou en feignant de le faire. Le client était invité à se dévêtir, et la preuve révèle que la plupart des clients se masturbaient pendant la prestation de la danseuse.

La règle interdisant tout contact physique était appliquée strictement. Dans chacune des chambres, une petite ouverture de la grosseur d'une pièce de monnaie avait été pratiquée dans le mur et permettait aux propriétaires de l'établissement de s'assurer que la règle était respectée. Le judas en question ne servait qu'à la surveillance par la direction. La preuve ne permet pas de conclure qu'il servait à des fins de voyeurisme.

Le ministère public a présenté une requête tendant à modifier l'acte d'accusation par la suppression des mots «pratique d'actes d'indécence». Le juge du procès a rejeté la requête. Le ministère public a ensuite demandé l'autorisation de modifier l'acte d'accusation pour y ajouter les mots «pratique de la prostitution». Cette requête a également été rejetée pour les mêmes motifs que la première, c'est-à-dire parce que la modification aurait causé un préjudice grave aux accusés.

À l'issue du procès, le juge a réservé sa décision. Le 9 novembre 1988, le juge Fontaine de la Cour municipale a acquitté tous les appelants. Le 17 septembre 1991, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé les acquittements et déclaré les appelants coupables des accusations portées contre eux.

#### Les juridictions inférieures

*La Cour municipale* (le juge Fontaine), [1989] R.J.Q. 217

For Fontaine M.C.J. the key issue was whether the Pussy Cat constituted a "bawdy-house" as those words were defined in the *Criminal Code* and in the case law. He noted that there was no evidence either that the house had a reputation for debauchery or that there had been any complaints made about it by local residents. The house appeared to be a private dwelling bearing the small plaque with the words the "Pussy Cat". In his view it therefore did not come within the definition of a bawdy-house that was explored in *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157.

He then reviewed the evidence that was presented in order to determine whether the activities in the Pussy Cat were indecent. He relied upon the testimony of an expert witness called by the defence. The witness testified that the acts were not indecent but rather were examples of nonpathological voyeurism and exhibitionism and as such, they were tolerated by the community provided they were performed in private. As well the trial judge referred to the Fraser Committee report on pornography.

The trial judge carefully considered the test for indecency set out in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, in these words at p. 224:

[TRANSLATION] If we apply the information gathered by the Fraser Committee to the case of the Pussy Cat, we can quite readily and logically conclude that the Canadian community in general is prepared to accept that acts of masturbation do not exceed the standards of decency, provided there is no contact between the persons and provided they are between consenting adults in private, even if the premises are open to the public.

This is particularly so as there is no violence connected with these activities of sexual self-stimulation and self-gratification and, as the expert witness Dr. Campbell explained, in the circumstances in which they take place this is neither sexual deviance nor a degrading act; although of course part of the public may well disagree with such activities, the fact remains that it is prepared to tolerate other persons engaging in them in private and discreetly, with no coercion and without

Pour le juge Fontaine, le litige résidait essentiellement dans la question de savoir si le Pussy Cat constituait une «maison de débauche» au sens du *Code criminel* et de la jurisprudence. Il a signalé que, selon la preuve, l'établissement n'avait pas la réputation d'être un lieu de débauche et qu'aucun voisin n'avait formulé de plainte à son égard. L'établissement semblait être une maison d'habitation, si ce n'est qu'une petite plaque mentionnait «Pussy Cat». Selon le juge Fontaine, il ne s'agissait donc pas d'une maison de débauche au sens étudié dans l'arrêt *Patterson c. The Queen*, [1968] R.C.S. 157.

Il a ensuite examiné la preuve présentée afin de déterminer si les actes accomplis au Pussy Cat étaient indécents. Il s'est appuyé à cet égard sur le témoignage de l'expert assigné par la défense. Ce dernier a témoigné que les actes incriminés n'étaient pas indécents, qu'il s'agissait plutôt de manifestations non pathologiques de voyeurisme et d'exhibitionnisme et que, à ce titre, les actes en cause étaient tolérés par la société dans la mesure où ils étaient accomplis en privé. Le juge du procès a également fait mention du rapport du Comité Fraser sur la pornographie.

Le juge du procès a par ailleurs examiné attentivement le critère relatif à l'indécence établi dans *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, et voici quelles ont été ses observations, à la p. 224:

Si on applique les renseignements recueillis par la Commission Fraser au cas du Pussy Cat, nous pouvons en déduire assez facilement et logiquement que l'ensemble de la communauté canadienne est prête à tolérer que des actes de masturbation, sans qu'il y ait de contact entre les personnes et entre adultes consentants, qui ont lieu privément même si le local est ouvert au public, n'exèdent pas les standards de la décence.

D'autant plus qu'il n'y a pas de violence combinée à ces activités d'autostimulation et d'autogratisation sexuelles et que, comme l'a expliqué le témoin expert, le Dr Campbell, dans le contexte dans lequel elles se déroulent, il ne s'agit là ni de déviation sexuelle ni d'acte dégradant, même s'il est entendu qu'une partie de la population peut très bien ne pas être d'accord avec ces activités, il n'en demeure pas moins qu'elle est prête à tolérer que d'autres personnes les exercent d'une

*disturbing individuals who do not agree with such activities or do not wish to take part in them.* [Emphasis in original.]

Fontaine M.C.J. found that: (1) the evidence indicated that the clients of the Pussy Cat knew exactly what awaited them; (2) none of them was shocked by what happened in there; (3) the acts of self masturbation were consented to by the adults present; (4) the nude dancing performed at the Pussy Cat was the same as nude dance shows performed in bars in which the dancers touched their bodies and which were not interfered with by the police; (5) there had been no complaints by any private citizens about the activities in the Pussy Cat; and finally, (6) the acts engaged in at the Pussy Cat were not pathological and were tolerated by the community. He concluded that in these circumstances the acts were not indecent acts and therefore, the Pussy Cat was not a common bawdy-house.

*Court of Appeal* (1991), 68 C.C.C. (3d) 439, [1991] R.J.Q. 2766

Brossard J.A. (for the majority)

Brossard J.A. found that the conclusions drawn by the expert witness with regard to the nature of the sexual activities which took place at the Pussy Cat and their therapeutic value was not relevant in determining the only issue in the appeal—whether masturbation in a public place constituted an act of indecency. He noted that the expert did not make a comment on this issue. In his opinion both the Crown and the defence witnesses devoted a great deal more time to the analysis of the dancer's movements than those of the client. He stated at p. 446:

(TRANSLATION) In my view, I do not even believe it necessary to characterize the acts done by the dancer. The act done by the client, in so far as it is not private in nature, carried out before a pure stranger, in a house whose public nature is undeniable, and in a room where he can be seen by third parties, amply satisfies me so as to find the existence of acts of indecency. I cannot otherwise characterize the sexual act of masturbation done

*façon privée et discrète, sans coercition aucune et sans déranger les citoyens qui ne sont pas d'accord avec ces activités ou qui ne désirent pas y participer.* [En italique dans l'original.]

<sup>a</sup> Le juge Fontaine en est arrivé à la conclusion 1) que selon la preuve, les clients du Pussy Cat savaient exactement à quoi s'attendre, 2) qu'aucun d'eux n'a été choqué par ce qui se passait dans cet établissement, 3) que les adultes présents avaient consenti aux actes d'automasturbation, 4) que le spectacle des danseuses nues au Pussy Cat était de la même nature que celui exécuté dans les clubs où les danseuses touchent à certaines parties de leur anatomie et que la police tolère, 5) qu'aucun citoyen ne s'était plaint des activités du Pussy Cat et, enfin, 6) que les actes accomplis au Pussy Cat n'étaient pas pathologiques et étaient tolérés par la société. Vu les circonstances, il a statué que les actes en cause n'étaient pas indécents et que, par conséquent, le Pussy Cat n'était pas une maison de débauche.

<sup>e</sup> *La Cour d'appel*, [1991] R.J.Q. 2766

Le juge Brossard (au nom de la majorité)

<sup>f</sup> Le juge Brossard a statué que les conclusions tirées par le témoin expert relativement à la nature des activités à caractère sexuel qui se déroulaient au Pussy Cat et à leur valeur thérapeutique ne devaient pas être prises en considération aux fins de trancher la seule question faisant l'objet du pourvoi, savoir si la masturbation dans un endroit public constitue un acte d'indécence. Il a fait remarquer que l'expert n'avait pas formulé d'observations à ce sujet. À son avis, tant les témoins du ministère public que ceux de la défense ont analysé davantage les gestes de la danseuse que ceux du client. Il a dit, à la p. 2776:

<sup>i</sup> Quant à moi, je ne crois même pas nécessaire de qualifier les gestes posés par la danseuse. Celui posé par le client, dans la mesure où il n'a pas un caractère privé, exécuté devant une pure étrangère, dans une maison dont le caractère public est indéniable et dans une pièce où il peut être vu par des tiers, me suffit amplement pour conclure à l'existence d'actes d'indécence. Je ne peux qualifier autrement l'acte sexuel de masturbation par un

by a man in a place where he can be seen and/or observed by pure strangers.

homme dans un endroit où il peut être vu et/ou observé par de purs étrangers.

In the absence of proof to the contrary, he concluded that masturbation in a location other than the privacy of a room in one's home, must be considered an act which exceeded the standards of community tolerance.

<sup>a</sup> Vu l'absence de preuve contraire, il a conclu que la masturbation qui n'avait pas lieu dans l'intimité d'une pièce, chez soi, outrepassa la norme de tolérance de la société.

