

29 FEV. 2024

Recommandé

B-6214/2023

Maîtres
Nicolas Rouiller et Alexandra Simonetti
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

28 février 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 un double de la réponse de l'autorité inférieure du 20 février 2024 ainsi qu'une copie de son bordereau de pièces à la connaissance de la recourante.

2.

✓ Donne à la recourante la possibilité de déposer ses remarques éventuelles, en deux exemplaires, jusqu'au 15 mars 2024.

3.

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

Recommandé avec avis de réception

Tribunal administratif fédéral
Cour II
Case postale
9023 St. Gallen

Berne, le 20 février 2024

Numéro de la cause : B-6214/2023 – Réponse de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA

Monsieur le Juge instructeur,

dans le cadre de la procédure de recours

Bity SA, Rue des Usines 44, 2000 Neuchâtel
représentée par Maîtres Alexandra Simonetti et Nicolas Rouiller, 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, Lau-
penstrasse 27, 3003 Berne

Intimée

concernant

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

nous vous adressons la présente réponse, en référence à vos ordonnances du 4 décembre 2023 et 9 janvier 2024.



Conclusions

Référence :
G01443283;G01443283-000056

1. Rejeter le recours du 10 novembre 2023 dans la mesure où il est recevable.
2. Mettre les frais à la charge de la recourante.

Motifs

1. Formellement

(1) L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après: "FINMA") a été invitée par ordonnance du Tribunal administratif fédéral du 4 décembre 2023 à déposer une réponse d'ici au 22 janvier 2024. Ce délai a été prolongé jusqu'au 21 février 2024 par ordonnance du 9 janvier 2024. Le délai est respecté par la remise ce jour de la présente réponse à un office postal.

(2) Les griefs et affirmations de Bity SA (ci-après: "Bity" ou "la recourante"), tel que contenus dans son recours du 10 novembre 2023 (ci-après: "recours") sont contestées dans leur intégralité, dans la mesure où ils ne sont pas expressément admis dans la décision de la FINMA du 6 octobre 2023 (ci-après: "la décision") ou dans la présente réponse. Pour les faits pertinents et leur appréciation juridique, la FINMA renvoie intégralement à celle-ci.

2. Matériellement

2.1 Décision

(3) La décision a déclaré irrecevable la demande du 2 juin 2023 de Bity tendant à obtenir une décision en constatation sur l'applicabilité de l'art. 51a OBA-FINMA aux activités qu'elle exerce. A l'appui de celle-ci, la FINMA a notamment retenu qu'elle n'est pas compétente pour rendre une telle décision, n'étant pas compétente pour statuer sur le fond de l'affaire compte tenu du fait que, conformément aux dispositions de la LBA¹, en particulier les art. 12 let. c et art. 24 ss., il appartient aux organismes d'autorégulation (ci-après: "OAR") de se déterminer sur l'existence, l'inexistence ou l'étendue des droits ou des obligations des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA.

2.2 Recours

(4) Dans son recours, la recourante demande au Tribunal administratif fédéral, à titre préalable et incident, que la FINMA soit invitée à produire toute la correspondance avec les CFF ou Sweepay AG en relation avec les

¹ Loi sur le blanchiment d'argent, RS 955.

opérations en cryptomonnaies sur leurs distributeurs automatiques (conclusion I); 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 (conclusion II); les correspondances avec les OAR sur l'obligation de mettre en œuvre l'art. 51a OBA-FINMA aux distributeurs de cryptomonnaies (conclusion III). La recourante demande aussi la jonction des causes avec l'affaire TAF B-4024/2023 et qu'une audience publique soit ordonnée (conclusions IV et V). À titre principal, la recourante demande l'admission de son recours, la constatation que la FINMA est compétente pour rendre la décision en constatation de non-applicabilité de l'art. 51a OBA-FINMA² aux activités de la recourante, la constatation que la FINMA est compétente pour imposer une modification des règlements des OAR et la constatation que l'art. 24bis du règlement de l'organisme d'autosurveillance (OAR) *VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen* (ci-après : "VQF") 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 (conclusions VI à IX). Enfin, la recourante demande la constatation que les activités de Bity ne sont pas soumises à l'application du Titre 5 de l'OBA-FINMA, en particulier à l'art. 51a en ce qui concerne les distributeurs automatiques de cryptomonnaies (conclusion X). À titre subsidiaire, Bity demande au Tribunal administratif fédéral de renvoyer la cause à la FINMA afin qu'elle rende une décision au sens des considérants (conclusion XI).

