

## **RECOURS**

adressé au

### **TRIBUNAL ADMINISTRATIF FÉDÉRAL**

par

**Bity SA**, domicilié à l'adresse de son siège à la Rue des Usines 44, 2000 Neuchâtel, dont les conseils sont les avocats **Nicolas Rouiller**, Dr en droit, **Alexandra Simonetti** et **Alban Matthey**, SwissLegal Rouiller & Associés Avocats SA, 1, rue du Grand-Chêne, Case postale 7501, 1002 Lausanne,

contre

**le refus de la FINMA de rendre une décision constatant le non-assujettissement des activités de la société Bity SA relatives à ses distributeurs automatiques de cryptomonnaies aux dispositions du Titre 5 de l'OBA-FINMA, en particulier de son art. 51a al. 1<sup>bis</sup> ainsi que l'invalidité de l'art. 24<sup>bis</sup> du Règlement de l'OAR VQF respectivement l'inapplicabilité de ladite disposition aux activités de la société Bity SA**

## Table des matières

<b>I.</b>	<b>Vue d'ensemble.....</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>Faits.....</b>	<b>4</b>
<b>III.</b>	<b>Recevabilité.....</b>	<b>6</b>
1.	« DÉCISION ATTAQUÉE » ET AUTORITÉ DE RECOURS COMPÉTENTE.....	6
2.	QUALITÉ POUR RECOURIR.....	8
3.	DÉLAI POUR RECOURIR.....	10
4.	FORME.....	10
<b>IV.</b>	<b>Griefs.....</b>	<b>11</b>
1.	VIOLATIONS DU DROIT FÉDÉRAL.....	11
1.1.	<i>Violations d'ordre formel – déni de justice.....</i>	<i>11</i>
i.	Compétence de la FINMA.....	11
ii.	Déni de justice.....	12
iii.	Droit d'obtenir une décision en constatation.....	17
1.2.	<i>Violations d'ordre matériel.....</i>	<i>19</i>
i.	Non-applicabilité du Titre 5 de l'OBA-FINMA à la Recourante, d'où le non-assujettissement à l'art. 51a al. 1 <sup>bis</sup> OBA-FINMA.....	19
ii.	Violation du principe de la légalité – principe de la base légale.....	23
iii.	Défaut de la procédure de consultation.....	26
2.	MESURES D'INSTRUCTION.....	33
<b>V.</b>	<b>Conclusions.....</b>	<b>34</b>

## I. Vue d'ensemble

1. La société Bity SA est l'un des premiers fournisseurs de services, en Suisse, dans le domaine de cryptomonnaies. Parmi ses activités, elle exploite des distributeurs automatiques de cryptomonnaies.

Le 1<sup>er</sup> janvier 2023, la FINMA a fait entrer en vigueur une disposition de l'OBA-FINMA, à savoir l'al. 1<sup>bis</sup> de l'art. 51a, qui entend interdire qu'une même personne effectue des opérations de change dépassant CHF 1'000.- dans un délai de 30 jours.

L'Organisme d'autorégulation (OAR) dont dépend Bity SA, à savoir le *Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen* (« VQF »), a adopté un règlement (dont l'entrée en vigueur a été fixée le 1<sup>er</sup> avril 2023) mettant en œuvre l'al. 1<sup>bis</sup> de l'art. 51a OBA-FINMA. VQF s'est référé au fait que la FINMA avait approuvé son règlement. VQF a constamment indiqué qu'il n'avait aucune marge de manœuvre pour s'écarter du texte de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA.

Le 17 février 2023, Bity SA a demandé à la FINMA de constater, en particulier, que l'al. 1<sup>bis</sup> ne reposait pas sur une base légale suffisante et de constater dès lors que Bity SA n'était pas soumis à la norme (de nature prohibitionnelle dès l'atteinte du seuil de CHF 1'000.-) de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA.

La FINMA a indiqué le 21 février 2023, en répondant dans une autre langue que la langue dans laquelle était rédigée la requête qui lui était adressée, qu'elle estimait que l'affaire relevait de l'OAR.

Le 16 mars 2023, Bity SA a derechef demandé à la FINMA qu'une décision soit rendue, indiquant au pied de son courrier qu'elle estimait qu'un déni de justice existait de par le refus de statuer sur le sujet.

La FINMA écrit le 5 mai 2023 qu'elle estimait ne pas être en mesure de rendre une décision « *mais que l'OAR auquel Bity SA, Neuchâtel est affiliée (i.e. VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen, Zug (VQF Zug)) l'est* ». Elle a fixé à Bity SA un délai au 2 juin 2023 pour se déterminer.

Le 2 juin 2023, Bity SA s'est déterminée et a demandé qu'une décision soit rendue. Aucune décision n'a été rendue à ce jour.

2. Bity SA n'ignore nullement que les relations entre l'OAR et elle en tant qu'assujettie sont soumises à une relation de droit privé et que les décisions de l'OAR ne sont pas des décisions au sens de l'art. 5 PA, susceptibles de faire l'objet

d'un recours au Tribunal administratif fédéral (ainsi la jurisprudence bien connue du TAF, p.ex. arrêt du 11.6.2019, B-1645/2019, c. 2).

En l'espèce, la situation est que l'OAR estime ne pas pouvoir s'écarter du texte de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA, malgré son caractère, comme allégué et développé ci-dessous, illicite, en particulier sous l'angle du défaut de base légale.

Dans une telle situation, pour que Bity SA puisse poursuivre son activité dans un cadre légal sûr, le seul moyen est d'obtenir une décision de constatation de l'autorité par rapport à la position de laquelle l'OAR estime n'avoir aucune marge de manœuvre. Il existe ainsi un intérêt manifestement légitime à obtenir une telle décision constatatoire de la FINMA.

3. Dans le présent recours, il est d'abord mis en exergue que la FINMA a refusé de statuer et qu'il s'agit dès lors d'un déni de justice formel.

Sera ensuite démontré l'intérêt (largement) suffisant qui existe pour Bity SA à ce que la seule autorité qui peut apporter la sécurité juridique le fasse en rendant une décision de constatation.

Le fond est ensuite également abordé en ceci que vu le refus de la FINMA de rendre une décision, il est légitime que le TAF rende lui-même, au présent stade et sans renvoi, une décision constatant que l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA est illicite, étant notamment dépourvu de base légale, de sorte que le règlement de l'OAR VQF le mettant en œuvre l'est également. En tous les cas, la non-applicabilité de la norme aux activités de la Recourante doit être constatée.

## **II. Faits**

<sup>1</sup> La société Bity SA est un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 lit. b et c de la Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent [LBA ; RS 955.0]).

<sup>2</sup> Bity SA est affiliée auprès de l'organisme d'auto-régulation (ci-après : OAR) *VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen*, à Zoug (ci-après : VQF).

<sup>3</sup> Bity SA offre à ses clients la possibilité d'effectuer des opérations de change avec des cryptomonnaies (FIAT-crypto, crypto-FIAT et crypto-crypto).

<sup>4</sup> Bity SA met également à disposition du public des distributeurs permettant d'acheter ou de vendre des cryptomonnaies, avec une limite de CHF 1'000.- par

transaction, de manière simple, rapide et sécurisée avec des francs suisses (CHF) ou des euros (EUR) en appliquant une technique permettant d'assurer qu'une relation juridique bipartite soit formée.

<sup>5</sup> Le 8 mars 2022, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a ouvert une procédure d'audition relative à la modification de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> de l'Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 3 juin 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent [OBA-FINMA ; RS 955.033.0]). Cette procédure d'audition s'est déroulée jusqu'au 10 mai 2022 (**Pièce 1**).

<sup>6</sup> Les retours de la procédure de l'audition menée auprès des acteurs du marché étaient négatifs (**Pièce 1**).

<sup>7</sup> Sans tenir compte des avis largement exprimés durant la procédure d'audition, la FINMA a modifié son projet relatif à l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA. Ce dernier est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023 en même temps que l'élargissement du champ d'application du Titre 5 de l'OBA-FINMA aux intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2 let. a<sup>bis</sup> et d<sup>quater</sup> LBA.

<sup>8</sup> L'OAR VQF a modifié son règlement (cf. notamment art. 24<sup>bis</sup>) en se basant sur le nouvel art. 51a OBA-FINMA, celui-ci a été accepté par la FINMA le 23 mars 2023 et est entré en vigueur au 1<sup>er</sup> avril 2023 (**Pièce 2**). Cette disposition du règlement se fonde sur l'art. 51a OBA-FINMA.

<sup>9</sup> Par courrier du 17 février 2023 (**Pièce 3**), en faisant valoir un intérêt juridique digne de protection, Bity SA a demandé à la FINMA de constater que l'art. 51a de l'OBA-FINMA, partie du Titre 5, ne s'appliquait pas à elle.

<sup>10</sup> Le 21 février 2023 (**Pièce 4**), la FINMA a répondu par courriel (rédigé en allemand) qu'elle ne se considérait pas compétente en la matière et a renvoyé la Recourante à agir auprès de l'OAR VQF.

<sup>11</sup> La Recourante a indiqué à la FINMA, le 16 mars 2023 (**Pièce 5**), que c'était à tort qu'elle se considérait incompétente.

<sup>12</sup> Dans sa réponse, cette fois par courrier du 2 mai 2023 (**Pièce 6**), la FINMA s'est à nouveau dite incompétente et a informé la Recourante qu'elle pouvait rendre, sur demande, une décision susceptible de recours et payante.

<sup>13</sup> Par courrier du 2 juin 2023 (**Pièce 7**), la Recourante a demandé – pour la troisième fois consécutive – à la FINMA de rendre une décision.

<sup>14</sup> À la date du dépôt du présent recours, la FINMA n'a toujours pas rendu de décision et refuse de le faire depuis le mois de février 2023.

### **III. Recevabilité**

#### **1. « Décision attaquée » et autorité de recours compétente**

<sup>15</sup> En vertu de l'art. 31 de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF ; RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

<sup>16</sup> Le recours au TAF est recevable contre les décisions des autorités ou organisations extérieures à l'administration fédérale, pour autant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public que la Confédération leur a confiées (art. 33 let. h LTAF).