<sup>b</sup>

With respect to the amendments to the charges, Brossard J.A. concluded that they would not create any prejudice to the appellants. In his opinion, the trial judge should not, at the amendment stage, have considered whether the evidence entered to that point was sufficient to convict the appellants of prostitution. On this point, Brossard J.A. decided that there was evidence of prostitution. He concluded that, under the circumstances, an amendment which limited the charge to the keeping of a common bawdy-house when the specific provision of the *Code* provided that the premises would meet the definition if they were used either for the purposes of acts of indecency or prostitution was appropriate.

<sup>c</sup> Quant aux modifications proposées à l'égard des actes d'accusation, le juge Brossard a statué qu'elles n'auraient causé aucun préjudice aux appelants. Selon lui, le juge du procès n'aurait pas dû, au stade de la demande de modification, se demander si la preuve présentée était suffisante pour que les appelants soient déclarés coupables de prostitution. Il a statué, à cet égard, qu'il y avait preuve de prostitution. Dans les circonstances, il a conclu que la modification ayant pour effet de limiter l'accusation à la tenue d'une maison de débauche était opportune, dans la mesure où la disposition applicable du *Code* prévoit que les lieux sont visés par la définition s'ils sont utilisés soit pour la pratique d'actes d'indécence soit à des fins de prostitution.

<sup>f</sup>

Brossard J.A. turned finally to the question of whether the acts in question constituted acts of prostitution. He determined that all of the classic elements of prostitution were present: solicitation, lewd and even indecent gestures by the dancer to entice the client, sexual gratification of the client and all of this for remuneration. Nonetheless, he inquired whether physical contact was necessary for there to be prostitution. He referred to the decisions in *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635, *R. v. Webb*, [1963] 3 W.L.R. 638, and *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270, and concluded that it was not.

<sup>g</sup> Le juge Brossard a finalement examiné la question de savoir si les actes incriminés constituent de la prostitution. Il a conclu que tous les éléments caractéristiques de la prostitution étaient réunis, soit la sollicitation, les gestes lascifs, voire indécents, de la danseuse en vue de provoquer le client et la gratification sexuelle de celui-ci, le tout contre rémunération. Il s'est néanmoins demandé si le contact physique est un élément essentiel de la prostitution. Il a cité les arrêts *R. c. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635, *R. c. Webb*, [1963], 3 W.L.R. 638 et *R. c. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270, et il a conclu que ce n'est pas le cas.

Accordingly, Brossard J.A. concluded that the Pussy Cat was a common bawdy-house for the purpose of committing indecent acts as well as prostitution.

<sup>j</sup> En conséquence, le juge Brossard a conclu que le Pussy Cat était une maison de débauche tenue pour la pratique d'actes d'indécence et à des fins de prostitution.

Proulx J.A. (concurring reasons)

Proulx J.A. allowed the appeal for reasons that were, in part, different from those of Brossard J.A.

With respect to the request to amend the charges presented by the Crown, Proulx J.A. concluded that the trial judge erred in deciding a procedural matter on the basis of his assessment of the merits of the issue. On the issue of prejudice, he determined that the amendment would not affect the fairness of the trial since its only effect would be to enlarge the scope of the debate on issues of law which had not already been broached.

Proulx J.A. considered prostitution to be the sale of sexual favours or the offering of sexual services in exchange for payment by another. In his view, it is not necessary for there to be complete sexual relations between the service provider and the client in order to constitute prostitution. He concluded that both the offer of sexual services in the newspaper advertisement and the provision of services by the dancer to her client established that the Pussy Cat was a common bawdy-house for the purposes of acts of prostitution.

Points in Issue

1. Did the Court of Appeal err in law when it decided that the amendments to the charge proposed by the Crown should have been permitted by the trial judge?
2. Did the Court of Appeal err in law in its conclusion that the impugned acts were indecent in light of the standard of community tolerance?

Analysis*Should the Information have been Amended?*

The Crown brought two motions to amend the information pertaining to each of the appellants. They were brought very late in the trial after all the

Le juge Proulx (motifs concordants)

Le juge Proulx a accueilli l'appel pour des motifs partiellement différents de ceux du juge Brossard.

En ce qui concerne la demande de modification des actes d'accusation présentée par le ministère public, le juge Proulx a conclu que le juge du procès a commis une erreur en tranchant une question de procédure à partir de son évaluation du fond de la question. Quant à la question du préjudice, il a estimé que la modification n'aurait pas porté atteinte à l'équité du procès car la seule conséquence de la modification aurait été, selon lui, d'élargir le débat juridique qui n'avait pas encore été entamé.

D'après le juge Proulx, la prostitution consiste en la vente de faveurs sexuelles ou l'offre par une personne de ses services sexuels en échange de paiement par une autre. Il n'est pas nécessaire, selon lui, qu'il y ait une relation sexuelle complète entre le fournisseur du service et le client pour qu'il s'agisse de prostitution. Il en est arrivé à la conclusion que l'offre de services sexuels dans les pages publicitaires d'un journal et la fourniture de tels services au client par la danseuse établissent que le Pussy Cat était une maison de débauche tenue à des fins de prostitution.

Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que le juge du procès aurait dû autoriser la modification de l'acte d'accusation proposée par le ministère public?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que les actes reprochés étaient indécents, compte tenu de la norme de tolérance de la société?

Analyse*La dénonciation aurait-elle dû être modifiée?*

Le ministère public a présenté deux requêtes en modification de la dénonciation visant chacun des appellants. Ces requêtes ont été formulées à un

evidence to be called on behalf of the appellants had been submitted. All that remained was for the Crown to tender evidence as to whether Robert Bourdeau was a “keeper” within the meaning of the section.

In the first motion for amendments, the Crown requested that the words “utilisé à des fins de pratique d’actes d’indécence” ([TRANSLATION] “used for the practice of acts of indecency”) be struck from the information. The trial judge rejected this motion stating that if he granted it, the accused would suffer prejudice. He put his position in this way:

[TRANSLATION] . . . one of the reasons which I see that could cause prejudice to the defence is that all the . . . all these accused persons, from the time — and even if you say “Well, your Honour, we are offering, the Crown is offering the defence an adjournment”, for say a month to prepare the defence — all the accused from the outset have obviously focused their defence on and in terms of the charges brought against them, and so in terms of premises which were a common bawdy-house, premises used for the practice of acts of indecency; and when premises are kept in that way, there is a defence which is possible. . . .

The Crown’s second motion was to include the words “utilisés à des fins de prostitution et pour la pratique d’actes d’indécence” ([TRANSLATION] “used for purposes of prostitution and for the practice of acts of indecency”) in the informations for each of the accused. This second motion was also rejected. The trial judge again noted the prejudice that would result to the accused if such an amendment were to be made at this late stage of the trial. He also found that the evidence did not support the claim that the Pussy Cat was being kept for the purpose of prostitution. The Court of Appeal disagreed with the trial judge on both of these points.

The *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529(3) (as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 123) and (4) (now ss. 601(3) and (4)), provides for the amendment of a charge in these terms:

stade très avancé du procès, après que tous les éléments de preuve des appelants eurent été présentés. Il ne restait plus au ministère public qu’à prouver que Robert Bourdeau était un «tenancier» au sens de la disposition pertinente.

Aux termes de la première requête, le ministère public demandait que les mots «utilisé à des fins de pratique d’actes d’indécence» soient retranchés de la dénonciation. Le juge du procès a rejeté la requête en précisant que, s’il y faisait droit, les accusés subiraient un préjudice. Voici comment il a justifié sa décision:

. . . une des raisons, moi, que je vois qui pourrait causer un préjudice à la défense c’est que tous les [. . .] toutes ces personnes accusées, à partir du moment, et même si vous dites: «Parfait, Monsieur le Juge, on offre, la couronne offre à la défense un ajournement», mettons qu’il serait d’un mois pour préparer la défense, tous les accusés depuis le début ont évidemment orienté leur défense en vertu et en fonction des dénonciations qui étaient rédigées, donc en fonction d’un local qui était une maison de débauche, local utilisé à des fins de pratique d’actes d’indécence. Et lorsqu’on tient un local de cette façon-là il y a une défense qui est possible. . . .

La seconde requête en modification visait à ajouter les mots «utilisé à des fins de prostitution et pour la pratique d’actes d’indécence» dans la dénonciation afférente à chacun des accusés. Elle a également été rejetée. Le juge du procès a de nouveau insisté sur le préjudice qui serait causé aux accusés si la modification était autorisée à ce stade avancé du procès. Il a également conclu que la preuve n’était pas la prétention voulant que le Pussy Cat ait été tenu à des fins de prostitution. La Cour d’appel a exprimé son désaccord avec le juge du procès sur ces deux points.

Le *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 529(3) (mod. par S.C. 1985, ch. 19, art. 123) et (4) (maintenant par. 601(3) et (4)), prévoit la modification d’un acte d’accusation:

529. ...

(3) Subject to this section, a court shall, at any stage of the proceedings, amend the indictment or a count therein as may be necessary where it appears

(a) that the indictment has been preferred under a particular Act of Parliament instead of another Act of Parliament;

(b) that the indictment or a count thereof

(i) fails to state or states defectively anything that is requisite to constitute the offence,

(ii) does not negative an exception that should be negated,

(iii) is in any way defective in substance,

and the matters to be alleged in the proposed amendment are disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry or on the trial; or

(c) that the indictment or a count thereof is in any way defective in form.

