

The ULN Law Review is the market-place for news, information and updates believed relevant and of interest for the practice and businesses of the united-legal.network.eeig, their clients and business partners. ULN Law Review is distributed free of charge, and further information about us and any of the articles and information published may be obtained from either the uln secretary in Cologne, Germany or directly from the author. Even though the information contained in this ULN Law Review has been compiled carefully, no warranty is made as to the correctness and accuracy thereof, and nothing contained herein shall constitute any form of legal advice.

Content:

Über die neue Möglichkeit, sich an Unternehmen des deutschen Gesundheitssystems zu beteiligen

Diedrich Wilms, Berlin, Germany

Transfer Pricing and Customs Valuation

Hans Rainer Schäfer, Bad Marienberg, Germany

US-Amerikanisches Gesellschaftsrecht – Die wichtigsten Gesellschaftsformen in den USA im Überblick

Holger Siegart, San Francisco, USA

Ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne en France: Aperçu des premiers mois d'application de la nouvelle régulation A War Story - Dix ans de procédure valent bien une fête.

Pauline Le More, Paris, France

This ULN Law Review contains a guest column by the Attorney at Law, Holger Siegart, Esq., South San Francisco, California, USA. His article – written in German – deals with the US-American company law and introduces the main types of companies in the USA.

Über die neue Möglichkeit nichtärztlicher Dritter, sich an Unternehmen des deutschen Gesundheitssystems zu beteiligen

Dass der (deutsche) Gesundheitsmarkt ein Investitionsfeld mit erheblichem Potential ist, zeigt sich bereits an dem Umfang der Gelder, der jährlich in diesem System umgesetzt wird. Allein die Leistungsausgaben im System der gesetzlichen Krankenversicherung betragen im Jahr 2008 rund 151 Milliarden Euro, wobei die Gesamtausgaben mit 263 Milliarden Euro ca. 10 Prozent des Bruttoinlandsproduktes ausmachen. Hierbei entfiel auf die ambulante Versorgung ein Betrag von rund 27 Milliarden Euro (Quelle: BMG). Eine Beteiligung von „Branchenfremden“ im Gesundheitssystem war bis auf geringe Ausnahmen nicht möglich. Nun erfährt die Struktur der Leistungserbringung langsam eine Änderung.

Durch die Einführung von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ) nach § 95 Abs. 1 SGB V wurde die Voraussetzung dafür geschaffen, durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen nichtärztlichen Kapitalgebern eine Beteiligung an Leistungserbringern im System der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung zu ermöglichen.

Medizinische Versorgungszentren sind Einrichtungen, in denen Ärzte als Vertragsärzte oder angestellte Ärzte tätig sind und die in jeder denkbaren Form, also auch - und das ist neu- in der Form einer Kapitalgesellschaft, organisiert sein können. Hierdurch werden Beteiligungsmodelle denkbar. Während zunächst Krankenhaus-trägergesellschaften sich finanziell in der ambulanten Versorgung engagiert haben, scheint der Gesundheitsmarkt auch zunehmend von anderen institutionellen Investoren, auch aus dem europäischen Ausland, als Investitionsmöglichkeit entdeckt zu werden.

Jedoch ist diese Beteiligung nicht unumstritten. Durch die Kapitalmittel von Drittinvestoren könnte es zu einem ökonomischen Ungleich-

gewicht zwischen den am Gesundheitsmarkt wirkenden Beteiligten kommen, in dessen Folge eine Verdrängung des niedergelassenen Arztes durch MVZ stehen könnte. Zudem steht die Befürchtung im Raum, dass die ärztliche Leistungserbringung durch die Einflussnahme von Kapitalgebern beeinträchtigt werden könnte und somit die Heilbehandlung einer verstärkten ökonomischen Betrachtung unterliegt. Letztlich könnte es durch die Bildung von MVZ zur Konzentration von Ärzten an einem Standort kommen, wodurch andere Bereiche an einem Ärzteschwund zu leiden hätten.

Eine abschließende Bewertung der Veränderungen, die durch die Einführung von MVZ im Gesundheitssystem eintreten werden, ist derzeit noch nicht möglich. Tatsache ist aber, dass eine strukturelle Veränderung erfolgt ist. Dass mit dieser Veränderung Nachteile überwiegen würden, ist jedoch nicht ersichtlich. Die Teilnahme von Kapitalgesellschaften am Gesundheitsmarkt ist für den Bereich der Krankenhausversorgung übliche Praxis. Weder sind Zahlen bekannt, die eine schlechtere oder gar unzureichende Behandlung von Patienten belegen, noch findet eine solche Diskussion in der Öffentlichkeit statt. Weshalb der dort vorgehaltene Leistungsstandard ein schlechterer sein soll oder eine Trennung zwischen der ärztlichen und gesellschaftsrechtlichen Ebene nicht gewährleistet sein soll, erschließt sich nicht. Die berufsrechtlichen Vorgaben gelten hier genauso. Etwas anderes gilt auch nicht für die an der ambulanten Versorgung teilnehmende MVZ. Die Bindung mehrerer Ärzte an einen Standort führt auch nicht automatisch zu einer schlechteren Versorgung an einem anderen Ort. Vielmehr wurden durch das GMG sowie das VÄndG (1. Januar 2007) Möglichkeiten geschaffen, ärztliche Leistungen auch an anderen Orten als dem ursprünglichen Praxissitz zu erbringen. Soweit dies nur eingeschränkt geschieht, ist dies der zögerlichen Verwaltungspraxis geschuldet.

