

NICOLAS ROULLER
Docteur en droit
Avocat au barreau

COLETTE LASSERRE ROULLER
Docteur en droit
Avocate au barreau

VALENTIN MARMILLOD
Avocat au barreau

DARIA SOLENIK
Docteur en droit
Avocate aux barreaux de Paris
et du canton de Vaud

ALEXANDRA BLANC SIMONETTI
Avocate au barreau
CAS en finance digitale

ALBAN MATTHEY
Avocat au barreau

CHARLÈNE THORIN
Avocate au barreau

ISABELLE MAYOR
Avocate au barreau
Lic. en économie, HEC

DIEGO SEGANTINI
Avocat-stagiaire

ERIC MEYSTRE
Avocat-stagiaire

ANTOINE REYMOND
Avocat-stagiaire

CLAUDE ROULLER
Conseil
Ancien Président du Tribunal
fédéral suisse
Ancien Président du Tribunal
administratif de l'Organisation
internationale du travail (OIT)

ISABELLE FELLRATH
Conseil
Docteur en droit
Avocate au barreau
Arbitre
Chargée d'enseignement

GUSTAVO SCARTAZZINI
Conseil
Docteur en droit
Avocat au barreau
Professeur honoraire
aux Universités de Bâle et de Lugano

LEONILA GUGLYA
Conseil
Docteur en droit, LL. M.

TATIANA EBERHARD
Juriste russe

TANIA DIACO
Juriste

GLEB PRIMILIONNI
Juriste

SwissLegal Rouiller & Associés
Rue du Grand-Chêne 1-3
Case postale 1344
1001 Lausanne

Rue Rodolphe-Tœpffer 8
1206 Genève

Tél: +41 (0)58 255 58 00
Fax: +41 (0)58 255 58 01
www.swisslegal.ch

Recommandé

Tribunal administratif fédéral
Kreuzackerstrasse 12
Case postale
9023 St-Gall

Lausanne, le 5 novembre 2023

V./Réf. B-4024/2023

Bity SA – Non-application du Titre 5 de l'OBA-FINMA

Monsieur le Juge instructeur,

Continuant d'agir pour la société Bity SA, nous faisons suite à votre ordonnance d'instruction du 17 octobre 2023 et déposons nos déterminations sur la réponse de la FINMA, en deux exemplaires.

1. Du contexte procédural actuel

a. De la décision de la FINMA du 11 octobre 2023

1.1 La situation a ceci de particulier que l'autorité précédente a notifié une décision le 11 octobre 2023, soit plus de deux mois après avoir été invitée par votre Autorité à répondre au recours formé le 19 juillet 2023, selon ordonnance du 2 août 2023 (et près de huit mois après que la décision lui eut été demandée, le 17 février 2023). D'un point de vue du déroulement de la procédure, force est de constater que cette décision a manifestement été rendue en réaction au recours, dans le but de contester l'intérêt actuel de celui-ci ; en effet, la FINMA allègue que cette décision aurait cet effet dans la présente procédure.

1.2 Sur le fond, dans sa décision notifiée le 11 octobre 2023, l'autorité précédente se déclare incompétente pour rendre la décision en constatation requise, soit de constater que notre mandante n'est pas soumise au Titre 5 de l'OBA-FINMA, en particulier à l'art. 51a de cette ordonnance.

Très concrètement, la décision notifiée le 11 octobre 2023 et la réponse du 12 octobre 2023 n'apportent aucun élément, du point de vue de la contestation soulevée par la recourante en lien avec l'application des normes précitées à ses activités.

b. De la perpétuation du déni de justice par le refus de la FINMA de reconnaître sa compétence

1.3 Par ailleurs, cette situation est bien évidemment insatisfaisante du point de vue de la garantie de l'accès à la justice, en ce sens que l'autorité précédente refuse de statuer sur les effets des réglementations qu'elle impose par son ordonnance OBA-FINMA (ici, l'art. 51a al. 1^{bis}) et qu'elle doit faire respecter – si elles sont licites – en vertu de son devoir de surveillance (art. 18 al. 1 lit. d LBA).

En conséquence, la question du déni de justice est plus que jamais d'actualité, puisque l'autorité précédente a désormais formellement refusé de statuer, en se déclarant incompétente pour le faire. Pour sa part, les OAR indiquent devoir appliquer le règlement de la FINMA, étant eux-mêmes soumis à la surveillance de cette autorité qui contrôle la mise en œuvre de dite réglementation (on produit une pièce du 1^{er} novembre 2023 à cet égard, et on se réfère aux mesures d'instruction par ailleurs).

Dans ce contexte, il apparaît évident que la FINMA – soit l'autorité qui édicte les règles en ayant la charge d'en surveiller la bonne application – est compétente pour statuer au sens de l'art. 25a PA.

Quoi qu'il en soit, si la FINMA nie sa compétence, le Tribunal de céans devra trancher cette question pour déterminer si le refus de statuer au fond est bel et bien justifié par une absence de compétence (ce qui a été d'ores et déjà contesté par le recours).

c. Des conséquences procédurales de la décision notifiée le 11 octobre 2023

La question de la compétence de la FINMA a déjà été traitée dans le recours aux ch. 15 à 27 et 50 à 56. En outre, les griefs relatifs à la non-applicabilité du Titre 5 de l'OBA-FINMA à l'activité de notre mandante ont également été exposés dans le recours.

Aussi, sur le plan de la présente procédure de recours, il apparaît que la question de la compétence de la FINMA est attrait devant votre autorité par l'effet dévolutif (art. 54 PA, *cum* art. 31 et 37 LTAF) du recours formé le 19 juillet 2023.

Bien entendu, le plus simple serait que la décision du 11 octobre 2023 soit traitée directement dans la présente procédure, puisque techniquement elle est déjà contestée. Pour le bon ordre, pour éviter toute contestation, un recours contre la décision du 11 octobre 2023

sera formé. Il est au surplus d'ores et déjà formé ci-après (*infra*, ch. 4), étant précisé qu'un mémoire complémentaire sera formé dans le délai de recours, qui arrive à échéance au plus tôt le vendredi 10 novembre 2023.

Les causes devront être formellement jointes dès lors qu'il nous apparaît qu'elles ne peuvent pas être raisonnablement dissociées.