(4) The court shall, in considering whether or not an amendment should be made, consider

(a) the matters disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry,

(b) the evidence taken on the trial, if any,

(c) the circumstances of the case,

(d) whether the accused has been misled or prejudiced in his defence by a variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3), and

(e) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.

By virtue of this section, the courts now possess reasonably wide powers of amendment. Yet, it remains an important principle of criminal law that persons accused of a crime must know the charge brought against them in order to present a full answer and defence (*Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2). A court cannot amend an information or indictment where to do so would cause irreparable prejudice (*R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097). Moreover, a court cannot amend an information

529. ...

(3) Sous réserve du présent article, une cour doit, à tout stade des procédures, modifier l'acte d'accusation ou un des chefs qu'il contient, selon qu'il est nécessaire, lorsqu'il paraît

a) que l'acte d'accusation a été présenté en vertu d'une loi du Parlement au lieu d'une autre;

b) que l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs

(i) n'énonce pas ou énonce défectueusement quelque chose qui est nécessaire pour constituer l'infraction,

(ii) ne réfute pas une exception qui devrait être réfutée,

(iii) est de quelque façon défectueux en substance,

et que les choses devant être alléguées dans la modification projetée sont révélées par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire ou au procès; ou

c) que l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs comporte un vice de forme quelconque.

(4) La cour doit, en considérant si une modification devrait ou ne devrait pas être faite, examiner

a) les faits révélés par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire,

b) la preuve recueillie lors du procès, s'il en est,

c) les circonstances de l'espèce,

d) la question de savoir si l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3), et

e) la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise.

Ces dispositions confèrent au tribunal des pouvoirs de modification assez étendus. Cependant, un important principe du droit pénal demeure. En effet, la personne accusée d'un crime doit être informée de l'accusation qui pèse contre elle afin qu'elle puisse présenter une défense pleine et entière (*Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2). Le tribunal ne peut modifier la dénonciation ou l'acte d'accusation lorsqu'il en résulterait un préjudice irréparable (*R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097).



unless the evidence tendered is capable of supporting such a charge.

In the present case it is not necessary to consider whether evidence of prostitution was disclosed during the trial. The prejudice that granting the amendment would cause the appellants is determinative of the issue.

When the motion for the amendment was brought it was obvious that the appellants had prepared their defence on the basis that the acts performed were not indecent. In light of the wording of the original charge the appellants quite properly prepared their entire defence on this issue. This can be seen from the careful and lengthy testimony provided by the expert witness on this very question. To have permitted the amendment at this stage would have caused irreparable prejudice to the appellants. Perhaps much earlier in the trial proceedings it might have been appropriate to allow the proposed amendment provided an adequate adjournment was granted to the appellants to prepare their defence to meet the amended charges. Undoubtedly, the appellants would have needed time to consider their position and to consult and retain experts with regard to the issue as to whether the acts constituted prostitution. That, of course, is speculation. It is sufficient to say that, in the circumstances of this case, the trial judge was correct in his conclusion that to grant the amendment at this late stage would have caused irreparable prejudice to the appellants.

Further, in my view, it was inappropriate for the Court of Appeal to grant the amendment. It is, I think, an extraordinary step for an appellate court to amend the charge materially and then to enter a conviction on the basis of the charge as amended. The unfairness that results from such a procedure was aptly described by Zuber J.A. in *R. v. Geauvreau* (1979), 51 C.C.C. (2d) 75 (Ont. C.A.). At page 84 he wrote:

En outre, le tribunal ne peut modifier la dénonciation que si les éléments de preuve présentés peuvent appuyer l'accusation en cause.

<sup>a</sup> Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de déterminer si une preuve relative à la prostitution a été présentée pendant le procès. C'est le préjudice qui aurait été causé aux appelants si la modification avait été accordée qui est déterminant.

Lorsque la requête en modification a été présentée, les appelants avaient de toute évidence préparé leur défense de manière à établir que les actes reprochés n'étaient pas indécents. Vu le libellé de l'accusation initiale, les appelants avaient, à juste titre, axé toute leur défense sur ce point. Qu'il suffise de mentionner, à titre d'exemple, le témoignage long et minutieux du témoin expert sur la question. Autoriser la modification à ce stade aurait causé un préjudice irréparable aux appelants. Il aurait peut-être été opportun de faire droit à la demande de modification si elle avait été formulée beaucoup plus tôt au cours des procédures, pourvu qu'un ajournement ait été accordé afin de permettre aux appelants de préparer leur défense en fonction des accusations modifiées. Manifestement, les appelants auraient eu besoin de temps pour réévaluer leur position et pour consulter des experts et retenir leurs services relativement à la question de savoir si les actes reprochés constituaient de la prostitution. Tout cela n'est évidemment que spéculation. Il suffit de dire que, dans les circonstances de l'espèce, le juge du procès a eu raison de conclure qu'autoriser la modification à ce stade avancé de l'instance aurait causé aux appelants un préjudice irréparable.

En outre, il était inopportun, selon moi, que la Cour d'appel autorise la modification. Je crois que le fait pour une cour d'appel de modifier substantiellement l'acte d'accusation et de prononcer une déclaration de culpabilité à partir de l'acte d'accusation ainsi modifié constitue une mesure exceptionnelle. Dans *R. c. Geauvreau* (1979), 51 C.C.C. (2d) 75 (C.A. Ont.), le juge Zuber fait état avec justesse de l'iniquité qui résulte d'une telle procédure. Il a écrit (à la p. 84):

It is part of our law of criminal procedure that a person accused of crime is entitled to know the charge against him, whether contained in an information or an indictment, in reasonably specific terms and he is tried on that charge. This principle retains its vitality even though the formalism of an earlier era has been diminished and trial Courts now possess reasonably wide powers of amendment. However, even though criminal procedure has become less technical and more flexible, the concept of an amendment at an appellate stage involves difficult considerations. An amendment at trial contemplates a continuing ability by the accused to meet an amended charge; the appellate stage occurs long after the evidence has been led, arguments made and facts found. In my view, it would be an extraordinary step for an appellate Court to materially amend the charge and uphold a conviction based on the charge as amended. I would think that such an extraordinary step would require the clearest statutory basis.

[TRADUCTION] Les règles de procédure pénale portent que la personne qui est accusée d'un crime a le droit d'être informée de l'accusation qui pèse contre elle, que ce soit dans la dénonciation ou dans l'acte d'accusation, de manière raisonnablement précise, et que le procès se fonde sur cette accusation. Ce principe demeure applicable même si le formalisme d'antan a fléchi et même si les cours de justice ont désormais des pouvoirs étendus en matière de modification. Toutefois, bien que la procédure pénale soit devenue moins formaliste et plus souple, la modification au stade de l'appel pose des problèmes. En effet, une modification au procès suppose que l'accusé demeure en mesure de faire face à l'accusation modifiée. Or, l'audition de l'appel intervient longtemps après que la preuve et les arguments ont été présentés et que les faits ont été établis. J'estime que le fait pour une cour d'appel de modifier substantiellement l'accusation et de prononcer une déclaration de culpabilité à partir de l'acte d'accusation ainsi modifié constitue une mesure exceptionnelle. Il me semble qu'une telle mesure doit s'appuyer sur des dispositions législatives des plus claires.

*Were the Acts in the Circumstances in Which They Were Committed Indecent?*

*Les actes étaient-ils indécents vu les circonstances?*

(i) The Nature of the Acts in Question

(i) La nature des actes en cause

After being informed about the rules of the premises and having chosen the picture of the dancer he wished to meet, the client was ushered to the room where the performance was to take place. The sole occupants were the dancer and the client. In the room the dancer once again explained that there was to be no physical contact.

Après avoir été informé des règles applicables dans l'établissement et après avoir choisi la photo de la danseuse dont il souhaitait obtenir les services, le client était conduit dans la pièce où le spectacle devait avoir lieu. Les seules personnes alors présentes étaient la danseuse et le client. Une fois dans la pièce, la danseuse expliquait à nouveau au client qu'il ne devait y avoir aucun contact physique entre eux.

During the course of the 20-minute performance the dancer talked about sex, took off her clothes and caressed her body, including her genitals (with or without the vibrator, depending on the client's choice). Several witnesses testified that the only difference between the performance by the dancers in the Pussy Cat and that of dancers performing in the strip bars was that the client was permitted to take off his clothes and masturbate. The actions and movements of the nude dancers performing in

Pendant sa prestation d'une vingtaine de minutes, la danseuse parlait de sexe, enlevait ses vêtements et se caressait le corps, y compris les parties génitales (avec ou sans vibreur, au gré du client). Plusieurs témoins ont déposé que la seule différence entre le spectacle des danseuses du Pussy Cat et celui présenté dans les clubs de danseuses nues était que, dans le premier cas, le client pouvait se dévêtir et se masturber. Or, les gestes et les mouvements des danseuses nues qui se produi-

bars were not subject to any police action. The issue is, therefore, whether the acts performed in the Pussy Cat were indecent.

(ii) The Appropriate Test to Determine Indecency: The Community Standard of Tolerance

In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, Lamer J. (as he then was), stated at p. 1159 that in determining whether an act is indecent the "community standard of tolerance" test should be applied. That test is similar to the one used in obscenity cases. When applied to the issue of indecency, the community standard test, enunciated in *Towne Cinema Theatres Ltd.*, *supra*, involves an analysis of the impugned acts in light of the following considerations at p. 508:

... (i) [there are] accepted standards of tolerance in the contemporary Canadian community [which should not be exceeded]; (ii) [these] 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...; (iv) the decision whether [the acts in question are] 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.

