Cas transversal – Module 1/2023

FATOX AG est une société anonyme de droit suisse ayant son siège à Zoug ; son nom a été imaginé par ses deux actionnaires fondateurs, Ana Cethe et Gérard Mengéré, et est l'acronyme de « ***F**inancing **A**ssets **T**hanks to **O**ther E**x**changes* ». FATOX AG a deux activités principales :

- D'une part, elle accepte librement des cryptoactifs et, plus précisément, des jetons de paiement qui feraient l'objet d'un dépôt collectif puis seraient utilisés directement ou indirectement dans des investissements profitant également aux déposants.
- D'autre part, elle émet des jetons dits de plateforme, selon une structure relativement complexe, consistant en premier lieu à permettre aux consommateurs d'acheter ces jetons, qui sont dès lors des crypto-devises destinées à obtenir des services dans le métavers. Ces *tokens* sont conformes au standard ERC-20 et donnent en outre droit à une part correspondante des profits réalisés grâce aux investissements effectués au moyen des montants initialement versés et des revenus générés subséquemment. Leur notoriété a rapidement dépassé la plateforme de FATOX AG et un véritable commerce de ces jetons donnant lieu à diverses cotations existe désormais.

Ana et Gérard s'inquiètent du statut règlementaire de leur société et vous contactent en vous priant de répondre aux questions suivantes :

1. FATOX AG a-t-elle besoin d'une autorisation de la FINMA pour sa première activité ? En expliquant clairement les différences économiques et juridiques, distinguez entre (i) la situation où FATOX AG tient effectivement à disposition de ses clients leurs cryptoactifs conformément à l'art. 16 ch. 1bis LB et (ii) celle où l'opération qu'elle accomplit peut être qualifiée de dépôt au sens de l'art. 5 al. 1 OB.
2. FATOX AG a-t-elle besoin d'une autorisation de la FINMA pour sa seconde activité ?
3. La situation serait-elle différente si FATOX ***Ltd*** était une société constituée aux Bermudes conformément au droit bermudien ? Plus précisément, cette entité aurait son administration et ses bureaux propres à Hamilton, capitale de ce territoire ; en particulier, sa direction serait active et son conseil d'administration se réunirait effectivement dans cette ville. Elle s'adresserait aussi bien à des clients suisses qu'à des personnes résidant dans d'autres pays.
4. La situation serait-elle différente si FATOX ***Ltd*** était une société constituée aux Bermudes conformément au droit bermudien ? Toutefois, cette entité aurait son administration et ses bureaux propres à Zoug ; en particulier, sa direction serait active et son conseil d'administration se réunirait effectivement dans cette ville. Elle s'adresserait aussi bien à des clients suisses qu'à des personnes résidant dans d'autres pays.
5. Quelle serait dans chacun de ces états de fait son statut sous l'angle de la LBA ?

MODULE 2

FATOX AG maintient une base de données centralisée contenant toutes les informations (i) reçues de ses clients ou (ii) collectées par FATOX AG à leur sujet :

1) FATOX AG 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 (CNIL / France). 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, FATOX AG n'a jamais demandé le moindre conseil à qui que ce soit en matière de protection des données et s'inquiète des conséquences. Qu'aurait-elle dû faire et quels sont les risques qu'elle encourt ?

2) FATOX AG a fait l'objet d'une cyberattaque. Selon les informations dont FATOX AG dispose à l'heure actuelle après une recherche sur le *darknet*, les *hackers* ont réussi à

Cas transversal – Module 3

FATOX AG a décidé d'étendre et de rediriger ses activités en proposant dorénavant à ses clients des services bancaires au sens de l'art. 1a LB. La société a récemment obtenu toutes les autorisations nécessaires à l'exercice de ses activités. La banque de détail propose dorénavant une gamme complète de comptes, de crédits et de services de base en matière de placement. Les prestations sont appréciées de la clientèle de détail et font l'objet d'une tarification très compétitive. Le développement de la banque est cependant limité par son faible réseau de succursales.

Pour toucher un nombre étendu de consommateurs romands, FATOX AG est en train de développer une offre e-banking performante. Pour faciliter l'ouverture de nouvelles relations sans guichet, la banque entend recourir au prestataire MobileID (www.mobileid.ch) afin d'identifier les nouveaux clients et de receuillir leur adhésion à la documentation usuelle.

Après avoir étudié la solution MobileID destinée aux clients commerciaux, veuillez répondre aux questions suivantes :

1) Expliquez brièvement la prestation offerte par MobileID et la qualification juridique de la signature proposée.

2) La procédure d'identification et de validation des messages de MobileID répond-elle aux exigences :

   a. de la FINMA quant à l'identification du client ?

   b. de l'OBA-FINMA en ce qui concerne la déclaration d'ayant droit économique ?

   c. du droit privé en ce qui concerne la conclusion des contrats bancaires de base ?

   d. du droit privé en ce qui concerne le nantissement des titres inscrits dans un éventuel compte de titres du client ?

3) Un de vos collègues, qui participait récemment à une séance du CAS Digital Finance Law, a bien retenu qu'un contrat de gage portant sur le solde des comptes en monnaies (CHF, EUR, etc.) des clients n'est pas valable sans signature manuscrite ou signature électronique qualifiée. Pouvez-vous lui indiquer de quelle manière les créances de la banque pourraient néanmoins être garanties par de tels soldes ?

Cas pratique transversal – Fatox
Module 4

Les activités de FATOX AG se sont bien développées et ses deux actionnaires fondateurs.rices, Ana et Gérard, envisagent désormais une levée de fonds afin de poursuivre ce développement. Dans cette perspective, Ana et Gérard anticipent que les investisseurs potentiels voudront effectuer une *IP due diligence* en lien avec les activités de la société.

Dès lors que vous semblez particulièrement compétent.e sur les questions de propriété en lien avec les actifs et activités numériques, Ana et Gérard vous posent les quatre questions spécifiques suivantes (en vous demandant de ne pas entrer dans trop de détails) :

1. Quels sont les points principaux à examiner sous l'angle IP en lien avec l'activité d'acceptation de jetons de paiement qui feraient l'objet d'un dépôt collectif (cf. cas transversal du Module 1), étant précisé que FATOX AG n'a évidemment pas développé sa propre technologie mais a fait appel à la plateforme d'un fournisseur tiers spécialisé ?

2. Quels sont les points principaux à examiner sous l'angle IP en lien avec le fait que des employés de FATOX AG ont développé un module informatique complémentaire (qui permet de générer diverses informations statistiques et analytiques), interfacé avec la plateforme mise à disposition par le fournisseur tiers spécialisé évoqué sous 1 ci-dessus ?

3. Dans la mesure où la structure de la base de données centralisée contenant toutes les informations reçues de ses clients ou collectées à leur sujet (cf. cas transversal du Module 2) a été prise en licence auprès d'un fournisseur de base de données spécialisé et où FATOX AG a modifié cette structure, existe-t-il un risque sous l'angle du droit de la propriété intellectuelle ?

4. Etant donné qu'aucune démarche n'a été entreprise en lien avec la désignation FATOX, est-il possible de l'enregistrer aujourd'hui comme marque ?

* * *