

21 MARS 2024

Maîtres  
Alexandra Simonetti et Nicolas Rouiller  
SwissLegal Rouiller &  
Associés Avocats SA  
Rue du Grand-Chêne 1-3  
Case postale 7501  
1002 Lausanne



---

Cour II

Case postale  
CH-9023 St-Gall  
Téléphone +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
www.tribunal-administratif.ch

**Numéro de classement : B-6214/2023**  
baj/maf/asz

20 mars 2024

En la cause

---

Parties

**Bity SA,**  
Rue des Usines 44, 2000 Neuchâtel,  
représentée par Maîtres Nicolas Rouiller et  
Alexandra Simonetti, avocats,  
Étude SwissLegal Rouiller & Associés Avocats SA,  
Rue du Grand-Chêne 1-3, Case postale 7501,  
1002 Lausanne,  
recourante,

contre

**Autorité fédérale de surveillance  
des marchés financiers FINMA,**  
Laupenstrasse 27, 3003 Berne,  
autorité inférieure,

---

Objet

demande de constatation de la non-applicabilité de  
l'art. 51a OBA-FINMA,

**le Tribunal administratif fédéral**

**1.**

Porte une copie des remarques de la recourante du 15 mars 2024 à la connaissance de l'autorité inférieure.

**2.**

Adresse la présente ordonnance à la recourante et à l'autorité inférieure.

Le juge instructeur :



Jean-Luc Baechler

La présente ordonnance est adressée :

- à la recourante ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. G01443283 ; recommandé ; annexe : cf. chiffre 1).

ndesverwaltungsgericht  
ibunal administratif fédéral  
ibunale amministrativo federale  
ibunal amministrativ federal

21 MARS 2024

20.03.24

CH - 9200  
Frankieren Post  
2090086  
30001691

1.00

B  
STANDARD  
DIE POST



CH-9023 St. Gallen



CASE POSTALE 1344/1001 LAUSANNE

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

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

**A+**

Tribunal administratif fédéral  
Case postale  
9023 Saint-Gall

Lausanne, le 15 mars 2024

## **Recours de Bity SA - demande de constatation de la non-applicabilité de l'art. 51a OBA-FINMA à ses activités**

Monsieur le Juge instructeur,

Dans le délai imparti à ce jour par votre Ordonnance d'instruction du 28 février 2024, nous vous prions de trouver ci-joint les déterminations de notre mandante sur la réponse de la FINMA du 20 février 2024.

**1.** A titre préliminaire, nous constatons qu'il aura fallu plus d'une année pour que la FINMA constate enfin, dans sa réponse du 20 février 2024 que Bity SA n'est pas soumise à l'art. 51a OBA-FINMA, ce qui était l'objet de notre requête du 17 février 2023 : « 3.2 Bity SA demande par la présente que vous constatiez que l'art. 51a OBA-FINMA, partie du Titre 5, ne s'applique pas à elle ».

C'est ainsi uniquement plus d'une année après, faisant suite au recours que notre mandante a été contrainte de déposer auprès de votre Autorité, que la FINMA explique dans sa réponse du 20 février 2024 (chiffres 12-13), que seuls les établissements financiers assujettis à la FINMA sont soumis à l'art. 51a OBA-FINMA, et que les établissements financiers non soumis à la FINMA, ne sont pas directement soumis à l'art. 51a OBA-FINMA mais uniquement au règlement de leur OAR :

*« En particulier, le Titre 5 de l'OBA-FINMA contient des dispositions spéciales applicables aux personnes selon l'art. 1b LB, ainsi qu'aux intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2let. a<sup>bis</sup> (gestionnaires de fortune et trustees) et d<sup>quater</sup> LBA (systèmes de négociation fondées sur la TRD). Pour ces établissements, les obligations de l'art. 51a OBA-FINMA s'appliquent lorsqu'ils effectuent des opérations de change en crypto monnaies. Pour les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA tels que Bity, qui doivent obligatoirement s'affilier à un OAR (art.14 al. 1 LBA), les obligations LBA sont définies dans un règlement édicté par l'OAR lui-même. (13) En d'autres termes, les établissements financiers assujettis à la FINMA qui offrent la possibilité d'effectuer des opérations de change en crypto-monnaies doivent se conformer à l'art. 51a OBA-FINMA. En revanche, les intermédiaires financiers non assujettis à la FINMA qui offrent*

cette même possibilité doivent respecter les dispositions du règlement édicté par l'OAR auquel ils sont affiliés » (mise en évidence par les soussignés).

Il en résulte clairement que seuls les intermédiaires financiers constituant des établissements financiers assujettis à la FINMA et qui offrent la possibilité d'effectuer des opérations de change en crypto-monnaies sont soumis à l'art. 51a OBA-FINMA.