Il convient de tenir compte de l'intérêt de la recourante qui a dû déposer un recours pour déni de justice, puis qui se trouve devoir former un second recours alors que l'échange d'écriture est engagé et la décision rendue ne tranche pas les questions matérielles soulevées.

La cause n'est ainsi pas sans objet et, au contraire, la décision notifiée le 11 octobre 2023 montre la nécessité que les griefs de la recourante soient tranchés, notamment du point de la compétence de la FINMA.

La recourante maintient ainsi les conclusions qu'elle a prises dans son recours du 19 juillet 2023.

2. Le manifeste intérêt actuel au recours

La question de la compétence, objet du recours, était touchée par l'effet dévolutif. La FINMA s'est déclarée incompétente. La recourante conserve pleinement l'intérêt que, comme demandé dans le recours, le Tribunal de céans déclare la FINMA compétente, contrairement à la position que celle-ci a maintenant formalisée dans la décision notifiée le 11 octobre 2023.

A cette analyse fondée sur l'objet du recours s'ajoute aussi – *inter alia* – l'intérêt tiré de l'exercice de la liberté économique, toujours aussi actuel. Le recours expose que la limitation, qui traite différemment les automates de cryptomonnaies par rapport aux automates d'autres monnaies – sans qu'une raison objective *réelle* sur le plan de la lutte contre le blanchiment ne justifie cette différence de traitement.

3. De la compétence de la FINMA

L'art. 18 al. 1 LBA prévoit que « [d]ans le cadre de la surveillance des intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 3, la FINMA assume les tâches suivantes :

- a. elle octroie ou retire la reconnaissance aux organisme d'autorégulation;
- b. elle surveille les organisme d'autorégulation;

- c. elle approuve les règlements édictés par les organismes d'autorégulation (art. 25) et les modifications qui y sont apportées;
- d. elle veille à ce que les organisme d'autorégulation fassent appliquer ces règlements;
[...] » (les soussignés soulignent)

Conformément à l'art. 18 al. 1 let. c LBA, tout règlement et toute modification d'un règlement d'un organisme d'autorégulation (OAR) doivent être approuvés par la FINMA. Les règlements d'OAR – de droit privé – sont examinés par la FINMA sous l'angle de la légalité et de l'équité, tout en respectant l'autonomie des OAR¹.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), le pouvoir de surveillance de la FINMA ne se limite pas à un simple pouvoir d'approbation². Le TF considère que la FINMA peut également imposer une modification des règlements des OAR³. Le TF justifie cette faculté de la FINMA par le fait qu'il n'existe aucune délégation totale des tâches de lutte contre le blanchiment d'argent aux OAR et que la régulation des intermédiaires financières relève d'une tâche publique (art. 178 al. 3 Cst. féd.)⁴.

Le TF a considéré que seules des précisions techniques visant à garantir un « *standard minimal* » national ou international peuvent être imposées par la FINMA⁵. Dans ce cas, une base légale matérielle, telle qu'un règlement d'OAR peut suffire si les normes d'autorégulation sont de nature secondaire ou technique⁶.

En revanche, le TF considère que l'instauration de nouvelles obligations doit, préalablement, passer par une modification législative⁷. Une base légale formelle est nécessaire chaque fois que les règlements d'OAR créent de nouvelles obligations ayant une portée importante⁸.

En l'espèce, l'OAR VQF a adopté un règlement entré en vigueur le 1^{er} avril 2023. Ce règlement a été approuvé par la FINMA le 23 mars

¹ ATAF 2011/22 p. 448, c. 3.2 ; GRODECKI Stéphane in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 12.

² GRODECKI Stéphane in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 13.

³ ATF 143 II 162, c. 2 ss.

⁴ ATF 143 II 162, c. 2 ss ; GRODECKI Stéphane in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 13.

⁵ GRODECKI Stéphane in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 12.

⁶ ZUFFEREY Jean-Baptiste in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 12.

⁷ ATF 143 II 162, c. 3.

⁸ ZUFFEREY Jean-Baptiste in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 12.

2023⁹. L'OAR VQF a indiqué – dans ses interactions avec la Recourante et de manière constante – qu'il n'y avait aucune marge de manœuvre pour s'écarter du texte de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA.

La Recourante a demandé à trois reprises¹⁰ à la FINMA de rendre une décision en constatation. La FINMA se déclarant incompétente a refusé de rendre une décision à deux reprises¹¹. Dans son courrier du 2 mai 2023, la FINMA a indiqué à la Recourante qu'elle pouvait rendre une décision – à sa demande – susceptible de recours et payante¹². Ce n'est que le 11 octobre 2023 et à la suite du dépôt d'un recours pour déni de justice que la FINMA a notifié une décision. Elle a dénié sa compétence pendant plusieurs mois de procédures, alors que sa compétence est pourtant fondée sur l'art. 18 al. 1 let. c LBA. Comme explicité ci-dessus, il revient en effet à la FINMA d'examiner les règlements des OAR au regard du principe de la légalité et de l'équité ainsi que de faire application de ces principes lors de l'approbation des règlements d'OAR.

Par ailleurs, l'insertion de l'art. 24^{bis}, repris de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA FINMA, dans le règlement de l'OAR VQF crée de nouvelles obligations pour les membres affiliés dont la Recourante. Le règlement de l'OAR VQF impose donc de nouvelles obligations à la Recourante alors que le titre 5 de l'OBA-FINMA ne la concerne pas. Elle n'est ni une personne au sens de l'art. 1b LB ni un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} et d^{quater} LBA.

Dans pareilles circonstances, les nouvelles obligations prévues par l'art. 24^{bis} du règlement de l'OAR VQF auraient dû faire l'objet d'une base légale formelle afin qu'elles lui soient applicables. Tel n'a pourtant pas été le cas en l'espèce. De son côté, la FINMA aurait dû effectuer un contrôle correct de la légalité avant d'approuver le règlement de l'OAR VQF et aurait dû constater une absence de conformité au principe de la légalité. Par ailleurs, lorsque la Recourante a adressé son premier courrier à la FINMA le 17 février 2023¹³, celle-ci aurait dû – immédiatement – ordonner une modification du règlement de l'OAR VQF afin qu'il soit conforme au droit.