<sup>17</sup> Au sens de l'art. 5 de la Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers [LFINMA ; RS 956.1]), la FINMA est l'autorité chargée de surveiller les marchés financiers, elle est un établissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre (art. 5 al. 1 et 2 LFINMA).

<sup>18</sup> Selon l'art. 54 al. 1 LFINMA, hormis les décisions relevant de la procédure d'assistance administrative (art. 42a LFINMA), les recours contre les décisions de la FINMA sont régis par les dispositions relatives à la procédure fédérale.

<sup>19</sup> Conformément à l'art. 47 al. 1 let. b PA, le Tribunal administratif fédéral (ci-après également : TAF) est une autorité de recours, conformément aux art. 31 à 34 LTAF.

<sup>20</sup> En outre, en l'absence de toute autre voie de recours ou d'opposition, un recours au Tribunal administratif fédéral est ouvert (art. 32 LTAF).

<sup>21</sup> Au sens de l'art. 46a PA, le recours est recevable si, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire (cf. ATAF 2009/1 consid. 3).

<sup>22</sup> Le recours pour déni de justice ou retard injustifié, prévu à l'art. 46a PA, est de la compétence de l'autorité qui serait appelée à statuer sur le recours contre la décision attendue (cf. ATAF 2008/15 consid. 3.1.1).

- 23 En l'espèce, la Recourante a demandé par trois fois (courriers des 17 février 2023 [**Pièce 3**], 16 mars 2023 [**Pièce 5**] et 2 juin 2023 [**Pièce 7**]) à la FINMA de rendre une décision en constatation, la FINMA se disant incompétente a refusé de rendre une décision.
- 24 La Recourante se plaint du refus de la FINMA de rendre une décision constatant que ses activités aux moyens de distributeurs automatiques de cryptomonnaies ne sont pas soumises à l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA, cette disposition n'ayant, notamment, pas de base légale, et le Titre 5 de l'OBA-FINMA ne s'appliquant pas à elle, en particulier pas à ses activités de distributeurs automatiques de cryptomonnaies.
- 25 Quelle que soit la construction juridique (en particulier que ce soit l'invalidité de la norme ou le fait que le Titre 5 ne s'applique pas à la Recourante), la Recourante demande en tous les cas une décision de non-assujettissement à la règle de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA, cela par la constatation (incidente ou principale) du caractère illicite du règlement de l'OAR en tant qu'il est dépourvu de base légale.
- 26 Comme le relève en particulier la jurisprudence tout à fait limpide du TAF (p.ex. l'arrêt du 11.6.2019, B-1645/2019, c. 2), les relations entre l'OAR et ses membres sont de droit privé et ne donnent pas lieu à des décisions susceptibles d'un recours au TAF. En l'espèce, l'OAR estime n'avoir aucune marge de manœuvre par rapport à al. 1<sup>bis</sup> de l'art. 51a OBA-FINMA. Son règlement reproduit cet alinéa et l'OAR estime ne pas pouvoir constater son caractère illicite. Ainsi, la seule entité qui peut apporter la nécessaire sécurité juridique est l'autorité de surveillance de l'OAR (art. 18 al. 1 lit. b, c et d LBA [*« Dans le cadre de la surveillance des intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 3, la FINMA assume les tâches suivantes : [...] b. elle surveille les organismes d'autorégulation; c. elle approuve les règlements édictés par les organismes d'autorégulation (art. 25) et les modifications qui y sont apportées ; elle veille à ce que les organismes d'autorégulation fassent appliquer ces règlements »*]), auteur de la norme contestée, qu'aucun OAR ne va remettre en question. Il existe un intérêt légitime à ce qu'elle rende une décision de constatation. Il existe donc un intérêt légitime à faire valoir le déni de justice formel devant le refus de sa part de statuer.
- 27 Vu les règles précitées, la FINMA aurait dû rendre une décision ; et si la FINMA avait rendu une décision, le TAF serait compétent pour connaître un recours (art. 47 al. 1 let. b PA et art. 32 LTAF). Partant, s'agissant d'un refus de statuer, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent recours (art. 46a et 47 al. 1 let. b PA).

## 2. Qualité pour recourir

<sup>28</sup> Aux termes de l'art. 48 al. 1<sup>er</sup> PA, a qualité pour former recours toute personne physique ou morale (a) qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privée de la possibilité de le faire, (b) qui est spécialement atteinte par la décision attaquée, et (c) qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

<sup>29</sup> Aux termes de l'art. 46a PA, le recours est recevable si, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire (cf. ATAF 2009/1 consid. 3).

<sup>30</sup> Selon la jurisprudence, le dépôt d'un recours pour déni de justice ou retard injustifié suppose que l'intéressé ait non seulement requis de l'autorité compétente qu'elle rende une décision, mais également qu'il ait un droit à se voir notifier une telle décision (arrêt TAF, 25.01.2023, D-5593/2022, p. 3).

<sup>31</sup> En application de l'art. 5 et 25 PA et conformément la jurisprudence publiée à l'ATAF 2014/45 c. 3.1.2 du Tribunal de céans « *il existe un droit à une décision en constatation si le requérant a un intérêt actuel et digne de protection à la constatation immédiate de la situation de droit et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (cf. ATF 130 V 388 consid. 2.4 ;B-6017/2012 consid. 4.1.2) ; il n'est pas nécessaire que cet intérêt soit de nature juridique, il peut s'agir d'un pur intérêt de fait ; la condition est remplie notamment lorsque la situation juridique du requérant est incertaine et que cette incertitude peut être levée par la constatation ; pour cela, n'importe quelle incertitude ne suffit pas ; il faut au contraire que l'on ne puisse pas exiger du requérant qu'il tolère plus longtemps le maintien de cette incertitude, parce que celle-ci l'entrave dans sa liberté de décision (cf. ATF 135 III 378 consid 2.2 et réf. cit.). Celle-ci peut également se rapporter à un état de fait futur (cf. ATF 135 II 60) consid. 3.3.3) ».*

<sup>32</sup> Un tel droit existe lorsqu'une autorité est tenue, de par le droit applicable, d'agir en rendant une décision, et que la personne qui s'en prévaut a la qualité de partie, au sens de l'art. 6 PA en relation avec l'art. 48 al. 1 PA (cf. ATAF 2010/29 consid. 1.2.2 ; ATAF 2008/15 consid. 3.2).

<sup>33</sup> Conformément à l'art. 6 PA, ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision.

<sup>34</sup> En l'occurrence, la Recourante possède un intérêt digne de protection et actuel à la constatation de la non-applicabilité de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA en ceci que



son assujettissement à cette disposition (par le truchement du règlement de l'OAR qui ne fait que le reproduire) reviendrait à lui imposer des exigences qui ne correspondent pas à la nature juridique et factuelle de son activité.

<sup>35</sup> L'intérêt du recourant peut-être un intérêt de fait actuel ou futur si l'incertitude liée à l'absence de décision l'entrave dans sa liberté de décision (ATAF 2014/48 c. 3.1.2)

<sup>36</sup> En l'occurrence, l'absence de décision crée un flou juridique qui est source d'une très grande incertitude, laquelle restreint la liberté d'action de la Recourante, notamment d'un point de vue économique, en ceci que les exigences imposées par l'art. 51a OBA-FINMA modifient l'exercice de l'activité économique exercée par la Recourante et initialement prévue par elle, au point de constituer une entrave dans son activité économique. La mise en œuvre des vérifications qui découleraient d'un assujettissement nécessiteraient de repenser la structure de l'activité et d'effectuer des investissements massifs. Les enjeux liés à la constatation du non-assujettissement sont donc primordiaux du point de vue du modèle d'affaire de la Recourante.

<sup>37</sup> Dans la même perspective, l'intérêt digne de protection de la Recourante à obtenir une constatation de son non-assujettissement à l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA s'exprime par les préjudices imminents de nature économique qu'un tel assujettissement pourrait lui faire courir. En effet, la mise en place des exigences prescrites par cette disposition représente un coût substantiel pour la Recourante, qu'elle ne devrait pas devoir subir du fait de l'absence de base légale l'y contraignant.

<sup>38</sup> Après cinq mois de procédure avec des allers-retours, la FINMA n'a toujours pas rendu de décision en constatation malgré trois demandes successives. La FINMA s'est par deux fois déclarée incompétente et a refusé de statuer.

<sup>39</sup> Au vu de ce qui précède, la Recourante a un droit à obtenir une décision en constatation. La Recourante est incontestablement lésée par l'absence de respect de son droit à obtenir une décision en constatation qu'elle a requise de la FINMA. Partant, la Recourante a manifestement la qualité pour recourir au sens des art. 6, 46a et 48 al. 1<sup>er</sup> PA contre le refus de statuer de la FINMA.

<sup>40</sup> Il y a également lieu que le Tribunal de céans statue lui-même sur le fond, étant donné que la FINMA a manifesté une claire volonté de ne pas statuer et, de surcroît, que l'objet du débat est l'absence de base légale *de l'ordonnance qu'elle a prise elle-même*, qui plus est très récemment. Ces circonstances très particulièrement justifient que l'autorité juridictionnelle de recours statue directement.

### 3. Délai pour recourir

41 En vertu de l'art. 54 al. 1 LFINMA, le recours contre les décisions de la FINMA sont régis par les dispositions relatives à la procédure fédérale (PA).

42 En application de l'art. 50 al. 2 PA, le recours pour déni de justice ou retard injustifié peut être formé en tout temps.

43 En l'occurrence, la Recourante a demandé à la FINMA de rendre une décision en constatation. Celle-ci ne s'est pas exécutée depuis le mois de février 2023. Au contraire, elle s'est contentée - à deux reprises (**Pièces 4 et 6**) - d'indiquer qu'elle n'était pas compétente et a renvoyé la Recourante à agir auprès de l'OAR VQF.