Letztlich erscheint die Antwort auf die Frage der effizienten Mittelverteilung bei

gleichbleibender oder verbesserten Versorgungsqualität nicht durch den niedergelassenen Arzt als Versorgungsmodell aus den 50er Jahren beantwortet werden zu können. Dabei ist das Modell des MVZ kein Allheilmittel. Aber die zunehmend kostenintensive apparative Leistungserbringung bei gleichzeitiger Budgetdeckelung im GKV-System scheint verstärkte Einbindung von Drittkapital unumgänglich zu machen. Dabei kann die Kooperation dazu beitragen, den Investitionsstau im Bereich der ambulanten Leistungserbringung zu verringern, durch Einsparungseffekte kostengünstiger zu arbeiten und dadurch sowohl die medizinische Leistungsfähigkeit zu erhöhen als auch angemessene Gewinne zu erwirtschaften.

Tatsache ist, dass derzeit solche Beteiligungslösungen rechtlich möglich und wirtschaftlich interessant sind.

Der Gesundheitsmarkt bleibt somit ein Investitionsbereich, dessen Potential bislang nicht ausgeschöpft ist. Eine eigeninteressenorientierte Diskussion, die den Finanzierungsbedarf und die hierfür erforderliche Schaffung der gesellschaftsrechtlichen und sozialrechtlichen Voraussetzungen übersieht, schadet dabei nicht nur dem Gesundheitssystem als solchem sondern verhindert auch dringend erforderliche Innovationen. Eine Chance bietet dieser Markt allemal.

RA Diedrich Wilms
Fachanwalt für Medizinrecht

Transfer Pricing and Customs Valuation

I. Introduction

Discussing Transfer Pricing¹ and customs valuation means talking about two different taxes with different objectives, administration, processes and procedures. What is the reason behind having this topic on the agenda? Globalization is affecting domestic policies and international relations of every country in the

world. Globalization may be defined as the integration of capital, technology and information across national borders².

Under international tax principles countries have a legitimate sovereign right to design and implement a tax system they deem most appropriate to collect taxes. Treaty law, for both customs and corporate income tax, tries to harmonize the tax systems of the different countries. The international standards for transfer pricing are set by the OECD³ whereas customs authorities apply the relevant rules set by the WTO⁴. The application of these international standards at national level by customs and tax authorities could vary from country to country. But most domestic laws also recognize some idea of reasonableness with respect to the operation of a tax system. These two aspects very much support the transfer pricing and custom duties convergence discussion. Transfer pricing is concerned with determining arm's length transfer prices for transactions which take place between affiliated companies. It concerns the determination of the correct taxable income. Customs valuation concerns the valuation of individual dutiable transactions. The common view is that there should be at least some convergence or integration in approach. The mere existence of two sets of regulations and, in many countries, of two different administrative bodies to deal with direct taxes (e. g. corporation income tax) and customs duties, make cross-border trade overly complicated and costly.

II. The WTO Approach

The Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (the Agreement) provides the international legal framework for determining the customs value of imported goods. This comprises imported goods traded within related parties. All WTO members are obliged to apply the provisions of the Agreement through their national legislation.

A principal objective of the Agreement is to establish a fair, uniform and neutral system for the valuation of imported goods for customs

purposes that prevents the use of arbitrary or fictitious values, and which reflects commercial reality.

The methodology for determining the customs value is contained in Arts. 1 to 8 of the Agreement. The Agreement provides for the following six different methods to be applied in a strict hierarchical order.

- 1) transaction value method (Art. 1);
- 2) transaction value of identical goods (Art. 2);
- 3) transaction value of similar goods (Art. 3);
- 4) deductive value method (Art. 5);
- 5) computed value method (Art. 6);
- 6) fall-back method (Art. 7).

The primary method of determining the customs value under Art. 1 is the transaction value. Where the customs value cannot be determined on the basis of the transaction value, it will be determined using the other methods in hierarchical order.

As the transaction value method is the preferred method to be adopted, I will describe shortly this method. Under Art. 1, provided certain conditions are met, the customs value of imported goods shall be the transaction value. That is the price actually paid or payable for the goods when sold for export to the country of importation, adjusted in accordance with the provisions of Art. 8. The following elements are to be examined for the application of Art. 1:

- sale;
- sale for export to the country of importation;
- four particular conditions (including related party transaction considerations);
- price actually paid or payable;
- adjustments under Art. 8.

One of the four particular conditions is that the buyer and the seller are not related. Where the buyer and the seller are related, the transaction value is acceptable for customs purposes under the provisions of Para. 2 of Art. 1. The provision of Para. 2 of Art. 1 can be summarized as follows:

The transaction value is acceptable when the buyer and the seller are not related under the terms of Art. 15 of the Agreement. The trans-

action value can also be accepted, provided that the relationship between the transaction parties does not influence the price. Para. 2 of Art 1 states that the mere fact that the transaction parties are related, this does not automatically mean that the transaction value is unacceptable.