Au vu de ce qui précède, il apparaît que la FINMA est compétente pour approuver les règlements édictés par les OAR et les modifications qu'ils y apportent. Elle est également compétente pour imposer une modification des règlements des OAR lorsque les règlements ne

⁹ Pièce 2 du recours du 18 juillet 2023

¹⁰ Courriers des 17 février 2023 [Pièce 3 du recours du 18 juillet 2023], 16 mars 2023 [Pièce 5 du recours du 18 juillet 2023] et 2 juin 2023 [Pièce 7 du recours du 18 juillet 2023].

¹¹ Pièces 4 et 6 du recours du 18 juillet 2023.

¹² Pièce 6 du recours du 18 juillet 2023.

¹³ Pièce 3 du recours du 18 juillet 2023.

respectent pas le principe de la légalité. Partant, la FINMA était compétente pour rendre une décision pour répondre à la demande de la Recourante, de sorte qu'elle aurait dû prononcer une décision à la suite de la première interpellation de la Recourante au mois de février 2023 déjà. Elle n'aurait pas dû refuser de statuer à deux reprises et proposer – *in fine* – que la Recourante requiert formellement pour une troisième fois une décision payante. Elle ne devait pas non plus notifier une décision d'irrecevabilité¹⁴ le 11 octobre 2023 en invoquant une prétendue incompétence.

4. De l'acte de recours contre la décision notifiée le 11 octobre 2023 : conclusions et motivation

Le délai de recours contre la décision notifiée le 11 octobre 2023 est le 10 novembre 2023. On forme ici d'ores et déjà un recours, qui tend à ce que la décision explicitement prise dans cette décision, à savoir la déclaration d'incompétence, soit réformée, en ceci que la FINMA est déclarée compétente pour statuer sur la requête de constatation formée, la première fois, le 17 février 2023 par la recourante (formellement, les conclusions, prises avec suite de frais et dépens, sont les suivantes : « *[i] principalement, la décision datée du 6 octobre 2023, notifiée le 11 octobre 2023 est réformée en ceci que la FINMA est déclarée compétente pour statuer sur la requête de constatation formée, la première fois, le 17 février 2023 par la recourante ; [ii] subsidiairement, la décision datée du 6 octobre 2023, notifiée le 11 octobre 2023, est annulée et la cause renvoyée à la FINMA pour nouvelle décision dans le sens des considérants* »).

La motivation est celle qui se rapporte à la compétence, soit exactement le chiffre 3 qui précède. Les moyens de preuve sont notamment ceux du chiffre 6 qui suit.

Comme l'illustre la présente section, il apparaît que la question doit (en plus de la portée de l'effet dévolutif) être raisonnablement tranchée dans le recours du 19 juillet 2023, car il s'agit de la même question. A ce défaut, il y aura lieu d'ordonner une jonction dès qu'un acte de recours formellement séparé sera déposé le 10 novembre 2023.

5. Des frais en l'état

Vu l'art. 54 PA (applicable, cf. art. 31 et 37 LTAF) et l'effet dévolutif qu'il induit, il n'apparaît pas que l'autorité intimée ait encore eu le

¹⁴ Pièce FINMA Dokument-ID G01443283-000033 de la réponse de la FINMA du 12 octobre 2023.

pouvoir de rendre une décision. Toujours est-il que cette décision lui avait été demandée le 17 février 2023, et que la FINMA a alors communiqué – par un courrier électronique en allemand (ce qui, outre la contrariété à la législation sur les langues officielles, rend probable que la demande du 17 février 2023 n'avait pas été examinée sérieusement, faute d'avoir été suffisamment comprise par celui qui l'a traitée) – la position qu'elle a par la suite maintenue. Ainsi, elle avait déjà arrêté sa position quelques jours après le 17 février 2023 (le 21 février 2023). Elle a manifestement tergiversé pour rendre une décision formelle qu'elle aurait pu rendre quelques jours après le 17 février 2023. Indépendamment du fait que dans un domaine marqué par les innovations technologiques (où la place de la Suisse est internationalement enviée, mais nullement garantie), il serait opportun que le temps de traitement des décisions sollicitées ait égard au rythme dans lequel évoluent les entreprises, il est évident que, quel que soit le domaine, le délai employé par la FINMA pour « formaliser » une décision n'est pas compatible avec la prohibition du déni de justice formel : elle n'avait toujours pas rendu de décision au jour du recours, le 19 juillet 2023 (alors qu'elle avait matériellement déjà arrêté sa décision).

Puis, on se rend bien compte qu'elle a opté pour la reddition d'une décision *en réaction au recours* ; elle a encore sollicité une prolongation de délai accordé par le Tribunal de céans le 2 août 2023 pour se déterminer, mais, on le comprend, pour rendre une décision (datée du 6 octobre 2023, notifiée le 11 octobre) quelques jours avant d'envoyer ses déterminations (le délai fixé par le Tribunal de céans étant le 13 octobre). Ainsi, le recours pour déni de justice formel était manifestement justifié et nécessaire pour que la FINMA formalise sa position dans une décision formelle correspondant aux exigences procédurales élémentaires (p.ex. motivation, voies de droit, etc.). Le recours était ainsi de toute façon bien fondé et dans l'hypothèse où il serait retenu qu'il est devenu sans objet suite à la décision notifiée le 11 octobre 2023, il y aurait lieu de mettre les frais et dépens à la charge de la FINMA.

6. De l'essence du litige et de l'instruction

La clef du litige est qu'en réalité, c'est la FINMA qui décide. Il en découle qu'elle doit rendre des décisions lorsqu'une question est soulevée. En effet, les OAR n'ont aucune marge de manœuvre : ils reprennent littéralement les textes de la FINMA. Ils ne s'exposent pas au risque de s'en écarter d'une quelconque manière. Ainsi, toute démarche adressée à l'OAR aboutit à la réponse qui consiste à dire que matériellement, la FINMA en a décidé ainsi. Dès lors, il est nécessaire que la FINMA rende une décision lorsqu'elle en est sollicitée quant à

l'existence, ou non, d'un devoir. C'est la seule façon de ne pas rendre illusoire l'Etat de droit par l'artifice consistant à interposer une entité qui ne peut pas s'écarter d'une position en réalité illicite de la FINMA. La FINMA doit donc rendre une décision, seule moyen que le devoir en cause puisse faire l'objet d'une voie de droit où *quelqu'un* (soit : la Cour de céans) contrôle l'existence, ou non, d'un devoir statué par la FINMA.