Tel n'est pas le cas de Bity SA, qui n'est pas un établissement financier soumis à la FINMA.

Il était donc simple pour la FINMA de constater que Bity SA n'était pas soumise à l'art. 51a OBA-FINMA, comme notre mandante le sollicitait dans sa requête du 17 février 2023, soit, comme dit, voici déjà plus d'un an !

**2.** Contrairement à ce que la FINMA soutient dans sa réponse du 20 février 2023 (ch. 13), elle a bel et bien créé une insécurité juridique par ses communications officielles relatives aux distributeurs de monnaies virtuelles et au nouvel art. 51a OBA-FINMA. En effet, alors que le champ d'application de l'art. 51a OBA-FINMA ne visait que les établissements financiers soumis à la FINMA, les communications officielles ont conduit les OAR à adopter des règlements soumettant tous les distributeurs de monnaies virtuelles aux conditions de l'art. 51a OBA-FINMA, élargissant *de facto* le champ d'application de l'art. 51a OBA-FINMA.

En effet, dans son Rapport explicatif en lien avec la révision de l'OBA-FINMA<sup>1</sup>, puis, dans son Rapport sur les résultats de l'audition concernant le projet de révision partielle de l'OBA-FINMA, la FINMA a explicitement motivé la nécessité d'adopter le nouvel art. 51a OBA-FINMA en invoquant le but de viser les distributeurs de monnaies virtuelles :

*« [d]e nombreux indices démontrent que des distributeurs automatiques de monnaies virtuelles en Suisse ont été utilisés abusivement par certains réseaux criminels de trafic de drogue pour effectuer des opérations de paiement »<sup>2</sup>.*

*« Dans le cadre de son activité de surveillance, la FINMA a constaté une utilisation abusive de la valeur seuil pour des*

<sup>1</sup> Le rapport explicatif : FINMA, Révision partielle de l'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, 8 mars 2022 ; [2021 GwV-FINMA Revision](#)

<sup>2</sup> Le rapport explicatif : FINMA, Révision partielle de l'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, 8 mars 2022 ; [2021 GwV-FINMA Revision](#), p. 16.

*opérations de change en cryptomonnaies aux distributeurs automatiques ; la mesure est donc appropriée pour traiter des cas similaires. [...] Les modèles d'affaires, qui proposent le change de cryptomonnaies à la clientèle de passage seulement en relation avec un compte bancaire ou une carte de crédit au nom du client, doivent continuer à respecter le seuil de 1 000 CHF »<sup>3</sup>.*

Sur la base de ces communications, les OAR sont tous partis du principe que l'ensemble des distributeurs de monnaies virtuelles, et ainsi les intermédiaires financiers visés par l'art. 2 al. 3 LBA, sans distinction en fonction d'une soumission directe à la FINMA, étaient concernés par les nouvelles exigences de l'art. 51a OBA-FINMA ; cela alors que tel n'est pas le cas puisque seuls les établissements financiers soumis à la FINMA sont visés par cet article. C'est selon ce que leur avait indiqué la FINMA (pièce 15 du recours<sup>4</sup>) que les OAR ont modifié leur règlement en soumettant les intermédiaires financiers visés par l'art. 2 al. 3 LBA, y compris les distributeurs de monnaies virtuelles, aux conditions de l'art. 51a OBA-FINMA<sup>5</sup>.

Quant à la FINMA, elle a approuvé les règlements des OAR (art. 18 al. 1 FINMA) qui étendaient sans base légale le champ d'application de l'art. 51a OBA-FINMA créé dans les règlements des OAR qui visaient également les intermédiaires financiers de l'art. 2 al. 3 LBA et non pas uniquement les intermédiaires financiers soumis à la FINMA (soit ceux répertoriés à l'art. 2 al. 2 LBA).

Au vu de ce qui précède, il est manifeste que la FINMA a généré une insécurité juridique. En effet, en indiquant publiquement à plusieurs

---

<sup>3</sup> Pièce 1 du Recours, Rapport sur les résultats de l'audition du 8 mars au 10 mai 2022 concernant le projet de révision partielle de l'OBA-FINMA, du 27.10.2022, p. 16.

<sup>4</sup> Alain Saint-Sulpice (ARIF) : « *La révision de l'OBA-FINMA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023, a fait l'objet d'une communication de la 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* ». – On continue par ailleurs de requérir les mesures d'instruction sollicitées au ch. 175 du recours du 10 novembre 2023, à savoir « *solliciter 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. Sont donc requises les productions suivantes : (i) les correspondances visant à introduire l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> 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* ». 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 al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA) et les représentants en particulier de l'OAR VQF soient entendus comme partie, respectivement comme témoins ».