How can be determined whether or not the relationship between the buyer and the seller has influenced the price? In such case, Para 2a and b of Art. 1 should be considered, namely,

- 2a): the circumstances surrounding the sale shall be examined to establish whether the relationship influenced the price; and
- 2b): alternatively, the importer has an opportunity to demonstrate that the price closely approximates to one of three test values.

In order to identify the circumstances surrounding the sale, the following aspects of the transaction should be examined:

- the way the buyer and the seller organize their commercial relations; and
- the way in which the price in question was arrived at.

The following examples would demonstrate that there is no influence on the price, and hence the transaction value would be acceptable as the customs value:

- if the price had been settled in a manner consistent with the normal pricing practices of the business line in question;
- if the price was settled in a manner consistent with the way the seller settles prices for sales to unrelated parties;
- whether the price is adequate to ensure recovery of all cost plus a profit which is representative of the firm's overall profit realized over a representative period of time in sales of goods of the same class or kind (identical or similar goods).

Another method to determine whether the transaction value between the buyer and the seller is influenced by their relationship is to compare the declared value to a "Test Value". The transaction value between related parties shall be accepted whenever the importer

demonstrates that such value closely approximates to one of the following "Test Values":

- the transaction value in sales to an unrelated buyer of identical or similar goods for export to the country of importation; or
- the customs value of identical or similar goods as determined under the provisions of Art. 5 (deductive value method); or
- the customs value of identical or similar goods as determined under the provisions of Art. 6 (computed value method).

It seems to be obvious that, in applying the foregoing test, considerations should be given to differences in commercial levels and cost conditions. The definition of "related parties" is provided in Art. 15.4 of the Agreement. Parties shall only be considered related if they fall within the criteria of that catalogue.

III. Comparison

If we compare between customs valuation and OECD transfer pricing methods, we have to state, that the term "transfer pricing" refers to the pricing contributions (tangible and intangible assets, services and funds) transferred between related parties. There may be the opinion, that convergence of tax and customs transfer pricing rules was not possible because tax and customs law have different objectives. The general objective of customs law is the regulation of the international trade of goods. The general objective of tax law is to raise revenue. Comparing transfer pricing rules regarding customs valuation we have to state that there are similarities and differences. Differences are:

- there are different grouping methods, that means aggregation for transfer pricing purposes, but transaction by transaction and line item by line item for customs purposes;
- different definitions are applied with respect to related parties;
- the customs regime assumes the invoiced transaction value to be the correct value, and dictates use of other valuation methods when the transaction value cannot be used. There is no choice of the method to be used for customs valuation;
- for customs purposes the date of entry of

goods matters. For transfer pricing purposes, the pricing is reviewed annually; and - the tax authorities of the importation country do not want the price too high and the customs authorities do not want the price to be too low.

If we compare the methods of valuation, we may get a comparison as follows:

<u>TP method</u>	<u>Customs valuation method</u>
(Comparable uncontrolled price)	transaction value
transaction value	deductive value
Resale price deductive value	computed value
cost plus computed value	
TNMMI	
(transaction net margin)	
Profit split	

III. Conclusion

The chart above shows that there are no customs valuation methods comparable to the TNMM and profit split methods which are adopted for transfer pricing models. Obviously both methods have been developed to determine the "fair distribution of the profits" and the tax burdens of the related companies. It is to be expected that (different kinds of) profit split methods will be adopted increasingly by multinational enterprises and the tax authorities.

Multinational companies that import goods from related parties continue to face potentially inconsistent treatment by the tax authorities and the customs authorities.

Hans R. Schäfer
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater,
Rechtsbeistand

1) see from the same author:

- a) The new German tax rule concerning "shifting of functions", ULN Law Review 2/2009
- b) Dokumentationspflichten in Deutschland bei internationalen Verrechnungspreisen, Commercial Law Review 1/2004
- 2) Transfer Pricing and Customs Valuation, ed. Anuschka Bakker and Belema Obuoforibo, IBFD Amsterdam 2009, p. v
- 3) OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax

Administrations, 2009 IBFD, Amsterdam

4) WTO Agreement on Implementation of

Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994

US-Amerikanisches Gesellschaftsrecht – Die wichtigsten Gesellschaftsformen in den USA im Überblick

Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die in den Vereinigten Staaten in der Praxis am weitesten verbreiteten Gesellschaftsformen, Limited Liability Company, Corporation, Limited Partnership und General Partnership. Für den Praktiker ist ein Einblick in diese Materie nicht nur im Hinblick auf die Gründung von Gesellschaften in den USA, sondern auch hinsichtlich der Vretretung von Gläubigern gegenüber in den USA ansässigen Schuldern von Interesse. Dabei ist stets zu beachten, dass das Gesellschaftsrecht in den USA in der Gesetzgebungskompetenz der einzelnen Bundesstaaten liegt. Hieraus folgt, dass es in den Vereinigten Staaten kein einheitliches bundesweites Gesellschaftsrecht gibt.

