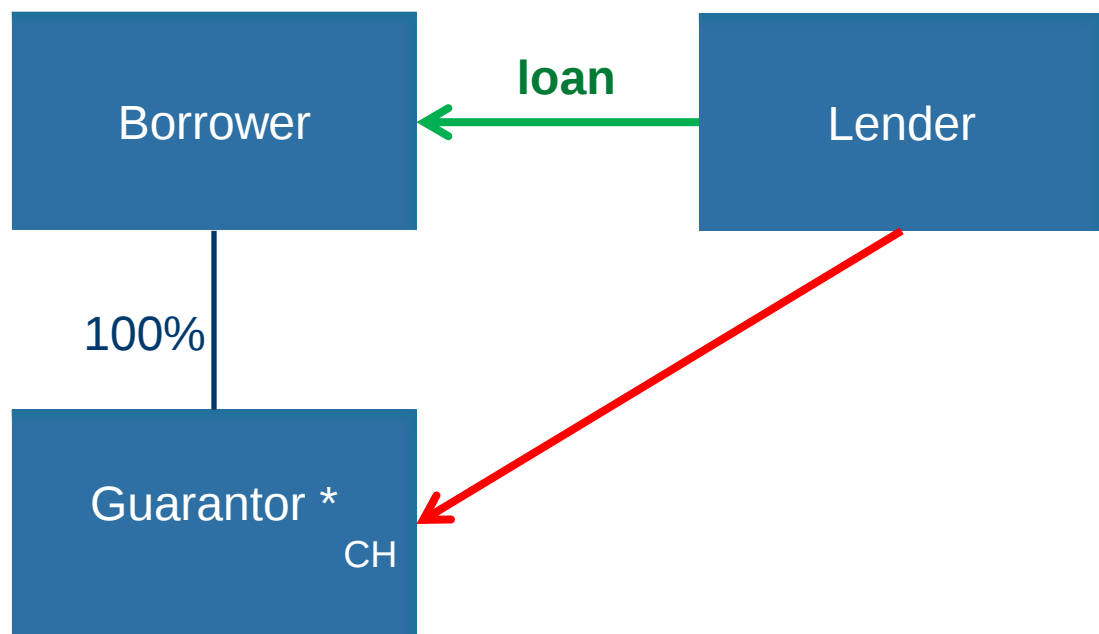


# Upstream, cross-stream, cash pool: Episode V – The Empire Strikes Back

1 April 2025

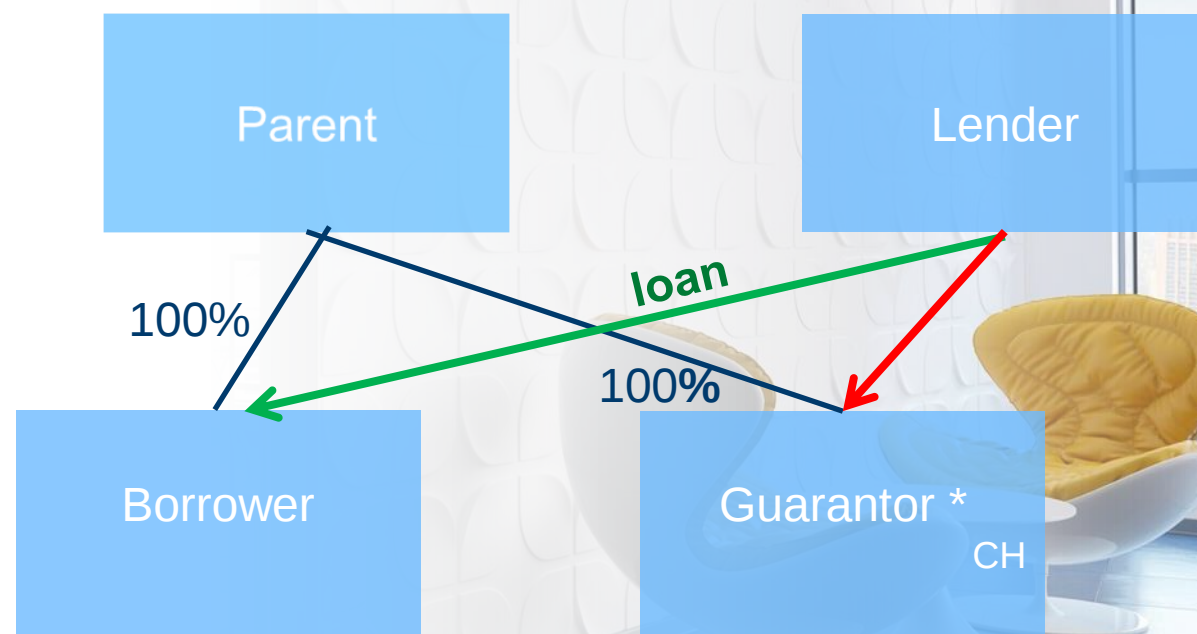


## Upstream



Guarantees, collateral, joint and several liability, etc.

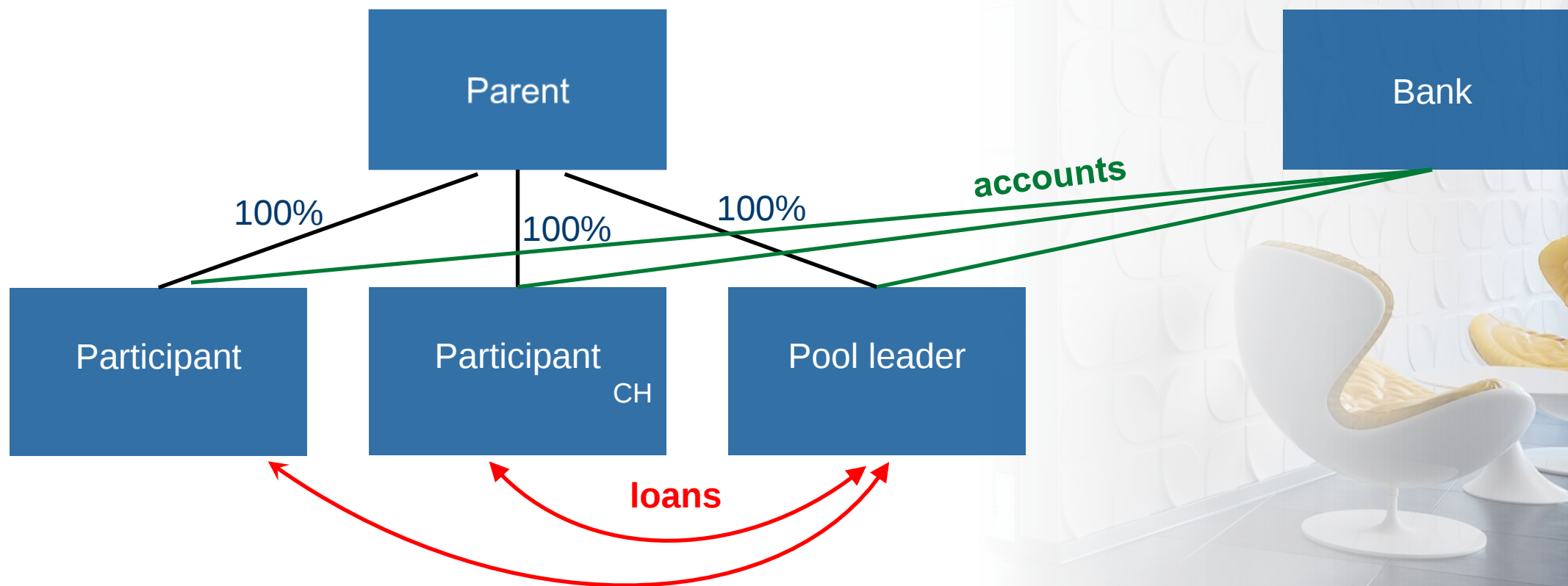
## Cross-stream



\* or security provider



Cash pool





### At arm's length? Criteria:

- BGE 140 III 533, E. 4.1 ("Swisscargo")
- BGer 4A\_268/2018, E. 6.5.4.4. ("Swissair")
- OGer BE, 3 June 2022, SK 20 440, E. 43.1.2.
- Expert Suisse Q&A on intercompany receivables, cash pooling and dividends