Dans un cas comme celui-ci où c'est l'existence d'un devoir qui est en cause, l'interposition de l'OAR fonctionne objectivement comme un moyen de rendre illusoire toutes les garanties élémentaires de l'Etat de droit : si seule la voie de l'OAR existait, on aboutirait à demander une décision à l'OAR et à la contester devant une entité qui n'a pas de marge de manœuvre. On ferait perdre du temps et des ressources, sans perspective de résultat quant à la constatation juridique demandée. Alors que la source de la prétendue existence du devoir est la FINMA, qui est une autorité dont la compétence est de pouvoir statuer sur l'existence, ou l'inexistence, d'un devoir juridique.

Dans les mesures d'instruction, on a requis le 19 juillet 2023 la production des correspondances entre la FINMA et les OAR sur l'obligation de mettre littéralement en œuvre, sans marge de manœuvre, l'art. 51a OBA-FINMA, aux distributeurs de cryptomonnaie (cf. ch. 181 du recours ; on indiquera ici que cela inclut [i] les correspondances visant à introduire l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA dans les règlements et [ii] les correspondances visant à vérifier que les OAR exécutent le contenu exact de l'art. 51a OBA-FINMA). Force est de constater que la FINMA n'y a pas donné suite. On réitère ainsi les réquisitions faites le 19 juillet 2023 quant aux mesures d'instruction (ch. 179 à 181 du recours, qui comprenait aussi la production des échanges avec les CFF, les OAR et en particulier Sweepay AG, sur leurs distributeurs de cryptomonnaies des CFF) ; on requiert aussi, en particulier, que des représentants de la FINMA (laquelle doit être priée d'indiquer qui sont les personnes en charge de la mise en œuvre de l'art. 51a OBA-FINMA) et les représentants en particulier de l'OAR VQF soient entendus comme partie, respectivement comme témoins.

Comme indiqué (*supra* p. 2, ch. 1.3), on produit le message du 1^{er} novembre 2023 d'un autre OAR que VQF, qui démontre l'absence de marge de manœuvre.

Indépendamment du sort qui sera donné à la réquisition d'instruction tendant à l'interrogatoire des personnes précitées, il apparaît nécessaire que les faits puissent être débattus et leur portée discutée dans une audience publique. Il est certain qu'en définitive, malgré la portée formellement réglementaire, l'obligation en cause est une obligation de nature civile au sens conventionnel du terme. Dès lors,

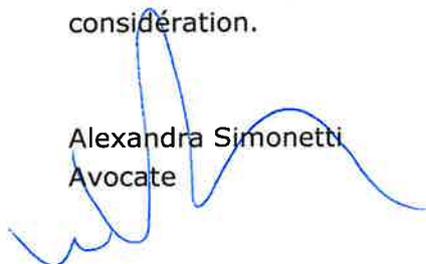
la réquisition tenant à la tenue d'une audience publique mérite d'être accueillie.

* * *

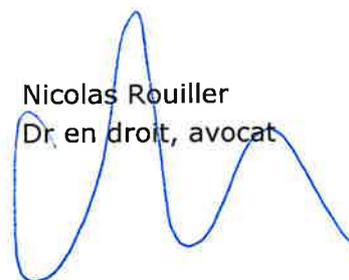
Fondé sur ce qui précède, Bity SA maintient, sous suite de frais et dépens, les conclusions énoncées dans son recours du 19 juillet 2023.

En vous remerciant par avance de l'attention portée à la présente, Monsieur le Juge instructeur, l'expression de notre respectueuse considération.

Alexandra Simonetti
Avocate



Nicolas Rouiller
Dr en droit, avocat





----- Forwarded Message -----

Subject:RE: Décision de la FINMA concernant Bity
Date:Wed, 1 Nov 2023 17:03:29 +0000
From:Alain Saint-Sulpice <saint.sulpice@arif.ch>
To:Alexis Roussel <alexis@bity.com>

Bonsoir Alexis,

La révision de l'OBA-FINMA, entrée en vigueur le 1er janvier 2023, a fait l'objet d'une communication de la FINMA le 2 novembre 2022 (<https://www.finma.ch/fr/news/2022/11/20221102-mm-gwv-finma/>).

Suite à cette révision, les règlements des OAR ont dû également être adaptés en référence à l'art. 1 al. 2 OBA-FINMA.

L'ARIF a introduit les dispositions de l'art. 51a OBA-FINMA dans le chiffre 25 de sa Directive 2, ce qui a été approuvé par la FINMA.

Meilleurs messages,

Alain Saint-Sulpice

-----Message d'origine-----

De : Alexis Roussel <alexis@bity.com> Envoyé : lundi 23 octobre 2023 14:45
À : Alain Saint-Sulpice <saint.sulpice@arif.ch>
Objet : Re: Décision de la FINMA concernant Bity

Cher Alain,

Cette décision me laisse perplexe, car la FINMA, dans sa dernière lettre d'audit, a expressément demandé comment l'ARIF appliquait l'article 51a de l'OBA FINMA, alors que dans cette décision, elle semble dire que ce n'est pas de sa compétence.

Aussi elle a demandé expressément aux OARs d'inclure l'application de l'art51a et la travel rule de l'OBA Finma. Sous quelle forme cela a été demandé?

merci par avance

Alexis Roussel

On 18.10.23 15:49, Alexis Roussel wrote:

Madame, Messieurs,

vous trouverez ci-joint la décision que la FINMA a adressé à Bity SA concernant sa demande de constatation de la non applicabilité de l'art. 51 a OBA-FINMA.

La FINMA confirme qu'elle n'est pas compétente pour répondre à la dite question. Cela pose de nombreuses questions sur l'inclusion de la règle de l'article 51 a dans les directives des OARs. En effet

lors de la consultation, alors que de nombreux membres d'OAR ont participé, la FINMA en visant précisément leur activité, n'a pas mentionné qu'elle n'était pas compétente. Aussi, lors des audits auprès des OARs, la FINMA a également explicitement demandé comment était appliqué l'article 51a.

Veillez noter que cette Décision n'a été obtenue que dans le cadre d'une requête pour déni de justice auprès du TAF. La FINMA a probablement considéré qu'elle perdrait cette requête. (nous avons demandé cette décision depuis le mois de février 2023).