44 Remis ce jour à un bureau de poste suisse, le présent recours est valablement déposé.

### 4. Forme

45 Conformément à l'art. 52 al. 1<sup>er</sup> PA, le mémoire de recours indique les conclusions, motifs et moyens de preuve et porte la signature de la Recourante ou de son mandataire ; celui-ci y joint l'expédition de la décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en ses mains.

46 Le présent recours étant - en premier lieu - un recours en raison d'un déni de justice pour refus de statuer, il en découle qu'aucune décision de la FINMA ne peut être jointe au présent recours. Le présent recours indique les moyens de preuve essentiels pour le traitement de la cause et les produits sous bordereau annexé.

47 Signé par les conseils de la Recourante, avocats inscrits au registre des avocats d'un canton suisse et au bénéfice d'une procuration [**Pièce 0**], et respectant les exigences de forme prévues par la loi, le présent recours est recevable en la forme.

\*\*\*

#### **IV. Griefs**

48 La FINMA refuse de rendre une décision en constatation de non-application du Titre 5 pour les activités de la société Bity SA alors qu'elle est compétente pour le faire. Le comportement de la FINMA est constitutif d'un déni de justice formel et contraire au droit fédéral (cf. *infra* 1.1).

49 La FINMA refuse de constater l'absence d'application du Titre 5 de l'OBA-FINMA (dont l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA qui a été modifié à la suite d'une procédure de consultation contraire au droit) alors que celui-ci ne s'applique pas aux activités de la Recourante au moyen de distributeurs de cryptomonnaies, ce qui est contraire au droit fédéral (cf. *infra* 1.2).

#### **1. Violations du droit fédéral**

##### **1.1. Violations d'ordre formel - déni de justice**

###### ***i. Compétence de la FINMA***

50 En vertu de l'art. 17 al. 1 let. a LBA, les obligations de diligence définies au chapitre 2 de la LBA sont précisées par voie d'ordonnance par la FINMA s'agissant des intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 2 let. a à d<sup>quater</sup> LBA. La FINMA a précisé ces obligations de diligence dans l'OBA-FINMA.

51 Conformément à l'art. 18 al. 1 lit. c LBA, les OAR doivent mettre en œuvre les dispositions de l'OBA-FINMA dans leurs règlements, puis doivent obtenir l'approbation de la FINMA sur leurs règlements. Les OAR établissent ainsi leurs règlements sur la base des dispositions légales et des prises de position de la FINMA.

52 Selon l'art. 18 al. 1 lit. d LBA, la FINMA « *veille à ce que les organismes d'autorégulation fassent appliquer ces règlements* ».

53 Il découle du rôle de la FINMA en rapport avec l'activité et les réglementations adoptées par les OAR, soumis à son approbation, que la FINMA veille à une application uniforme du droit relatif au respect des mesures de diligence des intermédiaires financiers et est ainsi compétente pour statuer en constatation. Elle doit constater si un règlement n'est pas conforme au droit. Elle doit notamment constater si sa propre ordonnance est dépourvue de base légale et qu'il s'ensuit que les règlements sujets à son approbation et dont l'application est soumise à sa surveillance sont ainsi eux-aussi dépourvus de base légale et donc illicites (anticonstitutionnels) ; puisque personne d'autre ne le fera, en particulier pas les OAR, c'est à la FINMA qu'il revient de prendre des décisions constatant l'absence

de base légale d'une réglementation comme un règlement OAR ou l'OBA-FINMA qui fonde celui-ci.

<sup>54</sup> En résumé, en ceci qu'elle édicte les dispositions légales que les intermédiaires financiers devront respecter, puis approuve ou refuse les règlements pris par les OAR qui seront appliqués aux intermédiaires financiers, et finalement veille à ce que les OAR fassent appliquer ces règlements aux intermédiaires financiers, la FINMA régit l'activité des intermédiaires financiers et des OAR ; il arrive que ce ne soit qu'elle qui puisse concrètement constater l'applicabilité (soit la non-applicabilité) d'une norme, ce qui est le cas en l'espèce, et c'est la seule qui peut rendre une décision soumise à la PA.

<sup>55</sup> En l'espèce, la FINMA n'a pas rendu de décision alors que celle-ci était sollicitée depuis le 17 février 2023. La FINMA a donc refusé de rendre une décision en constatation de la non-applicabilité du Titre 5 de l'OBA-FINMA aux activités Recourante aux moyens de distributeurs de cryptomonnaies. La FINMA a modifié le Titre 5 de l'OBA-FINMA, modification entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2023. Les OAR, dont VQF, ont ensuite procédé à des modifications de leur règlement pour qu'il soit conforme au titre 5 de l'OBA-FINMA, notamment à l'art. 51a OBA-FINMA, en le soumettant à la FINMA pour approbation avant son entrée en vigueur.

<sup>56</sup> Au vu de ce qui précède, le nouvel art. 51a OBA-FINMA ayant trait à des entités affiliées aux OAR, la FINMA ne peut se retrancher derrière le fait qu'elles sont - en plus d'être soumis partiellement ou totalement à l'OBA-FINMA - sujettes au règlement d'un OAR pour refuser de rendre une décision constatatoire. D'ailleurs, il ne fait aucun doute qu'un OAR rejetterait purement et simplement la contestation au motif que son règlement a été approuvé par la FINMA (art. 18 al. 1 lit. c LBA). Par conséquent, la FINMA est compétente pour rendre une décision de non-application du Titre 5 de l'OBA-FINMA.

## **ii. Déni de justice**

<sup>57</sup> L'art. 29 al. 1 Cst. féd. prévoit que « [t]oute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable » (les soussignés soulignent).

<sup>58</sup> L'équité formelle se traduit, de façon négative, par l'expression « *interdiction du déni de justice formel* » (DANG Martin, NGUYEN Minh Son *in* Commentaire romand Constitution fédérale *ad* art. 29 Cst. féd., n°12).

<sup>59</sup> Selon la formulation élaborée par la jurisprudence, il y a déni de justice formel (ou iniquité formelle) « *lorsqu'une autorité n'applique pas ou applique d'une façon incorrecte une règle de procédure, de sorte qu'elle ferme l'accès à la justice au particulier qui, normalement, y aurait droit. L'autorité qui se refuse à statuer, ou*

*ne le fait que partiellement, viole l'art. 29 al. 1 Cst. [féd.]* » (ATF 144 II 184, consid. 3.1. ; DANG Martin, NGUYEN Minh Son *in* Commentaire romand Constitution fédérale *ad* art. 29 Cst. féd., n°12)

<sup>60</sup> Les administrés ou les justiciables disposant de la qualité de partie (art. 6 PA) ont le droit de saisir une administration ou un tribunal. Ils ont également droit à ce que les autorités ouvrent, sur leur demande, une procédure, statuent sur une requête en rendant une décision ou un jugement (DANG Martin, NGUYEN Minh Son *in* Commentaire romand Constitution fédérale *ad* art. 29 Cst. féd., n°73 et 75 ; GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zurich, 2021, n°2303 ; TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, 2<sup>ème</sup> édition, Schulthess, Zurich, 2018, n°1498).

<sup>61</sup> En particulier, l'autorité ne saurait refuser d'entrer en matière, sans avoir, à tout le moins, examiné si les conditions d'entrée en matière sont réalisées (DANG Martin, NGUYEN Minh Son *in* Commentaire romand Constitution fédérale *ad* art. 29 Cst. féd., n°74).

<sup>62</sup> L'autorité qui refuse, sans raison, expressément ou implicitement de statuer ou à commencer une procédure lorsque l'autorité est saisie, alors qu'elle en a l'obligation, commet un déni de justice formel (« *formelle Rechtsverweigerung* ») (ATF 135 I 6, p. 9 ; DANG Martin, NGUYEN Minh Son *in* Commentaire romand Constitution fédérale *ad* art. 29 Cst. féd., n°72 et 77 ; BOVAY Benoît, *Procédure administrative*, 2<sup>ème</sup> édition, Schulthess, 2015, Zurich, p. 217), qui constitue une violation de l'art. 29 al. 1 Cst. féd. Il s'agit du fait de garder le silence sur une demande qui exige une décision ou le fait d'une autorité de ne pas traiter une affaire qui relève de sa compétence (ATAF 2010/29, p. 403).

<sup>63</sup> Il en est de même de l'autorité qui ne statue que partiellement (DANG Martin, NGUYEN Minh Son *in* Commentaire romand Constitution fédérale *ad* art. 29 Cst. féd., n°74 et 77), notamment si elle ne traite pas d'un grief relevant de sa compétence, motivé de façon suffisante et pertinent pour l'issue du litige (TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, 2<sup>ème</sup> édition, Schulthess, Zurich, 2018, n°1499) ou si elle limite son pouvoir d'examen, d'appréciation ou de décision, ou ne l'exerce pas (DANG Martin, NGUYEN Minh Son *in* Commentaire romand Constitution fédérale *ad* art. 29 Cst. féd., n°77).

<sup>64</sup> En d'autres termes, un déni de justice formel est contraire à l'art. 29 al. 1 Cst. féd., c'est-à-dire le fait de priver un individu d'une décision formelle qu'il pourra attaquer afin d'être en mesure de défendre valablement ses droits et de faire valoir son point de vue dans une procédure équitable (ATF 141 I 49, consid. 3.5.5 ; GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zurich, 2021, n°2303).