### If arm's length criteria not fulfilled:

- Hidden profit distribution
- Prohibited return of capital contribution
- Blocked reserve



# BGE 140 III 533 ("Swisscargo" or "Attack of the Clones")

Denn zunächst ist bereits im Ansatz fragwürdig, ob die Teilnahme an einem Cash Pool, bei der die Teilnehmerin [...] über ihre Liquidität verfügt, als solche überhaupt einem Drittmannstest standhält. Die Frage braucht indessen nicht vertieft zu werden, denn im vorliegenden Fall stellt die Beschwerdeführerin nicht in Abrede, dass das von der Beschwerdegegnerin an die Finance BV ausgerichtete Darlehen jedenfalls nicht

besichert war. Dies gilt auch für die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Beschwerdeführerin nicht behauptet habe, sich mit der Bonität der Schuldnerinnen befasst zu haben. Damit kann aber allein aufgrund dieser Umstände ein vollkommen ungesichertes Darlehen in der Höhe von 16,5 Mio. Fr. bzw. 7,2 Mio. Fr. nicht als Marktbedingungen entsprechend bezeichnet werden [...]



## BGer 4A\_268/2018 ("Swissair" or "A New Hope")

Denn aus dem Umstand, dass ein unbesichertes Darlehen den Drittmannstest nicht besteht [...], folgt nicht zwingend, dass die Gewährung eines unbesicherten Darlehens an die Muttergesellschaft (beziehungsweise die Teilnahme am Cash Pool) eine Pflichtverletzung der für das Geschäft verantwortlichen Organe der Gläubigersellschaft darstellt [...]. Zwar stellte die Vorinstanz fest, die Swissair habe im massgeblichen Zeitpunkt nicht über frei ausschüttbares Eigenkapital in der erforderlichen Höhe verfügt

[...]. Die Vorinstanz erkannte aber zu Recht auch, dass die dem Konzern zur Verfügung gestellten Darlehen im Interesse des Konzerns und mittelbar auch im Interesse der Swissair verwendet werden konnten. Das Interesse der Swissair am Fortbestand der SAirGroup und der Schwes-tergesellschaften war eminent. Denn die Swissair war für den Flugbetrieb darauf angewiesen, dass die Konzerngesellschaften [...] fortbestanden, ansonsten hätte auch sie ihren Flugbetrieb nicht fortführen können. Die

Swissair sollte jedoch auch nach Auffassung des Sachwalters der Beschwerdeführerin den Flugbetrieb um jeden Preis aufrecht erhalten, was aber bei Konkurs der SAirGroup unmöglich gewesen wäre. Die Darlehensgewährung war mithin in den Dienst dieses prioritären Gesellschaftsinteresses der Swissair gestellt und ist auch unter dem Aspekt der Organverantwortlichkeit in diesem Kontext zu würdigen.



# OGer BE, 3 June 2022 ("The Empire Strikes Back")

Insbesondere kann keine Rede sein davon, dass [...] im Swissair-Entscheid [...] eine umfassende Praxisänderung erfolgte. [...] Für die Frage, ob [die Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr] auch zu einer Verletzung der Pflichten des Beschuldigten als Verwaltungsrat und faktischem Entscheidungsträger in der D.-Gruppe führte, sind im Sinne [des Swissair-Entscheids] allfällige Gesellschafts- und Konzerninteressen zu berücksichtigen. [...] Mit Blick auf den [...] Swiss-

air-Entscheid sticht zunächst hervor, dass die dort benachteiligte Tochtergesellschaft ein eminentes Interesse am Fortbestand der Gruppe, insbesondere einer Schwestergesellschaft, hatte [...] Eine solche direkte und vor allem auch operative Abhängigkeit der schweizerischen Tochtergesellschaften von den ausländischen Tochtergesellschaften bestand in der D.-Gruppe nicht. [Das Bestreben, den Fortbestand der D.-Gruppe erreichen zu wollen, alleine vermag die Verletzung

des Verbots der Einlagerückgewähr nicht zu legitimieren. Vielmehr sind die gesamten Umstände zu berücksichtigen. Dabei fällt ins Gewicht, dass die finanzielle Situation der D.-Gruppe äusserst schwierig war und allen Beteiligten klar war, dass die Darlehen der schweizerischen Tochtergesellschaften] in Wirklichkeit «à fonds-perdu-Zuschüsse» waren und mit ihrer Rückzahlung nicht zu rechnen war.