Limited Liability Company (LLC)

Die Limited Liability Company (LLC) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Von den in den USA anzutreffenden Gesellschaftsformen ist die LLC der deutschen GmbH am ähnlichsten. Das wesentliche Merkmal und zugleich der grösste Vorteil ist die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen. Die Gesellschafter haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich nicht persönlich.

Allerdings kann in bestimmten Fällen die persönliche Haftung des Gesellschafters einer LLC aus eigenem Verschulden begründet sein (z.B. bei Unterkapitalisierung, unelauter Handlung, arglistiger Täuschung, Auswahl- und Überwachungsverschulden etc.). Die einzelnen Voraussetzungen der persönlichen Haftung des Gesellschafters einer LLC in den USA sind sehr kompliziert und wiederum in den einzelnen Bundesstaaten zum Teil unterschiedlich geregelt.

In den meisten Staaten der USA ist ein Gesellschafter (*Member*) zur wirksamen Errichtung einer LLC ausreichend (amerikanische Ein-Mann-GmbH). In einigen Bundesstaaten sind allerdings zwei Gesellschafter erforderlich. Wirksam wird die Errichtung der Gesellschaft in den USA mit Eintragung im Gesellschaftsregister des jeweiligen Bundesstaates. Die Formalitäten und Kosten unterscheiden sich in den einzelnen Bundesstaaten. Grundsätzlich sind Gründungsaufwand und Gründungskosten geringer als in Deutschland.

Die Gesellschafter der LLC müssen nicht notwendigerweise natürliche Personen sein. Auch Personen- und Kapitalgesellschaften können Gesellschafter einer LLC in den USA sein. Die Anzahl der Gesellschafter ist grundsätzlich unbegrenzt. Als Gesellschaftszweck kommt jede erlaubte Tätigkeit in Frage. In manchen Bundesstaaten ist die LLC allerdings als Gesellschaftsform für bestimmte Berufsgruppen nicht zulässig (z.B. für Architekten, Ärzte, Steuerberater und Rechtsanwälte in Kalifornien).

Die LLC kann auch steuerlich attraktiv sein, da Gewinne und Verluste der Gesellschaft grundsätzlich wie bei einer Personengesellschaft direkt bei den jeweiligen Gesellschaftern besteuert werden. Allerdings können die Gesellschafter die Besteuerung auf zwei Ebenen entsprechend einer Aktiengesellschaft (*C-Corporation*) wählen. Welche Gesellschaftsform in den USA die steuerlich günstigste ist, hängt von zahlreichen Details ab und muss fallbezogen beurteilt werden. Nach hiesiger Auffassung sollten allerdings steuerliche Aspekte allein im Regelfall nicht ausschlaggebend für die Wahl der Rechtsform in den USA sein.

Die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander und die Regelung der Verwaltung, Führung und Auflösung der Gesellschaft werden grundsätzlich im Gesellschaftsvertrag (*Operating Agreement*) vereinbart. Dabei lassen die GmbH-Gesetze der amerikanischen Bundesstaaten den Gesellschaftern sehr viel Gestaltungsfreiheit.

Soweit im Gesellschaftsvertrag nichts Anderweitiges vereinbart ist, sind alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt. Wesentliche Änderungen wie z.B. die Aufnahme neuer Gesellschafter erfordern normalerweise einstimmigen Beschluss. Das Ausscheiden eines Gesellschafter führt in den meisten Staaten zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft, soweit nicht die Fortführung vereinbart ist. Es ist daher sehr wichtig, bereits bei Gründung der LLC Vorkehrungen für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafter zu treffen. Besonderes Augenmerk muss im Gesellschaftsvertrag auf die Regelungen für den Fall des Ablebens oder der Scheidung eines Gesellschafter gelegt werden, da eine Anzahl von US-Bundesstaaten die Gütergemeinschaft (*community property*) als gesetzlichen Güterstand vorsieht, was ohne vertragliche Vorkehrungen auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene zu erheblichen Problemen führt.

Die Limited Liability wurde in den USA erst in den jüngeren Vergangenheit durch die Gesetzgebung der einzelnen Bundesstaaten geschaffen. Sie ist mittlerweile in allen Bundesstaaten als Rechtsform gesetzlich verankert. Sie verfügt allerdings nicht über eine der deutschen GmbH vergleichbare Rechtstradition. Daher gibt es zu bestimmten Fragestellungen noch keine Präzedenzentscheidungen und gefestigte Rechtsprechung. Insbesondere bei der Neugründung in den USA und für kleinere Unternehmen ist die LLC gleichwohl zwischenzeitlich zu einer der bevorzugten Gesellschaftsformen geworden.

Corporations

Die Aktiengesellschaft (*Corporation*) ist in den USA eine weit verbreitete Gesellschaftsform mit einer langen Rechtstradition. Nicht nur Grossunternehmen, sondern auch zahlreiche mittelständische Unternehmen und Kleinbetriebe sind in den USA als Aktiengesellschaft organisiert. Die wesentlichen Merkmale und entscheidenden Vorteile der Corporation liegen in der Haftungsbeschränkung und dem leichteren Zugang zu Kapital durch Ausgabe von Aktien.

