

## Cas pratique transversal – Pavion

Le cas pratique *Pavion* comprend quatre sections, qui correspondent aux quatre modules du CAS en droit de la finance digitale. L'objectif de ce cas pratique est de servir de fil rouge au CAS en droit de la finance digitale et, ainsi, de permettre de comprendre les liens entre les différents modules. Au travers de ce fil rouge, les participants acquièrent une véritable vue d'ensemble des problématiques qui peuvent se poser en lien avec la digitalisation du secteur bancaire et financier.

### MODULE 1

Pavion SA est une société anonyme de droit suisse ayant son siège à Zoug. En janvier 2020, elle a émis des « tokens » dont la documentation contractuelle disponible sous la forme d'un bref « term sheet » publié sur le site internet <https://pavion.swiss>. Les deux actionnaires principaux de Pavion SA, Hans Gedufrick et François Jesaiedemenfer, avaient décidé de dénommer ces instruments « Pokens » en l'honneur de la série de dessins animés qu'ils regardaient lorsqu'ils étaient enfants ; ils se sont aussi dit que ce serait un excellent nom sur le plan du marketing, pour attirer des acheteurs de leur génération.

Le produit leur paraissait en effet intéressant, le « term sheet » prévoyant en substance que :

- Trois classes de porteurs de Pokens étaient créées :
  - La 1ère classe était constituée des deux fondateurs qui se voyaient attribuer un « droit préférentiel » de souscription consistant en réalité en un prix d'achat initial de 20'000 Pokens égal à la moitié du montant que devraient payer les acheteurs de la 3ème classe.
  - Une 2ème classe était formée des huit autres employés de Pavion SA et d'une douzaine de « sponsors » du projet Pavion (i.e. des proches des deux fondateurs ayant largement vanté les mérites des Pokens dans leur entourage et au-delà) ; un « discount sur émission » de 25% était accordé à cette vingtaine de personnes. 20'000 Pokens ont ainsi été placés.
  - Le solde de 60'000 Pokens a été vendu aux acheteurs de la 3ème classe à 100% de leur valeur d'émission en moins d'une heure à de nombreux investisseurs.
- Les investisseurs avaient la possibilité d'acquérir ces jetons en payant en dollars US, en Ethers ou en Bitcoins. Les Pokens étaient librement cessibles, un mécanisme de blockchain ayant été établi pour favoriser des échanges aussi rapides, efficaces et sûrs que possible. Leur cours était librement accessible sur différentes plateformes internet telles que <https://courscryptomonnaies.com>.
- Les Pokens ont une durée déterminée de 22 ans et seront tous remboursables à leur valeur initiale le 30 mars 2040. Un intérêt annuel de 0.5% serait par ailleurs dû et payé à cette dernière date.
- Accounting du Boncoin SA, à Morges, est l'organe de révision de Pavion SA et publie chaque année un rapport d'audit sur les Pokens.

Par cette opération, Pavion SA a récolté CHF 90 millions provenant d'au moins 37'000 investisseurs résidant en Suisse, dans l'Union Européenne, aux Etats-Unis et en Chine. Ce beau succès n'a pas manqué d'attirer l'attention de la FINMA, qui a ouvert une procédure d'enquête il y a quelques jours.

Vous êtes en charge (1) de rédiger une note de quelques pages qualifiant cette situation du point de vue réglementaire et (2) de répondre par ailleurs aux questions supplémentaires suivantes :

- a) La situation serait-elle différente si Pavion avait été constituée sous la forme d'une fondation privée de droit suisse, au lieu d'une société anonyme ? Plus généralement, quels sont les avantages et inconvénients de chacune de ces structures juridiques en lien avec l'émission de tokens ?
- b) Quelles seront les conséquences pour (i) Pavion SA, et (ii) les organes de Pavion SA ?
- c) Quelles seront les conséquences pour (i) les différents consultants ayant participé à l'élaboration de la documentation relative aux Pokens, et (iv) les acheteurs de Pokens ?
- d) La Banque Innovatrice de Renens SA a ouvert un compte avec pour titulaire Pavion SA. C'est notamment sur ce compte que les investisseurs souhaitant payer en dollars US ont versé le prix des Pokens. Aurait-elle dû prendre des précautions particulières ? Quid si elle a également ouvert un compte joint au nom des deux principaux actionnaires de Pavion SA ?