(5) À titre préliminaire, il convient de relever qu'à partir du 1^{er} janvier 2024, la recourante n'est plus affiliée à l'OAR VQF, mais à SO-FIT, Genève³. Ce changement n'a aucune influence sur la question de fond tranchée dans la décision attaquée, à savoir qu'il appartient aux OAR et non à la FINMA de se déterminer sur l'existence, l'inexistence ou l'étendue des droits ou des obligations de leurs membres, ceci indépendamment du fait qu'il s'agisse de VQF ou de SO-FIT.

(6) Compte tenu de la décision de radiation du 22 novembre 2023 de cette juridiction dans cette même affaire (réf.: TAF B-4024/2023), la demande de jonction de la recourante (conclusion IV) est devenue sans d'objet.

(7) La recourante reproche à la FINMA d'avoir violé l'art. 18 al. 1 let. c LBA en niant sa compétence sur la détermination de l'applicabilité de l'art 51a OBA-FINMA à ses activités, et cela à cause d'une interprétation erronée de l'objet de sa demande du 17 février 2023. Bity souligne qu'elle ne voulait pas que la FINMA se détermine sur l'assujettissement ou la soumission à sa surveillance - et ainsi sur ses droits et ses obligations. Dans ce cadre, elle

² Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent ; RS 955.033.0.

³ Dossier G01443283 pièce [000052](#).

indique que sa requête portait sur la légalité de la disposition légale adoptée par la FINMA (ch. 41 ss. du recours).

Référence :
G01443283;G01443283-000056

(8) Une lecture attentive des courriers du 17 février 2023, du 16 mars 2023 et du 2 juin 2023 adressés par la recourante à la FINMA, mène à des conclusions bien différentes. En effet, les documents susmentionnés sont tous intitulés "Bity SA – Non application du titre 5 de l'OBA-FINMA". Dans ces courriers, outre des explications de caractère plutôt alambiqué, la seule conclusion clairement formulée par la recourante est celle de constater " [...] que l'art. 51a OBA-FINMA, partie du Titre 5, ne s'applique pas à elle". Ce n'est qu'à titre subsidiaire, que la recourante évoque en guise d'explication la question de la légalité de l'art 51a OBA-FINMA. Or, vu la teneur des courriers de la recourante, il apparaît manifestement que sa demande visait à obtenir une décision en constatation relative à l'applicabilité du Titre 5 de l'OBA-FINMA, et plus précisément de l'art. 51a à ses activités. Quoi qu'il en soit, rien ne permet de retenir que la FINMA, en adoptant l'art 51a OBA-FINMA, aurait violé le droit fédéral.

(9) On peut donc conclure que la FINMA a non seulement bien compris la demande formulée par Bity, mais qu'elle a aussi correctement statué sur celle-ci en se déclarant incompétente (cf. §(3)).

(10) Par ailleurs, il convient de relever que, même si par impossible, il devait être admis que la FINMA a mal interprété la requête de la recourante, ce qui est fermement contesté, cela n'affecterait pas le résultat final de son examen. Il ne peut en effet être admissible d'introduire, par le biais d'une décision en constatation, un contrôle abstrait des normes, d'obtenir des avis de droit et des décisions de principe ou de clarifier des contestations générales concernant le comportement des autorités⁴.