- 65 L'art. 7 al. 3 LFINMA prévoit que la FINMA soutient l'autorégulation ; elle peut lui reconnaître une valeur de standard minimal et la transposer dans ses règles de surveillance.
- 66 En vertu de l'art. 12 al. 1 de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers (ci-après : Ordonnance FINMA ; RS 956.11), lorsque la FINMA reconnaît à une norme d'autorégulation une valeur de standard minimal au sens de l'art. 7 al. 3 LFINMA, elle veille en particulier à ce que cette norme dispose d'un large soutien. Selon l'art. 12 al. 2 de l'Ordonnance FINMA, les normes d'autorégulation sont reconnues par le conseil d'administration de la FINMA.
- 67 De leur côté, conformément à l'art. 25 al. 1 et 2 LBA, les organismes d'autorégulation (OAR) édictent un règlement dans lequel ils précisent à l'intention des intermédiaires financiers qui leur sont affiliés les obligations de diligence définies au chap. 2 et règlent les modalités d'application.
- 68 En l'occurrence, la Recourante est un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 lit. b et c LBA. Elle est affiliée auprès de l'OAR VQF.
- 69 Parmi ses activités, la Recourante offre à ses clients la possibilité d'effectuer des opérations de change avec des cryptomonnaies (FIAT-crypto, crypto-FIAT et crypto-crypto).
- 70 La Recourante met également à disposition du public des distributeurs permettant d'acheter ou de vendre des cryptomonnaies, avec une limite de CHF 1'000.- par transaction, de manière simple, rapide et sécurisée avec des francs suisses (CHF) ou des euros (EUR) en appliquant une technique permettant d'assurer qu'une relation juridique bipartite soit formée.
- 71 La FINMA a modifié l'OBA-FINMA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023, dont l'art. 51a OB-FINMA relatif aux opérations avec des monnaies virtuelles, applicable, selon le Titre 5 de l'OBA-FINMA et l'art. 43a OBA-FINMA, aux personnes au sens de l'art. 1b LB et aux intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 lit. a<sup>bis</sup> et d<sup>quater</sup> LBA.
- 72 L'OAR VQF a modifié son règlement (**Pièce 2**) (cf. notamment l'art. 24<sup>bis</sup>), celui-ci a été accepté par la FINMA le 23 mars 2023 et est entré en vigueur au 1<sup>er</sup> avril 2023. Les mesures techniques devant être implémentées selon l'art. 24<sup>bis</sup> al. 1<sup>bis</sup> devront l'être dans les 6 mois à compter de l'entrée en vigueur du règlement.
- 73 L'art. 24<sup>bis</sup> du règlement (**Pièce 2**) prévoit ce qui suit dans sa version allemande (version qui fait foi) :

« **Art. 24<sup>bis</sup> Geschäfte mit virtuellen Währungen**

*1 Das Mitglied muss die Vertragspartei identifizieren, wenn eine Transaktion mit einer virtuellen Währung oder mehrere solche Transaktionen, die miteinander verbunden erscheinen, den Betrag von CHF 1'000 erreichen oder übersteigen, sofern diese Transaktionen keine Geld- und Wertübertragungen darstellen und mit diesen Geschäften keine dauernde Geschäftsbeziehung verbunden ist.*

*1<sup>bis</sup> Bei Barzahlungen oder der Entgegennahme von anderen anonymen Zahlungsmitteln für den Verkauf oder Kauf von virtuellen Währungen trifft das Mitglied technische Vorkehrungen, um zu vermeiden, dass der Schwellenwert nach Absatz 1 durch miteinander verbundene Transaktionen innerhalb von 30 Tagen überschritten wird.*

*2 Das Mitglied kann auf die Identifizierung der Vertragspartei verzichten, wenn es für dieselbe Vertragspartei weitere Geschäfte im Sinn von Abs. 1 ausgeführt und sich versichert hat, dass die Vertragspartei diejenige Person ist, die bereits bei der ersten Transaktion identifiziert wurde. Das Mitglied erstellt dazu eine Aktennotiz und legt diese im GwG-File ab.*

*3 Es hat die Vertragspartei in jedem Fall zu identifizieren, wenn Verdachtsmomente für mögliche Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung vorliegen oder offensichtlich versucht wird, die Identifizierung zu umgehen, indem ein Betrag auf mehrere Transaktionen verteilt wird (Smurfing).*

*4 Bei identifizierungspflichtigen Geschäften ist ein vollständiges GwG-File für jede einzelne Transaktion zu erstellen. »*

<sup>74</sup> La modification du règlement de l'OAR et l'entrée en vigueur de l'art. 24<sup>bis</sup> – qui lui-même reprend l'art. 51a OBA-FINMA – qui s'applique indistinctement à tous les membres de l'OAR, modifie considérablement les exigences imposées à la Recourante et entrave ses activités.

<sup>75</sup> Par courrier du 17 février 2023 (**Pièce 3**), la Recourante a demandé à la FINMA de constater que l'art. 51a de l'OBA-FINMA, partie du Titre 5, ne s'appliquait pas à elle. Dans le même courrier, la Recourante a indiqué à la FINMA qu'elle avait outrepassé ses tâches législatives et que l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA ne respectait pas le principe de légalité, l'art. 7 al. 1 LFINMA étant ainsi violé.

<sup>76</sup> Le 21 février 2023, la FINMA a répondu par courriel (rédigé en allemand ; **Pièce 4**) qu'elle ne se considérait pas compétente en la matière mais que l'OAR VQF l'était.

77 Par courrier du 16 mars 2023 (**Pièce 5**), la Recourante a indiqué à la FINMA que c'était à tort qu'elle se considérait incompétente. La Recourante a, pour la deuxième fois, demandé à la FINMA de rendre une décision en constatation. La Recourante a également démontré à la FINMA qu'elle possédait en tous points et à tous égards un intérêt juridique digne de protection à ce que la situation décrite soit constatée par la FINMA.

78 Le 2 mai 2023, la FINMA s'est encore une fois dit incompétente (**Pièce 6**) et a informé la recourante qu'elle pouvait rendre, sur demande – ce qui est demandé par la recourante depuis le 17 février 2023 –, une décision susceptible de recours et payante.

79 La Recourante a demandé, le 2 juin 2023 (**Pièce 7**), – cette fois pour la troisième fois – à la FINMA de rendre une décision.

80 Cette situation engendre que la Recourante subit – et risque encore de subir aussi longtemps que la FINMA n'aura pas rendu de décision en constatation de non-application du Titre 5 de l'OBA-FINMA – des préjudices de nature économiques pour se conformer à des exigences qui ne la concernent pas. En effet, la Recourante se fait, pour le moment, imposer des exigences qui ne correspondent pas à la nature juridique et factuelle de son activité, car elle ne fait pas, au moyen de ses distributeurs automatiques, le commerce de valeur mobilières, mais uniquement de cryptomonnaies.

81 L'activité de la Recourante est aussi sous l'impact d'une incertitude qui restreint sa liberté d'action, notamment d'un point de vue économique ce qui porte atteinte à sa liberté économique (art. 27 Cst. féd.).

82 En résumé, alors qu'elle est compétente pour rendre une décision de constatation dans ce contexte particulier, la FINMA n'a pas rendu de décision depuis le mois de février 2023 malgré trois courriers de demandes formelles. Elle a répondu à deux reprises, dont une fois par courriel et une seconde fois par simple courrier non décisionnel, qu'elle ne s'estimait pas compétente alors que tel est le cas juridiquement.

83 À la date du dépôt du présent recours, la FINMA n'a toujours pas rendu de décision.

84 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que la FINMA refuse de rendre une décision en constatation que la Recourante a pourtant le droit d'obtenir selon les garanties fondamentales de procédure (cf. art. 29 al. 1 Cst. féd.). En outre, le règlement de l'OAR VQF ne devait pas être approuvé en l'état par la FINMA en raison de son caractère contraire au champ d'application du Titre 5 de l'OBA-



FINMA, en particulier de son art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA qui tend à créer un flou juridique, engendrer des difficultés techniques difficilement insurmontables et des incertitudes économiques dans une mesure qui ne peuvent être imposées à la Recourante ou à toute autre société comparable qui propose des prestations de change au moyen de distributeurs automatiques de cryptomonnaies.

### **iii. Droit d'obtenir une décision en constatation**

<sup>85</sup> Conformément à l'art. 25 al. 1 PA, l'autorité compétente sur le fond a qualité pour constater par une décision, d'office ou sur demande, l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations fondés sur le droit public.

<sup>86</sup> Selon l'art. 25 al. 2 PA, cette autorité doit donner suite à une telle demande si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection.

<sup>87</sup> Une telle décision correspond à la définition qu'en donne l'art. 5 al. 1 lit. b PA qui prévoit que sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet : de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations.

<sup>88</sup> La jurisprudence du Tribunal fédéral établit à ce sujet que la lecture conjointe des art. 5 al.1 lit. b et 25 al. 2 PA implique qu'une autorité « *puisse rendre une décision en constatation si le requérant a un intérêt digne de protection à la constatation immédiate d'un rapport de droit litigieux* » (arrêt TF 17.12.2015, 9C\_381/2015, consid. 1.1).

<sup>89</sup> De manière générale, on se trouve en présence d'un « *intérêt digne de protection* » lorsqu'existe un intérêt, juridique ou factuel, et actuel à la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport juridique, auquel aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'oppose et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice (ATF 132 V 257, consid. 1).

<sup>90</sup> L'exigence d'un tel intérêt digne de protection est également satisfaite lorsque les relations juridiques des parties sont incertaines et que cette incertitude peut être levée par la constatation de l'autorité (ATF 120 II 20, consid. 3a). Néanmoins, toute incertitude n'est pas suffisante, il faut sa persistance ne puisse plus être tolérée du demandeur car elle l'entrave dans sa liberté d'action (ATF 120 II 20, consid. 3a).

