

La responsabilité de l'administrateur : responsabilité morale, mais également juridique

Joseph Blain and J.R.M Wilson

Volume 36, Number 1, 1968

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1103628ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1103628ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Blain, J. & Wilson, J. (1968). La responsabilité de l'administrateur : responsabilité morale, mais également juridique. *Assurances*, 36(1), 41–72. <https://doi.org/10.7202/1103628ar>

Article abstract

La responsabilité de l'administrateur envers les actionnaires, le public et le personnel de l'entreprise a été à peu près ignorée jusqu'ici. Le risque existe, cependant, soit qu'il découle des actes du mandataire ou du fiduciaire – selon la conception que l'on a du rôle de l'administrateur – soit qu'il soit établi par la loi. Dans les deux cas, l'administrateur peut être tenu responsable de ses actes, de ses omissions ou de ses négligences envers l'entreprise.

Le sujet nous paraissant intéressant, nous présentons à nos lecteurs trois études. La première précise la responsabilité des administrateurs de sociétés commerciales, établi par le Code civil ou par les lois fédérales et provinciales dans la province de Québec. La seconde, faite par un expert-comptable, analyse à la fois la responsabilité du vérificateur nommé par les actionnaires à l'assemblée générale et celle des membres du Conseil pour leur gestion.

Dans un troisième texte, on présente : a) la jurisprudence qui, aux États-Unis, a établi la responsabilité de l'administrateur dans l'exercice de ses fonctions; b) une analyse de deux livres qui, au Canada, étudient les engagements de l'administrateur de sociétés.

Ainsi, le lecteur pourra juger d'une situation de fait, même si les intéressés ne s'en préoccupent pas encore suffisamment dans notre pays. Beaucoup ont l'impression que faire partie d'un conseil d'administration n'implique qu'une présence : tout étant décidé par un groupe majoritaire. S'ils ont raison presque toujours, la pratique se charge parfois de leur rappeler la dure réalité. Puissent ces textes rédigés dans un esprit de collaboration leur apporter des indications générales et d'application pratique. G.P.

La responsabilité de l'administrateur: responsabilité morale, mais également juridique

La responsabilité de l'administrateur envers les actionnaires, le public et le personnel de l'entreprise a été à peu près ignorée jusqu'ici. Le risque existe, cependant, soit qu'il découle des actes du mandataire ou du fiduciaire — selon la conception que l'on a du rôle de l'administrateur — soit qu'il soit établi par la loi. Dans les deux cas, l'administrateur peut être tenu responsable de ses actes, de ses omissions ou de ses négligences envers l'entreprise.

41

Le sujet nous paraissant intéressant, nous présentons à nos lecteurs trois études. La première précise la responsabilité des administrateurs de sociétés commerciales, établi par le Code civil ou par les lois fédérales et provinciales dans la province de Québec. La seconde, faite par un expert-comptable, analyse à la fois la responsabilité du vérificateur nommé par les actionnaires à l'assemblée générale et celle des membres du Conseil pour leur gestion.

Dans un troisième texte, on présente: a) la jurisprudence qui, aux États-Unis, a établi la responsabilité de l'administrateur dans l'exercice de ses fonctions; b) une analyse de deux livres qui, au Canada, étudient les engagements de l'administrateur de sociétés.

Ainsi, le lecteur pourra juger d'une situation de fait, même si les intéressés ne s'en préoccupent pas encore suffisamment dans notre pays. Beaucoup ont l'impression que faire partie d'un conseil d'administration n'implique qu'une

présence: tout étant décidé par un groupe majoritaire. S'ils ont raison presque toujours, la pratique se charge parfois de leur rappeler la dure réalité. Puissent ces textes rédigés dans un esprit de collaboration leur apporter des indications générales et d'application pratique. G.P.

42 **I — De la responsabilité des administrateurs de sociétés commerciales, financières ou industrielles**, par Joseph Blain, C.R.

La présente étude porte sur la responsabilité des administrateurs de sociétés à responsabilité limitée, poursuivant des fins commerciales ou industrielles. Cela élimine les personnes remplissant des fonctions analogues au sein des corporations sans but lucratif. N'y entrent pas non plus, ceux qui dirigent les corporations ecclésiastiques ou séculières prévues par le code civil et dont les fins sont d'ordre public ou semi-public et normalement sans visées lucratives. En somme, nous étudions ici le cas de personnes appelées à gérer les affaires de ces entités juridico-économiques qui, depuis le début du siècle, ont supplanté chez nous dans une large mesure, le type familial ou individuel de l'entreprise.

Sans nous laisser aller à des lieux communs, il sied peut-être de dire que la société ou corporation est un être moral ou fictif créé par la loi dont la vie se manifeste par le truchement d'organes qui sont ses actionnaires et ses administrateurs. Ce qui importe de ne jamais oublier, c'est que cette entité juridique qu'est la société, la loi lui a imposé des structures et des modes de vie propres. C'est dans la méconnaissance des règles qui doivent présider à sa destinée que résident dans une large mesure les germes de responsabilité que nous examinerons tantôt plus à fond. Répétons, cependant, qu'une société doit vivre suivant la forme corporative, et c'est ce que trop d'hommes d'affaires appelés à siéger au conseil de ces sociétés oublient, s'exposant ainsi à toutes sortes

d'ennuis. Le corps principal de cette société, cela va de soi, est constitué par ses actionnaires. Cette participation dans l'entreprise leur réserve le droit d'intervenir dans la détermination de certaines décisions, mais en vérité, si en dernier ressort ils sont les maîtres, c'est aux administrateurs, leurs élus, que revient la responsabilité de la gestion immédiate.

Et nous voilà en face de ce conseil d'administration appelé à agir au nom et pour le compte de la compagnie. L'exercice de la fonction d'administrateurs réserve à ce dernier des pouvoirs négatifs et positifs, mais l'expose aussi à des responsabilités qui peuvent naître à l'occasion de pareil exercice comme découlant des principes généraux du droit et aussi d'un exercice non conforme aux dispositions ou exigences d'ordre statutaire. 43

Avant d'aller plus loin, il convient peut-être de nous demander quelle est, en vérité, la nature juridique de la fonction d'administrateur. La loi ne définit pas ce qu'elle est. Les auteurs et la jurisprudence ne sont pas en accord parfait à ce sujet. Tantôt, on soutient que les administrateurs sont des mandataires de la compagnie, et tantôt, d'autres prétendront qu'ils sont en vérité des fiduciaires de la compagnie. Il ne s'agit pas pour l'instant d'examiner les prétentions respectives des tenants de ces opinions nuancées. Quel que soit le caractère qu'on attribue au titulaire, la fonction, suivant qu'elle est exercée ou non en accord avec les règles de droit qui la régissent, peut engendrer des responsabilités.

