

Voraussetzungen für das Vorliegen der Zweigniederlassung einer ausländischen Aktiengesellschaft.

(40) Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichts, I. Zivilabteilung, vom 17. März 1982 in Sachen M.S. gegen Département de l'économie publique du canton de Genève (Verwaltungsgerichtsbeschwerde), Praxis 71 (1982) Nr. 239, noch nicht amtlich publiziert.

Die T. Internacional S.A. und die T. Export S.A. sind zwei zur gleichen Unternehmensgruppe gehörende, in Panama domizilierte Aktiengesellschaften. Für diese Gesellschaften wickelten zwei schweizerische Dienstleistungsgesellschaften, die T. Genève S.A. und die T. Gestion S.A., beide mit Sitz in Genf, bedeutende Handelsgeschäfte ab. Dabei waren sie im Namen und auf Rechnung der beiden panamesischen Gesellschaften tätig. Sie verwendeten Briefpapier, auf dem die ausländische Gesellschaft, für die gehandelt wurde, aufgeführt war, darunter – in kleineren Buchstaben – als Adresse der Name der handelnden Schweizer Gesellschaft. Unterzeichnet wurde in der Regel durch Zeichnungsberechtigte einer der beiden Schweizer Gesellschaften, wobei über der Unterschrift in grösserer Schrift die vertretene Gesellschaft genannt wurde, in kleinerer die Schweizer Gesellschaft als Vertreterin mit den Abkürzungen «ppon» oder «p.p.».

M.S., der behauptete, Gläubiger der T. Internacional S.A. und der T. Export S.A. zu sein, verlangte vom Handelsregisteramt des Kantons Genf die Eintragung von Zweigniederlassungen der beiden ausländischen Gesellschaften in Genf. Das Genfer Handelsregisteramt und dessen Aufsichtsbehörde wiesen das Begehren ab.

Gegen den abweisenden Entscheid wandte sich M.S. mit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Dieses hiess die Beschwerde – entgegen den Anträgen der eidgenössischen und kantonalen Behörden – gut, unter anderem mit folgender Begründung:

«1. – Aux termes de l'art. 935 al. 2 CO, les succursales suisses de maisons dont le siège principal est à l'étranger sont tenues de se faire inscrire au registre du commerce. La loi ne définit pas la succursale. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 103 II 201 et les arrêts cités), non contestée par la doctrine (cf. notamment *Forstmoser*, Schweizerisches Aktienrecht I p. 413 ss.; *Gauch*, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht p. 104 ss.; *F. de Steiger*, Le droit des sociétés anonymes en Suisse, trad. française 1973, p. 349; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Grundriss des

schweizerischen Gesellschaftsrechts, 4^e éd., p. 381; *Forstmoser/Meier-Hayoz*, Einführung in das schw. Aktienrecht, 2^e éd., p. 295), la notion juridique de la succursale vise tout établissement commercial qui, dans la dépendance d'une entreprise principale dont il fait juridiquement partie, exerce d'une façon durable, dans des locaux séparés, une activité similaire, en jouissant d'une certaine autonomie dans le monde économique et celui des affaires; l'établissement est autonome lorsqu'il pourrait, sans modifications profondes, être exploité de manière indépendante; il n'est pas nécessaire que la succursale puisse accomplir toutes les activités de l'établissement principal; il suffit que l'entreprise locale, grâce à son personnel spécialisé et à son organisation propre, soit à même, sans grande modification, d'exercer d'une façon indépendante son activité d'agence locale; il s'agit d'une autonomie dans les relations externes, qui s'apprécie de cas en cas d'après l'ensemble des circonstances, quelle que soit la subordination ou la centralisation interne.

...

3. – L'autorité cantonale de surveillance a nié l'existence d'une succursale parce que les sociétés intimées ne disposeraient pas chacune à Genève de locaux à titre exclusif ni de personnel propre.

a) Il ne résulte pas de la définition jurisprudentielle qu'une succursale ne pourrait exister à un endroit que si la maison de commerce y dispose de locaux réservés à son usage exclusif. La jurisprudence exige seulement des locaux distincts de ceux du siège principal.

L'exigence de locaux exclusifs n'aurait pas de raison d'être du moment qu'elle n'est pas non plus formulée en ce qui concerne le siège principal; il est du reste fréquent, notamment en cas de groupes de sociétés, que plusieurs sociétés soient administrées et gérées dans les mêmes locaux, parfois par les mêmes personnes. La négation d'une succursale, voire d'un siège principal, faute de locaux exclusifs, priverait en ce cas les tiers de la protection que le registre du commerce est destiné à leur assurer.