In discussing the meaning of community standard of tolerance in *Towne Cinema Theatres Ltd.*, *supra*, Dickson C.J. at p. 508 stated:

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.]

sent dans les clubs ne suscitent aucune intervention policière. La question est donc de déterminer si les actes accomplis au Pussy Cat étaient indécents.

(ii) Le critère permettant de conclure à l'indécence: la norme de tolérance de la société

Dans *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 (maintenant Juge en chef) a dit que, à la p. 1159, aux fins de déterminer si un acte est indécet, il fallait appliquer le critère de la «norme de tolérance de la société». Ce critère est semblable à celui utilisé en matière d'obscénité. Le critère de la norme de tolérance de la société applicable à l'égard de l'indécence, énoncé dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd.*, précité, requiert l'analyse des actes reprochés en fonction des éléments suivants, à la p. 508:

... (i) [il y a des] normes de tolérance admises dans la société canadienne contemporaine [qui ne doivent pas être outrepassées]; (ii) il doit s'agir de 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 [..]; (iv) il appartient à la cour de décider si [les actes en cause sont] tolérable[s] 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.

Dans son analyse du sens de la norme de tolérance de la société dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson dit, à la p. 508:

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.]

In the same case, Wilson J. provided a helpful distinction between tolerance and taste at p. 522:

The *Shorter Oxford English Dictionary* defines "toleration" as "the action or practice of tolerating or allowing what is not actually approved." It is apparent from this definition that there is a distinction between that which is not approved and that which is not to be tolerated.

Wilson J., at p. 523, quoted with approval from the decision of *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (Ont.), at p. 173. There Borins Co. Ct. J. made the following assessment in relation to what may be described as "sex films":

In my opinion, contemporary community standards would tolerate the distribution of films which consist substantially of scenes of people engaged in sexual intercourse. Contemporary community standards would also tolerate the distribution of films which consist of scenes of group sex, lesbianism, fellatio, cunnilingus, and anal sex. However, films which consist substantially or partially of scenes which portray violence and cruelty in conjunction with sex, particularly where the performance of indignities degrades and dehumanizes the people upon whom they are performed, exceed the level of community tolerance.

Wilson J. then continued at p. 523:

In drawing this distinction I do not think that Borins Co. Ct. J. was suggesting that the average Canadian finds the former type of film to his or her taste or that such films are inoffensive to most Canadians. Rather, I think that Borins Co. Ct. J. recognized that whether or not Canadians found the former type of films distasteful, they were prepared to tolerate their being shown.

More recently in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, this Court considered the community standard of tolerance in order to determine whether the pornographic material in question constituted such an undue exploitation of sex that it could be labelled obscene. In that case one of the issues the Court considered was when a work might cease to be art and become, instead, obscene. Sopinka J. concluded that the final determination of that question might lie with the degree of harm which could

Dans la même affaire, le juge Wilson établit, à la p. 522, une distinction utile entre la tolérance et le goût:

Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit «tolérance» (*toleration*) comme «l'acte ou le fait de tolérer ou de permettre ce qui n'est pas réellement approuvé». Il ressort de cette définition qu'il existe une distinction entre ce qui n'est pas approuvé et ce qui n'est pas toléré.

Le juge Wilson cite ensuite, en l'approuvant, à la p. 523, la décision *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d), 154 (Ont.), à la p. 173. Dans cette décision, le juge Borins de la Cour de comté fait l'analyse suivante relativement à ce qu'on peut appeler des «films de sexe»:

[TRADUCTION] À mon avis, les normes sociales contemporaines permettent de tolérer la distribution de films qui comportent essentiellement des scènes où des personnes ont des rapports sexuels. Les normes sociales contemporaines toléreraient aussi la distribution de films qui comportent des scènes d'orgie sexuelle, de lesbianisme, de fellation, de cunnilingus et de sodomie. Toutefois, les films qui comportent essentiellement ou partiellement des scènes de sexe accompagnées de violence et de cruauté, en particulier lorsque l'accomplissement d'outrages a pour effet de dégrader et de déshumaniser les personnes qui les subissent, excèdent le seuil de tolérance sociale.

Le juge Wilson poursuit ensuite à la p. 523:

Je ne crois pas qu'en faisant cette distinction, le juge Borins ait suggéré que la Canadienne ou le Canadien moyen trouve ce genre de film à son goût ou que ces films ne choquent pas la plupart des Canadiens. Je crois plutôt que le juge Borins a reconnu que, indépendamment de savoir si les Canadiens trouvent ce genre de films déplaisant, ils sont prêts à tolérer leur présentation.

Plus récemment, dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, notre Cour a examiné la question de la norme de tolérance de la société pour déterminer si le matériel pornographique en cause constituait une exploitation indue des choses sexuelles au point d'être qualifié d'obscène. La Cour s'est notamment prononcée sur le moment où une œuvre cesse d'être artistique pour devenir obscène. Le juge Sopinka arrive à la conclusion que le critère déterminant à cet égard est le degré de préju-

result from public exposure to the impugned material. At page 485 he stated:

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.

That same consideration of the degree of harm which may flow from the questioned work must also be relevant to the determination of the community standard of tolerance with respect to acts which are said to be indecent.

(iii) The Circumstances Surrounding the Act; that is to say the Context in Which it Took Place

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. For example, entertainment which may be tolerated by the community as appropriate for the patrons of a bar may well be completely inappropriate for an audience of high school students. What is acceptable in a stage production performed for adults may be completely unacceptable if performed for elementary school pupils in a school auditorium. As well, the nature of the warning or notice that is given of the performance may be of significance. No one is compelled to attend a performance of a nude dancer. Nor could it be said that members of the

dice qui peut résulter de la présentation au public du matériel en cause. Il précise ce qui suit à la p. 485:

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.

La même question du degré de préjudice pouvant résulter de l'œuvre incriminée doit également être prise en considération aux fins de déterminer la norme de tolérance de la société applicable aux actes qualifiés d'indécents.

(iii) Les circonstances dans lesquelles l'acte est accompli

Pour déterminer si un acte est indécents, 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. Par exemple, un spectacle que la société peut tolérer comme convenant à la clientèle d'un club peut ne pas convenir du tout aux élèves d'une école secondaire. Ce qui est acceptable dans le cadre d'un spectacle sur scène destiné à un public adulte peut être totalement inacceptable si le spectacle est présenté dans la salle d'une école à des élèves du niveau élémentaire. De même, la nature de l'avertissement ou de l'avis qui est donné relativement au spectacle peut être importante, nul n'étant tenu d'assister au spectacle d'une danseuse nue. On ne peut non plus invoquer la surprise des

audience were surprised by the performance if notice of the nature of the dancing has been given. Further, the purpose of the performance may be a factor to be taken into account. See for example the reasons of Holden J.A. in *R. v. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412 (Ont. C.A.), and Martin J.A. in *R. v. Giambalvo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 324 (Ont. C.A.).

A number of cases have properly taken into account the surrounding circumstances in determining whether the acts were indecent. In *R. v. Traynor*, [1987] O.J. No. 1943 (Q.L.) (Ont. Prov. Ct., Crim. Div.), the question was whether a performance in a licensed tavern by a professional singer, dancer and burlesque performer offended the community standards of tolerance. During the course of the performance, the dancer removed all of her clothing except her boots and a g-string while singing a song. She gave the appearance of pressing her breasts and her genitals against a vertical pole. Nosanchuk Prov. Ct. J. stated, in my view correctly, that the following factors were significant in his decision that the performance did not offend the community standards of tolerance:

1) The performance took place in a licenced [*sic*] tavern, publicly advertised as an adult entertainment lounge;

2) The prospective patrons were forewarned to stop if offended by total nudity;

3) The accused was a professionally trained singer, dancer and actress who had appeared in such a capacity in various parts of the United States, Canada, Australia, England and Japan;

4) The accused enjoyed a celebrity status which resulted in her being a guest on national network television programs hosted by entertainers well known to the North American public;

5) The performance was described in the prosecution evidence as essentially funny, upbeat and comic;

6) The singing and dancing was described as professional and the gestures of the hands and legs and the dancing was in rhythm;

7) The entire act was described as well rehearsed;

spectateurs lorsqu'ils ont été avisés de la nature du spectacle. En outre, le but de la prestation peut être un facteur à prendre en considération. Se reporter, par exemple, aux motifs du juge Holden dans *R. c. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412 (C.A. Ont.), et à ceux du juge Martin dans *R. c. Giambalvo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 324 (C.A. Ont.).

Dans un certain nombre d'affaires, les tribunaux ont, à juste titre, tenu compte des circonstances pour déterminer si les actes en cause étaient indécents. Dans *R. c. Traynor*, [1987] O.J. No. 1943 (Q.L.) (C. prov. Ont., Div. crim.), le tribunal était appelé à déterminer si le spectacle présenté dans un débit de boissons par une chanteuse, également danseuse et effeuilleuse, outrepassait la norme de tolérance de la société. Pendant son spectacle, la danseuse enlevait tous ses vêtements, à l'exception de ses bottes et d'un cache-sexe, tout en interprétant une chanson. Elle donnait l'impression de presser ses seins et son sexe contre une barre verticale. Le juge Nosanchuk, de la Cour provinciale, a tenu compte, à juste titre selon moi, des facteurs suivants pour décider que le spectacle n'allait pas à l'encontre de la norme de tolérance de la société:

[TRADUCTION]

1) Le spectacle avait lieu dans un débit de boissons considéré, selon la publicité, comme un lieu de spectacles pour adultes.

