

CANADIAN COURT OF JUSTICE
(On appeal from the Federal Court of Appeal)

COUR CANADIENNE DE JUSTICE
(En appel de la Court d'appel fédérale)

BETWEEN/ENTRE:

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

Appellant/Appelant

and/et

HUA CHENYU

Respondent/Intimé

and/et

MARTIN BRODY

Intervener/Intervenant

FACTUM OF THE RESPONDENT AND INTERVENER
MEMOIRE DE L'INTIMÉ ET L'INTERVENANT

SCHOOL NUMBER 17/ÉCOLE NUMÉRO 17

Table of Contents

PART I – STATEMENT OF FACTS AND JUDICIAL HISTORY	2
PART II – STATEMENT OF RESPONDENT’S POSITION CONCERNING THE POINTS IN ISSUE	10
PART III – ARGUMENTS	11
Overview	11
1. La Loi est <i>ultra vires</i> des pouvoirs du gouvernement fédéral	11
1.1 Le caractère véritable de la <i>Loi</i> relève le pouvoir de la propriété et les droits civils des provinces.....	12
1.2 La <i>Loi</i> n’est pas un exercice valide en vertu des pouvoirs criminels	14
1.3 La <i>Loi</i> n’est pas un exercice valide en vertu des pouvoirs des pêcheries.....	14
1.3.1 Le gouvernement fédéral ne peut pas réglementer les piscines et les requins de M. Brody.....	15
2. Si la Loi est <i>intra vires</i>, les Règles sont <i>ultra vires</i>	16
2.1 Les Règles 1 à 3 sont <i>ultra vires</i> l’Agence	16
2.2 Le caractère véritable d’articles 4 et 5 revêtent du pouvoir exclusif de la province	17
2.2.1 La doctrine des pouvoirs accessoires ne s’applique pas.....	18
3. Si la Loi et les Règles sont <i>intra vires</i>, les articles enfreignent la Charte	19
3.1 Les Règles enfreignent l’article 7 de la Charte	20
3.2 Les Règles enfreignent l’article 2(a) de la Charte	21
3.3 Article 4 des Règles enfreignent l’article 2(b) de la Charte	22
3.4 Les Actions de L’Agence enfreignent article 15(1) de la Charte.....	22

3.5 Les actions de l'Agence son déraisonnable car ils n'attendent pas la balance proportionnée requise	23
4. The Agency Failed to Carry Out a Proper Consultation Process Under the Regulations	24
4.1 The Validity of the Consultation Process is a Question of Statutory Interpretation	24
4.2 The Agency was Required by s. 3 of the <i>Regulations</i> to Meaningfully Consult Cultural and Culinary Groups.....	24
4.3 Section 7 of the <i>Regulations</i> Does Not Apply to the Consultation Process as a Whole.....	27
4.4 The Government's Statements Created a Legitimate Expectation that the Asian Culinary Community Would be Meaningfully Consulted	28
5. The Agency's Rules Were Enacted and Enforced in a Biased Manner.....	29
5.1 Mr. Xu's Prior Statements and Genuine Belief Indicate a Closed-Mind	30
5.2 The Agency's Dismissal of the Appeal Suggests a Reasonable Apprehension of Bias	31
6. The Agency Improperly Denied Mr. Chenyu Participatory Rights on Appeal	32
6.1 The Agency Failed to Weigh the Importance to the Individual Affected	32
6.2 The Agency's Decision Should Not be Afforded Deference	33
PART IV – ORDER SOUGHT AND NAMES OF COUNSEL	34
APPENDIX A: LIST OF AUTHORITIES	35

PART I – STATEMENT OF FACTS AND JUDICIAL HISTORY

Legislative History

[1] In response to pressures from environmental and conservation groups, Parliament enacted the *Shark Protection Act* (the “*Act*”) on June 12, 2018 to regulate shark finning in Canada.¹ A previous attempt had been made to regulate this activity at the municipal level, however, the effort was concluded unsuccessfully after a judicial challenge.² Private members bills followed the same fate and did not pass the first reading.³ To reverse this trend, Parliament passed the *Act* which would address the concerns of all stakeholders.⁴

The Shark Protection Agency

[2] In order to avoid being accused of selective enforcement, the federal government created the Shark Protection Agency (the “Agency”) to fulfill its legislative mandate.⁵ The three-member Agency was tasked with creating rules to enforce the *Act* after completing a proper consultation process with affected stakeholders.⁶ Of its current appointees, Mr. Xu has the most interest in marine conservation. He has voiced his distaste for shark finning on several occasions,⁷ especially as it pertains to Asian cultures.⁸ Of the other members, Mr. Shine has a keen interest in sustainable development projects⁹ and Ms. Walsh has previously sat on multiple environmental advisory panels.¹⁰

[3] None of the members have any legal training. All of the Agency’s draft decisions are sent to the Privy Council Office for observations, however any observations made are

¹ The *Shark Protection Act*, 2018 [*Shark Protection Act*]; *Chenyu v Canada (Attorney General)*, 2019 FC at paras 9, 12 [*Federal Court Judgement*].

² *Federal Court Judgement*, *supra* note 1 at para 10.

³ *Ibid* at para 12.

⁴ *Ibid*.

⁵ *Ibid* at para 15.

⁶ *Ibid*.

⁷ *Ibid* at paras 17-8.

⁸ *Ibid*.

⁹ *Ibid* at para 19.

¹⁰ *Ibid* at para 19.

not binding and do not have to be considered.¹¹ To enforce its *Rules*, the Agency has hired Inspectors in nine cities across Canada, including Winnipeg.¹²

The Respondent and Intervener

[4] Hua Chenyu operates a Chinese food restaurant in Winnipeg called “Top Chinese Cuisine”. There, he sells seafood dishes such as shark fin soup.¹³ He purchases his shark fins, including those of the Bala shark, exclusively from the intervenor Martin Brody.¹⁴ He does not profit from the sale of his shark fin soup.¹⁵

[5] Mr. Brody operates “Amity’s Seafood Restaurant”, where he sells various seafoods including shark fin soup.¹⁶ Mr. Brody sources the majority of his fins from sharks he raises himself, and on occasion obtains fins from Vancouver importers.¹⁷ The pools he uses to raise his sharks are found on his own property in an abandoned town.¹⁸ Mr. Brody has installed state of the art filtration and recycling systems to ensure his practices are environmentally friendly.¹⁹

[6] Mr. Brody sells shark fins to several establishments, including Asian and non-Asian restaurants. In order to be socially responsible in his practice, Mr. Brody uses the remainder of his sharks to create broths.²⁰ He also uses several remaining shark jaws as signs for his business.²¹ Further, any meat not harvested is buried in the soil of his

¹¹ *Ibid* at para 21.

¹² *Ibid* at para 25.

¹³ *Ibid* at para 26.

¹⁴ *Ibid*.

¹⁵ *Ibid*.

¹⁶ *Ibid* at para 2.

¹⁷ *Ibid* at paras 29, 40-1.

¹⁸ *Ibid* at para 31.

¹⁹ *Ibid* at para 34.

²⁰ *Ibid* at para 30.

²¹ *Ibid*.

property.²² This has led to the growth of a large concentration of worms, which local scientists now use for research purposes.²³ In sum, Mr. Brody finds utility in the entire shark.

Cultural Significance of Shark Fin Soup

[7] Mr. Chenyu holds a sincere belief in the profound cultural significance of shark fin soup consumption. The practice is particularly important to him during occasions and festivities.²⁴ He engages in this spiritual communion practice every day, and never alone.²⁵

The Consultation Process

[8] To effect its duty to complete a proper consultation process, the Agency notified an unidentified list of “stakeholders” of the matter. Those included on the list were all individuals who had previously expressed interest in receiving communications on the issue. A general notice was also uploaded to the Agency’s website. The notices advised that the Agency intended to draft rules under the *Act*.²⁶ Curiously, the consultation period only culminated with the involvement environmental and conservation groups.²⁷ No one from the Asian culinary community was specifically notified or consulted during the process.²⁸ Therefore, the only external input considered by the Agency was that of groups most hostile to shark finning.²⁹ The *Shark Protection Rules* (the “*Rules*”) were enacted shortly thereafter.³⁰

The Agency’s Actions

²² *Ibid* at para 42.

²³ *Ibid*.

²⁴ *Ibid* at para 26.

²⁵ *Ibid* at para 27.