Es werden zwei Arten von Aktiengesellschaften unterschieden, die C-Corporation und die S-Corporation. Die Bezeichnung geht auf das jeweilige Kapitel der US-amerikanischen Abgabenordnung zurück, in welchen die Besteuerung der jeweiligen Form der Aktiengesellschaft geregelt ist.

Stark vereinfacht dargestellt, findet bei der C-Corporation in den USA eine doppelte Besteuerung statt, auf der gesellschaftlichen und der persönlichen Ebene. Zunächst muss die Gesellschaft ihre Gewinne versteuern und die Verluste absetzen. Die zweite Besteuerung erfolgt, wenn die Gesellschaft Auszahlungen vornimmt. Die Empfänger müssen dann ihre Vergütung (als mitarbeitende Aktionäre oder Organe) oder Dividenden als persönliches Einkommen versteuern. Die Verluste der Gesellschaft hingegen können sie im Rahmen ihrer persönlichen Steuererklärung nicht geltend machen.

Die S-Corporation wird hingegen steuerlich wie eine Personengesellschaft (*Partnership*) behandelt. Die Gewinne und Verluste werden im Rahmen der persönlichen Steuererklärung direkt von den einzelnen Aktionären versteuert bzw. abgesetzt. Die Gesellschaft selbst zahlt keine Steuern auf ihre Gewinne und setzt dementsprechend auch keine Verluste steuerlich ab.

Beide Formen der Corporation werden auf die gleiche Art und Weise gegründet. Die Voraussetzungen für die wirksame Errichtung der Aktiengesellschaft sind allerdings in den einzelnen Bundesstaaten zum Teil unterschiedlich geregelt. Hieraus ergeben sich wiederum Unterschiede im Hinblick auf die Gründungskosten und den Gründungsaufwand. Grundsätzlich sind Aufwand und Kosten der Gründung einer Aktiengesellschaft in den USA deutlich geringer als in Deutschland.

Im Hinblick auf die Führung der Corporation ist zwischen Directors, Officers und Shareholders zu unterscheiden. Allen ist gemeinsam, dass sie grundsätzlich nicht persönlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Hiervon gibt es allerdings ebenso wie bei der

LLC eine Reihe von Ausnahmetatbeständen, welche eine persönliche Haftung begründen können. Die Einzelheiten sind kompliziert und in den einzelnen Bundesstaaten zum Teil unterschiedlich geregelt.

Directors treffen in den USA die unternehmerischen Entscheidungen und Weichenstellungen für die Gesellschaft. Sie werden von den Aktionären (*Shareholders*) gewählt. Ihre Zahl hängt von den Grösse des Unternehmens ab. Grössere Unternehmen haben mehrere Directors, kleine Unternehmen haben in der Regel nur einen Director.

Officers sind für das Tagesgeschäft der Gesellschaft und die Umsetzung der unternehmerischen Entscheidungen der Directors verantwortlich. Sie werden normalerweise vom Board of Directors (ähnlich einem Aufsichtsrat) ernannt. Auch ihre Anzahl hängt von der Grösse des Unternehmens ab. Normalerweise haben Aktiengesellschaften einen Chief Executive Officer (CEO), der die Verantwortung für die Geschäftsführung und das Tagesgeschäft nach Massgabe des Board of Directors trägt; einen Treasurer oder Chief Financial Officer (CFO), der für die Finanzen und Finanzbuchhaltung der Gesellschaft verantwortlich ist; sowie einen Secretary der für die sonstige Buchführung verantwortlich ist (z.B. ordnungsgemässe Protokollierung von Aktionärsversammlungen und Sitzungen des Board of Directors).

Obgleich Parallelen zur Organisation der AG nach deutschem Recht vorhanden sind, dürfen Aufgaben, Verantwortungsbereich und Befugnisse von Officers und Directors der Corporation in den USA nicht mit Vorstand und Aufsichtsrat einer deutschen Aktiengesellschaft gleichgesetzt werden.

Die Aktionäre, Shareholders, sind die Eigentümer der Gesellschaft. Sie investieren Kapital in die Gesellschaft. Aktionäre haben normalerweise nichts mit dem Tagesgeschäft der Gesellschaft zu tun.

In allen US-amerikanischen Bundesstaaten ist derzeit die Gründung einer Ein-Mann AG, möglich, d.h. ein einziger Aktionär kann eine

Corporation in den USA wirksam errichten. So ist es möglich, dass der Inhaber eines Betriebes einziger Director, Officer und Shareholder zugleich ist. Dies muss vor dem Hintergrund gesehen werden, dass bis zur Einführung der Limited Liability Company (LLC), die Corporation die einzige Gesellschaftsform war, die keinen persönlich haftenden Gesellschafter benötigte. Dies ist eine der Ursachen, weshalb auch viele Kleinbetriebe und Handwerksbetriebe in den USA als Aktiengesellschaft organisiert sind.