2) Il était recommandé aux clients que la nudité aurait pu choquer de ne pas entrer.

3) L'accusée était une chanteuse, danseuse et artiste de métier qui se produisait à ce titre à divers endroits aux États-Unis, au Canada, en Australie, en Angleterre et au Japon.

4) L'accusée jouissait d'une certaine renommée, ce qui lui avait valu d'être invitée à participer à des émissions de télévision animées par des artistes bien connus du public nord-américain et diffusées sur le réseau national.

5) Selon la preuve de la poursuite, le spectacle était essentiellement amusant, divertissant et humoristique.

6) Le chant et la danse étaient jugés professionnels, et le mouvement des mains et des jambes, ainsi que les pas de danse, étaient rythmés.

7) Le numéro dans son ensemble semblait bien rodé.

8) The audience was appreciative and well behaved;

9) The performance of the accused essentially went no further than exposing her bare breasts and vagina to the patrons in the course of the dance and doing other gyrating motions on the stage.

Thus, the trial judge held that while there were undoubtedly Canadians who would not approve of the type of performance given by the accused, and would find it distasteful, offensive or unacceptable, it did not offend the community standards of tolerance.

In *R. v. Pelletier* (1985), 27 C.C.C. (3d) 77, [1986] R.J.Q. 595, the Quebec Superior Court used the contextual approach to determine whether the showing at a bar of a video tape which displayed scenes of cunnilingus, fellatio, lesbianism and sexual penetration while nude dancers performed on stage offended the community standards of tolerance. The participants in the video were all nude. On occasion there were close-up shots of the genitals of the man and of the woman. In one scene a woman introduced the handle of a feather duster into her vagina. Another showed a woman observing the sexual antics of the participants and demonstrating by the movement of her hand on her body that they were a source of pleasurable stimulation for her.

In determining what the appropriate level of community standard of tolerance would be in the context of these specific facts, Boilard J. stated at p. 89 that:

(TRANSLATION) ... indecency concerns sexual behaviour or its representation which is neither obscene nor immoral but inappropriate according to the Canadian standards of tolerance because of the context in which it takes place. In other words, indecency is not a function of the behaviour itself but rather of the circumstances in which it takes place.

He held that the audience, the place and the context of the representation were essential elements in the determination of indecency. Thus, although he was personally disgusted by the performance, he found that in the context in which it was per-

8) L'auditoire aimait bien le numéro et se comportait correctement.

9) Essentiellement, l'accusée se limitait à montrer ses seins et son sexe à l'auditoire tout en dansant et à faire d'autres mouvements de rotation sur la scène.

Ainsi, le juge du procès a statué que même s'il y avait certainement des Canadiens qui n'approuveraient pas le genre de spectacle exécuté par l'accusée et qui le trouveraient de mauvais goût, offensant ou inacceptable, le numéro en question n'outrepassait pas la norme de tolérance de la société.

Dans *Pelletier c. La Reine*, [1986] R.J.Q. 595, la Cour supérieure du Québec a eu recours à une analyse contextuelle pour déterminer si la projection, dans un club, d'une vidéocassette montrant des scènes de cunnilingus, de fellation, de lesbianisme et de pénétration sexuelle, pendant que des femmes nues dansaient sur scène, outrepassait la norme de tolérance de la société. Dans le film vidéo, les participants étaient nus et, parfois, les organes génitaux des hommes et des femmes étaient montrés en gros plan. Une scène en particulier montrait une femme introduisant dans son vagin le manche d'un plumeau. Dans une autre, une femme observait les ébats sexuels des participants et montrait, en caressant son corps avec sa main, que ces ébats étaient une source de stimulation pour elle.

Pour déterminer quelle est la norme de tolérance de la société appropriée dans ce cas précis, le juge Boilard a dit à la p. 604:

... l'indécence vise le comportement sexuel ou sa représentation qui n'est ni obscène ou immoral mais inapproprié selon les normes canadiennes de tolérance à cause du contexte où il survient. En d'autres termes, l'indécence ne provient pas du comportement lui-même mais plutôt des circonstances où il se produit.

Il a conclu que l'auditoire, le lieu et le contexte étaient des éléments essentiels dont il fallait tenir compte pour déterminer s'il y avait indécence. Malgré le dégoût qu'il lui inspirait personnellement, le spectacle, selon le juge Boilard, n'outre-

formed it would not have offended the community's level of tolerance.

Other cases in which the circumstances surrounding the act were determinative of the issue of indecency include *R. v. Kleppe* (1977), 35 C.C.C. (2d) 168 (Ont. Prov. Ct.), *R. v. Sequin*, [1969] 2 C.C.C. 150 (Ont. Co. Ct.), and *R. v. Belanger* (1980), 5 W.C.B. 446 (Ont. Co. Ct.).

*The Appropriate Consideration of the Evidence in this Case*

In this case the trial judge properly recognized that the appropriate standard is not what the community would applaud, appreciate or even accept but rather, the much less stringent standard of community tolerance. He wrote at p. 223:

[TRANSLATION] Applying this test to the present case, one can say the following: what matters and what is relevant is not what individual Canadians approve for themselves, it is what individual Canadians are prepared to tolerate as an activity in a particular place, without it being shocking, revolting or degrading.

In reaching his decision with regard to the objective standard of community tolerance, the trial judge relied on three sources of evidence. They were first the expert testimony of Dr. Michel Campbell, a psychologist, sexologist and professor at the University of Quebec in Montreal; secondly, the Fraser Committee study on Pornography and Prostitution in Canada and thirdly, the testimony of a former employee of the Pussy Cat and of a police officer who attended at the premises. This approach is eminently reasonable and in accordance with the conclusions of this Court in *Towne Cinema Theatres Ltd.*, *supra*. There it was held that the use of expert evidence to assess the community standard of tolerance is certainly advisable. Let us then first consider the testimony of Dr. Campbell.

passait pas la norme de tolérance de la société vu le contexte dans lequel il était présenté.

<sup>a</sup> Les circonstances entourant les actes reprochés ont également été décisives dans d'autres affaires, dont les suivantes, aux fins de déterminer s'il y avait indécence: *R. c. Kleppe* (1977), 35 C.C.C. (2d) 168 (C. prov. Ont.), *R. c. Sequin*, [1969] 2 C.C.C. 150 (C. cté Ont.), et *R. c. Belanger* (1980), 5 W.C.B. 446 (C. cté Ont.).

*L'examen des éléments de preuve en l'espèce*

<sup>c</sup> Dans la présente affaire, le juge du procès a, à juste titre, reconnu que la norme applicable ne correspond pas à ce que la société acclamerait, aimerait ou même accepterait, mais plutôt à ce qu'elle tolérerait, ce qui est une norme beaucoup moins exigeante. Voici ce qu'il dit à ce sujet, à la p. 223:

<sup>e</sup> En appliquant ce test au cas présent, on peut dire ce qui suit: ce qui importe et ce qui est pertinent ce n'est pas ce que les citoyens canadiens approuvent pour eux-mêmes, c'est ce que les citoyens canadiens sont prêts à tolérer comme activité dans un endroit, sans que ceci soit choquant, révoltant ou dégradant.

<sup>g</sup> Pour rendre sa décision concernant le critère objectif de la norme de tolérance de la société, le juge du procès s'est fondé sur trois éléments de preuve. Premièrement, le témoignage de l'expert, Michel Campbell, psychologue, sexologue et professeur à l'Université du Québec à Montréal; deuxièmement, le rapport du Comité Fraser sur la pornographie et la prostitution au Canada; troisièmement, le témoignage d'une ancienne employée du Pussy Cat et celui d'un policier qui avait visité les lieux. Cette démarche est tout à fait raisonnable et conforme aux conclusions de notre Cour dans *Towne Cinema Theatres Ltd.*, précité. Dans cet arrêt, la Cour a en effet statué qu'il était parfaitement légitime de recourir au témoignage d'un expert pour déterminer quelle est la norme de tolérance de la société. Examinons tout d'abord le témoignage de M. Campbell.



(i) Dr. Campbell's Evidence

Dr. Campbell gave a lengthy and detailed explanation of human sexual behaviour and attitudes. He testified that the incidents of masturbation had increased to where it can now be said that some 90 percent of all men and 50 percent of all women engage in masturbation. In his view the increase was due to a change in attitudes and beliefs which have progressed from the view that masturbation was a harmful activity to the present opinion that for most people masturbation is a healthy and acceptable behaviour.

In the opinion of Dr. Campbell the acts performed in the Pussy Cat were non-pathological acts of voyeurism and exhibitionism which did not cause harm to anyone. He went further and described the acts as constituting "safe sex" since sexually transmitted diseases could obviously not be contracted through this kind of activity. He also testified that the acts in question were neither degrading nor dehumanizing; nor were they perverse. He thus concluded that the acts were not likely to exceed the standards of tolerance of the majority of the Canadian population.

He further expressed the view that Canadians would be more likely to tolerate the activities conducted in the Pussy Cat than acts of prostitution the classic sense involving sexual intercourse, since the public health risks were obviously much less. Furthermore, the fact that the activities in question involved consensual and heterosexual adults increased the likelihood that they would be tolerated.