Un mot d'abord des pouvoirs négatifs des administrateurs, c'est-à-dire de ceux dont l'exercice est interdit parce que la loi ne leur accorde pas, ou encore parce que la loi les prohibe. En bref, il s'agit ici de nier aux administrateurs le droit d'outrepasser les pouvoirs de la compagnie et ceux qui leur ont été conférés par la loi. En vérité, si l'administrateur est élu

44 par les actionnaires, son autorité provient de la loi. Sa qualité de mandataire ou de fiduciaire l'oblige de conserver intact le capital confié à ses soins. Sans l'autorisation des actionnaires il ne pourrait prétendre à aucune rémunération pour ses services. En pareille qualité, si un conflit naissait entre son intérêt et celui de la compagnie, l'administrateur ne pourrait sacrifier au sien celui de cette dernière. Cette observation nous conduit à une autre, de portée plus générale celle-là, et qui nous rappelle que l'administrateur, à l'occasion de l'exercice de sa fonction, n'échappe pas aux principes généraux du droit, et tout acte comportant faute ou négligence caractérisée peut donner ouverture à un recours contre lui. C'est ainsi que l'abus de confiance, l'appropriation indue et la négligence grossière peuvent engendrer la responsabilité de l'administrateur.

Aux causes de reproches, ci-haut sommairement indiquées, il faut ajouter celles provenant directement d'un exercice non conforme aux prescriptions statutaires. Je crois que c'est surtout ce secteur qu'il faut plus particulièrement examiner ici. Signalons donc les principaux cas où la responsabilité des administrateurs peut se trouver engagée.

Il convient peut-être de rappeler ici que nous avons une distribution de pouvoirs législatifs, l'autorité centrale et la provinciale, ayant chacune sa loi régissant les sociétés à responsabilité limitée. Nous essaierons, au cours des notes qui vont suivre, de faire ressortir les nuances entre ces lois parallèles au point de vue de la responsabilité des administrateurs.

L'article 91 de la loi provinciale stipule que —

“si les administrateurs déclarent et paient quelque dividende après l'insolvabilité de la compagnie, ou quelque dividende dont le paiement la rend insolvable ou diminue son capital, ils sont conjointement et solidairement responsables tant envers la compagnie qu'envers ses

actionnaires individuellement et ses créanciers, de toutes les dettes de la compagnie alors existantes, et de toutes celles contractées ensuite pendant qu'ils demeurent en fonction."

La rigueur de cette disposition est atténuée si certaines mesures oppositionnistes ou dénonciatrices sont adaptées d'urgence par l'administrateur présent ou par celui qui est absent, à compter du moment où il apprend la déclaration de pareil dividende. C'est en suivant ces formalités précises, et non autrement, que l'administrateur pourrait être exonéré.

45

Quant à la loi fédérale, c'est au paragraphe 5 et suivants de l'article 83 que l'on trouve une disposition à peu près semblable à celle reproduite ci-haut, sauf qu'ici, les administrateurs ne sont responsables que jusqu'au remboursement des dividendes ainsi déclarés et payés, et leur responsabilité est limitée au montant des dividendes et intérêts qui n'auraient pas été remboursés à la société.

Il y a eu des décisions rendues sur ce point et dans chacune d'elles a été consacré le principe que le capital social ne peut être réduit qu'en vertu d'une disposition de la loi. Si, en certains cas, on a hésité à appliquer de façon rigoureuse la règle prescrite interdisant le paiement de tous pareils dividendes, c'est que même une bonne foi diligente peut être surprise lorsqu'il s'agit de savoir si la déclaration et le paiement du dividende auront pour effet d'entraîner insolvabilité ou diminution réelle du capital. Ici, les personnes qui font métier spécialisé d'administrateur ne seront pas épargnées, mais elles ne seront pas seules à ne pouvoir se dégager complètement d'une responsabilité découlant directement d'une prescription statutaire aussi précise.

L'article 92 de la Loi des compagnies du Québec interdit tout prêt par la compagnie à l'un de ses actionnaires.

La violation de cette règle rend tout administrateur et autres officiers de la compagnie qui ont donné leur accord, conjointement et solidairement responsables envers la compagnie et ses créanciers, de la somme prêtée et de l'intérêt. Même si le prêt est déguisé, il pourrait être assimilé suivant une jurisprudence assez soutenue à un prêt interdit.

46 La loi fédérale, elle aussi, prohibe tout prêt ou assistance financière aux actionnaires ou aux administrateurs eux-mêmes. L'effet d'une pareille prohibition est de rendre tous les administrateurs et officiers de la compagnie qui y participent ou y consentent, conjointement et solidairement responsables envers la compagnie et ses créanciers des dettes alors existantes ou subséquentement contractées, avec cette nuance toutefois que la responsabilité ici est limitée au montant du prêt et de l'intérêt s'y rattachant. (art. 15).

Voilà une des causes les plus fréquentes de reproches contre les administrateurs dans le cas de compagnies dites privées, encore que dans d'autres secteurs des irrégularités semblables se produisent, et ce, parfois avec un objet beaucoup plus considérable.

Avec l'évolution que les méthodes administratives connaissent, l'établissement de subsidiaires opérant en fonction d'un consortium de sociétés dominé par un intérêt majeur, le risque découlant de cette prescription n'a rien d'illusoire.

L'article 93 de la loi provinciale tient encore les administrateurs de sociétés responsables envers les employés de celles-ci jusqu'à concurrence de six mois de salaire pour services rendus à la compagnie pendant leur administration respective. Cette responsabilité, assujettie à certaines conditions qui en atténuent la rigueur, n'est pas moins réelle et il arrive assez souvent que les administrateurs sont recherchés pour ce motif. Si l'on tient compte du montant important de

salaires versés aujourd'hui par les compagnies plus considérables, le risque découlant de cette responsabilité peut s'avérer assez consistant si, par malheur, les co-administrateurs surtout allaient se montrer incapables de contribuer. La loi fédérale, elle aussi, (article 97) fait encourir la même responsabilité et tient les administrateurs conjointement et solidairement responsables envers les commis, ouvriers, serviteurs et apprentis, de toutes dettes envers eux en raison de services rendus à la compagnie pendant la teneur d'office de chaque administrateur.