²⁶ *Ibid* at para 22.

²⁷ *Ibid*.

²⁸ *Ibid*.

²⁹ *Ibid*.

³⁰ *Ibid* at para 23; *Shark Protection Rules*, 2018 [*Shark Protection Rules*].

[9] Despite the fact that Canada’s shark fin consumption is truly insignificant on the global scale,³¹ the Agency’s *Rules* prohibit shark finning completely.³² In the *Act*, Shark finning is defined as “the practice of removing a fin from a shark and uselessly discarding the remainder of the shark.”³³ The scheme is therefore only intended to include the finning of sharks which are killed unnecessarily.³⁴ At a press release following the enactment of the *Rules*, the Agency quoted various scientific statistics surrounding shark finning, the bases of which were unsupported on judicial review.³⁵

[10] On November 1, 2018 the Agency chose Winnipeg as the city in which it would target its first enforcement action under the *Rules*.³⁶ This decision was made in an effort to facilitate a “big splash” in a small Canadian Asian community.³⁷ In effecting its process, the Agency targeted Asian restaurants only, including the restaurant of Mr. Chenyu.³⁸ Mr. Chenyu was found in violation of the *Rules*, as he had failed to meet the Agency’s new labelling and reporting requirements.³⁹ The Inspectors therefore imposed a \$10,000 administrative monetary penalty on Mr. Chenyu for each violation.⁴⁰ The Agency also deemed Mr. Chenyu’s seafood soup to be a “shark-type soup” for containing Bala shark fins.⁴¹ Mr. Chenyu’s appeal was dismissed summarily without a hearing.⁴²

Judicial History

³¹ *Federal Court Judgement, supra* note 1 at para 9.

³² *Ibid* at para 15.

³³ *Ibid* at para 14.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid* at para 23.

³⁶ *Ibid* at para 47.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid* at para 48.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid* at paras 48, 51.

⁴¹ *Ibid* at para 51.

⁴² *Ibid* at para 50.

[11] Mr. Chenyu seeks judicial review of the Agency’s decision. Mr. Brody has been granted intervenor status.⁴³ They rely on three grounds in their application:⁴⁴

- 1) Parliament exceeded its constitutional jurisdiction in enacting the *Act*;
- 2) the Agency violated the rules of natural justice in completing its consultation process; and
- 3) Mr. Chenyu should have been afforded participatory rights to a hearing on appeal.

[12] The Respondent and Intervener further submit that the inadequacy of the consultation process was partially motivated by Mr. Xu’s hostility toward the practice of shark finning.

Federal Court

[13] The Federal Court dismissed the application on judicial review.⁴⁵ It held that the federal government had jurisdiction over Mr. Brody’s pools and sharks by virtue of their sea coast and inland fisheries powers in section 91(12) of the *Constitution*.⁴⁶ It also noted that the *Act* could be considered a valid exercise criminal law powers.⁴⁷ Overall, the Court concluded that Parliament’s jurisdiction to legislate Mr. Chenyu’s restaurant flowed from its jurisdiction over Mr. Body’s pools.⁴⁸

[14] With regard to the consultation process, the parties were deemed to have had knowledge of the *Rules*.⁴⁹ The Court also stated that Mr. Chenyu’s lack of hearing on appeal was “not really an issue”⁵⁰, as the parties are able to pursue their constitutional and

⁴³ *Ibid* at para 52.

⁴⁴ *Ibid* at paras 53-5.

⁴⁵ *Ibid* at para 69.

⁴⁶ *Ibid* at para 59

⁴⁷ *Ibid* at para 62.

⁴⁸ *Ibid* at para 57.

⁴⁹ *Ibid* at para 63.

⁵⁰ *Ibid* at para 64.

policy arguments in the judicial system.⁵¹ Further, Mr. Xu's statements were deemed to be neither indicative of bias nor improper.⁵² Pistris J concluded that the Agency likely did not have jurisdiction to decide the constitutional issues.⁵³

Federal Court of Appeal

[15] At the Federal Court of Appeal, Bruce J held that the sharks and restaurants were local establishments and therefore outside Parliament's legislative jurisdiction.⁵⁴ Further, the Court stated that a ban on shark finning was meaningless and counter-intuitive given Canada's insignificant consumption and Mr. Brody's sustainable practices.⁵⁵ The *Act* was held to be an invalid exercise of criminal law powers.⁵⁶

[16] The manner in which the consultation was completed by the Agency was described by the Court as an incomprehensible oversight, especially given Mr. Xu's surrounding statements.⁵⁷ As such, the consultation process as a whole was deemed to have violated the rules of natural justice.⁵⁸ Bruce J also noted that the Agency should have, at the very least, afforded Mr. Chenyu a hearing on appeal.⁵⁹

[17] In light of those considerations, Bruce J ordered the Agency to add a culturally sensitive enforcement provision to its *Rules*⁶⁰ and quashed the monetary penalties against the Mr. Chenyu.⁶¹

⁵¹ *Ibid* at para 66.

⁵² *Ibid* at para 63.

⁵³ *Ibid* at para 66.

⁵⁴ *Chenyu v Canada (Attorney General)*, 2019 FCA at para 3 [*Federal Court of Appeal Judgment*].

⁵⁵ *Ibid* at paras 5-6.

⁵⁶ *Ibid* at para 8.

⁵⁷ *Ibid* at para 12.

⁵⁸ *Ibid*.

⁵⁹ *Ibid* at para 11.

⁶⁰ *Ibid*.

⁶¹ *Ibid* at para 13.

[18] In the concurring judgement, Chum J held that the *Act* was validly enacted pursuant to the federal government’s powers over fisheries, or trade and commerce.⁶² Section 4 and 5 of the *Rules* were also held to be “manifestly *ultra vires*”, as they represent core aspects to the property and civil rights powers of the provinces.⁶³ Further, sections 1 – 3 were held to be in excess of the Agency’s jurisdiction.⁶⁴ Bruce J’s overall concerns regarding Mr. Chenyu’s lack of hearing on appeal and his penalties were concurred.⁶⁵

Dissenting Judgement

[19] In dissent, Ancre J held that the *Act* was a valid exercise of the federal government’s criminal or fisheries powers.⁶⁶ He agreed with his colleagues however on the administrative law issues.⁶⁷

⁶² *Ibid* at para 15.

⁶³ *Ibid* at para 16.

⁶⁴ *Ibid* at para 17.

⁶⁵ *Ibid* at para 18.

⁶⁶ *Ibid* at para 20.

⁶⁷ *Ibid* at para 21.

PART II – STATEMENT OF RESPONDENT’S POSITION CONCERNING THE POINTS IN ISSUE

[20] This appeal raises the following issues:

1. Is the *Act* a valid exercise of federal legislative power? The answer is no.
2. If the *Act* is *intra vires* the federal government, are the *Rules ultra vires* the Agency’s conferred powers? The answer is yes.
3. If the *Rules* are *intra vires* the Agency’s conferred powers, do they infringe *Charter* rights? The answer is yes.
4. If the *Act* is *intra vires* the federal government, did the Agency carry out a proper consultation process under the *Regulations*? The answer is no.
5. If the *Act* is *intra vires* the federal government, were the Agency’s *Rules* enacted and enforced in a biased manner? The answer is yes.
6. If the *Act* is *intra vires* the federal government, did the Agency improperly deny the Respondent his participatory rights on appeal? The answer is yes.

PART III – ARGUMENTS

Overview

[21] The Respondent and Intervener respectfully request that this Honourable Court dismiss the appeal and declare the *Act ultra vires* the federal government. The *Act* falls within the exclusive jurisdiction of the provincial government by virtue of its property and civil rights powers under section 92(13). Thus, the *Act*'s passing was an unconstitutional exercise of the federal government's legislative powers.

[22] In the alternative, the Respondent and Intervener submit that the *Rules* are *ultra vires*. Sections 1 – 3 were enacted beyond the powers conferred to the Agency. Sections 4 and 5 are also provincial in pith and substance under section 92(13). They were not validly enacted by virtue of the ancillary powers doctrine.

[23] In the further alternative, the Respondent and Intervener submit that the Agency's discretionary actions breach Mr. Chenyu's constitutionally protected 2(a), 2(b), 7, and 15 *Charter* rights. The inflicted infringements do not reflect the proportionate balancing of the *Charter* protections with the statutory objective of the *Act*.