Unlike the Court of Appeal, I am of the view that it was entirely appropriate for the trial judge to take into account the expert testimony of Dr. Campbell in determining the community standard of tolerance. That testimony was relevant and helpful in arriving at an objective appreciation as to what types of sexual behaviour would be tolerated by the Canadian public. It was on the basis of the statistics provided by Dr. Campbell, which indicated that most Canadians engage in masturbation, that the trial judge concluded that the average Canadian was more likely to tolerate activities

(i) Le témoignage de M. Campbell

M. Campbell a longuement témoigné et donné des explications détaillées concernant les pratiques et les comportements sexuels chez l'être humain. Il a précisé que, de nos jours, environ 90 p. 100 des hommes et 50 p. 100 des femmes se masturbent. Selon lui, l'accroissement du nombre de personnes pratiquant la masturbation est attribuable à un changement au chapitre des mentalités et des croyances, c'est-à-dire que la plupart des gens ne considèrent plus qu'il s'agit d'une activité nuisible, mais plutôt d'un comportement sain et acceptable.

Selon M. Campbell, les actes accomplis au Pussy Cat étaient des manifestations non pathologiques de voyeurisme et d'exhibitionnisme qui ne nuisaient à personne. Il a qualifié les actes de «safe sex» puisque aucune maladie transmissible sexuellement ne peut être contractée par ce genre d'activité. Il a précisé, en outre, que les actes reprochés n'étaient pas dégradants ou déshumanisants, non plus que pervers. Il a donc conclu que les actes n'outrepassaient vraisemblablement pas la norme de tolérance de la majorité des Canadiens.

Il a par ailleurs exprimé l'opinion que les Canadiens seraient plus enclins à tolérer les activités du Pussy Cat que la prostitution classique comportant des relations sexuelles, les risques pour la santé publique étant de toute évidence beaucoup moindres dans le premier cas. En outre, le fait que les actes en cause étaient accomplis par des adultes hétérosexuels consentants augmentait la probabilité qu'ils soient tolérés.

Contrairement à la Cour d'appel, je suis d'avis qu'il était tout à fait approprié que le juge du procès tienne compte du témoignage d'expert de M. Campbell pour déterminer quelle était la norme de tolérance de la société. Ce témoignage était pertinent et utile aux fins d'apprécier, de manière objective, quels genres de comportements sexuels seraient tolérés par les Canadiens. C'est à partir des statistiques fournies par M. Campbell, selon lesquelles la plupart des Canadiens s'adonnent à la masturbation, que le juge du procès a conclu que la Canadienne ou le Canadien moyen était plus enclin

which were similar to those in which they engaged in themselves. Obviously, any perception of what would be tolerated will very properly be influenced by what is perceived as normal. What is normal will, in turn, depend upon the extent to which that same activity is engaged in by others. If the act in question is one that is performed by the majority in the community then it is impossible to say that the act itself would not be tolerated by the community. It can then only be the "where" and "when" of the performance of the act, that is to say its surrounding circumstances, that could lead to its being found to be outside the range of community tolerance and therefore indecent. Thus, once the act itself is found to be tolerated then the inquiry must focus on the circumstances surrounding its performance. It was then appropriate and reasonable for the trial judge to take into account and rely upon the expert evidence of Dr. Campbell.

I am supported in this view by the conclusions of Dubin J.A. as he then was in *R. v. St. Pierre* (1974), 3 O.R. (2d) 642. In that case the trial judge had ruled as inadmissible the testimony of a duly-qualified psychiatrist who stated that depending on the circumstances, an act of cunnilingus as a preliminary to sexual intercourse was perfectly normal and was practised by a large proportion of the population. He also testified that it was a practice which had been increasing in use over the past 20 years. In reversing the trial judge's decision to exclude the evidence, Dubin J.A. stated at pp. 649-50:

Attitudes relating to sexual behaviour are constantly changing. In determining whether the conduct of the accused was a very marked departure from decent conduct, it would have been of great assistance to the jury to have been apprised by an admittedly qualified expert as to sexual practices being carried on in this country, which are not regarded by many as abnormal or perverted. In the absence of such evidence the jury would be left to make the determination dependent solely on their own private views and their own experience.

à tolérer des activités qui s'apparentaient aux siennes. On tend évidemment à tolérer, fort légitimement, les activités que l'on juge normales, et une activité est jugée normale dans la mesure où elle est pratiquée par d'autres. Lorsque la majorité des gens pratiquent une activité donnée, il devient impossible de prétendre que celle-ci ne serait pas tolérée par la société. Seuls le lieu et le contexte dans lesquels il est accompli peut faire en sorte qu'un acte outrepassé la norme de tolérance de la société et soit, par conséquent, indécent. Ainsi, une fois qu'il est établi que l'acte comme tel est toléré, il faut examiner les circonstances dans lesquelles il se produit. Il était donc approprié et raisonnable que le juge du procès tienne compte du témoignage de M. Campbell à titre d'expert et se fie à celui-ci.

Je m'appuie à cet égard sur les conclusions tirées par le juge Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario (maintenant juge en chef de l'Ontario) dans *R. c. St. Pierre* (1974), 3 O.R. (2d) 642. Dans cette affaire, le juge du procès a conclu à l'irrecevabilité du témoignage d'un psychiatre compétent voulant que, selon les circonstances, le cunnilingus, comme préliminaire à une relation sexuelle, soit tout à fait normal et qu'une grande partie de la population le pratique. Le psychiatre avait ajouté que le recours à cette pratique s'était accru au cours des vingt dernières années. Renversant la décision du juge du procès qui écartait le témoignage de l'expert, le juge Dubin a dit, aux pp. 649 et 650:

[TRADUCTION] Les attitudes vis-à-vis des comportements sexuels sont en constante évolution. Pour déterminer si la conduite de l'accusé se démarque sensiblement de ce qui est jugé décent, les membres du jury auraient tiré grand avantage du témoignage d'un expert compétent (et considéré comme tel par les deux parties) concernant les pratiques sexuelles qui ont cours au pays et qu'un grand nombre de personnes ne jugent pas anormales ou perverses. Vu l'absence d'un tel témoignage, le jury en est réduit à se fonder sur ses propres opinions et ses expériences personnelles.

(ii) The Report of the Fraser Committee on Pornography and Prostitution

The trial judge also made use of the report drafted by the Fraser Committee on Pornography and Prostitution (Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution (1985)). This committee was established by the Government of Canada to study the problems associated with pornography and prostitution and to carry out a program of socio-legal research in support of their work. It held public hearings and private sessions from coast to coast seeking the views of individuals and groups of Canadians.

In addition, in order to assist the Committee in its efforts to understand the current situation with respect to pornography and prostitution in Canada, the Department of Justice commissioned a number of studies, one of which was the National Population Study. In this study a sample of 2,018 Canadians, representative of all parts of the country except the Yukon and Northwest Territories, answered questions about pornography. Once again I believe that the trial judge was correct in relying upon the Fraser Committee Report and the studies it had reviewed. I would agree with the trial judge's statement at p. 224 that:

[TRANSLATION] ... *the recommendations of this Committee are a valuable and important tool for measuring the threshold of tolerance of Canadians in general for phenomena such as pornography, prostitution or bawdy-houses, which it goes without saying clearly includes the phenomenon of what is indecent or what is not.*

What matters for the Court is to note that in 1985 the community threshold of tolerance was measured quite adequately by the Fraser Committee, even though the recommendations made were not adopted by Parliament. *The Court may therefore take this study into consideration as one factor by which it can measure the standards of the Canadian community with respect to "indecent acts" which may be tolerated in so-called "bawdy-houses".* [Emphasis in original.]

(ii) Le rapport du Comité Fraser sur la pornographie et la prostitution

Le juge du procès a également fondé sa décision sur le rapport du Comité Fraser sur la pornographie et la prostitution (Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et la prostitution (1985)). Ce comité a été mis sur pied par le gouvernement du Canada afin d'étudier les problèmes liés à la pornographie et à la prostitution et de mettre en œuvre un programme de recherche socio-juridique à l'appui de ses travaux. Il a tenu des audiences publiques ainsi que des séances en privé, d'un océan à l'autre, de manière à recueillir les points de vue de particuliers et de différents groupes au Canada.

De plus, dans le but de permettre au Comité de comprendre la situation actuelle de la pornographie et de la prostitution au Canada, le ministère de la Justice a commandé un certain nombre d'études, et l'une d'entre elles a été réalisée à partir d'un échantillon de 2 018 Canadiens de toutes les régions du pays, sauf le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest, qui ont répondu à des questions portant sur la pornographie. Je crois à nouveau que le juge du procès a eu raison de se fier au rapport du Comité Fraser et aux études qu'il a examinées. Je suis en effet d'accord avec les propos suivants qu'il a tenus à cet égard, à la p. 224:

... *les recommandations de ce comité constituent un instrument valable et important pour mesurer le seuil de tolérance de l'ensemble des citoyens canadiens face à des phénomènes comme la pornographie, la prostitution ou les maisons de débauche, ce qui inclut évidemment, il va sans dire, le phénomène de ce qui est indécent ou de ce qui ne l'est pas.*

Ce qui importe pour le Tribunal, c'est de constater qu'en 1985 le seuil de tolérance de la communauté a été mesuré d'une façon assez adéquate par la Commission Fraser, et ce, même si les recommandations qui étaient formulées n'ont pas été entérinées par le législateur. *Le Tribunal peut donc tenir compte de cette étude comme un des éléments permettant de mesurer les standards de la communauté canadienne face aux «actes indécents» qui peuvent être tolérés dans des maisons dites «maisons de débauche». [En italique dans l'original.]*

(iii) Testimony regarding Police Tolerance of the Performance of Dances at Bars Which were Similar to Those Performed at the Pussy Cat

The respondent contended that the trial judge erred in taking into consideration the apparent police tolerance of nude dancing in strip clubs across Canada where the acts performed were very similar to those performed in the Pussy Cat. The respondent argued that the trial judge did not base his conclusions regarding police tolerance on any evidence that was presented at trial and that indeed, there was evidence to the contrary. Reference was made to the testimony of Constable Claude Cormier who stated that when he saw nude dancing of the kind undertaken at the Pussy Cat, he did [TRANSLATION] "what was necessary".