47

Il convient peut-être d'ajouter ici qu'aux termes de la loi régissant les compagnies minières, chapitre 197, Statuts Refondus du Québec, art. 10, cette responsabilité s'étend à une année de salaire pour services rendus à la compagnie. Cette fois encore, cependant, l'administrateur ne pourra être poursuivi à moins que la compagnie ne l'ait été dans le cours d'une année après que la dette est devenue exigible, ni à moins que le directeur ne soit poursuivi dans le cours d'une année à compter du jour où il a cessé d'être directeur, ni avant qu'il n'ait été constaté par un procès-verbal sur exécution contre la compagnie que celle-ci n'a pas de biens suffisants pour satisfaire à la demande, en tout ou en partie. Ces réserves qui conditionnent l'exercice du recours ne font tout de même pas disparaître le principe de la responsabilité.

Dans une décision de nos cours il a été formellement énoncé que le recours en pareilles matières n'a aucun caractère pénal mais repose sur une obligation purement civile créée par la loi. (*Dallaire vs Leclerc*, R.J.C.S. 53, p. 201).

Il y a une autre source de responsabilité, découlant celle-ci du transfert d'actions auquel consentiraient les administrateurs si l'action en jeu n'a pas été payée intégralement. L'article 69 de la loi provinciale dit que —

“chaque fois qu'il est fait, avec ce consentement, un transfert d'actions non payées en entier à une personne qui paraît être sans moyens suffisants pour les libérer, les administrateurs sont conjointement et solidairement responsables envers les créanciers de la compagnie, de la même manière et au même degré que le serait le cédant si le transfert n'avait pas été effectué.”

48

Ici encore, le recours en responsabilité est atténué ou supprimé si une protestation formulée suivant les exigences de l'article est effectuée. Encore une fois il y a possibilité d'exonération de l'administrateur, mais le principe de la responsabilité demeure.

La loi fédérale contient un texte presque identique à celui de la loi provinciale et on le retrouve aux trois premiers paragraphes de l'article 37. Quant à la raison de ces dispositions, elle réside en cela que si les actions passent entre les mains de personnes qui ne sont pas en état d'acquitter la partie impayée de leur prix, il en résultera une perte de capital imputable à faute aux administrateurs.

C'est encore une responsabilité conjointe et solidaire des administrateurs que décrète l'article 27 de la loi provinciale. En effet, on y voit que nonobstant la dissolution d'une compagnie résultant de l'abandon de sa charte, les personnes qui agissaient comme administrateurs lors de la dissolution sont conjointement et solidairement responsables des dettes existant à pareille époque, et ce, envers tout créancier de la compagnie qui n'a pas donné le consentement prévu par l'article 26 établissant les conditions d'abandon. Ici, cependant, l'administrateur poursuivi pourra se dégager en établissant sa bonne foi. C'est lui tout de même qui conserve le fardeau de la preuve.

La loi fédérale, elle, à l'article 30, tient les actionnaires de la compagnie entre les mains desquels son actif a été

partagé, conjointement et solidairement responsables envers les créanciers, et ce, jusqu'à concurrence de la somme par eux reçue en vertu de la distribution. Il va de soi que si la responsabilité frappe les actionnaires, les administrateurs, eux, vont être impliqués.

Ce que nous venons de voir concernait une responsabilité s'attachant à ou découlant de l'abandon de la charte. Que faut-il penser d'une responsabilité de même nature se produisant à l'occasion de l'annulation de la charte ? L'ancienne loi provinciale (S.R.Q. 1941, ch. 276) contenait une disposition à cet effet y apportée par la loi 10 Geo. VI, ch. 48, art. 1. Pareille disposition n'a pas été reproduite toutefois dans la Loi des compagnies présentement en vigueur. Quant à la loi fédérale, il y est fait mention de la déchéance de la charte, et ce, à l'article 28, mais cependant, aucune responsabilité n'y est retenue contre les administrateurs dans pareil cas. Certains auteurs, cependant, soutiennent que les administrateurs peuvent, en de telles circonstances, devenir l'objet d'une poursuite en vertu d'un principe qui ne serait pas complètement différent de celui qu'on invoque lorsqu'il s'agit d'abandon et non pas de déchéance.

49

Voilà les principales causes de responsabilité d'ordre statutaire auxquelles l'administrateur est exposé. A ceci s'ajoutent tous les recours pouvant naître de la violation d'un des principes généraux du droit auquel l'administrateur ne saurait se soustraire dans l'accomplissement de ses devoirs. Nous pourrions ici énumérer toute une série de décisions qui tiennent l'administrateur responsable s'il a agi d'une façon malhonnête, s'il n'a pas mis dans l'accomplissement de son devoir cette mesure de soins qu'un homme ordinaire emploierait lorsque traitant une affaire pour son propre compte. La jurisprudence le tiendra aussi responsable s'il fait preuve d'incurie impardonnable chez un homme possédant ses connais-

sances et son expérience, mais toutefois, la responsabilité ne serait pas retenue s'il ne s'agit que d'une erreur de jugement qui n'a rien de la faute impardonnable. On lui fera grief aussi de se désintéresser, à toutes fins pratiques, de l'élaboration des décisions nécessaires à la bonne conduite des affaires de la compagnie, et même on lui fera reproche d'absences répétées et injustifiées permettant à ses collègues de prendre avantage de son abstention régulière ou systématique.

50 Si l'administrateur est en droit de présumer que les officiers et les employés de la compagnie accomplissent avec fidélité et efficacité leurs devoirs, on n'excusera pas l'administrateur toutefois de ne pas intervenir lorsque mis au courant d'une situation s'avérant suspecte.

En étudiant ces nombreuses décisions rendues sous l'empire du droit anglais ou des lois américaines, il importe de ne pas oublier les différences de principes et d'application qui résultent des concepts généraux sur lesquels reposent ces systèmes.

C'est pourquoi, au lieu de procéder à l'analyse de l'état de la jurisprudence, il me semble plus utile de faire état de certaines autres lois, contenant elles aussi, dans des dispositions expresses, des germes de responsabilité dont les administrateurs doivent tenir compte.