L'arrêt ATF 68 I 112 consid. 3, cité par la décision attaquée, ne subordonne pas l'existence de la succursale à la jouissance de locaux à son usage exclusif; il insiste surtout sur l'indépendance de la succursale par rapport au siège principal. *Gauch*, op. cit., p. 119 n° 598, auquel se réfèrent les intimées, fait état d'un «eigenes Lokal» dont dispose la succursale mais il n'en exige pas un usage exclusif. Il relève par ailleurs qu'il ne faut pas se montrer strict quant à la preuve d'un lien avec un endroit, l'essentiel étant de pouvoir

localiser l'activité de la succursale (n° 597), et que le local est un espace dans lequel la succursale exerce au moins une partie de son activité (n° 1125).

Les intimées font remarquer que l'ordonnance sur le registre du commerce distingue, pour le siège social, le cas où la maison de commerce a un local et celui où elle n'a qu'un domicile chez un tiers (art. 42 et 43 ORC), alors que pour les succursales d'une entreprise suisse elle ne prévoit que la mention de son «local» (art. 71 lettre g ORC). Elles en déduisent a contrario qu'une succursale ne pourrait jamais être domiciliée chez un tiers. Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur cette opinion – qui n'est pas partagée par *Forstmoser* (op. cit., p. 431 n. 84), s'agissant des succursales suisses de sociétés étrangères –, puisque de toute manière on ne saurait exiger des locaux à l'usage exclusif de la succursale et qu'en l'occurrence on peut admettre que l'activité économique des sociétés intimées est exercée dans les locaux de Genève, dont elle peut disposer en fait (ATF 100 Ib 548) grâce à ses liens juridiques avec les sociétés suisses.

Que l'activité à Genève des deux sociétés intimées s'exerce dans les mêmes locaux, utilisés aussi pour d'autres sociétés du même groupe, ne s'oppose donc pas à leur inscription à cet endroit comme succursales.

b) L'existence d'une succursale ne suppose pas non plus qu'elle ait à son service un personnel lié avec elle par des liens contractuels directs. Il suffit que ce personnel, à disposition de la succursale, agisse au nom et pour le compte de celle-ci. Les rapports juridiques internes unissant la succursale à son personnel sont étrangers aux intérêts des tiers que le droit du registre du commerce tend à sauvegarder.

Le passage de l'arrêt précité ATF 68 I 113, selon lequel la succursale «muss eigenes Personal... haben», signifie que le personnel de la succursale doit être séparé dans une certaine mesure de celui du siège principal et qu'il doit être à la disposition de la succursale, ce qui est le cas en l'espèce.

4. – Pour le surplus, l'activité exercée à Genève au nom et pour le compte des intimées répond à la définition de la succursale, ce qui n'est pas contesté. Les sociétés intimées se sont en effet créées à cet endroit un établissement présentant un certain caractère de stabilité et déployant en leur nom et pour leur compte une activité commerciale. L'indépendance de l'établissement de Genève par rapport au siège social des intimées résulte des contrats régissant l'activité des deux sociétés genevoises pour le compte des sociétés panaméennes (ATF 89 I 412s. consid. 6; cf. aussi ATF 81 I 157 consid. 3 et *Gauch*, op. cit., p. 157

concernant l'inscription de la succursale d'un groupe de sociétés).

On ne saurait davantage nier que l'établissement de Genève fasse (juridiquement partie) des sociétés panaméennes, au sens de la définition jurisprudentielle de la succursale, telle qu'il faut la comprendre en relation avec la fonction du registre du commerce. En effet, même si les deux sociétés suisses sont juridiquement distinctes, si l'une est titulaire du bail et l'une ou les deux vraisemblablement employeur(s) du personnel, leur activité apparaît directement au service des sociétés panaméennes. Celles-ci peuvent en disposer en vertu des contrats de mandat de sorte que c'est leur propre activité qui se déploie à Genève (cf. aussi ATF 34 I 702).

5.- En se prévalant de la diversité juridique des sociétés panaméennes d'une part et des (sociétés de service) agissant en leur nom et pour leur compte d'autre part, pour s'opposer à l'inscription au registre du commerce, les sociétés intimées tentent d'utiliser une institution à une fin à laquelle elle n'est pas destinée, ce qui ne saurait être protégé.