## MODULE 2

Pavion SA a constitué un fichier électronique détaillé des investisseurs détenant des Pokens et leur adresse très régulièrement (par email une fois par semaine) des "recommandations d'investissements", sur la base des profils que la société a pu établir en collectant des informations sur ces investisseurs.

1) Pavion SA vient de recevoir deux lettres, l'une du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence et l'autre de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Ces deux autorités demandent à la société de détailler les mesures prises par cette dernière pour garantir le respect des règles applicables en matière de protection des données. Or, Pavion SA n'a jamais demandé le moindre conseil à qui que ce soit et s'inquiète des conséquences. Qu'aurait-elle dû faire et quels sont les risques qu'elle encourt?

2) Pavion SA a fait l'objet d'une cyberattaque. Selon les informations dont Pavion SA dispose à l'heure actuelle, les hackers ont réussi à extraire l'ensemble des données que la société avait stockées au sujet des investisseurs. Est-ce que la société doit entreprendre des démarches?

## MODULE 3

Pavion SA souhaite proposer des services innovants et automatiser un maximum ses services.

Pavion SA a développé un robo-advisor afin de proposer à ses investisseurs de faire fructifier leur patrimoine. A l'aide d'une plateforme web développée par Pavion SA, les investisseurs répondent à quelques questions afin de déterminer leur profil d'investisseur, puis signent électroniquement la documentation contractuelle. Cette dernière comprend un mandat de gestion de fortune en faveur de Pavion SA afin que le robo-advisor puisse gérer automatiquement le patrimoine investi. La documentation comprend également un contrat de dépôt auprès de Banque Innovatrice de Renens SA avec une procuration générale en faveur de Pavion SA.

Des investisseurs, convaincus de l'efficacité de ce robo-advisor, découvrent néanmoins quelques mois après le début des investissements qu'ils ont perdu jusqu'à 60% de leur investissement initial. En effet, ils viennent d'apprendre que l'algorithme du robo-advisor intègre dans ses paramètres un intérêt marqué pour l'achat de crypto-actifs, tels que les Pokens. Ces investisseurs aimeraient bien retrouver l'argent perdu. Que leur conseillez-vous ?

Pavion SA apprend aussi que le robo-advisor a été infecté par un malware, ce qui a conduit à fausser tous les investissements effectués entre le 21 et le 23 septembre 2020. De plus, les profils d'une centaine de clients de Pavion SA (dont le nom, la fortune et les mouvements de compte) se retrouvent en "vente" sur le darkweb. Pavion SA s'inquiète des conséquences. Elle se souvient toutefois avoir conclu une cyber-assurance qui inclut les sinistres liés aux cyber-attaques, mais exclut les sinistres liés aux indemnités à caractère pénal. Quels sont les risques qu'elle encourt ?

## MODULE 4

1. Les choses continuent à se compliquer pour Pavion SA. Celle-ci vient de recevoir une lettre du titulaire du nom de domaine [www.pavillon.swiss](http://www.pavillon.swiss), qui se plaint du caractère trompeur de la raison de commerce « Pavion SA », de la marque « Pavion » enregistrée en vue de l'offre de divers services financiers et du nom de domaine « [www.pavion.ch](http://www.pavion.ch) ». Or, le titulaire du nom de domaine [www.pavillon.swiss](http://www.pavillon.swiss) n'est autre que la Confédération qui utilise notamment ce site pour promouvoir l'image de la Suisse au travers de « Présence Suisse » (<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/dfae/organisation-dfae/secretariat-general/presence-suisse.html>).

Quels sont les risques pour Pavion SA dans cette affaire ?

2. La Banque Innovatrice de Renens SA (BIR) qui, vous vous en rappellerez peut-être, a ouvert un compte avec pour titulaire Pavion SA, avait décidé, bien avant Pavion SA, de mettre à disposition de ses clients les services d'un robo-advisor. Pour ce faire, elle s'était tournée vers la société encore jeune Next AI Corp., basée en Californie, qui lui a offert un service clé-en-main et a permis la mise en place du service de robo-advisor très rapidement. Or, BIR vient de recevoir un courrier d'une étude d'avocats basée à San Francisco réclamant des dommages-intérêts à hauteur de USD 10 millions, pour le compte de la multinationale Glasses Corp., au motif que (i) le robo-advisor de BIR intégrerait du code open source appartenant à Glasses, et (ii) que cette intégration de code est soumise à une licence selon laquelle des royalties sont dues en cas d'utilisation commerciale. Les dirigeants de BIR sont extrêmement inquiets et vous demandent quelle est votre appréciation de la situation.