Ainsi, la Loi des compagnies de fidéicommiss (S.R.Q. 1964, ch. 287), déjà sévère, allait être modifiée par le statut 13-14 Eliz. II, ch. 74, 1965, l'amendement comportant la clause suivante:

"8 a) — Les administrateurs d'une compagnie enregistrée qui ont autorisé ou approuvé un placement qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article 8 sont, par ce seul fait et sans autre preuve de faute, solidairement responsables des pertes résultant de tels placements."

C'est un autre cas de responsabilité directe et qui mérite d'être signalé. L'article 8 définit le genre de placements qu'une compagnie de fidéicommiss est autorisée à faire, que ces placements consistent en achat d'actions, d'obligations ou encore en prêts hypothécaires. La définition permet d'exercer un choix étendu et varié.

Le problème est d'assurer une stricte concordance entre ce que la loi autorise et les sollicitations qu'offrent les opérations complexes de chaque jour. Des événements récents survenus dans diverses institutions financières dispensent d'ajouter d'autres commentaires.

51

Si de la Loi régissant les compagnies de fidéicommiss l'on en vient maintenant à la Loi des banques, tenue pour empreinte de précautions de toutes sortes, on y découvre quand même, aux paragraphes 2 et 3 de l'article 71, des dispositions rendant les administrateurs conjointement et solidairement responsables si un dividende ou un boni a été déclaré de façon non conforme, ou encore si un partage de bénéfices a eu lieu dans des conditions qui ne respectent pas les exigences du paragraphe 3 de l'article 71. Quant aux autres cas de responsabilité contenus dans cette loi, il s'agit plutôt d'infractions pour lesquelles des sanctions pénales sont édictées, ainsi qu'il appert de l'article 159 de ladite loi.

Si on considère un moment le droit fiscal, tant au point de vue provincial que fédéral, il semble que les dettes représentées par les impôts à payer demeurent la responsabilité de la compagnie et que les lois sur le revenu ne prévoient pas de cas, même advenant faillite ou liquidation, où les arrérages d'impôts dus par la compagnie deviennent la responsabilité des administrateurs. Il est vrai que l'article 134 de la loi fédérale dit que tout fonctionnaire, administrateur ou agent de la corporation qui a participé, consenti ou acquiescé à l'infraction établie contre la corporation, devient partie à l'infraction

et en est coupable et passible, sur déclaration de culpabilité, de la peine prévue pour l'infraction, et cela, que la corporation ait été ou non poursuivie ou déclarée coupable. Cette disposition parle d'infraction et il semble qu'il ne s'agisse pas là, au premier chef, d'une responsabilité civile.

52 Un autre article de la Loi de l'impôt sur les corporations, soit l'article 25, dit que l'administrateur, à titre d'officier, qui refuse de fournir les renseignements requis par le vérificateur désigné par le contrôleur du Revenu, est exposé à une amende de \$500.00 plus les frais. On comprendra sans peine, cependant, combien de situations délicates peuvent être créées lorsqu'un conseil d'administration, suivant la recommandation de spécialistes ou de sa propre initiative, épouse des solutions que le ministère ou ses inspecteurs pourraient considérer comme susceptibles de frauder le fisc.

Je n'insiste pas davantage sur cet aspect particulier d'un droit en constante évolution et dans l'application duquel les règlements et usages internes font naître chaque jour des incertitudes et exigences sans cesse grandissantes.

Enfin, si nous jetons un regard sur diverses lois d'ordre administratif, comme celle se rattachant au paiement de la taxe sur transferts (ch. 77 S.R.Q.) ou encore sur celle concernant les rapports à faire au Secrétaire provincial (ch. 273 S.R.Q.), nous y voyons une autre série de pénalités pouvant affecter les administrateurs au cas d'omission par la compagnie de payer les taxes ou de faire rapport. Ce sont là, sans doute, des responsabilités qui se traduisent par des pénalités. Même si en l'espèce les sommes en jeu sont beaucoup moindres, il reste quand même au fond un germe de responsabilité.



Il aurait été possible de citer ici auteurs et jurisprudence pour étayer ce que ces notes veulent démontrer. Cette étude abrégée a pour objet de mettre en relief les risques pouvant

naître chez l'administrateur de la méconnaissance de la réglementation d'ordre statutaire ou d'une information imparfaite à ce sujet. À dessein, nous ne faisons qu'effleurer les obligations qui incombent à l'administrateur parce qu'assujetti comme tout le monde au respect des principes généraux du droit.

La compagnie à fonds social est maintenant profondément intégrée à la vie économique. La réglementation dont on l'a entourée, les structures qu'on lui impose pour assurer sa solidité et sa puissance d'attraction auprès des épargnants posent des exigences précises que connaissent incomplètement bon nombre d'administrateurs, tandis que d'autres, de façon plus ou moins consciente, sont parfois tentés de s'y soustraire. Bref, la fonction d'administrateur au sein de sociétés de quelque importance qu'elles soient, comporte des risques certains. Pour plusieurs, quelques-uns de ces risques sont insoupçonnés: chez d'autres, une longue habitude du métier les rend tantôt moins soucieux, tantôt téméraires.

II — Responsibility of Auditors and Company Directors¹, by J. R. M. Wilson, C.A.

Auditors are in the news these days, and unfortunately not because the public is anxious to know about our efforts to improve the standards of our own profession and of financial reporting generally. Instead we have become newsworthy in Canada, the United States, the United Kingdom, and Australia because questions have been raised by many about the inadequacies of accounting principles and auditing standards.

So that I need not be entirely on the defensive, however, it has been suggested that I might also cover in my remarks

¹ Texte d'une conférence donnée au Ticker Club de Toronto par M. Wilson de la maison Clarkson, Gordon & Cie.

any thoughts I might have about the responsibilities of company directors — an invitation which I gladly accepted — not entirely to take the heat off the auditors, but because some of the responsibilities must be shared.

54 So far as the accounting profession is concerned, let me say at once that we are not as good as we should be. We never were as good as we should have been and maybe we never will be. And we have a few — not many, but some — bad apples in our barrel. I think we are not unlike other professions and businesses in these respects.