Je serais ravi d'avoir vos avis sur la question.

Meilleures salutations

Alexis Roussel

NICOLAS ROUILLER
Docteur en droit
Avocat au barreau

COLETTE LASSERRE ROUILLER
Docteur en droit
Avocate au barreau

VALENTIN MARMILLOD
Avocat au barreau

DARIA SOLENIK
Docteur en droit
Avocate aux barreaux de Paris
et du canton de Vaud

ALEXANDRA BLANC SIMONETTI
Avocate au barreau
CAS en finance digitale

ALBAN MATTHEY
Avocat au barreau

CHARLÈNE THORIN
Avocate au barreau

ISABELLE MAYOR
Avocate au barreau
Lic. en économie, HEC

DIEGO SEGANTINI
Avocat-stagiaire

ERIC MEYSTRE
Avocat-stagiaire

ANTOINE REYMOND
Avocat-stagiaire

CLAUDE ROUILLER
Conseil
Ancien Président du Tribunal
fédéral suisse
Ancien Président du Tribunal
administratif de l'Organisation
internationale du travail (OIT)

ISABELLE FELLRATH
Conseil
Docteur en droit
Avocate au barreau
Arbitre
Chargée d'enseignement

GUSTAVO SCARTAZZINI
Conseil
Docteur en droit
Avocat au barreau
Professeur honoraire
aux Universités de Bâle et de Lugano

LEONILA GUGLYA
Conseil
Docteur en droit, LL. M.

TATIANA EBERHARD
Juriste russe

TANIA DIACO
Juriste

GLEB PRIMILIONNI
Juriste

SwissLegal Rouiller & Associés
Rue du Grand-Chêne 1-3
Case postale 1344
1001 Lausanne

Rue Rodolphe-Tœpffer 8
1206 Genève

Tél : +41 (0)58 255 58 00
Fax : +41 (0)58 255 58 01
www.swisslegal.ch

Recommandé

Tribunal administratif fédéral
Kreuzackerstrasse 12
Case postale
9023 St-Gall

Lausanne, le 5 novembre 2023

V./Réf. B-4024/2023

Bity SA – Non-application du Titre 5 de l'OBA-FINMA

Monsieur le Juge instructeur,

Continuant d'agir pour la société Bity SA, nous faisons suite à votre ordonnance d'instruction du 17 octobre 2023 et déposons nos déterminations sur la réponse de la FINMA, en deux exemplaires.

1. Du contexte procédural actuel

a. De la décision de la FINMA du 11 octobre 2023

1.1 La situation a ceci de particulier que l'autorité précédente a notifié une décision le 11 octobre 2023, soit plus de deux mois après avoir été invitée par votre Autorité à répondre au recours formé le 19 juillet 2023, selon ordonnance du 2 août 2023 (et près de huit mois après que la décision lui eut été demandée, le 17 février 2023). D'un point de vue du déroulement de la procédure, force est de constater que cette décision a manifestement été rendue en réaction au recours, dans le but de contester l'intérêt actuel de celui-ci ; en effet, la FINMA allègue que cette décision aurait cet effet dans la présente procédure.

1.2 Sur le fond, dans sa décision notifiée le 11 octobre 2023, l'autorité précédente se déclare incompétente pour rendre la décision en constatation requise, soit de constater que notre mandante n'est pas soumise au Titre 5 de l'OBA-FINMA, en particulier à l'art. 51a de cette ordonnance.

Très concrètement, la décision notifiée le 11 octobre 2023 et la réponse du 12 octobre 2023 n'apportent aucun élément, du point de vue de la contestation soulevée par la recourante en lien avec l'application des normes précitées à ses activités.

b. De la perpétuation du déni de justice par le refus de la FINMA de reconnaître sa compétence

1.3 Par ailleurs, cette situation est bien évidemment insatisfaisante du point de vue de la garantie de l'accès à la justice, en ce sens que l'autorité précédente refuse de statuer sur les effets des réglementations qu'elle impose par son ordonnance OBA-FINMA (ici, l'art. 51a al. 1^{bis}) et qu'elle doit faire respecter – si elles sont licites – en vertu de son devoir de surveillance (art. 18 al. 1 lit. d LBA).

En conséquence, la question du déni de justice est plus que jamais d'actualité, puisque l'autorité précédente a désormais formellement refusé de statuer, en se déclarant incompétente pour le faire. Pour sa part, les OAR indiquent devoir appliquer le règlement de la FINMA, étant eux-mêmes soumis à la surveillance de cette autorité qui contrôle la mise en œuvre de dite réglementation (on produit une pièce du 1^{er} novembre 2023 à cet égard, et on se réfère aux mesures d'instruction par ailleurs).

Dans ce contexte, il apparaît évident que la FINMA – soit l'autorité qui édicte les règles en ayant la charge d'en surveiller la bonne application – est compétente pour statuer au sens de l'art. 25a PA.

Quoi qu'il en soit, si la FINMA nie sa compétence, le Tribunal de céans devra trancher cette question pour déterminer si le refus de statuer au fond est bel et bien justifié par une absence de compétence (ce qui a été d'ores et déjà contesté par le recours).

c. Des conséquences procédurales de la décision notifiée le 11 octobre 2023

La question de la compétence de la FINMA a déjà été traitée dans le recours aux ch. 15 à 27 et 50 à 56. En outre, les griefs relatifs à la non-applicabilité du Titre 5 de l'OBA-FINMA à l'activité de notre mandante ont également été exposés dans le recours.

Aussi, sur le plan de la présente procédure de recours, il apparaît que la question de la compétence de la FINMA est attraitée devant votre autorité par l'effet dévolutif (art. 54 PA, *cum* art. 31 et 37 LTAF) du recours formé le 19 juillet 2023.

Bien entendu, le plus simple serait que la décision du 11 octobre 2023 soit traitée directement dans la présente procédure, puisque techniquement elle est déjà contestée. Pour le bon ordre, pour éviter toute contestation, un recours contre la décision du 11 octobre 2023

sera formé. Il est au surplus d'ores et déjà formé ci-après (*infra*, ch. 4), étant précisé qu'un mémoire complémentaire sera formé dans le délai de recours, qui arrive à échéance au plus tôt le vendredi 10 novembre 2023.

Les causes devront être formellement jointes dès lors qu'il nous apparaît qu'elles ne peuvent pas être raisonnablement dissociées.