[24] Even if the *Act* is *intra vires* the federal government, the Respondent and Intervener submit that the *Rules* were wrongly enacted after the completion of improper consultation process under section 3 of the *Regulations*. They were also created and enforced by a closed-minded and biased Agency, which dismissed the Respondent's appeal without affording him any share of the participatory rights he was entitled to.

1. La Loi est ultra vires des pouvoirs du gouvernement fédéral

[25] La *Loi* se trouve hors des compétences attribuées au gouvernement fédéral, notamment les pouvoirs des droits criminels et de pêcheries sous les articles 91(17) et

91(12) de la *loi constitutionnelle de 1867*⁶⁸. La *Loi* relève les pouvoirs exclusifs de la province en vertu de son caractère véritable, en particulier la compétence en matière d'article 92(13).

1.1 Le caractère véritable de la *Loi* relève le pouvoir de la propriété et les droits civils des provinces

[26] Cette *Loi* régleme, dans son caractère véritable, le commerce et l'industrie qui concerne les ailerons de requin. C'est-à-dire, régleme l'industrie de ce « bien »⁶⁹. Cette réalité emporte la *Loi* dans les compétences de la province en matière des pouvoir de la propriété et les droits civils. Le caractère véritable est établi en examinant la doctrine de sa matière en cause, en examinant l'objet et ses effets⁷⁰.

[27] La *Loi*, et le discours de M. Xu démontre une tentative déguisée de la *Loi*. La *Loi* a comme objectif « d'éliminer l'amputation des ailerons de requin, en réglementant cette pratique de façon complète, tant aux niveaux national, qu'international »⁷¹. Néanmoins, la preuve extrinsèque, sous forme du discours de M. Xu, membre de l'Agence, soutien l'objectif de réglementer le commerce : « [n]ous avons besoin d'adopter une interdiction fédérale sur la consommation d'ailerons de requin ici, *pour extraire et soustraire toute la rentabilité de cette pratique*, ... Nous devons faire subir à ces commerces le fardeau économique comme des boulets aux pieds, aux mains et au cou. Cette « scrap » commerciale doit *descender* » [nos italiques]⁷². Ce discours démontre que l'objet réelle est

⁶⁸ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 5 [constitution].

⁶⁹ *Jugement de la cour fédérale*, supra note 1 au para 24.

⁷⁰ *R c Morgentaler*, [1993] 3 RCS 463 à la p 481, 107 DLR (4e) 537 [Morgentaler]; *Bande Kitkatla c Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31 aux para 53-4 [Kitkatla].

⁷¹ *Loi sur la protection des requins*, supra note 1 art 5.

⁷² *Jugement de la cour fédérale*, supra note 1 au para 17.

de réglementer les aspects de commerce pour diminuer la viabilité de vendre et produire ce bien, pour rendre cette pratique improfitable.

[28] Les effets juridiques de la *Loi* sont de limiter l'amputation et la vente des ailerons de requins, en plaçant des règles autour des façons acceptables d'utiliser et prendre ces ailerons. Les effets pratiques, c'est-à-dire les effets secondaires de la *Loi*⁷³, sont de réduire les ailerons disponibles pour préparer la soupe à cet effet. Dans le fond, elle limitera le commerce de ces biens par réglementer l'industrie.

[29] La réglementation d'une industrie particulière se trouve dans les compétences de la province en vertu d'article 92(13)⁷⁴. Le caractère véritable de la *Loi* démontre qu'il se trouve sous ce pouvoir. C'est vrai que les principes d'interprétation de la Constitution encouragent le fédéralisme souple⁷⁵. Cependant,

même si la Cour préconise un fédéralisme coopératif et souple, les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences doivent être respectées. Le « courant dominant » du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l'équilibre constitutionnel inhérent à l'État fédéral canadien⁷⁶.

Autrement, l'interprétation de la *Loi* suggéré par le Procureur Général sera le commencement de la désintégration des pouvoirs conférés aux provinces. La Cour d'appel a donc correctement décidé que la *Loi* est *ultra vires* des pouvoirs du gouvernement fédéral⁷⁷.

⁷³ *Kitkatla supra* note 70 au para 54.

⁷⁴ Hogg, Peter W, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd (Toronto: Carswell, 2007) aux pp 21-6 – 7 [*Hogg*]; *Ward c Canada (Procureur Général)*, 2002 CSC 17 au para 43 [*Ward*].

⁷⁵ *Renvoi Relatif À La Loi Sur Les Valeurs Mobilières*, 2011 CSC 66 au para 62 [*Re Valeurs Mobilières*].

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Jugement de la cour d'appel fédérale, supra* note 54 au para 3.

1.2 La Loi n'est pas un exercice valide en vertu des pouvoirs criminels

[30] La Cour d'appel fédérale a bien conclu dans son raisonnement que toutes les composantes requises pour l'exercice du pouvoir en matière criminelle ne sont pas présentes dans la *Loi*⁷⁸. La *Loi* comme telle ne contient aucune prohibition⁷⁹. Les prohibitions sont contenues dans les *Règles*, mais ils ont été promulgués d'un exercice de pouvoirs invalide de l'Agence, comme suggéré plus bas. Ils sont alors *ultra vires* le gouvernement fédéral⁸⁰. Ceci est démontré dans les paragraphes 34 et 35 de ce mémoire. Les appelants concluent qu'une loi n'a pas besoin d'avoir des prohibitions pour un exercice valide de droit criminel⁸¹, et des prohibitions ils peuvent inclure des exceptions⁸², comme les règles qui se trouvent ci-joint. Respectueusement, même si les prohibitions sont considérées valides, ce que nous ne concédons pas, la *Loi* manque un objet criminel, comme exprimé par M. le juge Bruce⁸³. De plus, un exercice de pouvoir en matière de l'article 91(27) ne peut pas réglementer le commerce dans une industrie particulière⁸⁴.

1.3 La Loi n'est pas un exercice valide en vertu des pouvoirs des pêcheries

[31] Le pouvoir concernant les pêcheries contenu dans l'art 91(12) sont vastes, mais elles ne sont pas illimitées⁸⁵. Ce pouvoir doit donc être interprété d'une façon qui respecte la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils⁸⁶. Dans *Ward*, la Cour suprême a trouvé que les règlements en question étaient un exercice valide en vertu d'article

⁷⁸ *Ibid* au para 8.

⁷⁹ *Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 au para 35 [*AHRA*].

⁸⁰ *Règles sur la protection des requins*, *supra* note 30 arts 1 – 3.

⁸¹ *RJR-MacDonald Inc. c Canada (Procureur Général)*, [1995] 3 RCS, 127 DLR (4e) 1 [*RJR*].

⁸² *R c Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS, 151 DLR (4e) 32 [*Hydro*].

⁸³ *Jugement de la cour d'appel fédérale*, *supra* note 54 au para 8.

⁸⁴ *Les Brasseries Labatt du Canada Ltée c Canada (Procureur Général)*, [1980] 1 RCS, 110 DLR (3e) 594 [*Labatt*]; *Ward*, *supra* note 74 au para 43.

⁸⁵ *Ward*, *supra* note 74 au para 42.

⁸⁶ *Ibid*.

91(12), car ils visaient à préserver les pêcheries en tant que ressource économique, et qu'ils étaient essentiellement liés à la protection de la viabilité économique des pêches dans le pays⁸⁷. De plus, la *Loi* doit démontré un lien entre l'activité en cause et le dommage aux pêcheries si le gouvernement fédéral veut réglementer ce bien ⁸⁸. Les faits en l'instance ne supportent pas cette corrélation. M. le juge Pistris, à la Cour fédérale, n'a pas eu accès à la base des statistiques scientifiques sur lesquelles les appelants se sont fié pour déterminer la validité de cette *Loi* ⁸⁹. C'est-à-dire, les faits ne démontrent pas que les requins sont en voie de disparation, ou que l'abatage des requins endommage les pêcheries. De plus, la consommation de la soupe aux ailerons de requin au Canada représente qu'un pourcentage minuscule de la consommation mondiale, qui supporte le fait que la *Loi* est un exercice arbitraire grâce aux pressions des groupes d'écologistes⁹⁰. Le lien essentiel entre la *Loi* et la préservation de cette ressource, ou la protection de la viabilité économique requise n'est pas établi.