In terms of average competence, I think we have improved a lot over the past generation. When I obtained my C.A. the final examinations were a cinch by today's standards, and the auditing techniques we employed in our day-to-day work were relatively unsophisticated. Our approach to an audit was different; we were much more concerned with making sure someone hadn't been swiping the cash. There were many reasons for the change, but one of the most important was the increasing importance the financial community attached to the profit and loss statement, and particularly the final figure of net profit. A generation ago this could not have been considered as a matter of great importance. I recall that it was only after the passing of the 1934 Dominion Companies Act that many companies — for example: Imperial Oil Company — published a profit and loss statement, and yet their stocks had been favourites on the Exchange for a great many years. Even in the latter period of the 1930's, when profit and loss statements had become available for most public companies, the significance of the final figure in the profit and loss as a basis for comparison with the profits of other companies, or with the profits of the previous year, was not considered to be so important. Maybe that was just as well for a great deal less attention

was paid in those days to such things as changes in the basis of determining inventory values or depreciation. But the post-war generation of financial analysts have used the profit per share as probably their most important tool in establishing buy-sell decisions. I should like to return later to this matter, but in the meantime merely note that the auditing of today is much more geared to establishing the fairness of the profit figure than was the auditing approach of earlier years.

55

And, of course, the biggest change has been caused by public investigations of financial crashes. Thus, in the early 1930's the U.S. Senate was putting under a microscope the public utility holding companies which were defaulting on their debt, the end-product was the establishment of the SEC. There were other cases too — Kreuger Match Co. and McKesson & Robbins focused attention on inadequacies in auditing procedures and brought changes in them. In the past couple of years there have been many others — American Express and Yale Express, to mention only two U.S. cases — where financial debacles have raised questions as to the adequacy of present auditing standards and techniques and these may bring further changes in our procedures. But all the cases are not in the United States — we have a few in Canada too.

To some extent disclosures of inadequacies in auditing have resulted in changes in the practices and approach of individual firms and professional standards have thus been raised. But the various Institutes of Chartered Accountants have also played a part, and a significant part, in raising professional standards over the past generation. Higher admission requirements, uniform examinations across Canada, the publication of Research Bulletins and research studies as a guide to members, and a Continuing Education Program have made for a more knowledgeable profession.

56 The Ontario Institute has increasingly been taking disciplinary action against those of its members who have not done what they should have done or have done what they should not have done in their professional work — and, if not unique, is in the forefront among professions in going after malpractice. Only occasionally does malpractice become a matter of knowledge to the Institute but we have told the chartered banks, the Stock Exchange, and the Income Tax Department that we would welcome any evidence of this. If there are bad apples in our barrel we want to get rid of them.

And finally, our profession — with practically no help that I know of from anyone else — has persuaded the government to change the information sections of the Corporation Acts. The present sections in both Ontario and the Federal Act reflect almost without any deviation the recommendations of the chartered accountants and have resulted in setting standards of disclosure far above what used to be required.

So, I would like to put on the record that I don't think we have been asleep. And I would also add that we recognize we still have much to do if we are to meet the standards which we have set for ourselves and, which we assume, are expected of us by the business community.

The Responsibility of an Auditor

So much for what the accounting profession has been doing. With this background, let us look at the responsibilities of a member of the accounting profession who is acting as auditor of a public company.

In Canada he is elected by the shareholders, in theory at least. Actually if there is to be any change in the auditor of a company, or in the case of a new company, it is usual

for the directors or the in-group to decide who should be the auditor of the company. I have not heard of any popularity contest between various firms being waged at shareholders' meetings. Still while he is usually asked if he will act by one of the inside group, he is elected by the shareholders and he must report to them. He can't report to them whenever he likes or tell them whatever he wants. He may know that the President is ruining the company by his bad judgment, or that he is spending most of the time on the golf course instead of taking care of the company's affairs. Though the shareholders who appointed him would presumably be most interested to know this, and maybe should know about it — the auditor cannot tell them so. His only communication with the shareholders is to tell them whether or not the annual statements presented by the directors fairly present the company's financial position and the results of its operations. 57

He has been likened by an English judge to a watchdog and, like most watchdogs, he is able to bark. Occasionally he does, but as the only apparent manner of barking is by qualifying his opinion, most of you might conclude that he doesn't bark very often. Qualifications in an auditor's opinion are not usual and, as an auditor who has found it necessary to qualify opinions, I can assure you that I am disappointed how few shareholders or investors seem to notice when the auditor uses his one weapon.

In practice, however, auditors have much more influence over the financial statements than would be apparent from the instances of qualified audit reports. Maybe the auditor's greatest strength lies not in his bark but in his threatening to bark, and this means that usually a company changes its financial statements and shows figures other than what management would have shown. Sometimes the change made reflects what the auditor considers a preferable treatment.

Sometimes, however, a compromise position is reached which the auditor is prepared to accept as being fair, even though he does not agree wholeheartedly with the final solution.

58 When, as sometimes happens, however, an unresolved difference of views results in a qualification of the auditor's opinion, it behooves the shareholders to take note of it and demand a full explanation from both the auditors and the directors. I certainly don't think it is appropriate in such cases to shoot the watchdog, although many, maybe most, directors who have had disagreements with their auditors, have thought that the way to resolve the difference is to change the auditors. That was the solution decided upon by the directors of City of London Real Property Company Limited in England. But a stubborn firm of auditors and an aroused financial community not only resulted in the auditors retaining their office. It gave the absolute maximum of publicity to the difference of opinion.

Except to the extent he must qualify his opinion, the auditor has the responsibility for assuring the shareholders that the statements, in his opinion, fairly present the position of the company and the results of its operations, in accordance with generally accepted accounting principles and on a basis consistent with that of the previous year. This does not mean that he guarantees the accuracy of them. The auditor cannot be, and in law is not, held accountable as an insurer or guarantor. Rather, his opinion means that in the light of his knowledge at the time he signed it this was a fair presentation. It also means that in reaching this conclusion he made such enquiries and examinations of the accounts as he considered necessary and as an auditor would ordinarily be expected to make by the practices followed within the profession. Hence, he may have observed the taking of the inventory, made some test counts, checked its clerical accuracy and

A S S U R A N C E S

pricing, but at the time he signs his report he will not know what it will ultimately realize. He may have confirmed a sample of the accounts receivable and enquired as to the collectibility of the accounts, but he cannot wait until the accounts are actually collected before deciding that the allowance for bad debts is large enough.

