

and if the provinces were allowed to incorporate provincial banks with the rights properly and necessarily belonging to a bank, the whole subject of banking would have been left in inextricable confusion. And so far from having a national system of banking today... we would have a series of systems.

It is my contention that the subject of banking has become one of inextricable confusion and that this country now has a series of banking systems. The traditional contrast between American and Canadian banking, designed to illustrate the homogeneity of the latter and the haphazard nature of the former, is no longer valid. In the field of financial intermediation, the manifest objects of the confederating statute appear to have been frustrated.

Banking: A Conceptual spectrum

There is no doubt about which level of government has control over banks and banking in Canada. The source of confusion is to be found rather in the lack of a clear concept of the banking function. What exactly is it over which the federal Parliament has power? It must be remembered that "the question is not what was the extent and kind of business actually carried on by banks in Canada in 1867, but what is the meaning of the term itself in the Act".³ Nor is it meaningful to adopt a definition of banking which is merely descriptive of the functions of those institutions which we at present happen to call banks. Banking can be either a broad term or a very narrow one; no single, universally accepted definition can be found in the literature of economics or the opinions of the courts. The following analysis offers a number of conceptions of banking and indicates what types of institution are embraced or excluded by each. Attention is focused on a number of variables—function, legal relationship with customers, economic effects of operation, and technique. The constitutional implications of the analysis are clear: there is no realistic conception of banking which includes *only* federally chartered institutions and excludes *all* institutions provincially incorporated and regulated. Many provincially incorporated organizations carry on what appear to be banking functions, but are not called banks nor are they subject to federal control. It is one thing to concede that there are difficulties in attributing a precise meaning to the terms of the B.N.A. Act, it is totally another to say that those terms have no meaning.

It is well to note that I am here advocating an approach which has been rejected in Australian constitutional jurisprudence. In the famous *Banking Case*⁴, Dixon J. said that whatever might be the indispensable characteristics of banking, for constitutional purposes "they should be sought rather in the relations between banks and those who use them than in a more abstract consideration of the true economic nature of the contribution made by banking to the monetary system and public finance of a country by banks".⁵ With respect, I cannot agree. Surely "banking" is entrusted to the Dominion

La raison évidente pour laquelle la Constitution en corporation des banques relève du Dominion et n'ont pas des provinces est que toute l'affaire des banques, et de leurs auxiliaires, a été attribuée au Dominion et si les provinces avaient le droit de constituer en corporation des banques provinciales en tenant compte des droits d'une banque, toute la question des banques aurait été laissée dans un état de confusion inexplicable. Pour ce qui est d'avoir un système bancaire national aujourd'hui... nous aurions une série de systèmes.

A mon avis, la question des banques est très confuse et notre pays a maintenant une série de systèmes bancaires. Le contraste traditionnel entre le système bancaire américain et canadien, conçu pour illustrer l'homogénéité de ce dernier et la nature confuse de ce premier, n'est plus irréfutable. Dans le domaine des intermédiaires financiers, les objectifs manifestes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique semblent avoir échoué.

Le système bancaire: une gamme de concepts

Il n'est pas difficile d'établir à quel palier du gouvernement se fait le contrôle des banques et des systèmes bancaires au Canada. La confusion vient plutôt du fait qu'il n'existe pas de définition précise de la fonction des institutions bancaires. Sur quoi au juste le Parlement fédéral a-t-il des droits? Il faut se rappeler que «la question n'était pas de savoir l'étendue et le genre d'affaires qu'entreprenaient les banques au Canada en 1867, mais de savoir plutôt le sens du terme lui-même dans l'Acte». ³ Il n'est pas utile, non plus, d'adopter une définition de la fonction des institutions bancaires qui ne serait qu'une simple description des fonctions des institutions que nous appelons à l'heure actuelle banques. L'expression système bancaire peut avoir un sens plus ou moins défini; aucune définition qui ne soit universellement acceptée ne peut être trouvée dans des documents relatifs à l'économie ou dans les opinions des cours. L'analyse suivante offre plusieurs concepts du système bancaire et indique le genre des institutions que peut mentionner chacune des acceptions. L'accent a été porté sur un nombre de variables, fonctions, relations juridiques avec les clients, influence économique des services et la technique. Les implications constitutionnelles de cette analyse sont précises: Il n'existe pas de concept réaliste du système bancaire qui comprend *seulement* les institutions fédérales à charte et exclut *toutes* les institutions provinciales constituées en corporations et réglementées. Bon nombre d'organismes provinciaux constitués en corporations sont des fonctions qui semblent être des fonctions bancaires, mais n'ont pas le nom de banques et ne sont pas soumis au contrôle fédéral. C'est une chose que d'accepter qu'il y ait des difficultés dans l'attribution d'un sens précis aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, mais c'est autre chose que de dire que ces termes n'ont pas de sens.

Il serait bon de noter que je préconise ici une méthode qui a été rejetée dans la jurisprudence constitutionnelle de l'Australie. Dans le célèbre *Banking Case*⁴ J. Dixon a dit que quelles que soient les caractéristiques indispensables d'un système bancaire, pour des raisons d'ordre constitutionnel «elles devraient exister dans les relations

³ Reference re Alberta Bill of Rights Act (1947) 4 D.L.R. 1 at 9.

⁴ *Bank of New South Wales v. Commonwealth* (1948)

⁵ *Id.* at 335.

³ La déclaration des droits de l'homme de l'Alberta (1947) 4 D.L.R. 1 page 9.

⁴ *Bank of New South Wales contre Commonwealth* (1948) 76 C.L.R. 1.