If not at arm's length, risk of personal liability:

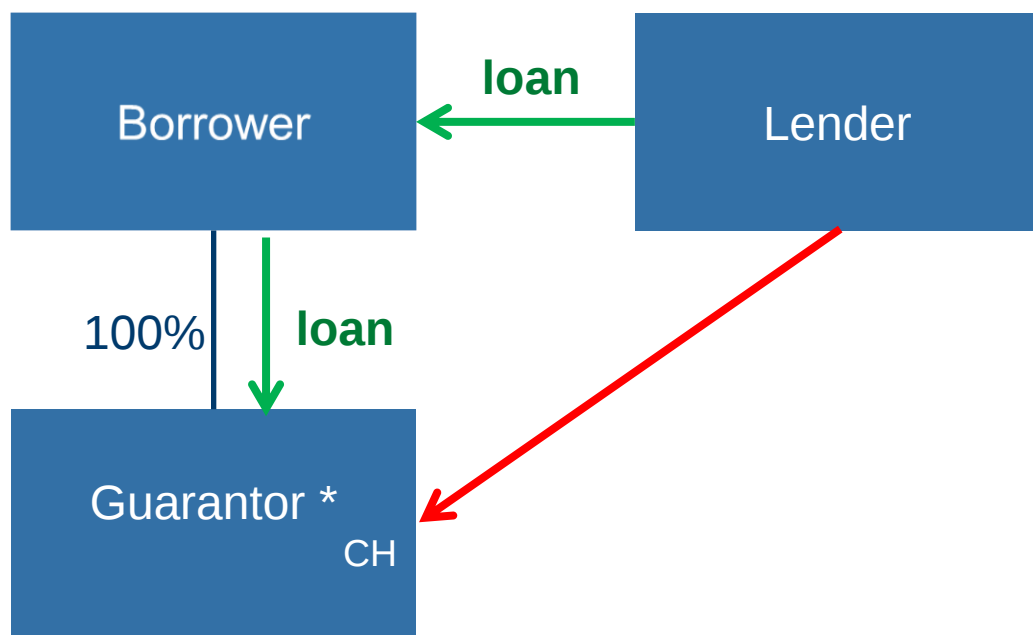
- directors, officers, shareholders, affiliated persons (article 678 CO)
- third parties
- civil liability
- withholding tax
- criminal liability

To dos:

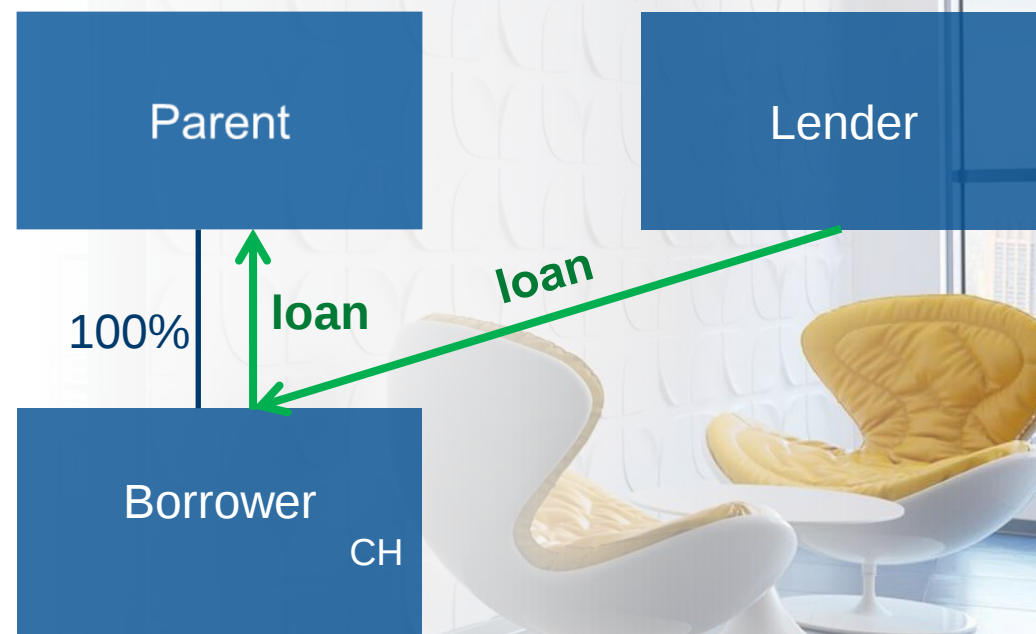
- Group financing clause in the articles of association
  - Prior to signing
- Limitation language
  - @signing
- Approval by shareholders
  - @granting & @realisation
- Approval by board of directors
  - @granting
- Audited financial statements
  - @realisation