In the discharge of his responsibilities, the auditor must see that an adequate audit program is developed which should detect errors and that a properly trained staff carry out the program. But, as a learned English judge said many years ago "Auditors must not be made liable for not tracking out ingenious and carefully laid schemes of fraud, when there is nothing to arouse their suspicion, and when those frauds are perpetrated by tried servants of the company and are undetected for years by the directors. So to hold would make the position of an auditor intolerable." And let me assure you, no audit program or no audit technique has yet been devised to detect some of the frauds which can be perpetrated by senior officials of a company. For all that, an auditor's responsibility is not a light one, and I think all members of my profession take it very seriously indeed. However, while we have a responsibility, and therefore sometimes maybe a liability, it is not by any means an unlimited liability. Sometimes it turns out that statements which were issued were incorrect. This can arise because information known to certain officials was withheld or because subsequent unexpected and unforeseeable events made estimates of realizable value wrong. Occasionally, there may have been an attempt to deceive the auditors — more frequently no one could have reasonably assumed that what did happen would happen. So please don't assume when somebody tells you that last year's financial statements were not correct that obviously this means that you should sue the auditors.

59

A S S U R A N C E S

In this summary of my understanding of the responsibility of auditors I have referred to the fair presentation of financial statements. Fairness, however, is a relative term and in considering the responsibility of auditors it is necessary to consider what are the tests of fairness of a financial statement. I suggest that these should include:

60

1. that the assets which purport to be there are, in fact, in existence;
2. that the liabilities of the company are properly reflected;
3. that adequate disclosure is made of information which a shareholder needs in order fairly to appraise the financial position and the operating performance of the company;
4. that proper methods have been followed in arriving at the values reflected in the statements and therefore the profits.

Whether the assets were there, whether the liabilities were properly stated, and whether adequate disclosure was made — these involve questions against which the auditors' performance can be measured with some kind of objectivity. But when you come to the question as to the propriety of methods followed in reflecting profits, you are in a much less certain area — the area of accounting principles.

Accounting Principles

There is only one sure way to measure the profits of a business and that is to total the cash which is paid to the shareholders over its life, either through dividends or on winding-up, and deduct from that total their original investment in the company. This can be accurate to the last cent. Unfortunately accuracy has to bow to utility and it is not

practicable to wait until the Hudson Bay Company is wound up to find out how much profit the original investors made on what they put into the company in 1670. So accounting principles have been developed over the years to determine what are the revenues of a company and what are the costs to be allocated against them. Such accounting principles have mostly grown out of everyday commercial practices, but in recent years the accounting professions in different countries have been attempting to codify such practices and decide which are acceptable and which are not. But nobody in Canada has any authority to lay down a rule as to the acceptability of accounting principles and our Companies Acts, which are now quite complete in terms of disclosure requirements, are silent as to how accounting valuations shall be determined. 61

The situation in the United States is different, of course, where the Securities and Exchange Commission will enforce accounting rules laid down by the profession and will refuse filings which do not conform with them. They will also by indirection see that such rules are followed in the annual statements of public companies. Gradually the American profession is determining appropriate accounting principles and disowning inappropriate ones which have been followed in the past. As they make up their minds, the Commission enforces their judgment.

Lacking an SEC in Canada, we have not been quite so successful in some areas in eliminating unsatisfactory alternatives. Certainly there are various practices which are used by different companies today which make their statements noncomparable. I would like to take one example which has been in the Press from time to time and with which you are probably familiar. It will serve as an example of the kind of difficulties which are involved. And I refer to the treatment of tax savings resulting from claiming capital cost allowances

in excess of depreciation written in the accounts. Some companies treat this as deferred income in their statements and exclude the tax saving from the income for the year until such time as it is offset by increased taxes — that is, when depreciation written is in excess of the capital cost allowances claimed. About two-thirds of public companies follow this procedure, which is considered by our Research Committee to be the preferable treatment in most circumstances. The remaining one-third adopt the alternative of merely noting the effect of the difference on the taxes for the year and the cumulative effect to the date of the balance sheet.

While in some cases there may exist justification for failing to follow a deferred tax method, many analysts and many accountants suspect that the choice between the two has not always been made on strictly rational grounds. They have reason to suspect this when they find that two companies operating in presumably comparable situations have chosen alternative accounting procedures and thereby produce radically different results. Many of the best minds in the accounting profession have been wrestling with the problem over the years to try to reach agreement as to what is the one right basis and how to ensure that it will be used. They have failed to do so as yet because:

- There is an honest difference of opinion as to which method is more appropriate — although I think it fair to say that most C.A.'s prefer the deferred credit basis except in very unusual cases.
- There is recognition that all cases are not comparable; that for instance there may be a difference between a deferred tax savings which will not be offset by a corresponding loss of tax credits for a generation and one which will be offset in the near future; or a general rule may not be applicable in the case of a

regulated public utility whose rates are set to give a fair return based on taxes actually payable.

- There is a strong vocal minority of company officers who are prepared to oppose to the bitter end the reflection of the deferred credit principle in their accounts.

I recognize the unsatisfactory condition created by the present impasse and I regret that there is no assurance that I can give you that the accounting profession can, with a loud clear voice, recommend today the one right answer to this problem. I would point out, however, that there are two consolations for readers of financial statements. First, anyone who quarrels with the treatment accorded to deferred taxation in the accounts of any company will have the information available to him within the financial statements to enable him to re-cast the earnings and net worth to the basis of his choice. And equally, I would remind you that as with any alternative accounting principle, each company still has the responsibility for deciding which in its particular case presents its earnings most fairly, and most of them have made their choice on this basis.

63

Just before leaving this controversy I would add that I regret that the investment analysts have been so impassive in the discussion over the past decade. Some have recognized the lack of comparability between companies when using profit figures prepared on alternate bases and they have adjusted the figure of one company or the other in their comparisons to allow for this. Others seemed to have ignored the existence of the problem. Maybe one advantage of the unsuccessful effort of the accounting profession to come to a tidy conclusion is that everybody is now much more aware of the problem today. I hope that over the next few years the

A S S U R A N C E S

investment analysts and the financial executives will join us in trying to reach the right answer.