1.3.1 Le gouvernement fédéral ne peut pas réglementer les piscines et les requins de M. Brody

[32] Le gouvernement fédéral maintient aucune compétence sur les requins ou les piscines de M. Brody en vertu d'article 91(12). Les provinces maintiennent la compétence de réglementer le commerce des poissons une fois récoltés⁹¹. Notamment, les requins dans les piscines sont des biens comme n'importe quelle, qui se maintient d'une façon autosuffisante. De plus, la « pêche » dans *Morton* est distingué de ceux de M. Brody. M. le juge Bruce a noté que les pêcheries dans *Morton* était directement submergée dans

⁸⁷ *Ibid* au para 49.

⁸⁸ *Fowler c La Reine*, [1980] 2 RCS à la p 226, 113 DLR (3e) 513 [*Fowler*].

⁸⁹ *Jugement de la cour fédérale*, *supra* note 1 au para 23.

⁹⁰ *Ibid* au para 9.

⁹¹ *Morton c British Columbia (Agriculture and Lands)*, 2009 BCSC 136 au para 170 [*Morton*]; *Ward*, *supra* note 74 au para 45.

l'océan⁹². Ici, les piscines se trouvent sur la propriété privée à M. Brody hors de la mer⁹³. Les piscines, et les contenues qui se trouvent là-dans, sont de la propriété privée.

2. Si la Loi est *intra vires*, les Règles sont *ultra vires*

[33] Les articles 1 à 5 de les Règles sont *ultra vires*. Les articles 4 et 5 tentent de réglementer un sujet qui revête du pouvoir exclusivement provincial. De plus, cette ingérence dans un champ de compétence provinciale n'est pas justifiée par la doctrine des pouvoirs accessoires. Les articles 1 à 3 sont promulgués hors de la compétence de l'Agence.

2.1 Les Règles 1 à 3 sont *ultra vires* l'Agence

[34] L'établissement des Règles 1 à 3 fut une action hors de la compétence de l'Agence. Suivant le raisonnement de *West Fraser Mills c British Columbia*, quand une agence administrative utilise leur pouvoir délégué pour promulguer des règles, ce fut un exercice de pouvoirs discrétionnaire⁹⁴. Donc, les principes de *Dunsmuir* appliquent pour déterminer la raisonnable de l'exercice de ces pouvoirs⁹⁵. Même si la norme de la décision raisonnable s'applique, cette question ne se prête pas à une gamme de résultats raisonnables⁹⁶. Soit, l'Agence avait, ou n'avait pas le pouvoir d'y promulguer. Ce n'est pas clair comment l'analyse de *Shoppers Drug Mart Inc c Ontario* se réconcilie avec *West Fraser Mills*⁹⁷. Toutefois c'est évident dans la jurisprudence que l'Agence doit utiliser sa discrétion d'une façon qui respecte les pouvoirs qu'il a été conféré.

⁹² *Jugement de la cour d'appel fédérale, supra* note 54 au para 7.

⁹³ *Morton, supra* note 91 au para 154.

⁹⁴ *West Fraser Mills Ltd c British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22 au para 8 [*West Fraser Mills*].

⁹⁵ *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 [*Dunsmuir v New Brunswick*]; *West Fraser Mills, supra* note 94 au para 10.

⁹⁶ *Bell Canada c 7265921 Canada Ltd.*, 2018 CAF 174 au para 75 [*Bell*].

⁹⁷ *Katz Group Canada Inc. c Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64 [*Katz*]; *West Fraser Mills, supra* note 94.

[35] La *Loi* la permet l'Agence d'adopter des règles qu'ils ont à faire avec « importation, la possession, la distribution et la vente d'ailerons de requin au Canada »⁹⁸. Le principe qu'un pouvoir de réglementer une activité ne confère pas la pouvoir d'y interdire est bien établi dans la jurisprudence⁹⁹. Si une loi veut déléguer le pouvoir d'interdire des activités, il faut explicitement trouver ce langage dans l'article qui confère ces pouvoirs¹⁰⁰. Puisque la *Loi* ne confère pas à l'Agence le pouvoir d'utiliser leur discrétion pour interdire des activités, ce fut un exercice de pouvoir déraisonnable.

[36] Étant donné que les articles 1 à 3 sont *ultra vires*, la *Loi* ne contient pas d'interdiction, et alors ne satisfait pas les composants requis pour un exercice valide en vertu des pouvoirs du droit criminel¹⁰¹.

2.2 Le caractère véritable d'articles 4 et 5 revêtent du pouvoir exclusif de la province

[37] La raisonnement de M. le juge Chum que l'articles. 4 et 5 de les *Règles* excèdent manifestement la compétence de l'Agence doit être atteint¹⁰². L'article 4 impose l'obligation d'y placer une étiquette quand un restaurateur sert la « soupe au fruit de mer »¹⁰³. L'article 5 impose l'obligation de rapporter à l'Agence que ces restaurants conformément avec les *Règles* ¹⁰⁴. Le rapportage, et l'étiquetage revêtent directement de la compétence provinciale en vertu de 92(13), car ils réglementent directement les industries¹⁰⁵.

⁹⁸ *Loi sur la protection des requins*, supra note 1 art 12.

⁹⁹ John Mark Keyes, *Executive Legislation*, 2e éd (Markham: LexisNexis, 2010) aux pp 310-11 [*Keyes*].

¹⁰⁰ *Ibid* aux pp 310-11; *Toronto (City) c Virgo*, [1894] 22 RCS 447 à la p 11 [*Toronto City*]; *West Fraser Mills*, supra note 94 au para 45.

¹⁰¹ *AHRA*, supra note 79 au para 35.

¹⁰² *Jugement de la cour d'appel fédérale*, supra note 54 au para 16.

¹⁰³ *Règles sur la protection des requins*, supra note 30.

¹⁰⁴ *Ibid*.

¹⁰⁵ *Hogg*, supra note 74 à la p 21-9.

2.2.1 La doctrine des pouvoirs accessoires ne s'applique pas

[38] Les articles 4 et 5 des *Règles* ne sont pas suffisamment intégrés au système de la *Loi* pour pouvoir être maintenue comme requis¹⁰⁶. Lorsqu'un régime est globalement valide, mais que certaines de ses dispositions ne le sont pas, celles-ci sont retranchées de la loi¹⁰⁷. Les facteurs utilisés pour l'analyse de la gravité de l'empiètement sur les pouvoirs de les provinces sont : la portée des chefs de compétence en jeu, la nature de la disposition contestée, et finalement si le Parlement a déjà légiféré dans le domaine en cause¹⁰⁸. Même si les pouvoirs en jeu sont des compétences de grande portée, l'empiètement sur les pouvoirs des provinces est encore grave. Les provisions ne soutiennent pas une disposition réparatrice – ils facilitent l'exécution des aspects fondamentaux de la *Loi*¹⁰⁹. Finalement, le gouvernement fédéral n'a pas d'histoire de légiférer dans ce domaine. Les articles 4 et 5 réglementent des aspects de l'industrie de la restauration, et imposent des conséquences sérieuses sur les contraventions. L'analyse de ces facteurs démontrent l'empiètement est d'une nature grave.

[39] Étant donné la nature grave de l'empiètement, un lien de nécessité est requis entre les articles en cause et la *Loi* pour maintenir leurs validités. La *Loi* ne serait pas voué à l'échec sans les dispositions accessoires¹¹⁰. Le rapportage des restaurateurs, et l'étiquetage sur un menu n'est pas nécessaire pour éliminer l'amputation des ailerons de requins.

[40] Si cette honorable cour est de l'avis que l'empiètement n'est pas si grave, nous soumettons que les articles ne démontrent ni le lien requis de façon rationnel et

¹⁰⁶ *General Motors of Canada Ltd c City National Leasing*, [1989] 1 RCS aux pp 666-7, 58 DLR (4e) 255 [GM].

¹⁰⁷ *AHRA*, *supra* note 79 au para 18.

¹⁰⁸ *Ibid* aux pp 671, 673-74; *AHRA*, *supra* note 79 aux paras 127 – 132.

¹⁰⁹ *GM*, *supra* note 106 au p 673.