<sup>5</sup> Art. 24<sup>bis</sup> du règlement de l'OAR VQF ; Communication de l'OAR So-FIT « *Abaissement du seuil à 1000 francs suisses pour l'identification des clients dans les opérations de change en monnaies virtuelles* » applicable aux intermédiaires financiers par l'art. 4.

reprises que les distributeurs de monnaies virtuelles étaient visés par l'art. 51a OBA-FINMA, alors que tel n'est concrètement pas le cas, elle a adopté un comportement qui a eu pour conséquence que les OAR ont adapté leurs règlements pour y inclure les exigences de cet article tel qu'exprimé par la FINMA.

La FINMA ne peut pas prétendre aujourd'hui avoir exprimé dans ses communications officielles que l'art. 51a OBA-FINMA ne visait que les distributeurs de monnaies virtuels exploités par un établissement financier soumis à la FINMA. En effet, il apparaît qu'aucun exploitant de distributeurs de crypto-monnaies suisses n'est un établissement financier soumis à la FINMA<sup>6</sup>.

Force est donc de constater que la FINMA a, par ses publications officielles, manifestement créé une insécurité juridique en amenant les OAR à étendre dans leur règlement le champ d'application de l'art. 51a OBA-FINMA. La FINMA étant chargée d'approuver ces règlements, elle avait forcément perçu l'effet que ses publications avaient eu sur les règlements des OAR ; devant agir de bonne foi (art. 5 al. 3 Cst), la FINMA devait indiquer aux OAR que, contrairement à ce qu'elle avait publié, le champ d'application de l'art. 51a OBA-FINMA ne s'étendait pas aux distributeurs de monnaies virtuelles qui n'étaient pas exploités par des établissements financiers soumis à la FINMA. Il doit être retenu qu'elle n'a pas fourni une telle indication rectificative.

En conduisant les OAR à adopter des règlements fixant des exigences non prévues par la loi, la FINMA a agi hors du principe de la légalité ; en tant qu'autorité, elle a donc violé ce principe.

Seule une décision de constatation permettra à Bity SA de mettre un terme à une situation créée par un comportement de la FINMA qui induisait en erreur, était contraire à la bonne foi et s'inscrivait en dehors du principe de la légalité, cette situation l'entravant dans ses activités économiques. Il serait extrêmement choquant que Bity SA soit sanctionnée par son OAR, pour « non-respect » d'exigences qui sont contraires au principe de légalité.

**3.** Dans l'ensemble, dans son courrier du 20 février 2024, la FINMA a constaté que Bity SA n'était pas soumise à l'art. 51a OBA-FINMA. Mais il en résulte qu'elle avait, de toute évidence, créé une insécurité juridique. Tant que des règlements OAR subsistent qui ont été adoptés sur la base de publications trompeuses, cette insécurité demeure malheureusement, les OAR étant encore sous l'influence des

---

<sup>6</sup> A titre d'exemple : Bity SA [SO-FIT], Vårdex [SRO VQF], SweePay AG [SRO PolyReg], Tibc Sàrl [Arif], Zeus [SRO VQF]).

publications trompeuses de 2022 et n'étant pas disposé à rectifier leurs règlements adoptés sous l'emprise de ces publications erronées.

Par conséquent, il revient à la FINMA de rétablir la sécurité juridique et d'indiquer aux OAR que seuls les établissements financiers assujettis à la FINMA sont soumis à l'art. 51a OBA-FINMA et non pas les intermédiaires financiers visés par l'art. 2 al. 3 LBA, dont notamment les distributeurs de monnaies virtuelles, dont tout particulièrement notre mandante Bity SA.

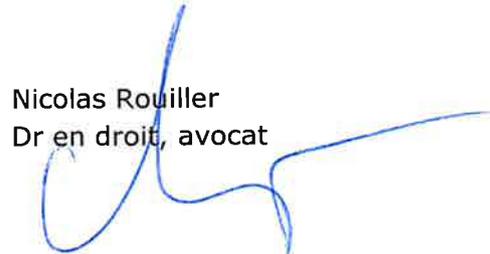
Bity SA a manifestement un intérêt digne de protection factuel et concret à ce que la FINMA rétablisse la sécurité juridique en constatant qu'en qualité d'exploitant de distributeurs de monnaie virtuelle, elle n'est pas soumise à l'art. 51a OBA-FINMA.

\*\*\*

Fondé sur ce qui précède, la recourante conclut sous suite de frais et dépens à l'admission des conclusions qu'elle a prises au pied de son recours interjeté le 10 novembre 2023.

Dans l'attente de la suite que vous donnerez à la présente, nous vous adressons, Monsieur le juge instructeur, l'expression de notre respectueuse considération.

  
Alexandra Simonetti  
Avocate

  
Nicolas Rouiller  
Dr en droit, avocat