- 91 Enfin, l'intérêt est également considéré comme digne de protection si l'admission de la demande permet d'éviter des préjudices imminents de nature économique ou autre (ATF 116 II 196, consid. 2a).
- 92 Lorsque l'intérêt digne de protection est mieux servi par une décision en constatation que par une décision formatrice ou condamatoire, l'Autorité peut rendre une décision constatatoire, malgré le principe de subsidiarité (arrêt TAF 11.8.2014, B-6755/2013, consid. 3.1.2).
- 93 En l'occurrence, dans une prise de position datée du 27 octobre 2022 (**Pièce 1**), la FINMA tend à appliquer spécifiquement l'art. 51a OBA-FINMA aux distributeurs de monnaies virtuelles.
- 94 L'assujettissement de la Recourante à l'art. 51a OBA-FINMA constitue une source d'incertitude qui restreint sa liberté d'action, notamment d'un point de vue économique, dans une mesure qui ne saurait être tolérée, en ceci que les exigences imposées par cette disposition modifient l'exercice de l'activité économique exercée par la Recourante et initialement prévue par elle, au point de constituer une entrave contraire à l'art. 27 Cst. féd.
- 95 En raison de l'application du titre 5 de l'OBA-FINMA et spécifiquement de l'art. 51a OBA-FINMA, la Recourante subirait des préjudices imminents de nature économique. En effet, la mise en place des exigences prescrites par cette disposition représente un coût substantiel pour la Recourante, qu'elle ne devrait pas devoir subir du fait de l'absence de base légale l'y contraignant.
- 96 Au vu de ce qui précède, il apparaît indéniable que la Recourante comme prestataire de services au moyen de distributeurs de cryptomonnaies possède un intérêt digne de protection (juridique, pratique et actuel) – mieux servi par une décision en constatation que par une décision formatrice ou condamatoire – à ce que sa situation juridique soit constatée et clarifiée conformément à la nature juridique et factuelle des activités qu'elle mène, plus particulièrement qu'il soit reconnu que malgré sa prise de position datée du 27 octobre 2022 (**Pièce 1**), le Titre 5 de l'OBA-FINMA, dont fait partie l'art. 51a OBA-FINMA, ne lui est pas applicable.
- 97 Par conséquent, il revient à la FINMA de rendre une décision en constatation. Cette décision ne peut en l'espèce pas provenir d'un OAR, puisque celui-ci estime ne pas pouvoir s'écarter du texte de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA. Une contestation de l'application de l'art. 51a OBA-FINMA auprès d'un OAR engendrerait *de facto* le rejet de la demande de constatation au motif que le règlement de l'OAR a été approuvé par la FINMA (art. 18 al. 1 lit. c LBA). Sans entrée en matière par la FINMA, la Recourante se verrait donc contrainte de mettre en œuvre l'application

d'une disposition quand bien même elle n'y serait pas juridiquement assujettie au risque de se voir sanctionnée par un avertissement ou une amende prononcée par l'OAR, ou par l'art. 44 al. 1 LFINMA (dans l'hypothèse où elle se verrait exclue de l'OAR).

## **1.2. Violations d'ordre matériel**

### ***i. Non-applicabilité du Titre 5 de l'OBA-FINMA à la Recourante, d'où le non-assujettissement à l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA***

<sup>98</sup> La FINMA a modifié l'OBA-FINMA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023, dont l'art. 51a OBA-FINMA relatif aux opérations avec des monnaies virtuelles.

<sup>99</sup> Conformément à l'art. 43a OBA-FINMA, le titre 5 de l'OBA-FINMA s'applique aux personnes au sens de l'art. 1b LB et aux intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a<sup>bis</sup> et d<sup>quarter</sup> LBA.

<sup>100</sup> Or, comme on le voit ci-après, la Recourante ne correspond à aucune des catégories de personnes visées par ces règles.

#### **1.2.1.1. La recourante n'est pas une personne active dans le secteur financier au sens de l'art. 1b LB**

<sup>101</sup> Selon l'art. 1b al. 1 de la Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques [LB ; RS 952.0]), les dispositions de la LB s'appliquent par analogie aux personnes qui sont principalement actives dans le secteur financier et qui : (a) acceptent à titre professionnel des dépôts du public jusqu'à concurrence de 100 millions de francs ou des cryptoactifs désignés par le Conseil fédéral, ou font appel au public pour les obtenir, et (b) n'investissent ni ne rémunèrent ces dépôts ou actifs.

<sup>102</sup> Selon l'art. 6 al. 1 de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 30 avril 2014 sur les banques et les caisses d'épargne (Ordonnance sur les banques [OB ; RS 952.02]), agit à titre professionnel au sens de la LB celui qui (a) accepte sur une longue période plus de 20 dépôts du public ou cryptoactifs en dépôt collectif, ou (b) fait appel au public pour obtenir des dépôts ou cryptoactifs en dépôt collectif, même s'il obtient par la suite moins de 20 dépôts du public ou cryptoactifs.

<sup>103</sup> En l'occurrence, la Recourante offre à ses clients la possibilité d'effectuer des opérations de change avec des cryptomonnaies (FIAT-crypto, crypto-FIAT, et crypto-crypto). Elle est un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 lit. b et c LBA.

104 La Recourante met également à disposition du public des distributeurs permettant d'acheter ou de vendre des cryptomonnaies, avec une limite de CHF 1'000.- par transaction, de manière simple, rapide et sécurisée avec des francs suisses (CHF) ou des euros (EUR) en appliquant une technique permettant d'assurer qu'une relation juridique bipartite soit formée.

105 La Recourante n'accepte pas de dépôt du public à titre professionnel.

106 Au vu de ce qui précède, la Recourante ne fait pas partie de la catégorie des « *personnes au sens de l'art. 1b LB* », puisque sa situation ne correspond à celles visées par cette disposition.

#### **1.2.1.2. La recourante n'est pas un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 lit. a<sup>bis</sup> LBA**

107 Conformément à l'art. 2 al. 2 lit. a<sup>bis</sup> LBA, sont réputés intermédiaires financiers: les gestionnaires de fortune et les trustees mentionnés à l'art. 2 al. 1 let. a et b de la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin ; RS 954.1).

108 Selon l'art. 2 al. 1 let. a et b LEFin, au sens de cette dernière, on entend par établissements financiers, quelle que soit leur forme juridique: les gestionnaires de fortune (art. 17 al. 1) et les trustees (art. 17 al. 2)

109 En vertu de l'art. 17 al. 1 LEFin, est réputé gestionnaire de fortune « *quiconque peut, sur la base d'un mandat, disposer à titre professionnel, au nom et pour le compte de clients, de leurs valeurs patrimoniales au sens de l'art. 3, let. c, ch. 1 à 4 LSFIn* » (les soussignés soulignent).

110 L'art. 17 al. 2 LEFin définit le trustee comme étant « *quiconque, à titre professionnel, gère un patrimoine distinct ou en dispose en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sur la base de l'acte constitutif d'un trust au sens de la Convention du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* » (les soussignés soulignent).

111 Au sens de l'art. 19 al. 1 de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 6 novembre 2019 sur les établissements financiers (OEFIn ; RS 954.11), les gestionnaires de fortune et les trustees exercent leur activité à titre professionnel et au sens du droit sur le blanchiment d'argent lorsque : (a) ils en tirent un produit brut de plus de 50 000 francs par année civile, (b) ils établissent des relations d'affaires ne se limitant pas à une activité unique avec plus de 20 cocontractants par année civile ou entretiennent au moins 20 relations de ce type par année civile, ou (c) ils ont un pouvoir de disposition de durée indéterminée sur des valeurs patrimoniales de tiers dont le montant dépasse 5 millions de francs à un moment donné.

<sup>112</sup> En vertu de l'art. 3 lit. c ch. 1 à 4 de la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (LSFin ; RS 950.1), il est entendu par services financiers : les prestations suivantes fournies aux clients : (ch. 1) l'acquisition ou l'aliénation d'instruments financiers, (ch. 2) la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers, (ch. 3) la gestion d'instruments financiers (gestion de fortune), (ch. 4) l'émission de recommandations personnalisées concernant des opérations sur instruments financiers (conseil en placement).

<sup>113</sup> En l'espèce, comme explicité ci-dessus (cf. *supra* pt. 1.2.1.1), la Recourante offre à ses clients la possibilité d'effectuer des opérations de change avec des cryptomonnaies (FIAT-crypto, crypto-FIAT, et crypto-crypto). Elle met également à disposition du public des distributeurs permettant d'acheter ou de vendre des cryptomonnaies. La Recourante ne mène pas d'activité dans lesquelles elle disposerait sur la base d'un mandant, au nom et pour le compte de clients, de valeurs patrimoniales. La Recourante ne gère pas non plus un patrimoine distinct ou ne dispose pas d'un patrimoine en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sur la base de l'acte constitutif d'un trust.

<sup>114</sup> Au vu de ce qui précède, la Recourante n'est ni un gestionnaire de fortune ni un trustee. Par conséquent, elle n'est pas un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 lit. a<sup>bis</sup> LBA.

### **1.2.1.3. La recourante n'est pas un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 lit. d<sup>quater</sup> LBA**

<sup>115</sup> Conformément à l'art. 2 al. 2 lit. d<sup>quater</sup> LBA, sont réputés intermédiaires financiers : les systèmes de négociation pour les valeurs mobilières fondées sur la Technologie des registre distribués (TRD) (systèmes de négociation fondés sur la TRD) au sens de l'art. 73a Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers [LIMF ; RS 958.1]).

<sup>116</sup> Selon l'art. 73a al. 1 LIMF, est réputée système de négociation fondé sur la TRD une organisation exploitée à titre professionnel destinée à la négociation multilatérale de valeurs mobilières fondées sur la TRD, visant l'échange simultané d'offres entre plusieurs participants ainsi que la conclusion de contrats selon des règles non discrétionnaires, et remplissant au moins une des conditions suivantes :

- a. elle admet les participants visés à l'art. 73c, al. 1, let. e ;
- b. elle assure la conservation centralisée de valeurs mobilières fondées sur la TRD en se fondant sur des règles et des procédures communes ;

c. elle compense et règle des opérations sur valeurs mobilières fondées sur la TRD en se fondant sur des règles et des procédures communes.

<sup>117</sup> En vertu de l'art. 73a al. 2 LIMF, est considérée comme exercée à titre professionnel toute activité économique indépendante exercée en vue d'obtenir un revenu régulier.

<sup>118</sup> Au sens de l'art. 2 lit. b LIMF, sont des « valeurs mobilières » : « les papiers-valeurs, les droits-valeurs (en particulier les droits-valeurs simples au sens de l'art. 973c du code des obligations (CO) et les droits-valeurs inscrits au sens de l'art. 973d CO), les dérivés et les titres intermédiés qui sont standardisés et susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché ».