Der Aufwand für die Gründung und Führung der Gesellschaft ist bei einer Corporation höher als bei einer Limited Liability Company, weshalb letztere zwischenzeitlich bei der Firmengründung in den Vereinigten Staaten oftmals bevorzugt wird. So muss eine Corporation z.B. eine jährliche Hauptversammlung abhalten, wesentliche Entscheidungen von Aktionären und Directors protokollieren, erhöhte Anforderungen an die Buchführung erfüllen etc. Gleichwohl ist in vielen Fällen die Gründung einer Corporation die sinnvollere Lösung. Die Wahl der passenden Gesellschaftsform hängt allerdings immer von den Umständen des Einzelfalles sowie der angestrebten Entwicklung der Gesellschaft ab.

Limited Partnership

Eine weitere in den USA häufig anzutreffende Gesellschaftsform ist die sog. Limited Partnership. Im Gegensatz zur LLC und Corporation handelt es sich hierbei um eine Personengesellschaft. Ähnlich wie die deutsche Kommanditgesellschaft benötigt die Limited Partnership mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter (General Partner) und einen beschränkt haftenden Gesellschafter (Limited Partner). Die Limited Partnership verbindet in den USA die Haftungsbeschränkung für die Mehrheit der Gesellschafter mit den Vorteilen einer Personengesellschaft im US-Amerikanischen Steuerrecht. Seit dem Aufkommen der Limited Liability Company (LLC) hat die Limited Partnership bei der Gründung von Gesellschaften in den USA allerdings an Attraktivität verloren.

Die Limited Partnership muss beim Gesellschaftsregister des jeweiligen US-Bundesstaates eingetragen werden. Die Voraussetzungen für die Gründung einer Limited Partnership weichen ebenso wie die weiteren Vorschriften über die Gesellschaft in den einzelnen Bundesstaaten voneinander ab.

Die persönlich haftenden Gesellschafter der Limited Partnership (*General Partner*) führen die Geschäfte der Gesellschaft, vertreten die Gesellschaft nach aussen und haften persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Sie unterliegen einer Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und sind den beschränkt haftenden Gesellschaftern zur Rechnungslegung verpflichtet.

Die beschränkt haftenden Gesellschafter (*Limited Partner*) erbringen eine Einlage (*Capital Contribution*), welche unter anderem eine Kapitaleinlage, Sacheinlage, oder Dienstleistung sein kann. Die Haftung der Limited Partner ist auf ihre Einlage beschränkt. Limited Partner sind am Gewinn der Gesellschaft beteiligt.

Ein Limited Partner darf nicht die Geschäfte der Gesellschaft führen. Ansonsten verliert er die Beschränkung der Haftung auf seine Einlage und haftet Gläubigern der Gesellschaft über seine Einlage hinaus persönlich wie ein General Partner.

Ein Limited Partner kann seinen Gesellschaftsanteil ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter übertragen. Die Gesellschaft wird hierdurch nicht aufgelöst. Abweichende Regelungen können jedoch im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden. Ein Limited Partner darf die Bücher der Gesellschaft einsehen und hat einen Auskunftsanspruch gegen den oder die General Partner über Angelegenheiten der Geschäftsführung.

Eine besondere Form der Personengesellschaft ist die Limited Liability Partnership (LLP). Sie wurde speziell für bestimmte Berufsgruppen (z.B. Rechtsanwälte) geschaffen. Sie unterscheidet sich von der Limited Partnership dadurch, dass die General

Partner nicht für fahrlässiges Verhalten anderer Gesellschafter haften (z.B. Anwaltsverschulden). Hierdurch kann unter anderem die persönliche Haftung für Anwaltsverschulden eines Sozius vermieden werden. Im Übrigen haften die General Partner einer LLP aber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich.

General Partnership

Die einfachste Gesellschaftsform in den USA ist die sog. General Partnership. Sie ist der deutschen BGB-Gesellschaft ähnlich. Zur wirksamen Errichtung ist erforderlich und ausreichend, dass mindestens zwei Personen übereinkommen, einen Gesellschaftszweck zu verfolgen. Ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag ist nicht erforderlich. Gesellschaftszweck kann grundsätzlich jede erlaubte Tätigkeit sein. Wenn die Gesellschaft unter einem Namen in Erscheinung tritt, der nicht die Namen aller Gesellschafter enthält, ist eine Eintragung in das entsprechende öffentliche Register erforderlich.

Jeder Gesellschafter (*Partner*) haftet persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Diese Haftung ist gesamtschuldnerisch, d.h. jeder Gesellschafter kann von einem Gläubiger der Gesellschaft auf Erfüllung einer Verbindlichkeit der Gesellschaft persönlich in voller Höhe (d.h. nicht lediglich entsprechend seinem Anteil an der Gesellschaft) in Anspruch genommen werden. Die Haftung des Gesellschafters ist nicht auf seine Einlage begrenzt.

Aufgrund der persönlichen Haftung aller Gesellschafter werden bei der Gründung von Firmen in den USA andere Gesellschaftsformen bevorzugt, welche die Vorteile der persönlichen Besteuerung mit einer Haftungsbeschränkung bzw. Vermeidung der persönlichen Haftung verbinden.

Die einzelnen Gesellschafter weisen die Gewinne und Verluste entsprechend ihrem Anteil an der Gesellschaft persönlich in Ihrer Steuererklärung aus. Die Gesellschaft selbst wird nicht besteuert.