64 I have dwelt at some length on one problem which makes statements of companies less desirable than they should be for measuring comparative performance. There are, however, many other alternative accounting principles available besides the method of tax allocation. Present accounting practices permit quite different methods to be selected by a company for such matters as inventory valuations or depreciation, or for taking up income on instalment sales and instalment notes. In the application of such alternative accounting principles, as with deferred tax accounting, the investor has the assurance that the same method is being followed from year to year unless disclosure of a change is made. However, unlike the case of deferred tax accounting, the financial statements seldom indicate the method employed and provide no basis of comparing what the profit would be or what the change in profit would be if an alternative method had been employed.

I refer to these deviations in accounting practices not to belittle the value of financial statements but to remind you that the use of financial statements to measure the comparative profitability of different companies in any one year may result in wrong conclusions. The only way I know that we could get true comparability would be to pass a law or have some government body require every company to follow a uniform system of accounting, using uniform rates. To do so might make the day-to-day work of the investment analysts easier, and would certainly make the life of auditors easier, but it would not necessarily produce the best method for measuring the company's earnings. For the fact remains that in the case of some companies one method of providing depreciation or valuing inventories is more suitable than another,

while in the case of other companies the rejected alternative of the first may be the more appropriate.

Altogether apart from the effect on profits of the choice of which generally accepted accounting principle has been applied, I suggest that, based on the articles in the financial press and investment bulletins that come my way, much too much emphasis is being given to the net profit for the year. The *quality* of the profit may be much more important than the *quantum*. Most people in this room are active in the management of a business and you all know when applied to your own particular undertaking that a well managed company looking to the long term will make many operating decisions, the effect of which is to reduce immediate profits by spending money on development of products, markets and future executives, the costs of which are written off as incurred. Another company in the same field may have management which is so obsessed by the desire to show a certain profit figure in this particular year that it will spend little or no money for the future. I think that the difference in the net profit per share arising from longsightedness or shortsightedness of the company's top officials may produce much greater differences in the net profit per share than any differences attributable to variations in accounting principles.

65

Responsibilities of directors

Now having widened the view so that I have swept the investment analysts and management into the picture, I would also like to consider the responsibility of directors. Just as auditors are in the news everytime something goes wrong with a company, so are the directors; and while the directors may scream that the auditors should have found out the trouble before they did — the shareholders and the creditors may be screaming that the directors shouldn't have let it

happen in the first place. It is only a small consolation to the directors that such screams are frequently from commentators or shareholders who have no conception of what is involved in being a director of a company or of how difficult it is for the average director to know what the company is doing.

66 I have no particular competence to deal with the legal responsibilities of directors and I do not propose to do so. But over the years I have seen and heard about enough difficult situations that I have some personal convictions which I would like to share with you.

In the first place, I think it would be obvious to this audience that anyone who goes on a Board of Directors with the thought that it is just an honorary appointment which will look well in Who's Who and his obituary, but that it doesn't require any effort on his part except to attend meetings from time to time and approve the resolutions required by the in-group — such an irresponsible status seeker deserves little sympathy if trouble comes his way. But even the most conscientious of directors may find himself in a position where he can do little more, or where he can find out little more about what the company is doing, than his most irresponsible fellow member. And it's because of this that I think that any public director of a company — or anyone being asked to accept such an appointment — should remind himself of four truths which others will assume are self-evident.

1. They will assume that he knows what are the responsibilities of a director of that company.
2. They will assume that he will have enough information made available to him that he can make wise decisions on dividend policy, bond and share issues, mergers and reorganizations.

3. They will assume that he, together with his fellow directors, is responsible for hiring, retaining, remunerating, and, if necessary, firing the chief executive officer of the company — no matter how competent or outstanding the present occupant of the post may be.
4. They will assume that the shareholders are being given a fair picture in interim and annual reports and any special proposals put before them.

I think they are entitled to make these assumptions.

The first of these obligations can be met by the director himself. He can know what his responsibilities are by reading the relevant act — whether the Companies Act or, if applicable, the Bank Act or the trust or insurance company act — *and* the by-laws of the company. I don't see how any director can hope to fulfill his responsibilities if he has not done so — yet I expect many fall into the trap of not bothering with this elementary homework. While no director can be expected to be an authority on the fine points of the law, unless he is a corporation lawyer, there is nothing to prevent him having a broad idea of what his role is and what his company can and cannot do — nothing except his failure to get hold of and study the relevant act and by-laws.

The other three obligations, however, can only be met if there are procedures and routines developed within the company which make it possible for him to fulfill them. Some companies have developed these and they work well. Many smaller companies, however, and some larger ones, have not set up any mechanics by which the directors can effectively perform their tasks and in most cases it is because the directors themselves have never asked for the information they should have. Let us look at these obligations again.

If the directors are to have enough information to make knowledgeable decisions on dividend policy and financial matters within their competence, they must know how the company is doing, what are the expected results of future operations, and what capital needs it must meet to retire debt or expand its operations. This need not involve the study of a mountain of detailed operating statements and forecasts. But as a minimum it does mean that the directors should have
68 before them —

- (a) At each meeting, a summary of current operating results compared with previous years' and the budget, and a balance sheet.
- (b) Before the beginning of each fiscal year, a summary of the annual budget and preferably a 5-year projection, and a summary of the capital budget for the next 5 years.

In the case of a small company, these summaries may be less detailed and may reflect to a greater degree the chief executive officer's hopes and aspirations. But even the smallest public company should be able to produce this. And, of course, after he gets this information the director's responsibility is only fulfilled if he asks such questions as may be necessary to satisfy himself that it appears to be a reasonable forecast for the purpose of making the decisions he must make.

The next point I made is that the directors are the ones who are responsible for appointing, appraising the performance of, remunerating, firing or retiring and replacing the chief executive officer. This is a most difficult and unpleasant task — particularly because most directors were probably appointed because they were a friend of his in the first place. Nor is it a subject which can be discussed at Board meetings. From a board standpoint, the most useful device I know is to have a salary committee of the Board, drawn from non-

employee members, who will deal with the salary of the chief executive officer and also review with him the salaries and performance of his second echelon — the group from whom his successor may someday be appointed. From the standpoint of the good chief executive officer, such a committee can be helpful, for he may well be underpaid and it is a source of embarrassment to him to have to suggest to the Board what his salary should be. The existence of such a committee also pinpoints the responsibility on a few for appraising performance and, where necessary, instituting changes. It cannot absolve the individual director, however, from constantly being alert to the performance of the chief executive officer and to the honesty of his reporting. I agree that it is a difficult obligation to impose on directors, and fortunately in very few cases does it involve criticism or action on the part of the directors. But, I would remind you that in nearly every major company crisis it has been the chief executive officer — not the employees, nor auditors, nor directors — who has been held primarily responsible. 69

Finally, I think the directors are considered to be responsible for the information which goes to the shareholders, investors and the public. In passing such information on they must be satisfied that it is not misleading based on the information which they have, and obviously they are entitled to rely on the statements and reports furnished by the company's officers and its auditors. They are in a position to get a cross-check on the information supplied by company officers from their continuing review of interim statements, budgets and forecasts and their questioning of these. They could get a further cross-check if they had the opportunity to meet the auditors of the company and discuss the statements and the accounting practices followed with them. Incidentally, they would also have an opportunity to appraise their auditors.