¹¹⁰ *AHRA*, *supra* note 79 au para 138.

fonctionnel¹¹¹. Ce standard demande que les articles « doivent plutôt jouer, comme telles, un rôle de complément aux autres dispositions du régime, et elles ne peuvent avoir été insérées seulement par souci de commodité »¹¹². Les articles imposent une obligation aux restaurateurs de reporter et d'afficher une étiquette quand ils servent la « soupe de fruits de mer »¹¹³. Ces exigences ne sont pas lié au but d'un régime qui vise à éliminer l'amputation des ailerons de requin¹¹⁴, quand les individus assujettis aux règles peuvent vendre des soupes qui ne contiennent aucun ailerons là-dedans. Dit autrement, les restaurants qui vendent des soupes de fruit de mer, même s'ils ne contiennent pas d'ailerons de requins, sont requis de se conformer avec ces articles. En tant de fonction, article 4 vise à dissuader les individus de consommer les soupes au fruit de mer, et article 5 place une obligation aux restaurateurs de prouver à l'Agence qu'ils conforment avec les articles 1 à 5, qui inclut le rapportage de vente des soupes de fruits de mer¹¹⁵. Savoir si un restaurant serve une soupe qui ne contiens aucuns ailerons de requins n'a pas de lien fonctionnel au régime.

3. Si la Loi et les Règles sont *intra vires*, les articles enfreignent la Charte

[41] Les *Règles* enfreignent les articles 2(a), 2(b), 7, et 15 de la *Charte*¹¹⁶. Ainsi, ces infractions ne sont pas raisonnables sous l'analyse *Doré*¹¹⁷.

¹¹¹ *GM*, *supra* aus pp 667-670.

¹¹² *AHRA*, *supra* note 79 au para 138.

¹¹³ *Règles sur la protection des requins*, *supra* note 30 arts 4, 5.

¹¹⁴ *Loi sur la protection des requins*, *supra* note 1 art 5.

¹¹⁵ *Règles sur la protection des requins*, *supra* note 30 arts 4, 5.

¹¹⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

¹¹⁷ *Doré c Barreau du Québec*, 2012 CSC 12 [*Doré*].

3.1 Les Règles enfreignent l'article 7 de la Charte

[42] Les individus qui violent les *Règles* ont la possibilité d'emprisonnement¹¹⁸. Ceci engage la liberté de la personne, même si l'emprisonnement est seulement une possibilité¹¹⁹. L'engagement de l'article 7 n'est pas d'une manière qui conforme aux principes de justice fondamentale, parce que les *Règles* sont excessives et imprécises.

[43] Les *Règles* sont excessives car ils touchent à des comportements qui n'ont pas de rapport avec leur objet¹²⁰. L'objet de la *Loi*, qui est d'éliminer l'amputation des ailerons de requins¹²¹, n'est pas lié aux articles 4 et 5 de les *Règles*, qui imposent la possibilité d'emprisonnement quand un individu vend la « soupe de fruits de mer ». C'est possible, qu'un restaurateur vend ce genre de soupe, qui n'inclut aucuns ailerons de requin, mais qui serai cependant assujetti aux *Règles* car la soupe contient des fruits de mer. Par exemple, M. Hua a eu une pénalité pour avoir vendu la soupe au fruit de mer qui contient des requins bouledogues¹²². Ce « requin » n'est pas un requin comme tel, mais un poisson de la famille des Cyprinidés¹²³. Ceci est excessive.

[44] De plus, les *Règles* sont imprécises. « Soupe de fruit de mer » tel que trouvé dans les articles 4 et 5 n'est pas un terme définit. L'Agence n'a pas suffisamment délimité la sphère de risque pour que les gens sachent s'ils contreviennent les *Règles*¹²⁴.

¹¹⁸ *Règles sur la protection des requins, supra* note 30 art 21.

¹¹⁹ *R c Malmo-Levine*, 2003 CSC 74 para au para 84 [*Malmo-Levine*].

¹²⁰ *Canada (Procureur Général) c Bedford*, 2013 CSC 72 au para 144 [*Bedford*].

¹²¹ *Loi sur la protection des requins, supra* note 1 art 5.

¹²² *Jugement de la cour fédérale, supra* note 1 au para 51.

¹²³ *Ibid* au para 41.

¹²⁴ *R c Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 RCS à la p 657, 93 DLR (4) 36 [*NS Pharmaceutical*].

3.2 Les Règles enfreignent l'article 2(a) de la Charte

[45] La liberté fondamentale contenu dans l'article 2(b) protège une croyance religieuse ou spirituelle sincère à une pratique ou une croyance ayant un lien avec la religion¹²⁵. La croyance requise pour violer 2(a) a été acceptée par M. le juge Bruce et doit être maintenue¹²⁶. Les croyances de l'intimé et l'intervenant ne sont ni arbitraire, fictive, ou artifice¹²⁷.

[46] Les *Règles* limitent la capacité de l'intimé de se conformer aux pratiques et sa croyance religieuse d'une manière plus que négligeable ou insignifiante¹²⁸. L'intimé consomme la soupe— c'est-à-dire, exerce cette pratique religieuse à tous les jours¹²⁹. Les *Règles* limitent significativement les circonstances auxquels l'intimé peut pratiquer cette communion spirituelle de jour à jour. De plus, les *Règles* impose des conditions qui ne permet pas à l'intimé de participer dans ce pratique sans crainte de représailles, car la possibilité d'emprisonnement est présente¹³⁰. Ceci va évidemment dissuader les gens de participer dans cette pratique religieuse. Ce fait est exacerbé car cette pratique religieuse est particulièrement importante pendant des festivités et des occasions importantes de communauté qui ne sera plus possible grâce au *Règles*¹³¹. La liberté de religion a comme but de protéger les minorités contre la menace de « tyrannie de la majorité »¹³², mais les *Règles* créent précisément cette situation.

¹²⁵ *Law Society of British Columbia c Trinity Western University*, 2018 CSC 32, au para 63 [TWU].

¹²⁶ *Jugement de la cour d'appel fédérale*, supra note 54 au para 10.

¹²⁷ TWU, supra note 125 au para 70.

¹²⁸ *Ibid* au para 63.

¹²⁹ *Jugement de la cour fédérale*, supra note 1 au para 27.

¹³⁰ *R c Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS à la p 336, 18 DLR (4e) 321 [Big M].

¹³¹ *Jugement de la cour fédérale*, supra note 1 au para 27.

¹³² *Big M*, supra note 130 à la p 337.

3.3 Article 4 des Règles enfreignent l'article 2(b) de la Charte

[47] L'obligation d'afficher aux menus que « [i]l est cruel, barbare et non éthique de servir des soupes aux ailerons de requin – s'il-vous-plait considérez un plat alternatif »¹³³ enfreint l'article 2(b) de la *Charte*. Les protections de l'article 2(b) y comprend l'expression commerciale¹³⁴, qui inclut la liberté de ne rien dire¹³⁵.

3.4 Les Actions de L'Agence enfreignent article 15(1) de la Charte

[48] L'Agence a limité leur inspection aux restaurants asiatiques, malgré le fait qu'il existe des restaurants non-asiatiques qui vendent des plats qui contenaient des ailerons de requin¹³⁶. Ceci a créé une distinction fondée sur la base ethnique, qui satisfait la première question de l'analyse d'article 15(1)¹³⁷. Deuxièmement, l'accent est sur l'effet discriminatoire de la distinction¹³⁸. Les *Règles* imposent des circonstances stricte et étroite auquel l'intimé peut préparer et consommer la soupe aux ailerons de requin. Cela veut dire qu'il ne peut pas pratiquer cette expérience culturelle selon les termes de sa croyance. Cette liberté est fondée sur la dignité, qui est intégralement liée à la façon dont un individu se définit¹³⁹. Cela exacerbe l'enfreint.

[49] Les faits qui sous-tendent une demande fondée sur articles 15(1), et 2(b) sont en grande partie identiques¹⁴⁰. Alors, puisque article 2(b) est clairement violé dans l'instance, cela supporte l'enfreint d'article 15(1).

¹³³ *Règles sur la protection des requins*, supra note 30 art 4.

¹³⁴ *RJR*, supra note 81 au para 124.

¹³⁵ *Slaight Communications Inc. c Davidson*, [1989] 1 RCS 1038 à la p 1080, 408 DLR (4e) 165 [*Slaight*].

¹³⁶ *Jugement de la cour fédérale*, supra note 1 aux para 43, 48.

¹³⁷ *Quebec (Procureure Générale) c Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17 au para 26 [*Alliance*].

¹³⁸ *Ibid* au para 28.