However, the transcripts reveal that there was, in fact, testimony given by Johanne Totunov and Constable Gilles Rochon, both of whom were witnesses for the Crown, which indicated that there was a wide degree of police tolerance for "dancing" which simulated sexual activity and which was similar to that performed at the Pussy Cat. The evidence quite clearly suggests that strip tease or nude dances in which the dancer caressed her own genitals and simulated orgasms were tolerated by the police. Although evidence of police acceptance of the impugned conduct is not determinative of the community standard of tolerance, it is, nonetheless, a useful indication of what that standard might be.

Constable Gilles Rochon, one of the police officers who attended at the Pussy Cat, first denied that he had witnessed dancing of a similar nature to that performed in the Pussy Cat. However, when cross-examined by defence counsel, he admitted that he had seen dancers in strip clubs lying on the stage, spreading their legs, caressing their genitals, breasts and simulating orgasms. It would appear that the performance at the Pussy Cat was no more graphic or sexually specific, that is to say, no

(iii) Les témoignages concernant la tolérance policière à l'égard des spectacles de danseuses présentés dans les clubs et apparentés à ceux du Pussy Cat

L'intimée fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de la tolérance dont semble faire preuve la police à l'égard des spectacles de danseuses nues présentés dans les clubs, d'un bout à l'autre du pays, alors que les actes qui y sont accomplis s'apparentent à ceux qui avaient cours au Pussy Cat. Elle soutient que le juge du procès n'a pas fondé ses conclusions concernant la tolérance policière sur la preuve présentée au procès et que, en réalité, il existait des éléments de preuve contraire. Elle a cité le témoignage de l'agent Claude Cormier qui a dit que, lorsqu'il voyait des spectacles de danseuses nues du genre de ceux présentés au Pussy Cat, il faisait «le nécessaire».

Toutefois, la transcription révèle que selon la déposition de deux témoins du ministère public, Johanne Totunov et l'agent Gilles Rochon, il existait une assez grande tolérance policière à l'égard de la «danse» simulant l'activité sexuelle, comme celle présentée au Pussy Cat. Il ressort nettement de la preuve que la police tolérait les spectacles d'effeuilleuses ou de danseuses nues où celles-ci caressaient leurs propres organes génitaux et feignaient l'orgasme. Bien que la preuve de l'acceptation par la police de la conduite reprochée ne puisse servir à déterminer la norme de tolérance de la société, elle constitue néanmoins un indice utile de cette norme.

L'un des policiers qui s'étaient rendus au Pussy Cat, l'agent Gilles Rochon, a tout d'abord nié avoir assisté à des numéros de danse semblables à ceux exécutés au Pussy Cat. Contre-interrogé par l'avocat de la défense, il a cependant admis par la suite avoir déjà vu, dans certains clubs, des danseuses s'allonger sur la scène, écartier les jambes, se caresser le sexe et les seins, et feindre l'orgasme. Il semblerait que le spectacle présenté au Pussy Cat n'était pas plus cru ou sexuellement

worse than the dancing the police tolerated at the strip bars.

As well, Johanne Totunov, a former employee of the Pussy Cat and a former nude dancer in Montreal, testified that it was her experience that the practice of touching the breasts, buttocks and even, at times, the genitals, was something which had become tolerated by the Montreal police.

Finally, I would note that Constable Gilles Rochon testified that on various occasions he had viewed video films depicting graphic sexual scenes involving anal and vaginal penetration, masturbation, cunnilingus and fellatio in several strip bars without concluding that charges should be brought.

Thus, there was ample evidence upon which the trial judge could properly base his conclusion that activities similar to those engaged in at the Pussy Cat were tolerated by the police. This too could be considered an appropriate factor in assessing the community standard of tolerance for the acts which took place in the Pussy Cat.

*The Surrounding Circumstances that were Unique to this Case*

Let us consider the circumstances that surrounded the acts in this case. As we have seen in this case the acts, in themselves, of both the clients and the dancers came within the range of community tolerance. This conclusion with regard to the acts of masturbation was properly drawn on the basis of the evidence given by Dr. Campbell on human sexual behaviour and attitudes and on the report of the Fraser Committee on Pornography and Prostitution. With regard to the performance of the dances, the conclusion could be properly based upon the evidence of those who had, in the past, performed in strip bars and the evidence of police tolerance of activities in strip bars which were similar to those performed at the Pussy Cat. The inquiry must then focus on the circumstances

explicite, c'est-à-dire pas plus osé que celui que des danseuses nues présentent dans les clubs et que la police tolère.

Dans la même veine, une ancienne employée du Pussy Cat et ex-danseuse nue de Montréal, Johanne Totunov, se fondant sur son expérience, a témoigné que la police montréalaise en était venue à tolérer la pratique consistant à se toucher les seins, les fesses et même, parfois, les parties génitales.

Enfin, il convient de signaler que l'agent Gilles Rochon a témoigné qu'il avait, à diverses occasions, visionné dans plusieurs clubs des films vidéo renfermant des scènes assez crues de rapports sexuels, y compris des actes de pénétration anale et vaginale, de masturbation, de cunnilingus et de fellation, sans qu'il ait jugé bon de porter des accusations.

Par conséquent, le juge du procès disposait d'une preuve suffisante pour conclure à bon droit que la police tolérait des activités semblables à celles qui se déroulaient au Pussy Cat. Cela pouvait également être pris en considération aux fins de déterminer quelle était la norme de tolérance de la société applicable aux actes qui se déroulaient au Pussy Cat.

*Le caractère singulier des circonstances dans la présente affaire*

Examinons le contexte dans lequel se déroulaient les actes reprochés dans la présente affaire. Comme je l'ai déjà mentionné, les actes en eux-mêmes, ceux des clients et des danseuses, sont tolérés par la société. Cette conclusion en ce qui concerne les actes de masturbation a été tirée à juste titre à la suite du témoignage de M. Campbell sur les comportements et les attitudes en matière sexuelle et compte tenu du rapport du Comité Fraser sur la pornographie et la prostitution. Pour ce qui est de la danse, on pourrait fonder la conclusion sur le témoignage des personnes qui ont déjà donné des spectacles dans des clubs de danseuses nues et sur la preuve de la tolérance policière à l'égard des activités dans ces clubs qui se rapprochent de celles du Pussy Cat. L'examen doit donc

which surrounded the activities at the Pussy Cat. It is those circumstances which will determine whether the activities would be tolerated by the community.

#### *The Rule Against Physical Contact*

It is significant that clients were warned when they first arrived at the Pussy Cat and again later by the dancer which they had selected that there was to be no physical contact of any kind. That was the rule of the establishment and there is no evidence that it was ever breached. It is true that there was masturbation, or in the case of the dancer, simulated masturbation. Whether the act of masturbation itself is indecent must depend on all the surrounding circumstances or the context in which it takes place. If masturbation can be one of the principal themes of the well accepted novel, *Portnoy's Complaint* (1969), by the outstanding author Philip Roth, it surely cannot have the same connotation of indecency it possessed in the past.

Although the lack of physical contact is not determinative of the issue, it is nonetheless highly significant. The rule ensured that there would be little likelihood that physical harm or hurt would be done to either individual. Of equal importance was that it ensured that the transmission of infectious sexual diseases was prevented. This factor should increase the level of the tolerance of the community for the acts performed at the Pussy Cat.

I note also that in those reported cases where masturbation was held to have been indecent it was clearly established that there was physical contact between the client and the woman performing the services. See *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109 (Que. C.A.), and *R. v. Lantay, supra*.

#### *The Place Where the Acts Took Place*

It cannot be forgotten that the sexual activities were conducted behind closed doors out of the view of the general public. It is true that the public did have access to the Pussy Cat premises. Thus it

porter surtout sur les circonstances qui entouraient les activités au Pussy Cat. Ce sont ces circonstances qui détermineront si la société les toléreraient.

#### <sup>a</sup> *La règle interdisant tout contact physique*

Il importe de retenir que le client était prévenu, dès son arrivée au Pussy Cat, puis à nouveau par la danseuse qu'il avait choisie, qu'il était interdit d'avoir quelque contact physique que ce soit. Telle était la règle dans cet établissement, et la preuve n'établit pas qu'on y ait manqué. Il est vrai qu'il y avait masturbation ou, en ce qui concerne la danseuse, masturbation simulée. Pour déterminer si la masturbation constitue en soi un acte d'indécence, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances ou du contexte dans lesquels elle est pratiquée. La masturbation ayant pu être l'un des principaux sujets du roman fort bien reçu du grand auteur Philip Roth, *Portnoy et son complexe* (1970), elle n'a certainement plus la connotation indécente qu'on lui attribuait autrefois.