Jeder Gesellschafter ist grundsätzlich allein zur Vertretung der Gesellschaft nach aussen befugt und kann wirksam Verpflichtungen für die Gesellschaft (für welche die übrigen Gesellschafter persönlich haften) eingehen.

Soweit keine vertraglichen Regeln getroffen werden, ergeben sich die Rechte und Pflichten der Gesellschafter aus dem Recht des jeweiligen US-Bundesstaates. In den USA steht dabei die Vertragsfreiheit im Vordergrund. So können z.B. Gewinne und Verluste abweichend von den prozentualen Gesellschaftsanteilen den Gesellschaftern zugewiesen werden.

Im Gesellschaftsrecht der meisten US-Bundesstaaten ist die Auflösung der Gesellschaft für den Fall vorgesehen, dass ein Gesellschafter ausscheidet oder verstirbt. Allerdings ist die Vereinbarung eines Vorkaufrechts für die verbleibenden Gesellschafter möglich.

Ein Joint Venture ist ebenfalls eine Form der General Partnership. Die Besonderheit besteht darin, dass ein Joint Venture eine Gesellschaft für einen bestimmten, zeitlich oder inhaltlich begrenzten Zweck oder ein Projekt ist (vergleichbar einer ARGE). Spezielle Regelungen für Joint Ventures ergeben sich aus dem Recht der einzelnen amerikanischen Bundesstaaten.

Holger Siegwart, Esq., Attorney at law und Rechtsanwalt

Ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne en France : Aperçu des premiers mois d'application de la nouvelle réglementation

La loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la réglementation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, adoptée le 6 avril 2010, est entrée en vigueur le 13 mai

2010.¹ Auparavant exclus du marché français du fait des monopoles, les opérateurs européens sont désormais habilités à demander un agrément à l'Autorité de régulation des Jeux en ligne (« l'ARJEL »), nouvellement créée, afin d'offrir des jeux et paris en ligne aux consommateurs français. Les services de paris et jeux de hasard, fournis à partir des points de vente physiques (dit secteur en « dur »), demeurent réservés exclusivement aux deux entreprises d'Etat, à savoir le Pari Mutuel Urbain (paris hippiques) et la Française des Jeux (jeux de hasard), les casinos restant également sous le régime de droits exclusifs.

Pour autant, la libéralisation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne s'accompagne de nombreux garde-fous, tant lors de la demande d'agrément auprès de l'ARJEL, qu'après l'obtention de l'autorisation d'exercer l'activité en France. Le présent article vise à rendre principalement compte des premiers mois d'application du nouveau cadre législatif. La mise en œuvre de la nouvelle Loi concerne essentiellement la procédure d'octroi des agréments (I) et la lutte contre les opérateurs illicites (II).

I. La procédure d'autorisation d'exercer l'activité de jeux et paris en ligne

Jeux et paris autorisés – Comme la loi l'impose, seuls les paris hippiques sous la forme mutuelle (les parieurs jouent les uns contre les autres) ainsi que les paris sportifs sous la forme mutuelle et du pari à cote (l'opérateur joue contre les joueurs) sont autorisés. Quant aux jeux de cercle, définis comme « des jeux de répartition reposant sur

le hasard et sur le savoir-faire dans lesquels le joueur, postérieurement à l'intervention du hasard, décide, en tenant compte de la conduite des autres joueurs, d'une stratégie susceptible de modifier son espérance de gains »², c'est essentiellement le poker qui est visé. Chacune de ces trois catégories de jeux et paris doit fait l'objet d'une demande d'agrément distincte.

Opérateurs agréés – A partir de la mi-juin, l'ARJEL après avoir instruit les dossiers, a délivré les premiers agréments. Début octobre 2010, les opérateurs agréés sont au nombre de 30. Il s'agit de 888 Regulated markets Ltd, AD ASTRA, BES SAS, Betclic Entreprises Limited, BETNET, Beturf, CANALWIN SAS, Casino du Golfe, Electraworks SAS, Everest Gaming Limited, France Pari, FULLFUN, GENY INFOS, Iliad Gaming, Iliad gaming SAS, INTRALOT FRANCE, JEUX 365, JOAONLINE, La Française des Jeux, LB POKER, LIL Managers limited, Pari Mutuel Urbain, Partouche Gaming France SAS, PKR France SAS, Reel Malta Limited, REKOP Limited, Sajoo

, Société française de jeux sur Internet, SPS Betting France, Table 14, Tranchant Interactive Gaming, ZETURF France limited. D'autres dossiers de demande d'agrément sont actuellement en cours d'instruction.