¹³⁹ *Big M*, supra note 130 à la p 336; *Syndicat Northcrest c Amselem*, 2004 CSC 47 au para 39 [*Amselem*].

¹⁴⁰ *TWU*, supra note 125 aux para 76-7.

3.5 Les actions de l'Agence son déraisonnable car ils n'attiennent pas la balance proportionnée requise

[50] L'analyse *Doré* n'était pas créée pour des situations de règle de droit d'application générale¹⁴¹. Cependant, *TWU* est clair que quand une décision discrétionnaire administrative fait intervenir une protection de la *Charte*, la cour doit suivre l'analyse de *Doré*¹⁴². Néanmoins, la cour maintient que l'application du test *Doré* offre une protection pareille que l'analyse de *Oakes*, alors l'analyse choisi mène au même résultat¹⁴³.

[51] Les pouvoirs discrétionnaires de l'Agence doivent être exercé « à l'aune des garanties constitutionnelles et des valeurs que comportent celles-ci »¹⁴⁴. Cet restreint fondamental sur l'Agence n'a pas été suivit. Puisqu'il y a des infractions de la *Charte*, il s'agit de déterminer si la décision de l'Agence constitue une mise en balance proportionnée des droits protégés par la *Charte*¹⁴⁵. De plus, les infractions doivent être proportionnées eu égard aux objectifs de la *Loi*¹⁴⁶.

[52] Des règles qui forcent des restaurateurs à exprimer une opinion qui est contre leur dignité n'est pas raisonnable pour éliminer l'amputation des ailerons de requin. Dans les mots de la juge L'Heureux Dubé, « condamner une pratique si essentielle à l'identité d'une minorité vulnérable et protégée sans pour autant faire preuve de discrimination à l'égard de ses membres ni porter atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité »¹⁴⁷. De plus, des règles qui imposent la possibilité d'emprisonnement pour pratiquer une croyance religieuse sincère n'est pas raisonnable. Au surplus, l'obligation de suivre les *Règles* si un

¹⁴¹ *Doré*, *supra* note 117 au para 39.

¹⁴² *TWU*, *supra* note 125 au para 79.

¹⁴³ *Ibid* aux para 79, 82.

¹⁴⁴ *Ibid* au para 57.

¹⁴⁵ *Doré*, *supra* note 117 au para 57.

¹⁴⁶ *TWU*, *supra* note 125 au para 58.

¹⁴⁷ *Ibid* au para 97.

restaurant vend la « soupe au fruit de mer » n'est pas raisonnable, car cette soupe ne contient pas nécessairement des ailerons de requin. Si les groupes culturels et culinaires auraient été consultés, c'est possible que l'Agence aurait pu atteindre la balance proportionnée nécessaire pour éviter ces actions déraisonnables. En l'absence de consultation, tel que décrits plus bas, les actions de l'Agence sont déraisonnable.

4. The Agency Failed to Carry Out a Proper Consultation Process Under the Regulations

4.1 The Validity of the Consultation Process is a Question of Statutory Interpretation

[53] It is an established legal principle that the exercise of legislative power does not import a duty to act fairly.¹⁴⁸ However, one should not confuse the common law duty of fairness with the application of a statutory requirement.¹⁴⁹ When a legislative scheme creates a condition precedent to the enactment of subordinate legislation, the condition must be met in the manner prescribed to be valid.¹⁵⁰ The reasonableness of an administrative body's consultation process,¹⁵¹ where undefined in the scheme, is therefore a question of statutory interpretation. Interpretive principles must be employed to determine "if, in the context of [the] matter, the consultation as required by the Act has occurred."¹⁵²

4.2 The Agency was Required by s. 3 of the Regulations to Meaningfully Consult Cultural and Culinary Groups

[54] The principles of statutory interpretation require that legislative and regulatory provisions be read "in their entire context and in their grammatical and ordinary sense

¹⁴⁸ *Inuit Tapirisat of Canada v Canada (Attorney General)*, [1980] 2 SCR 735 at p 757, 115 DLR (3d) 1.

¹⁴⁹ *Democracy Watch v Canada (Attorney General)*, 2018 FC 1290 at para 77.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Dunsmuir v New Brunswick*, *supra* note 95.

¹⁵² *Democracy Watch v Canada (Attorney General)*, *supra* note 149 at para 77.

harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.”¹⁵³ In this case, the contextualized definition of “consultation” and Parliament’s intention that the meaning of “proper” depend on the Asian culinary community’s meaningful involvement clearly demonstrate the Agency’s failure to reasonably adhere to s. 3 as a condition precedent to the *Rules*.

[55] The word consult “is defined as to seek information or advice; to refer to a person for advice...”.¹⁵⁴ At the very least, consultation “anticipates bi-lateral communication in which the person consulted has the opportunity to question, to receive explanation and to provide comment...”.¹⁵⁵ These definitions indicate that consultation is not a passive undertaking achieved by heeding the (likely previously established) views of those already informed of the legislative process. The term connotes some form of responsibility on the group seeking comment to facilitate consequential action.

[56] A body tasked with conducting a consultation process must seek information to the extent required by the context at hand.¹⁵⁶ Here, Parliament empowered the Agency to implement a novel set of rules under a completely new legislative regime. The broad implications of the *Act* therefore dictate the meaning of s. 3 in terms of breadth of consultation that was required.¹⁵⁷ As such, the words “proper consultation” impose a process that reached beyond those who had already expressed an interest in the matter before it began.¹⁵⁸

¹⁵³ *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 SCR 27 at para 21, 154 DLR (4th) 193.

¹⁵⁴ *Democracy Watch v Canada (Attorney General)*, *supra* note 149 at para 84.

¹⁵⁵ *Gardner v Williams Lake (City)*, 2006 BCCA 307 at para 29.

¹⁵⁶ *Ibid* at para 28.

¹⁵⁷ *Ibid*.

¹⁵⁸ *Federal Court Judgment*, *supra* note 1 at para 22.

[57] The record indicates that Parliament’s decision to promptly create an Agency was informed by its desire to facilitate a “broader consultative process” and “avoid being accused of selective enforcement”.¹⁵⁹ Government statements also show that the decision of whether to impose a complete ban on shark finning was left to the Agency to “allow for “*proper* consultation” with all affected groups, including “cultural and culinary groups”, and to ensure “that any ban would be implemented in a *proper* manner”.¹⁶⁰ These facts demonstrate that Parliament intended that validity of the Agency’s consultation process depend on the meaningful involvement of the Asian culinary community. Given the government’s keen awareness of the *Act*’s polarizing nature, s. 3 must be read to prescribe that any *Rules* created as a result of a process which fails to properly include the group as an “affected stakeholder” be considered *improper*.¹⁶¹

[58] Allowing affected stakeholders the ability to participate in the consultation process under s. 3 of the *Regulations* was one of the Agency’s key responsibilities in effectively carrying out its statutory mandate. A substantial part of this responsibility was ensuring that the Asian culinary community was afforded a *meaningful opportunity*. As held by Saunders JA, “[w]hile the content of any requirement to consult is influenced by the context of the term's use and the circumstances at the time of consultation... the "consultation" conducted must be meaningful; that is, the consulting body must do more than pay lip service to the requirement.”¹⁶²

[59] In this case, the Agency limited their notification process to those who had already expressed an interest in participating in the rule-making process.¹⁶³ The agency made no

¹⁵⁹ *Ibid* para 15.

¹⁶⁰ *Ibid*.

¹⁶¹ *The Shark Protection Regulations*, 2018 [*Shark Protection Regulations*], s 3.

¹⁶² *Gardner v Williams Lake (City)*, *supra* note 155 at para 30.

¹⁶³ *Federal Court Judgment*, *supra* note 1 at para 22.

attempt to specifically contact anyone from the Asian culinary community.¹⁶⁴ As such, the only stakeholders given a meaningful opportunity to participate in the consultation process were environmental and conservation groups.¹⁶⁵ It is therefore the Respondent's position that when an Agency takes positive action to inform one key group of stakeholders — the group most agreeable to its overall goals — about the completion of a consultation process, and takes no positive action to inform the other, the results of the undertaking cannot be considered meaningful. In such circumstances, the creation of a generalized notice on an Agency website accomplishes nothing more than a payment of “lip service to the requirement.”¹⁶⁶

4.3 Section 7 of the *Regulations* Does Not Apply to the Consultation Process as a Whole

[60] Section 7 states that the Agency is not required to notify “interested parties to a hearing or other proceedings” in circumstances “appearing to the Shark Protection Agency to be essential”.¹⁶⁷ When applied in context with other provisions contained under the “Rule-making” heading of the *Regulations*, it is clear that the meaning of “hearing or other proceedings” is not defined to include the consultation process as a whole.