Il convient de tenir compte de l'intérêt de la recourante qui a dû déposer un recours pour déni de justice, puis qui se trouve devoir former un second recours alors que l'échange d'écriture est engagé et la décision rendue ne tranche pas les questions matérielles soulevées.

La cause n'est ainsi pas sans objet et, au contraire, la décision notifiée le 11 octobre 2023 montre la nécessité que les griefs de la recourante soient tranchés, notamment du point de la compétence de la FINMA.

La recourante maintient ainsi les conclusions qu'elle a prises dans son recours du 19 juillet 2023.

2. Le manifeste intérêt actuel au recours

La question de la compétence, objet du recours, était touchée par l'effet dévolutif. La FINMA s'est déclarée incompétente. La recourante conserve pleinement l'intérêt que, comme demandé dans le recours, le Tribunal de céans déclare la FINMA compétente, contrairement à la position que celle-ci a maintenant formalisée dans la décision notifiée le 11 octobre 2023.

A cette analyse fondée sur l'objet du recours s'ajoute aussi – *inter alia* – l'intérêt tiré de l'exercice de la liberté économique, toujours aussi actuel. Le recours expose que la limitation, qui traite différemment les automates de cryptomonnaies par rapport aux automates d'autres monnaies – sans qu'une raison objective *réelle* sur le plan de la lutte contre le blanchiment ne justifie cette différence de traitement.

3. De la compétence de la FINMA

L'art. 18 al. 1 LBA prévoit que « [d]ans le cadre de la surveillance des intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 3, la FINMA assume les tâches suivantes :

- a. elle octroie ou retire la reconnaissance aux organisme d'autorégulation;
- b. elle surveille les organisme d'autorégulation;

- c. elle approuve les règlements édictés par les organismes d'autorégulation (art. 25) et les modifications qui y sont apportées;
- d. elle veille à ce que les organisme d'autorégulation fassent appliquer ces règlements;
[...] » (les soussignés soulignent)

Conformément à l'art. 18 al. 1 let. c LBA, tout règlement et toute modification d'un règlement d'un organisme d'autorégulation (OAR) doivent être approuvés par la FINMA. Les règlements d'OAR – de droit privé – sont examinés par la FINMA sous l'angle de la légalité et de l'équité, tout en respectant l'autonomie des OAR¹.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), le pouvoir de surveillance de la FINMA ne se limite pas à un simple pouvoir d'approbation². Le TF considère que la FINMA peut également imposer une modification des règlements des OAR³. Le TF justifie cette faculté de la FINMA par le fait qu'il n'existe aucune délégation totale des tâches de lutte contre le blanchiment d'argent aux OAR et que la régulation des intermédiaires financières relève d'une tâche publique (art. 178 al. 3 Cst. féd.)⁴.

Le TF a considéré que seules des précisions techniques visant à garantir un « *standard minimal* » national ou international peuvent être imposées par la FINMA⁵. Dans ce cas, une base légale matérielle, telle qu'un règlement d'OAR peut suffire si les normes d'autorégulation sont de nature secondaire ou technique⁶.

En revanche, le TF considère que l'instauration de nouvelles obligations doit, préalablement, passer par une modification législative⁷. Une base légale formelle est nécessaire chaque fois que les règlements d'OAR créent de nouvelles obligations ayant une portée importante⁸.

En l'espèce, l'OAR VQF a adopté un règlement entré en vigueur le 1^{er} avril 2023. Ce règlement a été approuvé par la FINMA le 23 mars

¹ ATAF 2011/22 p. 448, c. 3.2 ; GRODECKI Stéphane in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 12.

² GRODECKI Stéphane in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 13.

³ ATF 143 II 162, c. 2 ss.

⁴ ATF 143 II 162, c. 2 ss ; GRODECKI Stéphane in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 13.

⁵ GRODECKI Stéphane in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 12.

⁶ ZUFFEREY Jean-Baptiste in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 12.

⁷ ATF 143 II 162, c. 3.

⁸ ZUFFEREY Jean-Baptiste in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 12.

2023⁹. L'OAR VQF a indiqué – dans ses interactions avec la Recourante et de manière constante – qu'il n'y avait aucune marge de manœuvre pour s'écarter du texte de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA.

La Recourante a demandé à trois reprises¹⁰ à la FINMA de rendre une décision en constatation. La FINMA se déclarant incompétente a refusé de rendre une décision à deux reprises¹¹. Dans son courrier du 2 mai 2023, la FINMA a indiqué à la Recourante qu'elle pouvait rendre une décision – à sa demande – susceptible de recours et payante¹². Ce n'est que le 11 octobre 2023 et à la suite du dépôt d'un recours pour déni de justice que la FINMA a notifié une décision. Elle a dénié sa compétence pendant plusieurs mois de procédures, alors que sa compétence est pourtant fondée sur l'art. 18 al. 1 let. c LBA. Comme explicité ci-dessus, il revient en effet à la FINMA d'examiner les règlements des OAR au regard du principe de la légalité et de l'équité ainsi que de faire application de ces principes lors de l'approbation des règlements d'OAR.

Par ailleurs, l'insertion de l'art. 24^{bis}, repris de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA FINMA, dans le règlement de l'OAR VQF crée de nouvelles obligations pour les membres affiliés dont la Recourante. Le règlement de l'OAR VQF impose donc de nouvelles obligations à la Recourante alors que le titre 5 de l'OBA-FINMA ne la concerne pas. Elle n'est ni une personne au sens de l'art. 1b LB ni un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} et d^{quater} LBA.

Dans pareilles circonstances, les nouvelles obligations prévues par l'art. 24^{bis} du règlement de l'OAR VQF auraient dû faire l'objet d'une base légale formelle afin qu'elles lui soient applicables. Tel n'a pourtant pas été le cas en l'espèce. De son côté, la FINMA aurait dû effectuer un contrôle correct de la légalité avant d'approuver le règlement de l'OAR VQF et aurait dû constater une absence de conformité au principe de la légalité. Par ailleurs, lorsque la Recourante a adressé son premier courrier à la FINMA le 17 février 2023¹³, celle-ci aurait dû – immédiatement – ordonner une modification du règlement de l'OAR VQF afin qu'il soit conforme au droit.