<sup>119</sup> Selon l'art. 2 lit. b<sup>bis</sup> LIMF, sont des « valeurs mobilières fondées sur la TRD » : les valeurs mobilières sous forme de droits-valeurs inscrits (art. 973d CO), ou d'autres droits-valeurs qui sont détenus dans des registres électroniques distribués et qui, au moyen de procédés techniques, donnent aux créanciers, mais non au débiteur, le pouvoir de disposer de leurs droits.

<sup>120</sup> En l'espèce, la Recourante offre à ses clients la possibilité d'effectuer des opérations de change avec des cryptomonnaies (FIAT-crypto, crypto-FIAT, et crypto-crypto).

<sup>121</sup> La Recourante met également à disposition du public des distributeurs permettant d'acheter ou de vendre des cryptomonnaies, de manière simple, rapide et sécurisée avec des francs suisses (CHF) ou des euros (EUR) en appliquant une méthode technique permettant d'assurer qu'une relation juridique bipartite soit formée.

<sup>122</sup> La Recourante fait du négoce de cryptomonnaies (Bitcoin, Ether, Monero, Litecoins, USDT, NYM et ICP), dont il est reconnu qu'elles ne sont pas des valeurs mobilières (vu la référence aux droits-valeurs pour définir les valeurs mobilières, BOVET/BACCHARACH, Commentaire romand *ad* art. 2 LBA [Bâle 2022], N 58).

<sup>123</sup> Au vu de ce qui précède, la société Bity SA n'étant pas un système de négociation pour les valeurs mobilières fondées sur la TRD (art. 73a LIMF), elle n'est pas un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 lit. d<sup>quater</sup> LBA.

#### **1.2.1.4. Le Titre 5 de l'OBA-FINMA n'est pas applicable à la recourante dont l'art. 51a OBA-FINMA**

<sup>124</sup> En l'occurrence, les distributeurs de cryptomonnaies que la Recourante exploite ne font pas le négoce de valeurs mobilières (conformément à l'art. 73a LIMF ; cf. ci-dessus) mais uniquement de cryptomonnaies qui sont de purs moyens de

paiement (« jetons de paiement natifs », ne conférant pas de droit), et ne sont ainsi pas considérés comme des systèmes de négociation pour les valeurs mobilières fondées sur la TRD.

<sup>125</sup> Au vu de l'ensemble de ce qui précède, la Recourante n'est pas soumise aux dispositions spéciales du Titre 5 de l'OBA-FINMA, applicables aux personnes au sens de l'art. 1b LB et aux intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2 lit. a<sup>bis</sup> et d<sup>quater</sup> LBA, et plus spécifiquement à l'art. 51a OBA-FINMA. Il en va de même de toute intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 lit. b et c LBA.

<sup>126</sup> Partant, il doit être constaté que la FINMA viole le droit fédéral lorsqu'elle considère que tout intermédiaire financier et détenteur de distributeurs de cryptomonnaies est soumis aux dispositions du titre 5 de l'OBA-FINMA, et en particulier à l'art. 51a OBA-FINMA.

## **ii. Violation du principe de la légalité - principe de la base légale**

<sup>127</sup> Comme la jurisprudence le formule, « *une ordonnance d'exécution proprement dite ne doit pas déborder du cadre de la loi ; elle n'a par définition pas d'autre fonction que d'en préciser certaines dispositions, d'en combler le cas échéant les véritables lacunes et de fixer, lorsque c'est nécessaire, la procédure applicable. En revanche, elle ne saurait contenir des dispositions nouvelles qui étendraient le champ d'application de la loi en restreignant les droits des administrés ou en imposant à ceux-ci des obligations, même si ces règles sont encore conformes au but visé par le législateur* » (ATF 103 IV 192, c. 2a).

<sup>128</sup> Si une ordonnance contient d'autres dispositions que ce genre de précisions, elle est une ordonnance de substitution (MOOR Pierre, Commentaire romand *ad art.* 182 Cst. féd., Bâle, 2021, N 13-15). Les dispositions d'une ordonnance peuvent relever tant de l'exécution que de la substitution (auquel cas on parlera d'ordonnances mixtes [MOOR Pierre, FLÜCKIGER Yves, MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 257]). En tous les cas, l'exigence de la densité normative, même partagée, requiert un certain fondement de la règle dans une loi au sens formel.

<sup>129</sup> L'OBA-FINMA, ordonnance édictée par la FINMA a pour base légale au sens formel l'art. 17 al. 1 lit. a LBA.

<sup>130</sup> L'art. 17 al. 1 lit. a LBA prévoit que « *[l]es obligations de diligence définies au chap. 2 et par la législation sur les jeux d'argent sont précisées par voie d'ordonnance par: la FINMA, s'agissant des intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 2 let. a à d<sup>quater</sup>* ».

a. Conformité de l'art. 51a al. 1 OBA-FINMA par rapport à l'art. 17 al. 1 lit. a LBA

131 En l'occurrence, l'art. 51a al. 1 OBA-FINMA prévoit que « *[l']intermédiaire financier doit vérifier l'identité du cocontractant lorsqu'une transaction en monnaie virtuelle ou plusieurs transactions en monnaies virtuelles paraissant liées entre elles atteignent ou excèdent la somme de 1000 francs, pour autant que ces transactions ne constituent pas de transmission de fonds ou de valeurs et qu'aucune relation d'affaires durable ne soit liée à ces opérations* ».

132 Au vu de ce qui précède, l'art. 51a al. 1 OBA-FINMA peut être considéré comme une disposition d'ordonnance d'exécution dans le cadre de la vérification de l'identité du cocontractant (art. 3, 6 et 7 LBA).

b. Conformité de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA par rapport à l'art. 17 al. 1 lit. a LBA

133 L'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA prévoit qu'« *[e]n cas de paiements en espèces ou d'acceptation d'autres instruments de paiement anonymes pour la vente ou l'achat de monnaies virtuelles, [l']intermédiaire financier prend des mesures techniques pour éviter que le seuil selon l'al. 1 ne soit dépassé dans les 30 jours par des transactions liées entre elles* » (les soussignés soulignent).

134 Ces mesures ne visent pas à surveiller de manière efficace et de manière générale toutes les transactions et les relations d'affaires à risques accrus mais visent toutes les opérations avec des monnaies virtuelles.

135 En d'autres termes, l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA impose à l'intermédiaire financier de prendre des mesures préventives et techniques qui ont un effet directement prohibitif.

136 Au vu de ce qui précède, la FINMA a dépassé ses tâches législatives en édictant une nouvelle disposition qui étend considérablement le champ d'application de la LBA et restreint les droits des administrés, alors que jusque-là les obligations des intermédiaires financiers étaient limitées à surveiller les transactions et les opérations sur le point d'aboutir. L'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA est ainsi manifestement une disposition d'une ordonnance de substitution qui ne trouve pas son fondement dans l'art. 17 al. 1 lit. a LBA.

137 Par conséquent, l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA ne respecte pas le principe de légalité et viole l'art. 17 al. 1 lit. a LBA.

c. Conformité de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA par rapport à l'art. 7 al. 2 LFINMA

138 L'art. 7 al. 2 1<sup>ère</sup> phrase LFINMA prévoit que « *[l]a FINMA n'adopte des ordonnances et des circulaires que dans la mesure où les buts visés par la*



*surveillance le requièrent en se limitant autant que possible à définir des principes. »*

139 Conformément à l'art. 5 al. 1 Ordonnance FINMA « *[l]orsque la FINMA est habilitée à édicter des dispositions fixant des règles de droit, elle le fait par voie d'ordonnance. Sauf disposition contraire, une compétence législative se limite à l'édition de dispositions de nature technique et d'importance secondaire* ».

140 En vertu de l'art. 5 al. 2 de l'Ordonnance FINMA « *[l]a FINMA peut, au moyen de circulaires, clarifier la manière dont elle applique la législation sur les marchés financiers dans son activité de surveillance. Les circulaires servent exclusivement à l'application du droit et ne peuvent pas contenir de dispositions fixant des règles de droit (art. 7 LFINMA)* ».

141 Conformément à l'art. 4 LFINMA, « *[l]a surveillance des marchés financiers a pour but de protéger, conformément aux lois sur les marchés financiers, les créanciers, les investisseurs et les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers. Elle contribue ce faisant à améliorer la réputation, la compétitivité et la viabilité de la place financière suisse* ».

142 Le 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 octobre 2022 en page 16 (**Pièce 1**), mentionne que « *[l]a proposition de limiter le champ d'application du nouvel art. 51a al. 1bis nOBA-FINMA à la distribution physique des monnaies virtuelles (achat, vente et change de cryptomonnaies, en particulier aux distributeurs automatiques) semble justifiée dans la perspective d'une approche fondée sur les risques avec concentration sur les risques les plus importants* » (les soussignés soulignent).

143 La FINMA a créé un champ d'application large pour l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA au motif que la disposition devait être formulée « *de manière plus ouverte sur l'avenir et doit couvrir aussi d'autres instruments de paiement anonymes comme certaines cartes de prépaiement* » (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 octobre 2022, p. 16. [**Pièce 1**]).

144 Au vu de ce qui précède, la FINMA a prévu un champ d'application de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA très large pour couvrir à l'avenir, hypothétiquement, d'autres moyens de paiement – dont la définition n'est au demeurant pas circonscrite – alors que les buts visés par la surveillance ne le requièrent pas. En ne limitant pas le champ d'application de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA, la FINMA s'est écartée de sa mission législative définies par ce que requièrent les buts visés par la surveillance des marchés financiers.

145 Par conséquent, en édictant l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA, la FINMA a outrepassé ses tâches législatives. L'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA ne respecte donc pas le principe de légalité et viole l'art. 7 al. 2 LFINMA.

### **iii. Défaut de la procédure de consultation**

146 Une procédure de consultation dite externe, extérieure à l'administration fédérale et au « gouvernement », est essentielle pour le bon fonctionnement, sur le long terme, de nos institutions, et pour la pertinence du cadre normatif adopté (en ce sens, GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zurich, 2021, N 4059).

147 La Constitution prévoit que « les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés sont invités à se prononcer sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires » (GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zurich, 2021, N 4060).