Le but du registre du commerce est de faire connaître au public et aux créanciers, de manière claire, la situation et le régime de responsabilité de maisons de commerce soumises à l'inscription à ce registre (ATF 104 Ib 322 et les arrêts cités). En l'occurrence, les sociétés intimées déploient à et de Genève une activité importante; le capital social des deux sociétés (200 millions \$ et 48 millions \$), l'ampleur des locaux (avec un loyer annuel de 1,5 millions de francs) et du personnel occupés à Genève pour les sociétés du groupe en témoignent. Or cette activité est exercée à Genève de manière durable au nom et pour le compte de ces sociétés. Il est donc conforme au but du registre du commerce que les tiers en soient informés par une inscription sur ce registre. La société anonyme n'est pas destinée à permettre aux sociétés étrangères déployant en Suisse une activité correspondant à celle d'une succursale d'échapper à l'obligation de s'inscrire au registre du commerce en faisant exercer cette activité en leur nom et pour le compte par une (société de service) leur servant d'écran. Le caractère insolite de ce procédé est du reste révélé notamment par le faible capital social de chacune des sociétés suisses (100 000 fr.), par rapport aux locaux et au personnel qu'elles occupent et aux intérêts qu'elles représentent, ainsi que par la façon dont, sur certains documents, les sociétés suisses signent de leur raison sociale sous la raison sociale des sociétés étrangères représentées. Or, en droit suisse, les sociétés anonymes ne peuvent désigner des per-

sonnes morales comme administrateurs (art. 707 CO, cf. aussi art. 894 CO) ou fondés de procuration (*Oser/Schönenberger*, n. 20 ad art. 458; *Gautschi*, n. 16a ad art. 458), et le registre du commerce ne mentionne que des personnes physiques comme étant autorisées à signer au nom de la société (art. 26 al. 3 et 41 ORC; selon cette dernière disposition, une personne morale ne peut pas être désignée en qualité de représentante autorisée à signer; *Bürgi*, n. 28 ad art. 717, n. 6 ad art. 719/720); ce sont aussi les personnes physiques autorisées à représenter la société qui doivent signer sous la raison sociale (art. 719 CO, *Bürgi*, n. 1 et 3 ad art. 719/720). Par ailleurs, la succursale suisse d'une maison étrangère doit faire connaître aux tiers son mode de représentation selon les règles du droit suisse (art. 935 al. 2 CO). Visant à la protection des tiers, ces dispositions ne sauraient être éludées. Peu importe que les sociétés intimées aient eu ou non l'intention de frauder la loi; l'essentiel est de constater l'illégalité de la position qu'elles défendent aujourd'hui.

Aussi est-ce à juste titre que le recourant demande l'inscription d'une succursale des deux sociétés intimées à Genève. Il appartiendra à celles-ci de requérir cette inscription et d'indiquer le nom de la ou des personnes physiques autorisées à les représenter (art. 935 al. 2 CO).»

Bemerkungen

1. Der Entscheid geht in seiner Erwägung 1 aus vom *klassischen Begriff der Zweigniederlassung*. Er setzt dabei – in Übereinstimmung mit der Lehre – recht hohe Anforderungen an die Selbständigkeit und die Möglichkeit, unabhängig vom Hauptsitz zu bestehen. Insoweit wird die bisherige Praxis des Bundesgerichts bestätigt.

2. a) Von grösserer Tragweite sind dagegen Erwägung 3, wo das Bundesgericht zu den Erfordernissen der eigenen Lokalitäten (Erwägung 3a) und des eigenen Personals (Erwägung 3b) Stellung nimmt, sodass die Erwägungen 4 und 5.

Auch was das Bundesgericht in diesen Erwägungen *sagt*, entfernt sich wenig von der bisherigen Praxis, wenn auch die Voraussetzungen für die Bejahung einer Zweigniederlassung im einzelnen abgeschwächt werden. Von allem Bisherigen weicht dagegen ab, was das Bundesgericht *tut*: Es rechnet das Domizil einer Schweizer Dienstleistungsgesellschaft der bzw. den vertretenen ausländischen Gesellschaften zu, ebenso das Personal der Schweizer Gesellschaft. Es

betrachtet das Handeln «au service des sociétés panaméennes» als Handeln dieser ausländischen Gesellschaften selber, ungeachtet der Tatsache, dass Drittgemeinschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit aufgrund von Aufträgen tätig geworden waren.