70 In some companies — and particularly in the United States — it is a routine procedure for a representative of the auditors to meet with the Board of Directors at least once a year — or in the case of larger companies with an audit committee of the Board selected from non-employee members. This keeps the auditors on their toes and provides the directors with an opportunity to enquire into the company's accounting practices. Indirectly, it may throw light on the biases of the chief executive officer — and they can condition their own appraisals by a knowledge as to whether he tends to be conservative or otherwise in reporting profits.

Earlier I said that an auditor was a watchdog and his only weapons were to bark or to threaten to bark. I don't say that it is a responsibility of the Board to get him to talk — but I think in many sticky cases, directors would have been much better able to fulfill their responsibilities had they done so. And the company would have had a more effective audit.

In conclusion let me say that most public companies are honest and they are extremely fortunate to have at their head the man who leads them. Frequently he is under-paid for the contribution he makes.

Most audits are carefully performed and there is no difference of opinion between the auditors and the management about how the accounts should be presented.

Most directors are responsible people and fulfill, in one way or another, the responsibilities I suggest are theirs. And I might add, most directors are underpaid for the responsibilities they assume.

It is only the exceptional case which points out weaknesses in our way of doing things. But even the no-problem company of today can conceivably be a problem in the future. For that reason, I suggest directors should have a look to their procedures to make sure that, if troubles should develop

in the future, there is a way of bringing them to light *before* they get out of hand."

III — La jurisprudence aux États-Unis

Aux États-Unis, d'assez nombreux jugements ont établi la jurisprudence dans un certain nombre de cas. En voici quelques-uns que nous empruntons, avec son aimable permission, à la maison Stewart-Smith et à des documents qu'elle a réunis sur le sujet:

71

"Directors and officers may be held personally liable for:

Continual absence from directors' meetings permitting improper acts to be done by others. (*Mutual Building and Loan Fund and Dollar Savings Bank v. Boissieux*, 3 F.817; *Rankin v. Cooper*, 149 F.1010)

Defalcation of an employee which could have been prevented by careful supervision. (*Hathaway v. Huntley*, 284 Mass. 587)

Wasting corporate assets by causing a plant to be dismantled solely to defeat a labor union. (*Abrams v. Allen*, 292 N. Y. 52)

Forgiving an improper loan made by a prior Board to an officer of the corporation. (*Braman v. Westaway*, 60 N.Y.S. 2d 190)

Improvident expansion of corporate activities into new fields resulting in losses. (*Black v. Parker Mfg. Co.* 329 Mass. 105)

Improvident investment of corporate funds. (*Helffman v. American Light & Traction Co.*, 121 N.J. Eq. 1)

Failure to discover and prevent antitrust violations. (*Graham v. Allis Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125 /Del/)

Failure to obtain competitive bids where required by prudent business practice. (*Otis Co. v. Pennsylvania Railroad Co.*, 155 F. 2d 522)

Failure to exercise reasonable care in selection of depository bank which fails. (*Booth v. Dexter Steam Fire Eng. Co.*, 118 Ala. 369)

Diverting proceeds of a public offering to pay debts other than those authorized to be paid from such proceeds. (*Emmert v. Drake*, 224 F. 2d 299; *N. Y. Credit Men's Adjustment Bureau v. Weiss*, 105 N.Y.S. 2d 604)

Improper expenditures of corporate funds in proxy contest. (*Rosenfeld v. Fairchild Eng. & Airplane Corp.*, 390 N.Y. 168)

- Use of corporate funds to purchase shares of corporation to combat possible control of the corporation by outside interests. (*Lawrence v. Decca Records, Inc.*, 195 N. Y. S.2d 431)
- Failure to take action against directors who made short term profits in violation of Section 16(b) of Securities Exchange Act. (*Truncale v. Universal Pictures Co.*, 76 F. Supp. 465)
- Improperly paying a dividend. (*Aiken v. Peabody*, 168 F. 2d 615)
- Issuing stock without obtaining valid consideration. (*Brown v. Watson*, 139 N. Y. S.2d 628)
- 72 Improper loans to shareholders. (*Waters v. Spalt*, 80 N. Y. S.2d 681)"

IV – Bibliographie récente

Deux livres viennent de paraître sur la responsabilité de l'administrateur. L'un, de M. Marc Giguère, s'intitule "Les devoirs des dirigeants de sociétés par actions". Paru aux Presses de l'Université Laval, cet ouvrage étudie les fonctions des administrateurs et leurs limitations, les abus et les fautes commis dans l'exercice de leurs devoirs, l'information à laquelle l'actionnaire a droit et, enfin, l'évolution judiciaire des abus de la gestion.

L'autre, qui est l'œuvre de M. J.M. Wainberg, Q.C., a pour titre "Duties and Responsibilities of Directors in Canada". Il a comme point de départ un article paru dans le *Financial Post* du 11 février 1967. L'étude fait maintenant l'objet d'une brochure publiée chez C.C.H. Canadian Ltd. M. Wainberg y passe en revue aussi bien les fonctions que les devoirs d'un administrateur de société, à la lumière de la pratique et de la jurisprudence anglaise et canadienne. Il commente son texte ainsi: être nommé administrateur d'une société commerciale n'est pas un honneur; c'est avant tout une charge qui implique des engagements précis. Avant d'accepter de faire partie du conseil d'une entreprise, on doit se renseigner très sérieusement sur la situation de la société et connaître aussi bien ses droits que ses devoirs. C'est l'intention du travail de M. Wainberg de préciser les uns et les autres.