148 Une fois que la phase de l'avant-projet a été clôturée, le projet législatif ou réglementaire doit être élaboré. « Celui-ci se fonde sur les retours reçus durant la procédure de consultation interne et, surtout, ceux découlant de la procédure de consultation externe. Les objectifs poursuivis par cette procédure de consultation externe sont en effet élevés. La loi affirme à son sujet qu'elle permet de déterminer si un projet de la Confédération est matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accepté » (GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zurich, 2021, N 4066).

149 « La tâche est dès lors relativement claire : l'office concerné - ou le département qui est à sa tête - doit adapter l'avant-projet afin de le transformer en projet législatif à proprement parler » (GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zurich, 2021, N 4067).

150 L'art. 8 al. 1 de l'Ordonnance FINMA prévoit que la FINMA informe le Département fédéral des Finances (DFF) et les milieux concernés dès le début et en toute transparence de ses projets de réglementation et les associe de manière appropriée à la planification et à l'élaboration de la réglementation.

151 L'art. 6 al. 1 de l'Ordonnance FINMA prévoit que dans le cadre de la consultation publique visée aux art. 10 et 11, la FINMA présente les raisons pour lesquelles il est nécessaire d'édicter une réglementation et décrit : (a) les risques qui seront couverts par le projet de réglementation ; (b) les bases légales concrètes du projet, ainsi que (c) la légalité et la proportionnalité du projet.

152 Conformément à l'art. 10 al. 1 de l'Ordonnance FINMA, pour les ordonnances de grande portée au sens de la Loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de

consultation (Loi sur la consultation [LCo ; RS 172.061]), la FINMA mène une procédure de consultation selon la LCo.

<sup>153</sup> En vertu de l'art. 10 al. 2 de l'Ordonnance FINMA, pour les autres ordonnances et pour les circulaires, la FINMA procède à des auditions. L'art. 3 al. 2 LCo est réservé.

<sup>154</sup> L'art. 3 al. 2 LCo indique qu'une consultation peut également être organisée pour les projets qui ne remplissent aucune des conditions prévues à l'art. 3 al. 1 LCo.

<sup>155</sup> Conformément à l'art. 11 al. 1 de l'Ordonnance FINMA, pour les ordonnances et les circulaires visées à l'art. 10 al. 2, les principes applicables sont les suivants : (a) le délai d'audition est de deux mois ; (b) si le projet ne souffre aucun retard, ce délai peut être raccourci à titre exceptionnel ; les motifs objectifs qui justifient un tel raccourcissement sont communiqués aux destinataires de l'audition.

<sup>156</sup> Selon l'art. 11 al. 2 de l'Ordonnance FINMA, le dossier commente le contenu et le but du projet de réglementation et expose la mesure dans laquelle le projet tient compte des principes de réglementation définis dans la présente section. L'analyse des effets visée à l'art. 7 de l'Ordonnance FINMA fait partie intégrante du dossier.

<sup>157</sup> L'art. 11 al. 4 de l'Ordonnance FINMA prévoit que les avis exprimés sont pondérés et évalués. Les résultats de la consultation publique sont résumés dans un rapport. Celui-ci doit être approuvé par le conseil d'administration de la FINMA.

<sup>158</sup> L'art. 11 al. 5 de l'Ordonnance FINMA indique que la FINMA publie, outre le dossier, les avis exprimés et le rapport de résultats.

<sup>159</sup> En vertu de l'art. 8 al. 2 de l'Ordonnance FINMA, la FINMA définit les modalités de la participation des milieux concernés dans ses directives relatives aux principes de réglementation visées à l'art. 7 al. 5 LFINMA.

<sup>160</sup> Au sujet de la « Consultation publique », le chiffre 14 des Directives de la FINMA relatives à la réglementation des marchés financiers du 5 décembre 2019 (ci-après : « Directives FINMA ») prévoit que « *[e]n principe, la FINMA mène une consultation publique sur les projets de réglementation et donne en particulier aux milieux concernés et aux milieux intéressés l'opportunité de s'exprimer. Toute consultation éventuelle s'appuie sur les prescriptions de la loi sur la consultation. Les auditions sont réalisées selon les dispositions de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers. En plus des textes réglementaires, la FINMA publie un rapport explicatif dans lequel elle expose également les résultats des analyses des effets. Elle présente les prises de position reçues et les traite*

*dans le rapport sur les résultats. À titre exceptionnel, il est possible de renoncer à une audition lorsque le droit supérieur ne laisse aucune marge de manœuvre et qu'aucun nouvel enseignement n'est dès lors attendu. »*

<sup>161</sup> Concernant l'« Adoption », le chiffre 16 des Directives FINMA indique qu'« *[a]vant d'adopter une réglementation, la FINMA examine notamment les arguments présentés dans le cadre de l'audition, les questions de droit transitoire, ainsi que l'opportunité de projets pilotes, de phases de test, de limites dans le temps ou autres. Elle publie à temps les réglementations adoptées sur son site Internet* » (les soussignés soulignent).

<sup>162</sup> En l'espèce, le 8 mars 2022, la FINMA a ouvert une procédure d'audition en vue de la modification de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA (**Pièce 1**). Cette audition s'est déroulée jusqu'au 10 mai 2022.

<sup>163</sup> Lors de l'ouverture de la consultation, l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> P-OBA-FINMA prévoyait « *[i] prend des mesures techniques pour éviter que le seuil selon l'alinéa 1 ne soit dépassé dans les 30 jours par des transactions liées entre elles* » (**Pièce 8**).

<sup>164</sup> La version finale de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> nOBA-FINMA après l'analyse des différents retours de l'audition prévoit désormais « *[e]n cas de paiements en espèces ou d'acceptation d'autres instruments de paiement anonymes pour la vente ou l'achat de monnaies virtuelles, il prend des mesures techniques pour éviter que le seuil selon l'al. 1 ne soit dépassé dans les 30 jours par des transactions liées entre elles* » (**Pièce 9**).

<sup>165</sup> Les prises de position effectuées durant la consultation étaient négatives (FINMA, Révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent [OBA-FINMA], 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 octobre 2022, p. 14).

<sup>166</sup> En clair le rapport sur les résultats de l'audition indique ce qui suit :

*« De nombreux participants de l'audition ont demandé la suppression du nouvel art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA et fait valoir que la limitation du seuil à 30 jours violait la neutralité technologique, la sphère privée ainsi que le principe de proportionnalité. À cela s'ajoute que le change de monnaies fiat n'est pas soumis à une telle limitation et que le projet de réglementation ne repose pas sur suffisamment de faits établis.*

*Quelques participants de l'audition ont critiqué le seuil de 1 000 CHF pour les opérations de change avec des cryptomonnaies et demandé son augmentation à 5000 ou 25 000 CHF.*

*Certains d'entre eux ont fait valoir que de nombreuses transactions impliquant des opérations de change n'étaient pas effectuées aux distributeurs automatiques mais en ligne.*

*Selon les informations fournies par un participant de l'audition, 80 % de ses opérations de change portant sur des cryptomonnaies en dessous du seuil de 1 000 CHF sont effectuées en ligne et non aux distributeurs automatiques. Quelques participants ont relevé que les recommandations du GAFI ne comportaient aucune limitation du seuil.*

*Certains se demandaient si, parallèlement au critère des 30 jours, d'autres cas d'application pourraient être considérés comme « liés entre eux ».*

*L'un d'entre eux a plaidé pour l'abandon du supplément « transactions liées entre elles ». Dans le cas contraire, il pourrait en découler des difficultés pour distinguer les cas où seul le seuil est dépassé et ceux qui paraissent inhabituels en vertu de l'art. 6 al. 2 LBA.*

*Pour d'autres participants de l'audition, il convient de préciser si le seuil de 1 000 CHF s'applique aussi aux relations d'affaires durables. De plus, les termes « cryptomonnaies » et « relations d'affaires durables » devraient être définis dans l'OBA-FINMA.*

*Enfin, la proposition a été émise de limiter le champ d'application du nouvel art. 51a al. 1<sup>bis</sup> nOBA-FINMA à la distribution physique des monnaies virtuelles (achat, vente et change de cryptomonnaies, en particulier aux distributeurs automatiques), car elle recèle les plus grands risques.» (les soussignés soulignent ; FINMA, Révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent [OBA-FINMA], 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 octobre 2022, p. 14)*

167

*La Recourante a déposé une prise de position dans le cadre de l'audition menée par la FINMA (**Pièce 10**). Elle a conclu à l'abandon du projet de modification de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA. Elle a notamment relevé que le projet de la FINMA était en contradiction avec le principe de la neutralité technologique que la FINMA prétend suivre (cf. chiffre 5 Directives FINMA).*

168 Dans sa prise de position, la Recourante a relevé que la FINMA prévoyait de mettre en place des mesures de contrôle strictes pour tous les opérations des intermédiaires financiers permettant des transactions en crypto-monnaies, ce à quoi les autres intermédiaires financiers ne sont pas soumis. Elle a indiqué que la FINMA établissait une présomption de transfert d'argent pour toute opération en crypto-monnaies, y compris pour les pures opérations de change (soumises à la LBA).

169 La Recourante a encore indiqué que la première modification de l'OBA-FINMA en 2021 prévoyait des mesures techniques pour s'assurer que les opérations de change relevaient véritablement du change et pas de la transaction, ce qui avait représenté un coût et des contraintes que ne connaissaient pas les autres intermédiaires financiers ne proposant pas des services dans le domaine des crypto-monnaies. La FINMA a ensuite décidé de réduire le seuil à CHF 1'000.- par transaction à partir duquel les intermédiaires financiers sont obligés d'établir l'identité formelle de leurs clients. Pour finir, la Recourante a relevé que le projet de modification de l'OBA-FINMA (soumis à l'audition) prévoyait un renforcement du dispositif en prévoyant que le seuil de CHF 1'000.- devait concerner toutes les transactions effectuées sur une période de 30 jours. La Recourante a précisé qu'elle considérait que cet abaissement des seuils créait une distorsion de la concurrence entre acteurs du marché et que les nouvelles obligations constituaient des contraintes qui démontraient une volonté de nuire aux nouvelles solutions technologiques.