[61] Section 5 provides that the Agency “may hold hearings for the enactment of its rules.”¹⁶⁸ This indicates that the Agency was empowered to take more than one step to secure meaningful feedback during the consultation process. Apart from conducting hearings, the Agency could have employed a myriad of avenues, including interviews, hotlines, surveys, conferences, bilateral meetings, focus groups, advisory boards, comment

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Gardner v Williams Lake (City)*, *supra* note 155 at para 30.

¹⁶⁷ *Shark Protection Regulations*, *supra* note 161, s 7.

¹⁶⁸ *Ibid.*, s 5.

forms and task forces to fulfill its statutory mandate.¹⁶⁹ The inclusion of “other proceedings” in s. 7 should therefore be construed as a way to account for the various forms of feedback the Agency could have obtained to complete its task, rather than the consultation process as a whole. This is especially evident since s. 7 does not use the term “consultation” specifically.¹⁷⁰

[62] Further, s. 6 states that the Agency “may hold hearings for the enforcement of its rules.”¹⁷¹ This suggests that the *Regulations* did not intend “Rule-making” to include only the enactment of the *Rules*. Thus, although the Agency was not required to provide notice to stakeholders for specific hearings or proceedings during the consultation period in this case, it was still required to meaningfully inform those affected by the overall process.

4.4 The Government’s Statements Created a Legitimate Expectation that the Asian Culinary Community Would be Meaningfully Consulted

[63] As referenced above, several official statements had appeared in the news media regarding the intended inclusion of cultural and culinary groups in the government’s consultation process by the time the *Regulations* were in force.¹⁷² These clear and unqualified statements gave rise to a legitimate expectation that the Asian culinary community would be consulted on the proposed *Rules*. As held by Binnie, J:

Where a government official makes representations within the scope of his or her authority to an individual about an administrative process that the government will follow, and the representations said to give rise to the legitimate expectation are clear, unambiguous and unqualified, the government may be held to its word, provided the representations are

¹⁶⁹ Canada, *Guidelines for Effective Regulatory Consultations*, 2007, online: <<https://www.tbs-sct.gc.ca/rtrap-parfa/erc-cer/erc-cer-eng.pdf>>.

¹⁷⁰ *Shark Protection Regulations*, *supra* note 161, s 7.

¹⁷¹ *Ibid*, s 6.

¹⁷² *Federal Court Judgment*, *supra* note 1 at para 15.

procedural in nature and do not conflict with the decision maker's statutory duty.¹⁷³

[64] Although the doctrine of legitimate expectation is “an extension of the rules of natural justice and procedural fairness”,¹⁷⁴ and is therefore generally inapplicable to legislative processes,¹⁷⁵ Courts in other jurisdictions have applied it to “the exercise of rule-making powers, especially when the delegated legislation concerns a defined group most immediately.”¹⁷⁶ Here, the Agency was granted authority to enact the *Rules* based on the notion that it would be better equipped to conduct a proper consultation process and allow a specific group of stakeholders — the cultural and culinary community — the meaningful opportunity to provide input.¹⁷⁷ The statutory condition was therefore imposed with a particular administrative objective typically uncharacteristic of a broad legislative process.

5. The Agency’s *Rules* Were Enacted and Enforced in a Biased Manner

[65] Although they did not expressly argue a reasonable apprehension of bias before the Federal Court, the Respondent and Intervener cannot be said to have “waived” their ability to argue the issue.¹⁷⁸ In accordance with their responsibility to allege bias “at the earliest opportunity”,¹⁷⁹ the parties raised their objection to Mr. Xu’s apparent *animus* on judicial review.¹⁸⁰ As such, this Honourable Court is empowered consider their submissions.

¹⁷³ *Canada (Attorney General) v Mavi*, 2011 SCC 30 at para 68.

¹⁷⁴ *Reference re Canada Assistance Plan (BC)*, [1991] 2 SCR 525 at p 557, 83 DLR (4th) 297.

¹⁷⁵ *Canadian Union of Public Employees v Canada (Attorney General)*, 2018 FC 518 at para 129.

¹⁷⁶ *Apotex Inc v Canada (Attorney General)*, [2000] 4 FC 264 at para 117, 188 DLR (4th) 145.

¹⁷⁷ *Federal Court Judgment*, *supra* note 1 at para 15.

¹⁷⁸ *Canada (Human Rights Commission) v Taylor*, [1990] 3 SCR 892 at para 89, 75 DLR (4th) 577.

¹⁷⁹ *Ibid* at para 89.

¹⁸⁰ *Federal Court Judgment*, *supra* note 1 at para 56.

5.1 Mr. Xu's Prior Statements and Genuine Belief Indicate a Closed-Mind

[66] It is well established that bias at the policy level is determined through use of the “open mind” test.¹⁸¹ This test requires the party alleging the bias to “establish that there is a prejudgment of the matter, in fact, to the extent that any representations at variance with the view, which has been adopted, would be futile.”¹⁸²

[67] The evidence indicates that Mr. Xu was resolute in his disapproval of shark finning well before being appointed to the Agency. On at least one occasion, he expressed that he was “bothered” by the Asian community’s engagement in the practice.¹⁸³ He also opined that industry members should be made to “economically drag a ball and chain on their feet, on their hands and at their neck” for “what happens on a boat in the South China Sea.”¹⁸⁴ These statements continued after his appointment.¹⁸⁵

[68] Mr. Xu’s words not only indicate a particular disdain for the Asian culinary community, but a genuine belief that Canada has a significant role to play in preventing the results of shark finning around the world from passing beyond a “tipping point.”¹⁸⁶ This belief was reflected in the Agency’s press release announcing the *Rules*,¹⁸⁷ which was made despite evidence that Canada’s consumption of shark fin soup is, in reality, “a truly insignificant” portion of the global market.¹⁸⁸ These facts suggest that Mr. Xu was intent on enacting the *Rules* no matter the contradictory evidence brought to his attention, and

¹⁸¹ *Newfoundland Telephone Co v Newfoundland (Public Utilities Board of Commissioners)*, [1992] 1 SCR 623 at para 25, 89 DLR (4th) 289.

¹⁸² *Old St Boniface Residents Assn Inc v Winnipeg (City)*, [1990] 3 SCR 1170 at p 1197, 75 DLR (4th) 385.

¹⁸³ *Federal Court Judgment*, *supra* note 1 at para 17.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid* at para 18.

¹⁸⁶ *Ibid* at para 17.

¹⁸⁷ *Ibid* at para 23.

¹⁸⁸ *Ibid* at para 19.

that any stakeholder feedback from the Asian culinary community would have been ignored at the enactment stage.

5.2 The Agency's Dismissal of the Appeal Suggests a Reasonable Apprehension of Bias

[69] Given the contextual factors surrounding the dismissal of Mr. Chenyu's appeal, it is evident that the Agency exercised its adjudicative functions in a biased manner.

[70] It is clear that the Agency took a special interest in Mr. Brody from the outset of the enforcement process.¹⁸⁹ In exercising its statutory duties, the Agency not only heeded recommendations from conservationists who were "truly provoked" by his operations,¹⁹⁰ but considered conducting "a surprise dawn raid" on his pools.¹⁹¹ During that time, Mr. Xu also referred to members of the Asian culinary community as "commercial scrap"¹⁹² and "butchers".¹⁹³

[71] In light of that evidence, it is no surprise that the Agency dismissed Mr. Chenyu's appeal "virtually instantaneously."¹⁹⁴ In fact, the motivation behind the Agency's decision was evident in its primary reason for dismissal, which unconventionally cited the enactment of the legislation itself as justification that no hearing need take place.¹⁹⁵ In the Respondent's respectful view, it is therefore clear that no reasonable person, "viewing the matter realistically and practically" would conclude that the Agency carried out its adjudicative function in an unbiased manner.¹⁹⁶ The dismissal of Mr. Chenyu's appeal was clearly a pre-determined outcome.

¹⁸⁹ *Ibid* at para 25.

¹⁹⁰ *Ibid* at para 46.