Au vu de ce qui précède, il apparaît que la FINMA est compétente pour approuver les règlements édictés par les OAR et les modifications qu'ils y apportent. Elle est également compétente pour imposer une modification des règlements des OAR lorsque les règlements ne

⁹ Pièce 2 du recours du 18 juillet 2023

¹⁰ Courriers des 17 février 2023 [Pièce 3 du recours du 18 juillet 2023], 16 mars 2023 [Pièce 5 du recours du 18 juillet 2023] et 2 juin 2023 [Pièce 7 du recours du 18 juillet 2023].

¹¹ Pièces 4 et 6 du recours du 18 juillet 2023.

¹² Pièce 6 du recours du 18 juillet 2023.

¹³ Pièce 3 du recours du 18 juillet 2023.

respectent pas le principe de la légalité. Partant, la FINMA était compétente pour rendre une décision pour répondre à la demande de la Recourante, de sorte qu'elle aurait dû prononcer une décision à la suite de la première interpellation de la Recourante au mois de février 2023 déjà. Elle n'aurait pas dû refuser de statuer à deux reprises et proposer – *in fine* – que la Recourante requiert formellement pour une troisième fois une décision payante. Elle ne devait pas non plus notifier une décision d'irrecevabilité¹⁴ le 11 octobre 2023 en invoquant une prétendue incompétence.

4. De l'acte de recours contre la décision notifiée le 11 octobre 2023 : conclusions et motivation

Le délai de recours contre la décision notifiée le 11 octobre 2023 est le 10 novembre 2023. On forme ici d'ores et déjà un recours, qui tend à ce que la décision explicitement prise dans cette décision, à savoir la déclaration d'incompétence, soit réformée, en ceci que la FINMA est déclarée compétente pour statuer sur la requête de constatation formée, la première fois, le 17 février 2023 par la recourante (formellement, les conclusions, prises avec suite de frais et dépens, sont les suivantes : « *[i] principalement, la décision datée du 6 octobre 2023, notifiée le 11 octobre 2023 est réformée en ceci que la FINMA est déclarée compétente pour statuer sur la requête de constatation formée, la première fois, le 17 février 2023 par la recourante ; [ii] subsidiairement, la décision datée du 6 octobre 2023, notifiée le 11 octobre 2023, est annulée et la cause renvoyée à la FINMA pour nouvelle décision dans le sens des considérants* »).

La motivation est celle qui se rapporte à la compétence, soit exactement le chiffre 3 qui précède. Les moyens de preuve sont notamment ceux du chiffre 6 qui suit.

Comme l'illustre la présente section, il apparaît que la question doit (en plus de la portée de l'effet dévolutif) être raisonnablement tranchée dans le recours du 19 juillet 2023, car il s'agit de la même question. A ce défaut, il y aura lieu d'ordonner une jonction dès qu'un acte de recours formellement séparé sera déposé le 10 novembre 2023.

5. Des frais en l'état

Vu l'art. 54 PA (applicable, cf. art. 31 et 37 LTAF) et l'effet dévolutif qu'il induit, il n'apparaît pas que l'autorité intimée ait encore eu le

¹⁴ Pièce FINMA Dokument-ID G01443283-000033 de la réponse de la FINMA du 12 octobre 2023.

pouvoir de rendre une décision. Toujours est-il que cette décision lui avait été demandée le 17 février 2023, et que la FINMA a alors communiqué – par un courrier électronique en allemand (ce qui, outre la contrariété à la législation sur les langues officielles, rend probable que la demande du 17 février 2023 n'avait pas été examinée sérieusement, faute d'avoir été suffisamment comprise par celui qui l'a traitée) – la position qu'elle a par la suite maintenue. Ainsi, elle avait déjà arrêté sa position quelques jours après le 17 février 2023 (le 21 février 2023). Elle a manifestement tergiversé pour rendre une décision formelle qu'elle aurait pu rendre quelques jours après le 17 février 2023. Indépendamment du fait que dans un domaine marqué par les innovations technologiques (où la place de la Suisse est internationalement enviée, mais nullement garantie), il serait opportun que le temps de traitement des décisions sollicitées ait égard au rythme dans lequel évoluent les entreprises, il est évident que, quel que soit le domaine, le délai employé par la FINMA pour « formaliser » une décision n'est pas compatible avec la prohibition du déni de justice formel : elle n'avait toujours pas rendu de décision au jour du recours, le 19 juillet 2023 (alors qu'elle avait matériellement déjà arrêté sa décision).

Puis, on se rend bien compte qu'elle a opté pour la reddition d'une décision *en réaction au recours* ; elle a encore sollicité une prolongation de délai accordé par le Tribunal de céans le 2 août 2023 pour se déterminer, mais, on le comprend, pour rendre une décision (datée du 6 octobre 2023, notifiée le 11 octobre) quelques jours avant d'envoyer ses déterminations (le délai fixé par le Tribunal de céans étant le 13 octobre). Ainsi, le recours pour déni de justice formel était manifestement justifié et nécessaire pour que la FINMA formalise sa position dans une décision formelle correspondant aux exigences procédurales élémentaires (p.ex. motivation, voies de droit, etc.). Le recours était ainsi de toute façon bien fondé et dans l'hypothèse où il serait retenu qu'il est devenu sans objet suite à la décision notifiée le 11 octobre 2023, il y aurait lieu de mettre les frais et dépens à la charge de la FINMA.

6. De l'essence du litige et de l'instruction

La clef du litige est qu'en réalité, c'est la FINMA qui décide. Il en découle qu'elle doit rendre des décisions lorsqu'une question est soulevée. En effet, les OAR n'ont aucune marge de manœuvre : ils reprennent littéralement les textes de la FINMA. Ils ne s'exposent pas au risque de s'en écarter d'une quelconque manière. Ainsi, toute démarche adressée à l'OAR aboutit à la réponse qui consiste à dire que matériellement, la FINMA en a décidé ainsi. Dès lors, il est nécessaire que la FINMA rende une décision lorsqu'elle en est sollicitée quant à

l'existence, ou non, d'un devoir. C'est la seule façon de ne pas rendre illusoire l'Etat de droit par l'artifice consistant à interposer une entité qui ne peut pas s'écarter d'une position en réalité illicite de la FINMA. La FINMA doit donc rendre une décision, seule moyen que le devoir en cause puisse faire l'objet d'une voie de droit où *quelqu'un* (soit : la Cour de céans) contrôle l'existence, ou non, d'un devoir statué par la FINMA.