170 Ensuite, la Recourante a ensuite relevé deux erreurs factuelles.

171 Premièrement, la Recourante a indiqué que la FINMA se trompait lorsqu'elle affirmait que le principal cas d'application du seuil de CHF 1'000.- était les activités de change avec des distributeurs automatiques de cryptomonnaies. Or, la Recourante a indiqué qu'il existait de nombreuses sociétés, dont elle (à hauteur de 80% de son activité), actives notamment sur internet et qui proposent des opérations de change sans nécessairement également proposer des services avec des distributeurs automatiques de cryptomonnaies.

172 Deuxièmement, la Recourante a relevé que la FINMA indiquait dans son rapport que « *[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* ». La Recourante a précisé que la FINMA faisait ainsi uniquement référence au fonctionnement des distributeurs automatiques des CFF opérés par la société Sweepay AG, en raison d'un article du Blick qui avait mis en lumière une potentielle problématique. À ce propos, la Recourante a relevé que les CFF

n'avaient pas mis en place des mesures techniques visant à s'assurer que seules des opérations de change puissent être opérées sur les automates. La Recourante a spécifié que Sweepay AG avait depuis mis en œuvre des mesures techniques de sorte que les situations que souhaitait éviter la FINMA ne pouvaient désormais plus survenir. La Recourante en a conclu que l'achat de drogues au moyen de distributeurs de cryptomonnaies n'était plus possible étant donné que les distributeurs de cryptomonnaies des CFF ne faisaient plus que du change et ne permettaient désormais plus d'effectuer des paiements.

<sup>173</sup> Actuellement, la Recourante considère toujours que le suivi des clients sur une période de 30 jours est techniquement irréalisable. Ce suivi nécessiterait que le client soit identifié lors de chaque connexion sur un distributeur automatique de cryptomonnaies. Or, dans le domaine de la finance décentralisée, les portefeuilles de cryptomonnaies (appelés couramment « *wallets* ») ne sont pas déposés auprès de la société qui propose des services de change - notamment par l'intermédiaire de distributeurs de cryptomonnaies. En outre, il n'existe pas de registre avec une indication nominative des détenteurs de cryptomonnaies.

<sup>174</sup> La Recourante relève également qu'au vu des modifications conséquentes auxquelles les intermédiaires financiers - notamment actifs dans son domaine - doivent faire face à un rythme annuel, voire pluriannuel, ceux-ci n'arrivent plus à suivre et à s'adapter aux modifications législatives ou réglementaires souvent complexes et très pointues.

<sup>175</sup> Ce n'est pas la première fois que la FINMA ne respecte pas les procédures d'audition, en 2020 déjà, la FINMA prévoyant la modification de l'art. 51a OBA-FINMA (sans l'al. 1<sup>bis</sup>) avait mené une procédure de consultation à laquelle la Recourante a pris part (**Pièce 11**). La modification prévoyait notamment une réduction à CHF 1'000.- de la valeur seuil pour l'obligation de vérification de l'identité des clients en cas d'opérations avec des monnaies virtuelles. Le résultat de la consultation sur l'art. 51a OBA-FINMA (FINMA, Dispositions d'exécution de la FINMA relatives à la LSFIn et à la LEFin, Rapport sur les résultats de l'audition qui a eu lieu du 7 février au 9 avril 2020, 4 novembre 2020, p. 31-32, consultable sur le site internet de la FINMA : [https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerung-en/laufende-anhoerungen/2020702-ausfuehrungsbestimmungen-zu-fidleg-und-finig/ab\\_finiv\\_finma\\_20201104\\_de.pdf?sc\\_lang=fr&hash=1B1D324A24ADAA6B160BECD48B36B7D4](https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerung-en/laufende-anhoerungen/2020702-ausfuehrungsbestimmungen-zu-fidleg-und-finig/ab_finiv_finma_20201104_de.pdf?sc_lang=fr&hash=1B1D324A24ADAA6B160BECD48B36B7D4)) est mitigé, une grande partie des acteurs du marché désapprouvent la modification, seuls quelques participants ont un avis neutre ou font une proposition différente.

176 À la suite de l'adoption de cette modification légale, l'OAR VQF a modifié son règlement qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021 (l'art. 51a OBA-FINMA étant entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2021) après avoir été approuvé par la FINMA le 17 décembre 2020. Les nouvelles exigences émises à la suite de cette modification de l'OBA-FINMA se sont alors appliquées directement à la Recourante alors qu'elle n'entraîne pas dans le champ d'application du Titre 5 de l'OBA-FINMA.

177 Encore plus grave, en 2021, la FINMA s'était contentée d'envoyer un simple courriel aux OAR afin de leur indiquer qu'elle considérait que la limite des CHF 1'000.- pour l'exemption d'identification des clients, devait se calculer sur 30 jours (**Pièces 12 et 13**) au lieu d'une journée. Cette modification considérable des pratiques a généré une large désapprobation des acteurs du marché - dont la Recourante - qui l'ont fait savoir à leur OAR VQF (**Pièce 13**).

178 Au vu de ce qui précède, au moment de la rédaction de la version définitive de l'art. 51a al. 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA, la FINMA n'a pas respecté les résultats de la procédure d'audition qu'elle a mise en place et les avis négatifs qui ont été donnés par les acteurs du marché. Elle n'a fait que de spécifier la disposition précisément dans le sens de l'application critiquée par les participants à la procédure d'audition. Par conséquent, l'absence de prise en compte du résultat de la procédure d'audition est fondamentalement contraire à l'art. 11 al. 4 de l'Ordonnance FINMA et aux principes qui régissent les procédures de consultation ou d'audition.

## **2. Mesures d'instruction**

179 Il semble résulter de l'élaboration des nouvelles dispositions dont l'interprétation que fait la FINMA est contestée par la Recourante que le problème qui était objectivement à traiter consistait dans les automates des CFF. Le traitement qui a été effectué par la FINMA change complètement d'objectif. Les CFF étant une entreprise publique, la Recourante requiert la production de toute correspondance entre la FINMA et les CFF ou Sweepay AG en relation avec les opérations en cryptomonnaies.

180 Il semble résulter des documents émis par la FINMA en vue de la procédure d'audition (FINMA, Révision partielle de l'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA), Rapport explicatif, 8 mars 2022, consultable sur le site internet de la FINMA :

[https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerung/en/laufende-anhoerungen/20220308---gww---finma/20220308\\_anhoerung\\_gww\\_finma\\_erlaeuterungsbericht.pdf?](https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerung/en/laufende-anhoerungen/20220308---gww---finma/20220308_anhoerung_gww_finma_erlaeuterungsbericht.pdf?)



[sc\\_lang=fr&hash=E7DAC3F87FB55E305194CF8BA7F494C7](#)) qu'un certain nombre de modifications de l'art. 51a al. 1 et 1<sup>bis</sup> OBA-FINMA étaient requises en raison d'exigences imposées par le Groupe d'action financière (GAFI). La FINMA n'est certes pas soumise à la Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence [LTrans ; RS 152.3]), mais si elle doit veiller à la transparence de ses processus de réglementation et à la participation appropriée des milieux concernés (art. 7 al. 4 LFINMA). Au vu de ce qui précède, la Recourante requiert la production de toute communication du GAFI à l'attention des autorités suisses (dont la FINMA) et tout rapport ou document de travail en lien avec l'imposition de nouvelles exigences à l'art. 51a OBA-FINMA.

<sup>181</sup> Les échanges entre la FINMA et l'OAR VQF relatifs à la modification du règlement de VQF, en particulier de son art. 24<sup>bis</sup>, apparaissent aussi pertinents, notamment, pour cerner le fait que VQF estime n'avoir aucune marge d'interprétation, et pour cerner l'interprétation de la norme et des enjeux.

\*\*\*

## **V. Conclusions**

Fondé sur ce qui précède, Bity SA a l'honneur de conclure, sous suite de frais et dépens, à ce qu'il plaise au Tribunal administratif fédéral prononcer :

*À titre préalable et incident :*

- I. L'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) est invitée à produire toute correspondance entre la FINMA et les CFF ou Sweepay AG en relation avec les opérations en cryptomonnaies sur leurs distributeurs automatiques.
- II. La FINMA est également invitée à produire toute communication du GAFI à l'attention des autorités suisses (dont la FINMA) et tout rapport ou document de travail en lien avec l'imposition des nouvelles exigences sises à l'art. 51a OBA-FINMA.
- III. La FINMA est également invitée à produire les échanges entre la FINMA et l'OAR *VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen* en rapport avec l'adoption et l'approbation des modifications de son règlement, notamment de l'art. 24<sup>bis</sup>.

*Au fond, principalement :*

- IV. Le recours est admis.
- V. Il est constaté que l'Autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) a violé l'interdiction du déni de justice formel en ne statuant pas malgré la requête du 17 février 2023 de la société Bity SA et les relances qu'elle a formées en particulier le 16 mars 2023 et le 2 juin 2023.
- VI. Il est constaté que l'art. 24<sup>bis</sup> du règlement de l'organisme d'autosurveillance (OAR) *VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen* est contraire au droit fédéral, en particulier en ceci qu'il est dépourvu de base légale valable, et ne s'applique dès lors pas aux activités de Bity SA.
- VII. Il est constaté que les activités de Bity SA ne sont pas soumises à l'application du Titre 5 de l'OBA-FINMA, en particulier son art. 51a, et en particulier de l'al. 1<sup>bis</sup> dudit article 51s, en ce qui concerne les distributeurs automatiques de cryptomonnaies.

*Subsidiairement aux ch. VI et VII :*

- VIII. La cause est renvoyée à la FINMA afin qu'elle rende une décision dans le sens des considérants.
- IX. Il est ordonné à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) de rendre une décision motivée susceptible de recours dans un délai de 20 jours sur la base des considérants.

Lausanne, le 18 juillet 2023

Pour la Recourante :

Alexandra Simonetti  
Avocate

Nicolas Rouiller  
Dr en droit, avocat