

ba Court Appeal to hold in *Re Bergethler Waisenamt*⁷⁴ that the province can incorporate institutions which do not receive deposits capable of being withdrawn by instruments in the nature of cheques. While the general principles announced by the Court are probably sound, I cannot agree with the proposition that receiving money to be withdrawn by cheque is essential to banking. To the economist the absolute distinction between banks and other intermediaries based on the monetary nature of the former's debt obligations is arbitrary and has little analytic value. From the standpoint of impact on economic activity the monetary nature of bank liabilities is of limited interest. Beyond that there are cases, albeit non-constitutional adjudications, in which a company was held to carry on the business of banking even though it issued no cheques and kept no current accounts but only issued deposit receipts, repayable on notice⁷⁵; or only kept deposit accounts from which the depositors could withdraw their money on demand or on notice and not by cheque.⁷⁶

Implicit in the *Bergethler* case is the proposition that a province cannot create institutions with the power to perform operations which are of the essence of banking. This proposition was severely qualified in *La Cause Populaire Notre Dame Ltee v. Moyen*⁷⁷ where the Saskatchewan Court of Queen's Bench found the *Credit Union Act* to be validly enacted provincial legislation. The line of reasoning adopted by the Court was as follows. There is no "general area" or "domain" of banking which provincial legislatures may not enter. Thus, while an institution cannot be a bank unless it is authorized to do that which is essential to banking, it does not follow that an institution is necessarily a bank because it is authorized to do that which is essential to banking. Therefore, a provincial institution may perform the distinctive banking function of the "pith and substance" of the authorizing legislation and this is not banking but some matter over which the provinces have jurisdiction by virtue of the enumerations in S.92 of the B.N.A. Act. So long as there is no conflict with the banking legislation of the Dominion and no interference with banks, a province may establish institutions to do whatever banks do, if the province is acting in pursuance of a valid provincial object. Though a credit union may accept deposits subject to withdrawal by negotiable order, it is not a bank but a local, cooperative society designed to promote thrift among its members and to provide credit to its members at reasonable rates of interest.

It can hardly be doubted that banks and credit unions are different types of organization: credit unions are service organizations operating for the benefit of their members; banks are capitalist institutions operating for the benefit of their owners. However, the appropriate criterion by which to measure the scope of section 91(15) is not form, but function. Surely, Parliament was given jurisdiction in respect of banking not because banks traditionally are capitalist, non-specialized and public institutions, but because banks made some peculiar contribution to the functioning of the economic system. If an institution performs the distinctive banking function it is a part of the banking system irrespective of the form of

provincial; dans la Loi sur les corporations du Canada⁷⁴ que la Loi sur les sociétés de l'Alberta⁷⁵ prévoit «des parts de fonds mutuel», parts qui exigent que la compagnie accepte de les livrer à la demande du détenteur. A la fin de 1965, il y avait environ 21 fonds mutuels constitués en sociétés en vertu de la Loi sur les corporations fédérales, avec un total d'environ 1.5 milliard d'actif.⁷⁶ Il y avait environ 16 fonds mutuels constitués en sociétés en vertu des lois concernant les sociétés des provinces avec un actif total d'environ 107 millions de dollars.⁷⁷ Il n'y a pas de législation canadienne spéciale concernant les fonds mutuels. Si un fonds mutuel offre des parts au public dans une province, il doit remplir un prospectus en vertu de la Loi provinciale sur les valeurs. La Loi sur les valeurs de l'Alberta, de 1967⁷⁸ réclame le dépôt d'une formule spéciale de prospectus lorsque les valeurs d'une société d'investissement sont offertes au public. La loi exige que l'on révèle les états financiers de toutes les sociétés fédérale et extra-provinciale et prévoit à l'article 129 qu'une société de fonds mutuels ou une société d'investissement doit fournir une déclaration des changements dans les actifs nets au lieu d'une déclaration de la source et de la demande de fonds. D'une manière assez étrange, les exigences de la Loi sur les sociétés de l'Alberta, concernant ces révélations, ne contiennent aucune disposition spéciale en ce qui concerne les fonds mutuels.

Le Comité gouvernemental qui étudie les fonds mutuels a signalé, en 1969, qu'une loi spéciale régissant le fonctionnement des fonds mutuels est essentielle.⁷⁹

Une telle loi devrait refléter le fait qu'une société de fonds mutuels de placements présente plus les caractéristiques qu'une institution financière que celle d'une corporation industrielle ordinaire et qu'elle exige des règlements similaires à ceux que l'on trouve appropriés aux institutions financières. En fait, les réalités économiques de l'industrie des fonds mutuels de placements font penser sa réputation serait un exercice approprié du pouvoir bancaire du parlement et non pas tout administrateur provincial. L'appui à cette proposition est exprimé implicitement dans l'analyse suivant:⁸⁰

...la position de l'investisseur de fonds mutuels de placements ressemble plus à celle d'un déposant bancaire qu'à celle d'un actionnaire ou autre genre de corporations. Sa position diffère de celle d'un déposant bancaire dans le fait qu'il peut retirer des sommes au *pro rata* de la piste plutôt qu'une somme fixe. A cause de ces différences, la position de l'investisseur de fonds mutuels de placements est celle d'un détenteur d'actions plutôt que celle d'un créateur. Toutefois, la réalité économique de sa position est à distance celle d'un déposant. Il y a d'autres intermédiaires dans lesquels les déposants sont légalement actionnaires mais se comportent et sont traités en tant que déposants, notamment dans le cas de coopératives de crédit, de caisses populaires et (aux États-Unis) les détenteurs d'actions d'épargnes et de prêts.

⁷⁴ S.R.C. 1952, c. 53 modifié, art. 12A.

⁷⁵ R.S.A. 1970, chapitre 60, article 71.

⁷⁶ Williamson, *Mutual Funds* in Ziegel (ed.), *Studies in Company Law* 454 (1967).

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ S.A. 1967, chapitre 76.

⁷⁹ Rapport n° 16 du Comité canadien sur les fonds mutuels et les contrats d'investissement (1969).

⁸⁰ Quirin and Walters, *Une étude de l'Industrie canadienne des fonds mutuels de placements*, document I, 6 (1969).

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.