<sup>e</sup> Bien que l'absence de contact physique ne soit pas à elle seule décisive, elle demeure néanmoins très importante. La règle avait pour effet de minimiser le risque qu'un préjudice corporel ne soit infligé à l'une ou l'autre des personnes en cause. Elle empêchait également que celles-ci ne contractent une maladie transmissible sexuellement, ce qui n'est pas négligeable non plus. Ce facteur devrait accroître le niveau de tolérance de la société à l'égard des gestes accomplis au Pussy Cat.

<sup>h</sup> Je constate par ailleurs que dans les décisions publiées où le tribunal a statué que la masturbation était un acte d'indécence, l'existence de contacts physiques entre le client et la femme fournissant les services en cause avait été clairement établie. Se reporter à *R. c. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109 (C.A. Qué.) et *R. c. Lantay, précité*.

#### <sup>i</sup> *L'endroit où les actes ont été accomplis*

Il ne faut pas oublier que les activités sexuelles se déroulaient derrière des portes closes, et non à la vue du grand public. Il est vrai par contre que le public avait accès aux locaux du Pussy Cat. Par

came within the definition of a public place provided by s. 150 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which "includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied". Nonetheless, common sense indicates that there are great differences between locations which can come within the definition of public places. Obviously, the performance of an activity in a closed room in a house, where only two consenting adults are present is far different from carrying out the same activity in a school yard or a public park.

On this aspect of the case, the Court of Appeal was concerned with the presence of the small peep hole in the wall of each room. A former employee of the Pussy Cat testified that before she accepted a job she looked through the peep holes to satisfy herself that there was no physical contact between the clients and the dancer. Based on this evidence the Court of Appeal concluded that the peep holes could well be used more often than the court was being told. That, I think, is speculation. There is no evidence that they were used for any purely voyeuristic purpose. At the most their presence would mean that one other consenting adult observed the proceedings. This is hardly enough to render the act any more public, in any significant sense, than it was when performed between the two persons apparently alone in the room. The presence of the peep holes would, if anything, indicate that the acts were not viewed as indecent by any of the persons in the room or by the management enforcing their rule against physical contact.

Thus although the acts took place in a public place, as those words are defined in the *Criminal Code*, they were not a blatantly public display. Rather the closed room was relatively private with only consenting adults present.

#### *The Absence of Harm*

There was no harm caused by the activities. The peep holes, if anything, provided a means of ensur-

conséquent, il s'agissait d'un endroit public au sens de l'art. 150 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La définition donnée à cet article englobe en effet «[t]out lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite». Néanmoins, il va sans dire que la définition vise des lieux très différents les uns des autres. De toute évidence, le déroulement d'une activité dans une pièce fermée à l'intérieur d'une maison, où seuls deux adultes consentants sont présents, est fort différent du déroulement de la même activité dans une cour d'école ou un parc public.

En ce qui concerne cet aspect de l'affaire, la Cour d'appel s'est intéressée à la présence d'un judas dans chacune des pièces. Une ancienne employée du Pussy Cat a témoigné que, avant qu'elle n'accepte d'y travailler, elle avait pu s'assurer, grâce au judas en question, qu'il n'y avait aucun contact physique entre le client et la danseuse. Se fondant sur ce témoignage, la Cour d'appel a conclu que le judas pouvait bien être utilisé plus souvent qu'on ne le prétendait. J'estime qu'il s'agit d'une simple supposition. Aucun élément de preuve n'établit que le judas servait à des fins de pur voyeurisme. Il aurait pu s'ensuivre, tout au plus, qu'un autre adulte consentant observe les activités qui se déroulaient dans la pièce. Cela ne suffit pas à donner un caractère public beaucoup plus grand aux actes que s'ils sont accomplis par les deux personnes se trouvant supposément seules dans la pièce. L'existence d'un judas indiquerait, en somme, que les actes n'étaient pas jugés indécents par les personnes qui les accomplissaient dans la pièce, non plus que par la direction qui s'assurait du respect de la règle interdisant tout contact physique.

Ainsi, même si les actes étaient accomplis dans un endroit public au sens du *Code criminel*, ils n'étaient pas accomplis à la vue du public de manière flagrante, mais bien à l'intérieur d'une pièce fermée, dans une relative intimité, et seuls des adultes consentants y participaient.

#### *L'absence de préjudice*

Les activités visées ne causaient aucun préjudice. Le judas permettait tout au plus de s'assurer

ing that no harm came to the dancers or the clients. As Dr. Campbell observed, the activities took place between consenting adults who chose to be in a place which they, at least, would consider relatively private. In these times when so many sexual activities can have a truly fatal attraction, these acts provided an opportunity for safe sex with no risk of any infection. The absence of any risk of harm could properly be taken into account in assessing community tolerance for the act.

#### *The Informed and Consensual Nature of the Acts*

It is clear that everyone attending the premises knew exactly what they could expect. If they had any misgivings about being in a room with a naked female they could leave the premises. Both the clients and dancers knew what the activities entailed. Both parties in the room consented to the activities. This was a factor that could be considered in determining if there was community tolerance for the acts.

#### *Absence of Complaints*

There were no complaints about the Pussy Cat either from its clients or residents. The clients who testified stated that they were neither shocked nor insulted by what took place within the establishment. This too can be considered in deciding whether there was community tolerance for the acts.

#### *Similarity to Accepted Nude Dancing*

It is clear from the evidence that the actions of the dancers at the Pussy Cat were very similar to those of dancers in strip bars. The performances of the dancers in strip bars were clearly accepted by the public and by the police. This indicates that there was indeed a community tolerance for sexually suggestive acts performed by naked dancers. These actions are not violent and in the milieu of the strip bar they are accepted or at least tolerated

qu'aucun préjudice n'était infligé à la danseuse ou au client. Comme M. Campbell l'a fait remarquer, les actes étaient le fait d'adultes consentants qui avaient choisi de se rendre dans un lieu qui, tout au moins pour eux, offrait une certaine intimité. À une époque où de nombreuses activités sexuelles peuvent avoir une issue fatale, les actes accomplis au Pussy Cat ne comportaient aucun risque de contracter une maladie transmissible sexuellement. L'absence de tout risque de préjudice pouvait certainement être prise en considération pour déterminer la norme de tolérance de la société à l'égard des actes incriminés.

#### *c Le consentement éclairé à l'accomplissement des actes*

Il est clair que toute personne qui se rendait à l'établissement en cause savait exactement à quoi s'attendre. Le client qui avait des réticences à se trouver dans une pièce en compagnie d'une femme nue pouvait quitter les lieux. Tant le client que la danseuse connaissaient la nature des activités qui se dérouleraient dans la pièce, et tous deux consentaient au déroulement de celles-ci. Voilà un facteur dont il pouvait être tenu compte pour déterminer si la société tolérait les actes en question.

#### *f L'absence de plaintes*

Aucun client ou voisin n'a formulé de plaintes contre le Pussy Cat. Les clients appelés à témoigner ont dit qu'ils n'avaient été ni choqués ni offensés par les activités de l'établissement. Ce fait peut également être pertinent aux fins de déterminer si la société tolère de tels actes.

#### *h Similitude avec les spectacles de danseuses nues acceptés*

Il ressort de la preuve que les gestes des danseuses du Pussy Cat s'apparentaient beaucoup à ceux que l'on peut voir dans les clubs de danseuses nues. Ces spectacles étaient de toute évidence acceptés par le public et la police. Il s'ensuit donc que la société tolérait les actes suggestifs à caractère sexuel accomplis par des danseuses nues. Ces actes ne sont pas empreints de violence, et ils sont acceptés ou, du moins, tolérés par la société lors-



by the community. It follows that the actions of the dancers in the Pussy Cat would be tolerated by the community.

Thus, neither the actions of the dancers nor, in the factual circumstances presented by this case, the acts of masturbation constituted indecent acts. Here, the surrounding circumstances were such that the acts would be tolerated by the community and they were therefore not indecent. This result may seem offensive to some. Yet, it must be remembered that we are not concerned with standards of good taste. Rather the question is whether the acts will be tolerated by the community.

#### Disposition

In the result I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal registering convictions against the appellants and restore the acquittal of the appellants.

*Appeal allowed, LA FOREST and GONTHIER JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: La Haye, Chartrand, Moisan, Boucher, Gaudreau, Doray, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Germain Tremblay, Montréal.*

qu'ils sont accomplis dans les clubs de danseuses nues. Force est donc de conclure que la société tolère les gestes des danseuses du Pussy Cat.

En conséquence, ni les actes des danseuses ni la pratique de la masturbation, étant donné les faits de la présente affaire, ne constituaient des actes d'indécence. En l'espèce, vu les circonstances, ces actes sont tolérés par la société et ne sont donc pas indécents. D'aucuns seront choqués par les présentes conclusions, mais ils doivent se rappeler qu'il ne s'agit pas d'appliquer les normes du bon goût, mais plutôt de déterminer si les actes en cause sont tolérés par la société.

#### Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel concluant à la culpabilité des appelants et de rétablir leur acquittement.

*Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST et GONTHIER sont dissidents.*

*Procureurs des appelants: La Haye, Chartrand, Moisan, Boucher, Gaudreau, Doray, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Germain Tremblay, Montréal.*