Remise à zéro des comptes clients – Une des conditions de délivrance de l'agrément réside en la clôture des comptes joueurs, ouverts avant l'ouverture du secteur des jeux en ligne. En effet, selon l'article 17-2 de la Loi, les opérateurs agréés, à l'exclusion de deux anciens monopoles, doivent justifier que l'ouverture et l'approvisionnement initial des comptes clients soient intervenus « postérieurement à sa date d'agrément ». Selon un site internet spécialisé, un de ces opérateurs, dont l'identité n'a pas été dévoilée, a été mis en demeure de respecter l'obligation de remise à zéro des comptes clients.³ En l'espèce, il semblerait que la phase amiable n'ait pas débouché sur un contentieux. Ce n'est pas le cas des procédures mises en œuvre par l'ARJEL pour lutter contre les

¹ Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, JORF 13 mai 2010 (ci-après la « Loi »). Pour une étude complète de la loi, cf. V. Lasserre-Kiesow, P. Le More, Dalloz, *Jeux en ligne. Nouvelle régulation sectorielle*, juin 2010, p.1495 ; Medien und Recht International, *Geld- und Glücksspiele im Internet – die neue sektorielle Regulierung in Frankreich*, 2/10, p.83

² Art. 14 II de la Loi

³ www.poker-actu.fr, 14 juin 2010

opérateurs proposant des jeux et paris en ligne sans agrément de l'ARJEL.

II. La lutte menée par l'autorité française contre les opérateurs non agréés

Diversité des sanctions encourues – Trois types de sanctions sont encourus par les opérateurs proposant des activités de jeux sans avoir été agréés préalablement par l'ARJEL. Ces opérateurs, qu'ils soient sur le marché en ligne ou « en dur », peuvent se voir imposés des sanctions pénales en raison d'offre et/ou de publicité illicites (art.56, 57). Les mouvements ou transfert de fonds des opérateurs en ligne non agréés peuvent également être bloqués par le Ministre du budget (art.62). Enfin, le Président de l'ARJEL peut saisir, en la forme des référés, le Tribunal

de Grande Instance de Paris afin de bloquer le site et/ou de faire cesser son référencement (art.61). C'est cette dernière procédure qui vient d'être engagée par l'ARJEL récemment.

Première procédure civile à l'encontre d'un hébergeur et de plusieurs fournisseurs d'accès internet – Début juillet 2010 et selon un site internet spécialisé, l'ARJEL a mis en demeure 19 sites de cesser leurs activités d'offres de paris sans agrément⁴. Seul un site (www.stanjames.com) n'a pas obtempéré. Le Tribunal de première instance de PARIS a, le 6 août 2010, enjoint les principaux fournisseurs d'accès à internet de bloquer l'accès de ce site en dépit de toute réglementation sur la prise en charge des coûts y afférents par l'Etat.⁵ On note que l'opérateur illicite – Stan Gibraltar Limited – n'a pas été attiré à la procédure. La procédure judiciaire a été initiée à l'encontre de son seul hébergeur, Neustar, qui semble être en réalité le *registrar* du nom de domaine stanjames.com, et non le véritable hébergeur du site.⁶

⁴ www.zdnet.fr, Jeux d'argent en ligne : l'Arjel met en demeure 19 sites illégaux, 9 juillet 2010

⁵ TGI Paris, *Président de l'ARJEL c/ Neustar e.a.*, jugement du 6 août 2010, RG n°10/56506

⁶ G. Champeau, *Filtrage : l'ARJEL a confondu*

Même s'il est encore trop tôt pour apprécier véritablement la mise en oeuvre de la nouvelle régulation sectorielle des jeux en ligne française, bilan que, au demeurant, le législateur a prévu de dresser dans un délai de 18 mois à compter de l'entrée en vigueur de la Loi⁷, quelques grandes lignes se dessinent d'ores et déjà. Les mécanismes de règlements amiables, prévus par la Loi par le biais de mise en demeure préalable à toute action judiciaire, permettent effectivement d'éviter le développement pléthorique d'un contentieux. Mais c'est avant tout la capacité de l'ARJEL à faire respecter les obligations – nombreuses – mises à la charge des opérateurs agréés qui permettra de mesurer l'efficacité du nouveau cadre législatif. A titre d'exemple, les opérateurs agréés doivent justifier d'une double certification post-agrément par des organismes certificateurs, dûment sélectionnés par l'ARJEL : dans le délai de 6 mois à compter de la mise en fonctionnement du support, d'une part, chaque année, d'autre part (art 23 II- III). Cette liste est en cours de constitution et les premières certifications devraient avoir lieu avant la fin de l'année 2010.

Pauline Le More
Avocate au Barreau de Paris

registrar et hébergeur, www.numerama.fr 9 août 2010

⁷ Art. 69 de la Loi



Published by:

ULN united.legal.network.EEIG
Hohenstaufenring 63, 50674 Köln / Cologne - Reg. Cologne HR A 14903
Austria, Belgium, Bulgaria, Canada, Finland, France, Germany, Greece,
Italy, Luxembourg, Netherlands, Norway, Poland, Serbia, Switzerland,
United Kingdom, Turkey

Authors:

Diedrich Wilms, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht
Alt-Tempelhof 41, 12109 Berlin, Germany
E-Mail: diedrich.wilms@wilms-berlin.de

Hans R. Schäfer, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsbeistand
Industriegebiet Eichenstruth, 56470 Bad Marienberg, Germany
E-Mail: hans-rainer.schaefer@schaefer-hardt.de

Holger Siegwart, Rechtsanwalt und Attorney at Law,
111 Second Street, South San Francisco, CA 94080
E-Mail: mail@siegwart-law.com

Pauline Le More, Avocate à la Cour
5, Rue Taylor, 75010 Paris, France
E-mail: pauline.lemore@avocat-taylor.com