Ein solches Vorgehen ist nur möglich, indem die *rechtliche Selbständigkeit* der Schweizer Dienstleistungsgesellschaften *ausser acht gelassen* wird. Das Bundesgericht nimmt mit andern Worten – freilich ohne dies zu erwähnen – einen *Durchgriff* vor, es verzichtet auf eine Beachtung der selbständigen Rechtspersönlichkeit der Schweizer Gesellschaften und setzt diese mit den beiden panamesischen Gesellschaften gleich. Damit entfällt der Unterschied zwischen Handlungen, die ein *Dritter im Auftragsverhältnis ausübt* (wie eben die Schweizer Dienstleistungsgesellschaften für die ausländischen Gesellschaften der Unternehmensgruppe, der sie angehören) und der Tätigkeit, die eine *juristische Person selbst* durch ihre Organe durchführt.

Ein Durchgriff ist nun aber im schweizerischen Recht stets die *Ausnahme*. Als Regel gilt, dass auch zu 100% beherrschte Gesellschaften als eigene Rechtspersonen gelten und zu anerkennen sind. Damit ausnahmsweise ein Durchgriff vorgenommen und die Trennung zwischen einer AG und ihrem Aktionär aufgehoben wird, braucht es *besondere Umstände*, nach schweizerischer Praxis einen Tatbestand von *Rechtsmissbrauch*.

Im einzelnen lassen sich anhand der schweizerischen Gerichtspraxis eine Reihe von *Fallgruppen* aufstellen, in denen sich ein Durchgriff rechtfertigt, so

- bei Sphären- und Vermögensvermischung (d.h., wenn der Alleinaktionär die rechtliche Selbständigkeit der beherrschten Gesellschaft selber vernachlässigt),
- beim Erwecken des Anscheins einer persönlichen Verpflichtung des Aktionärs ohne Eingehen einer entsprechenden Schuld,
- bei Unterkapitalisierung und anderen Fällen, in denen die beherrschte Gesellschaft selber gar nicht lebensfähig ist,
- bei Verfolgung von Sonderinteressen des Alleinaktionärs unter Missachtung der Interessen der beherrschten Gesellschaft.

Bedauerlich ist es, dass das Bundesgericht sich nicht ausdrücklich mit solchen oder anderen Voraussetzungen für die Vornahme eines Durchgriffs befasst und dass es daher in keiner Weise begründet, weshalb im konkreten Fall die Rechtspersönlichkeit der beiden Schweizer Gesellschaften ignoriert werden musste.

b) Eine Begründung für einen Durchgriff könnte man im vorliegenden Tatbestand wohl noch am ehesten aus der Art der Zeichnung durch die Schweizer Gesellschaften unter der Firma der jeweils vertretenen panamesischen Gesellschaft und mit dem Zusatz «ppon» oder «p.p.» herleiten: Abgesehen davon, dass als Prokurist nach schweizerischem Recht nur eine natürliche Person bestellt werden kann, erweckt diese Art der Unterzeichnung den Eindruck, dass jemand als *Organ* derjenigen juristischen Person handelt, die verpflichtet werden soll. Das Organ ist aber *Teil der juristischen Person selbst*, was für die Auffassung des Bundesgerichts spricht, dass es sich bei den Schweizer Gesellschaften und ihrer Organisation tatsächlich um einen Teil der ausländischen Gesellschaften (und damit allenfalls um Zweigniederlassungen derselben) handelte. Sollten solche Überlegungen dem Entscheid des Bundesgerichts zugrunde gelegen haben, dann wäre aber zu erwarten gewesen, dass sie in der Urteilsbegründung explizit zur Sprache gekommen wären.

3. Eine international tätige Unternehmensgruppe, die durch eine Schweizer Dienstleistungsgesellschaft Geschäfte auch für in anderen Ländern domizilierte Mutter-, Schwester- oder Tochtergesellschaften abschliesst, tut künftig gut daran – will sie die Begründung von Schweizer Zweigniederlassungen für alle diese ausländischen Gesellschaften verhindern –, die klare *Trennung zwischen den ausländischen und den in der Schweiz tätigen Gesellschaften zu manifestieren*. Dazu gehören etwa

- die finanzielle und personelle Ausstattung der Schweizer Gesellschaft in einer Art, die sie für sich allein lebensfähig macht (das Bundesgericht weist im besprochenen Entscheid auf das relativ kleine Grundkapital der beiden Schweizer Gesellschaften hin, freilich ohne nach den effektiv in der Schweiz gelegenen Vermögenswerten zu fragen),
- der Abschluss klarer Mandatsverträge und die formelle Einhaltung dieser Verträge,
- auch im übrigen die peinliche Einhaltung der Formalien des Abschlusses von Rechtsgeschäften durch Stellvertreter.

Prof. Dr. Peter Forstmoser, Zürich