Dans un cas comme celui-ci où c'est l'existence d'un devoir qui est en cause, l'interposition de l'OAR fonctionne objectivement comme un moyen de rendre illusoire toutes les garanties élémentaires de l'Etat de droit : si seule la voie de l'OAR existait, on aboutirait à demander une décision à l'OAR et à la contester devant une entité qui n'a pas de marge de manœuvre. On ferait perdre du temps et des ressources, sans perspective de résultat quant à la constatation juridique demandée. Alors que la source de la prétendue existence du devoir est la FINMA, qui est une autorité dont la compétence est de pouvoir statuer sur l'existence, ou l'inexistence, d'un devoir juridique.

Dans les mesures d'instruction, on a requis le 19 juillet 2023 la production des correspondances entre la FINMA et les OAR sur l'obligation de mettre littéralement en œuvre, sans marge de manœuvre, l'art. 51a OBA-FINMA, aux distributeurs de cryptomonnaie (cf. ch. 181 du recours ; on indiquera ici que cela inclut [i] les correspondances visant à introduire l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA dans les règlements et [ii] les correspondances visant à vérifier que les OAR exécutent le contenu exact de l'art. 51a OBA-FINMA). Force est de constater que la FINMA n'y a pas donné suite. On réitère ainsi les réquisitions faites le 19 juillet 2023 quant aux mesures d'instruction (ch. 179 à 181 du recours, qui comprenait aussi la production des échanges avec les CFF, les OAR et en particulier Sweepay AG, sur leurs distributeurs de cryptomonnaies des CFF) ; on requiert aussi, en particulier, que des représentants de la FINMA (laquelle doit être priée d'indiquer qui sont les personnes en charge de la mise en œuvre de l'art. 51a OBA-FINMA) et les représentants en particulier de l'OAR VQF soient entendus comme partie, respectivement comme témoins.

Comme indiqué (*supra* p. 2, ch. 1.3), on produit le message du 1^{er} novembre 2023 d'un autre OAR que VQF, qui démontre l'absence de marge de manœuvre.

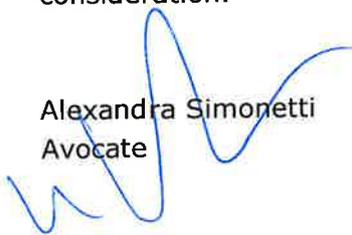
Indépendamment du sort qui sera donné à la réquisition d'instruction tendant à l'interrogatoire des personnes précitées, il apparaît nécessaire que les faits puissent être débattus et leur portée discutée dans une audience publique. Il est certain qu'en définitive, malgré la portée formellement réglementaire, l'obligation en cause est une obligation de nature civile au sens conventionnel du terme. Dès lors,

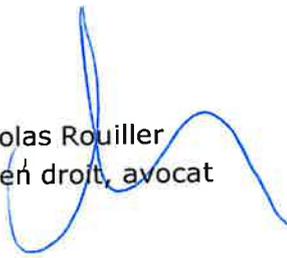
la réquisition tenant à la tenue d'une audience publique mérite d'être accueillie.

* * *

Fondé sur ce qui précède, Bity SA maintient, sous suite de frais et dépens, les conclusions énoncées dans son recours du 19 juillet 2023.

En vous remerciant par avance de l'attention portée à la présente, Monsieur le Juge instructeur, l'expression de notre respectueuse considération.


Alexandra Simonetti
Avocate


Nicolas Rouiller
Dr en droit, avocat



----- Forwarded Message -----

Subject:RE: Décision de la FINMA concernant Bity
Date:Wed, 1 Nov 2023 17:03:29 +0000
From:Alain Saint-Sulpice <saint.sulpice@arif.ch>
To:Alexis Roussel <alexis@bity.com>

Bonsoir Alexis,

La révision de l'OBA-FINMA, entrée en vigueur le 1er janvier 2023, a fait l'objet d'une communication de la FINMA le 2 novembre 2022 (<https://www.finma.ch/fr/news/2022/11/20221102-mm-gwv-finma/>).

Suite à cette révision, les règlements des OAR ont dû également être adaptés en référence à l'art. 1 al. 2 OBA-FINMA.

L'ARIF a introduit les dispositions de l'art. 51a OBA-FINMA dans le chiffre 25 de sa Directive 2, ce qui a été approuvé par la FINMA.

Meilleurs messages,

Alain Saint-Sulpice

-----Message d'origine-----

De : Alexis Roussel <alexis@bity.com> Envoyé : lundi 23 octobre 2023 14:45
À : Alain Saint-Sulpice <saint.sulpice@arif.ch>
Objet : Re: Décision de la FINMA concernant Bity

Cher Alain,

Cette décision me laisse perplexe, car la FINMA, dans sa dernière lettre d'audit, a expressément demandé comment l'ARIF appliquait l'article 51a de l'OBA FINMA, alors que dans cette décision, elle semble dire que ce n'est pas de sa compétence.

Aussi elle a demandé expressément aux OARs d'inclure l'application de l'art51a et la travel rule de l'OBA Finma. Sous quelle forme cela a été demandé?

merci par avance

Alexis Roussel

On 18.10.23 15:49, Alexis Roussel wrote:

Madame, Messieurs,

vous trouverez ci-joint la décision que la FINMA a adressé à Bity SA concernant sa demande de constatation de la non applicabilité de l'art. 51 a OBA-FINMA.

La FINMA confirme qu'elle n'est pas compétente pour répondre à la dite question. Cela pose de nombreuses questions sur l'inclusion de la règle de l'article 51 a dans les directives des OARs. En effet

lors de la consultation, alors que de nombreux membres d'OAR ont participé, la FINMA en visant précisément leur activité, n'a pas mentionné qu'elle n'était pas compétente. Aussi, lors des audits auprès des OARs, la FINMA a également explicitement demandé comment était appliqué l'article 51a.

Veillez noter que cette Décision n'a été obtenue que dans le cadre d'une requête pour déni de justice auprès du TAF. La FINMA a probablement considéré qu'elle perdrait cette requête. (nous avons demandé cette décision depuis le mois de février 2023).

Je serais ravi d'avoir vos avis sur la question.

Meilleures salutations

Alexis Roussel