## Special cases 1



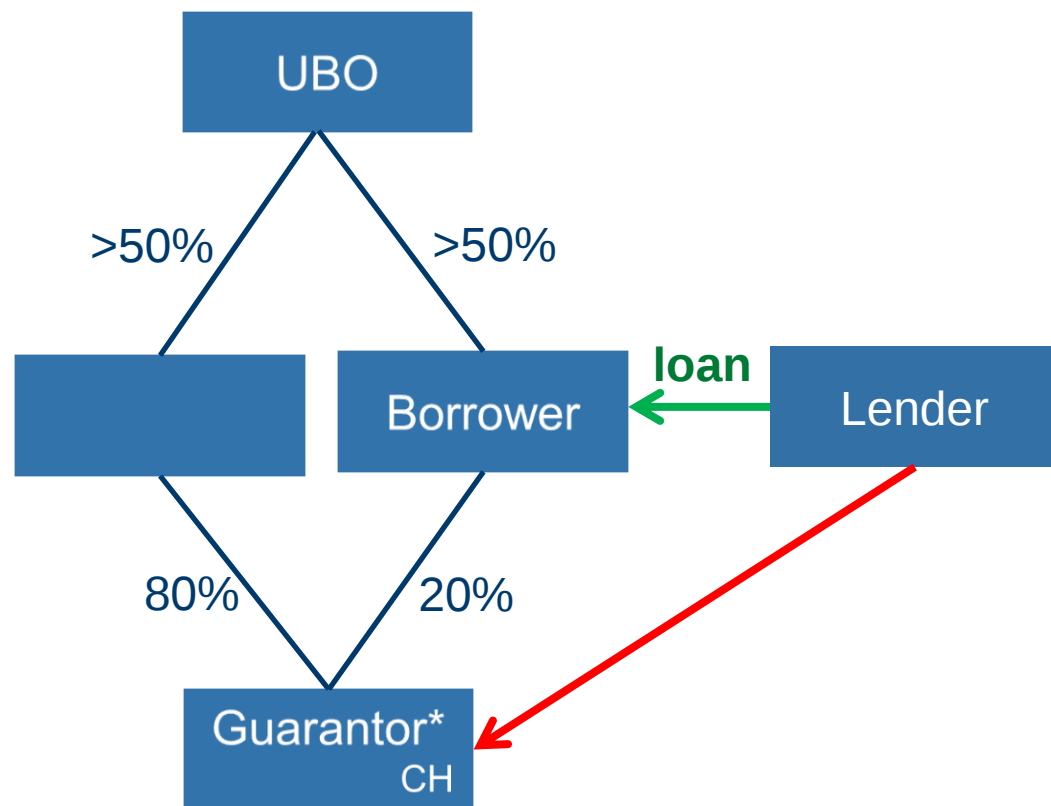
**Guarantees, collateral, joint and several liability, etc.**



