

Of the opinion that section 92(11) contemplates a functional restriction are McNairn¹⁵, Letroy¹⁶, and Fiegel¹⁷. The history of S.91(11) favours this view. The original wording of the item in the Quebec resolutions was in these terms: "The Incorporation of private or local companies, except such as relate to matters assigned to the General Parliament".¹⁸ The intention to preclude the provinces from incorporating companies whose activities would be subject to federal regulatory control is obvious.

Whatever the merits of this controversy it is somewhat beside the point when the question is whether the province may incorporate a company with the object or purpose of banking; and this because section 91(15) confers on the Dominion authority to incorporate banks, and the respective powers of Dominion and provinces are mutually exclusive. Thus, while it may be a tenable proposition that the provinces can incorporate, say, navigation or shipping companies, S.91(10) notwithstanding, but subject to relevant federal legislation, it is otherwise in respect of banking institutions. Only the Dominion can authorize the incorporation of banks. That this is the opinion of the Federal Department of Justice is evident from the following exchange between Mr. Cameron, a member of the House of Commons Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs, and Mr. J. W. Ryan, a representative of the Department of Justice:¹⁹

Mr. Cameron: Would not that [S.91(15)] imply that unless an individual, or a corporation, has the authority of the Parliament of Canada it cannot enter into the business of banking.

Mr. Ryan: So far as the body corporate is concerned that would be clearly so, because of the incorporation of banks. You would have to have an incorporation for that purpose and that would be within Parliament's jurisdiction. Therefore, no province for instance could legislate for the incorporation of banks.

It is submitted, with respect, that the decision of Murphy J. in the *Dominion Trust* case was wrong.

In order to make the banking power a meaningful grant of legislative authority, it may be necessary to amend the B.N.A. Act. There are judicial pronouncements to contradict each of the propositions which, in this writer's view, must hold if the pattern of legislative responsibility is to reflect economic reality and the intentions of the framers of the Constitution. Those propositions are as follows:

- (1) Only the Dominion can incorporate "banks" or authorize the incorporation of "banks"
- (2) In deciding whether an institution is a "bank", functional considerations only are relevant; considerations of form are not.
- (3) The distinctive function of "banking" may be performed without issuing liabilities which serve as means of payment.

aucun des rôles tenus par les banques. Autrement dit, certaines fonctions sont propres aux banques tandis que d'autres conviennent à toutes sociétés financières. Une entreprise bancaire peut être menée sans accomplir toutes les fonctions d'institution appelée «banque», et les institutions peuvent accomplir quelques-unes des fonctions des «banques» sans toutefois mener une entreprise bancaire. Ce raisonnement a permis à la cour d'appel du Manitoba de soutenir dans *R. Bergethler Waisenamt*⁷ que la province peut constituer en société des institutions qui ne reçoivent pas de dépôts susceptibles d'être retirés sous forme de chèque. Bien que les principes généraux énoncés par le cour sont probablement solides, je ne suis pas tout à fait d'accord avec la proposition qui dit que recevoir de l'argent pouvant être retiré sous forme de chèque est propre aux banques. Pour l'économiste, la distinction absolue entre banque et autre intermédiaire basé sur la nature monétaire des obligations des précédentes est arbitraire et a peu de valeur analytique. Du point de vue de d'influence sur l'activité économique. La nature monétaire des responsabilités des banques est d'un intérêt limité. En outre, il existe des cas où, à la faveur d'une décision non constitutionnelle, on a soutenu qu'une société exerçait des affaires bancaires bien qu'elle n'émettait aucun chèque et ne tenait aucun compte courant mais ne faisait que donner des récépissés de dépôts remboursables sur avis⁸; ou encore ne faisait que tenir des comptes d'épargnes d'où les déposants pouvaient retirer leur argent sur demande ou sur avis et non par chèque.⁹

Implicitement contenue dans la cause *Bergethler* se trouve la proposition à l'effet qu'une province ne saurait créer des institutions dotées du pouvoir de se livrer à des opérations qui s'apparentent essentiellement aux opérations bancaires. Cette proposition fut rigoureusement renforcée dans la cause de *La Caisse populaire Notre-Dame Limitée contre Moyen*¹⁰ alors que la cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan jugea que la *Credit Union Act* était une loi provinciale valablement votée. Voici le raisonnement du tribunal. Il n'y a aucun «domaine général» ou «domaine» d'affaires bancaires où le gouvernement provincial ne saurait se produire. Ainsi, si une institution ne saurait être une banque à moins d'être autorisée à faire les opérations qui sont essentielles aux affaires bancaires, il ne faudrait pas en conclure qu'une institution est nécessairement banque parce qu'elle est autorisée à faire ses opérations qui sont essentielles aux affaires bancaires. Une institution provinciale peut donc faire les opérations bancaires distinctives relevant de la «substance» de la loi autorisant et il ne s'agirait pas là d'une opération bancaire mais d'une question sur laquelle les provinces ont compétence en vertu des catégories exposées à l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Tant qu'il n'y a pas conflit avec la Loi sur les banques du Dominion, tant qu'il n'y a pas d'empiètement avec les banques, une province peut établir les institutions pour faire tout ce que font les banques. si ce faisant, les provinces poursuivent un objectif provincial valide. Même si une coopérative de crédit accepte des dépôts sujet à retraits par mandats négociables, ce n'est pas une banque mais une société coopérative locale destinée à promouvoir l'économie parmi ses membres et offrir un crédit à ses membres à des taux d'intérêt raisonnable.

⁷ (1949) 1 W.W.R. 323.

⁸ *Re Shields Estate* (1901) 1 I.R. 172.

⁹ *Re Bottom gate Industrial Co-operative Society* (1891)

65 L.T. 712.

¹⁰ (1967) 59 W.W.R. 129.

¹⁵ *Transportation, Communication and the Constitution* (1969) 47 Can. Bar Rev. 355 at 361 n. 37.

¹⁶ *Canada's Federal System* 472 (1913).

¹⁷ *Constitutional Aspects of Canadian Companies* in Ziegel (ed.) *Studies in Canadian Company Law* 188-190.

¹⁸ Pope, *Confederation Documents* 47 (1895).

¹⁹ Hearings before the Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs, No. 18, 902 (1966) [emphasis added].