¹⁹¹ *Ibid* at para 47.

¹⁹² *Ibid* at para 17.

¹⁹³ *Ibid* at para 47.

¹⁹⁴ *Ibid*.

¹⁹⁵ *Ibid* at para 50.

¹⁹⁶ *R v S(RD)*, [1997] 3 SCR 484 at para 31, 151 DLR (4th) 193.

6. The Agency Improperly Denied Mr. Chenyu Participatory Rights on Appeal

[72] All administrative bodies owe a duty of fairness in determining the extent of an individual's participatory rights.¹⁹⁷ This ensures public trust in the administrative process by requiring all decision makers to exercise their power in a manner that results in complete, correct and properly considered "findings of fact, conclusions of law, or exercises of discretion."¹⁹⁸ It is well established that the content of the duty will depend on "the specific context of each case".¹⁹⁹ Here, the importance of the decision to the individual affected and the lack of expertise employed by the Agency in dismissing Mr. Chenyu's appeal frame the analysis.

6.1 The Agency Failed to Weigh the Importance to the Individual Affected

[73] Pursuant to *Baker*, individuals greatly impacted by administrative decisions will be afforded higher procedural protections.²⁰⁰ Accordingly, the "more important the decision is to the lives of those affected and the greater its impact on that person or those persons, the more strident the procedural protections will be mandated."²⁰¹ In this case, Mr. Chenyu was facing an administrative monetary penalty of \$10,000 *per* violation.²⁰² Although it is unclear exactly how many violations he incurred in total, it is clear that the amount was not insignificant.

[74] Where the success of a small business in Canada is threatened by the imposition of large punitive penalties, the potential impacts on an owner are inherently profound. It is

¹⁹⁷ *Nicholson v Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 SCR 311 at p 325, 88 DLR (3d) 671.

¹⁹⁸ *Canada (Attorney General) v Mavi*, *supra* note 173 at para 40.

¹⁹⁹ *Knight v Indian Head School Division No 19*, [1990] 1 SCR 653 at p 682, 69 DLR (4th) 489; *Baker v Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 1999 SCC 699 at para 21.

²⁰⁰ *Baker v Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, *supra* note 199 at para 25.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Federal Court Judgment*, *supra* note 1 at para 51.

therefore key that the participatory rights afforded to an owner reflect the importance of the decision to their livelihood as a whole. Here, there is no indication that any proper credence was paid to the importance of the decision to Mr. Chenyu or his business during the appeal process. As such, the Agency improperly dismissed Mr. Chenyu’s case without affording him the participatory rights or written reasons required by the impact of the penalty on his livelihood as a restaurant owner.²⁰³

6.2 The Agency’s Decision Should Not be Afforded Deference

[75] The fifth and final factor in the *Baker* analysis affords deference to an administrative body’s choice of procedure.²⁰⁴ While this is not a determinative component, “important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints”.²⁰⁵ No such deference should be given in this case.

[76] The fifth factor of the *Baker* analysis acknowledges that a “public body may be better positioned than the judiciary in certain matters to render a decision”.²⁰⁶ However, in order for deference to apply, there must be some evidence to indicate that the administrative body “engaged its expertise” in evaluating the appeal.²⁰⁷ Here, there is no such evidence. In fact, the Agency failed to even consider whether or not it had express or implied jurisdiction to evaluate questions of law under the *Act*, a key inquiry it should have undertaken in their first adjudication process. Therefore, the Agency’s decision should be afforded minimal deference for failure to consider an “essential element”.²⁰⁸

²⁰³ *Baker v Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, *supra* note 199 at para 43.

²⁰⁴ *Ibid* at para 27.

²⁰⁵ *Baker v Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, *supra* note 199 at para 27.

²⁰⁶ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48 at para 11.

²⁰⁷ *Ibid*.

²⁰⁸ *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128 at para 79.

PART IV – ORDER SOUGHT AND NAMES OF COUNSEL

[77] The Respondent and Intervener request that the Canadian Court of Justice:

DISMISS the appeal of the Appellants;

DECLARE the *Shark Protection Act* as *ultra vires* the Federal Government of Canada;

UPHOLD the dismissal of monetary penalties against Mr. Chenyu;

WITH COSTS throughout.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED this 4th day of February, 2019.

Manon Landry
Counsel #1 for the Respondent and Intervener

Lynda Rogers
Counsel #2 for the Respondent and Intervener

APPENDIX A: LIST OF AUTHORITIES

LEGISLATION

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituent l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.
Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 5.

JURISPRUDENCE

Apotex Inc v Canada (Attorney General), [2000] 4 FC 264, 188 DLR (4th) 145.
Bande Kitkatla c Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture), 2002 CSC 31.
Baker v Canada (Minister of Citizenship & Immigration), 1999 SCC 699.
Bell Canada c 7265921 Canada Ltd., 2018 CAF 174.
Canada (Attorney General) v Mavi, 2011 SCC 30.
Canada (Human Rights Commission) v Taylor, [1990] 3 SCR 892, 75 DLR (4th) 577.
Canada (Procureur Général) c Bedford, 2013 CSC 72.
Canadian Union of Public Employees v Canada (Attorney General), 2018 FC 518.
Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v Lafontaine (Village), 2004 SCC 48.
Democracy Watch v Canada (Attorney General), 2018 FC 1290.
Doré c Barreau du Québec, 2012 CSC 12.
Dunsmuir c Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9.
Fowler c La Reine, [1980] 2 RCS, 113 DLR (3e) 513.
Gardner v Williams Lake (City), 2006 BCCA 307.
General Motors of Canada Ltd c City National Leasing, [1989] 1 RCS, 58 DLR (4e) 255.
Inuit Tapirisat of Canada v Canada (Attorney General), [1980] 2 SCR 735, 115 DLR (3d) 1.
Katz Group Canada Inc. c Ontario (Santé et Soins de longue durée), 2013 CSC 64.
Knight v Indian Head School Division, [1990] 1 SCR 653, 69 DLR (4th) 489.
Law Society of British Columbia c Trinity Western University, 2018 CSC 32.
Les Brasseries Labatt du Canada Ltée c Canada (Procureur Général), [1980] 1 RCS, 110 DLR (3e) 594.
Morton c British Columbia (Agriculture and Lands), 2009 BCSC 136.
Newfoundland Telephone Co v Newfoundland (Public Utilities Board of Commissioners), [1992] 1 SCR 623, 89 DLR (4th) 289.
Nicholson v Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, [1979] 1 SCR 311, 88 DLR (3d) 671.
Old St. Boniface Residents Assn Inc v Winnipeg (City), [1990] 3 SCR 1170, 75 DLR (4th) 385.
Quebec (Procureure Générale) c Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, 2018 CSC 17.
R c Big M Drug Mart Ltd, [1985] 1 RCS, 18 DLR (4e) 321.
R c Hydro-Québec, [1997] 3 RCS, 151 DLR (4e) 32.
R c Malmo-Levine, 2003 CSC 74.
R c Morgentaler, [1993] 3 RCS 463, 107 DLR (4e) 537.

R c Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 RCS, 93 DLR (4) 36.
Reference re Canada Assistance Plan (BC), [1991] 2 SCR 525, 83 DLR (4th) 297.
Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée, 2010 CSC 61.
Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières, 2011 CSC 66.
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re), [1998] 1 SCR 27, 154 DLR (4th) 193.
RJR-MacDonald Inc. c Canada (Procureur Général), [1995] 3 RCS, 127 DLR (4e) 1.
R v S (RD), [1997] 3 SCR 484, 151 DLR (4th) 193.
Slaight Communications Inc. c Davidson, [1989] 1 RCS 1038, 408 DLR (4e) 165.
Syndicat Northcrest c Amselem, 2004 CSC 47.
Toronto (City) c Virgo, [1894] 22 RCS 447.
Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General), 2017 FCA 128.
Ward c Canada (Procureur Général), 2002 CSC 17.
West Fraser Mills Ltd c British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal),
2018 SCC 22.

SECONDARY MATERIAL

Hogg, Peter W, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd (Toronto: Carswell, 2007).
John Mark Keyes, *Executive Legislation*, 2e éd (Markham: LexisNexis, 2010).

OTHER SOURCES

Canada, *Guidelines for Effective Regulatory Consultations*, 2007, online:
<<https://www.tbs-sct.gc.ca/rtrap-parfa/erc-cer/erc-cer-eng.pdf>>.