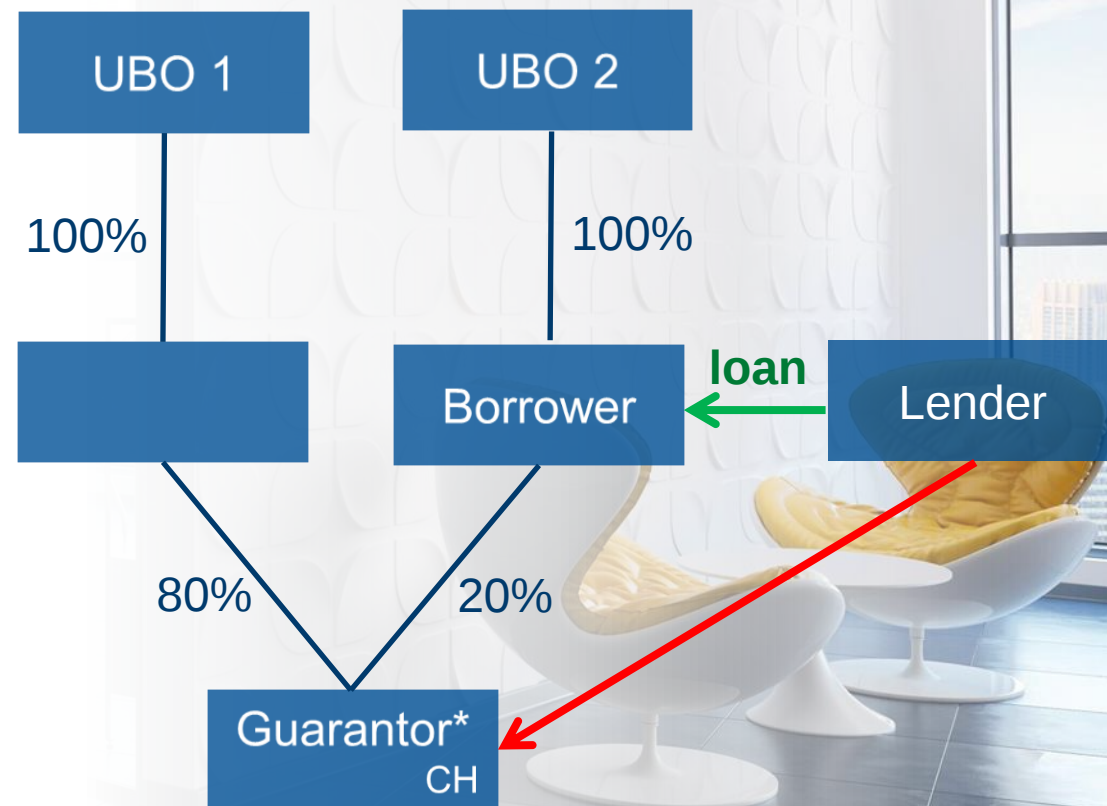
**\* or security provider**



## Special cases 2



Guarantees, collateral, joint and several liability, etc.



\* or security provider



# Questions?



**Dr. Kaspar Landolt**  
**Partner**  
**Banking & Finance**

**T:** +41 44 285 11 11

**M:** +41 79 401 53 21

**E:** [kaspar.landolt@cms-vep.com](mailto:kaspar.landolt@cms-vep.com)



**Your free online legal information service.**

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

**cms-lawnow.com**

---

The information held in this publication is for general purposes and guidance only and does not purport to constitute legal or professional advice.

CMS LTF Limited (CMS LTF) is a company limited by guarantee incorporated in England & Wales (no. 15367752) whose registered office is at Cannon Place, 78 Cannon Street, London EC4N 6AF United Kingdom. CMS LTF coordinates the CMS organisation of independent law firms. CMS LTF provides no client services. Such services are solely provided by CMS LTF's member firms in their respective jurisdictions. CMS LTF and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS LTF and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices; details can be found under "legal information" in the footer of cms.law.

**CMS Locations**

Aberdeen, Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Bergen, Berlin, Bogotá, Bratislava, Brisbane, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Cúcuta, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Liverpool, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Maputo, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Munich, Muscat, Nairobi, Oslo, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, São Paulo, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Stavanger, Strasbourg, Stuttgart, Tel Aviv, Tirana, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

---

**cms.law**