

JUDICIAL REVIEW OF RULEMAKING

Douglas Sarro*

ABSTRACT

Recently, there has been a push for courts to review rules made by the executive for substantive reasonableness. While reasonableness review may foster better-informed regulation, it also risks giving vested interests disproportionate influence over rulemaking. By flooding rulemakers with analyses emphasizing regulation's costs and uncertainties about its benefits, to which rulemakers must then respond so as to survive reasonableness review, these interests can slow down and frustrate regulation designed to benefit the public. Courts could mitigate this risk, however, by applying reasonableness review in a way that recognizes the uncertainty that attends the rulemaking process—including the limits it imposes on rulemakers' ability to refute alternative analyses of new rules' likely costs and benefits. This does not mean acquiescing in arbitrary decision-making. To the extent rules' effects are uncertain at adoption, courts can encourage rulemakers to revisit these rules post-implementation. Properly

* Assistant Professor, University of Ottawa Faculty of Law, Common Law Section. Many thanks to Matthew Lewans, Jonathan Chan, Oren Tamir, and the anonymous reviewers, as well as participants in the 2023 Canadian Law and Economics Association conference and workshops at the University of Ottawa and CFA Societies Canada, for comments on previous drafts, and to Alexander Hnatovsky for excellent research assistance. Mistakes are mine.

Note: This article was accepted for publication before the hearing and release of *Auer v Auer*, 2024 SCC 36 and *TransAlta Generation Partnership v Alberta*, 2024 SCC 37. Beyond certain updates to citations, the article has not been revised to reflect these or other judicial developments subsequent to its acceptance.

© Douglas Sarro 2025

Citation: (2025) 70:1 McGill LJ 53 — Référence : (2025) 70:1 RD McGill 53

This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons License CC-BY-ND (<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>).

designed, reasonableness review can foster informed regulation that responds to new evidence and is less easily diverted from public-oriented objectives.

* * *

RÉSUMÉ

Récemment, des pressions ont été exercées pour que les tribunaux examinent les règles édictées par l'exécutif sous l'angle de leur caractère raisonnable sur le fond. Si le contrôle du caractère raisonnable peut favoriser une réglementation mieux informée, il risque également de conférer aux intérêts en place une influence disproportionnée sur l'élaboration des règles. En inondant les législateurs d'analyses soulignant les coûts de la réglementation et les incertitudes quant à ses avantages, auxquelles les décideurs administratifs doivent ensuite répondre afin de survivre au contrôle du caractère raisonnable, ces intérêts peuvent ralentir et faire échouer la réglementation conçue pour le bien du public. Les tribunaux pourraient toutefois atténuer ce risque en appliquant le contrôle du caractère raisonnable d'une manière qui reconnaisse l'incertitude qui accompagne le processus d'élaboration des règles, y compris les limites qu'il impose à la capacité des décideurs à réfuter les analyses alternatives des coûts et avantages probables des nouvelles règles. Cela ne signifie pas qu'il faille accepter des décisions arbitraires. Dans la mesure où les effets des règles sont incertains au moment de leur adoption, les tribunaux peuvent encourager les décideurs à réexaminer ces règles après leur mise en œuvre. Correctement conçu, le contrôle du caractère raisonnable peut favoriser une réglementation éclairée qui répond aux nouvelles données et qui est moins facilement détournée des objectifs publics.