(11) La recourante reproche aussi à la FINMA d'avoir créé une insécurité juridique en ayant déclaré dans un rapport "*que les distributeurs de monnaies virtuelles sont soumis à l'art. 51a de l'OBA-FINMA alors qu'elle ne les soumet pas dans son Ordonnance*" (cf. ch.13 du recours). Bien que ce grief ne soit pas pertinent pour la présente affaire, la FINMA relève qu'il est totalement infondé en raison de ce qui suit.

(12) Il n'y a aucune insécurité juridique, les dispositions légales applicables en la matière étant très claires. Selon l'art. 17 al. 1 LBA, s'agissant des établissements définis à l'art. 2 al. 2 let. a à d^{quater} LBA, la FINMA précise les obligations de diligence dans l'OBA-FINMA (cf. également art. 3 al. 1 OBA-FINMA). 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. 2 let. a^{bis} (gestionnaires de fortune et *trustees*) et d^{quater} LBA (systèmes de négociation fondées sur la TRD). Pour ces

⁴ RENÉ WIEDERKEHR, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2^{ème} éd., Berne 2022, n. 350.

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.

Référence :
G01443283;G01443283-000056

(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. Par conséquent, tout reproche d'avoir créé une insécurité juridique est infondé et doit être fermement rejeté.

(14) En dernier lieu, les requêtes de la recourante d'ordonner à la FINMA de produire toute la correspondance avec les CFF ou Sweepay AG en relation avec les opérations en cryptomonnaies sur leurs distributeurs automatiques ; toute communication du GAFI à l'attention des autorités suisses et les correspondances avec les OAR sur l'obligation de mettre en œuvre l'art. 51a OBA-FINMA aux distributeurs de cryptomonnaies doivent aussi être rejetées pour les motifs exposés ci-après. Avant tout, il convient de relever que la documentation demandée par la recourante, à supposer qu'elle existe, ne fait pas partie des actes de la présente procédure, mais concerne des tiers. Par ailleurs, les faits qu'elle veut prouver par sa demande de production de documents ne sont pas pertinents pour l'issue de la cause, qui porte uniquement sur la compétence de la FINMA de rendre une décision en constatation sur l'applicabilité de l'art. 51a OBA-FINMA⁵. Il en va de même pour ce qui concerne l'audience publique, laquelle ne peut rien apporter de plus à ce qui ressort déjà du dossier de la cause.

(15) Par ces motifs, la FINMA demande respectueusement à ce Tribunal de rejeter le recours de Bity SA dans la mesure où il est recevable ainsi que de mettre les frais et dépens de la présente procédure à la charge de la recourante.

⁵ ATF 131 I 153 consid. 3; ATF 122 V 157 consid. 1d); arrêt du Tribunal administratif fédéral B-798/2012 du 27 novembre 2013 consid. 2.2; Waldmann/Bickel in: Waldmann/Krauskopf (éd.), Praxiskommentar VwVG, 3^e éd., Zurich/Genève 2023, n. 22 ss ad art. 33 PA.

Référence :
G01443283;G01443283-000056

Nous vous prions de croire, Monsieur le Juge instructeur, Mesdames, Messieurs les Juges, à l'assurance de notre respectueuse considération.

Division Enforcement

A blue ink signature consisting of a large, stylized loop followed by a horizontal line.

Christoph Kuhn

A blue ink signature in a cursive style, appearing to read "G. Fumagalli".

Giorgio Fumagalli

Aktenverzeichnis

Geschäftsnummer:

G01443283

Name des FinmaObjektes:

Bity SA (F01429191)

Anzahl Dokumente:

11

Gesamtgrösse der Dokumente:

8.28 MB

Dokumentname	Dokument-ID	Link	Schlagworte	Kategorie	Sort
2023-10-06_Décision_000033.pdf	G01443283-000033	↗			0
2023-10-06_Décision-lien_000035.pdf	G01443283-000035	↗			0
Procédure		↗			1
2023-02-17_SwissLegalRouillerAssociés-FINMA_Non-application-titre-5-OBA-FINMA_000006.PDF	G01443283-000006	↗			1
2023-02-21_FINMA-SwissLegalRouillerAssociés_Non-application-titre-5-OBA-FINMA_000007.pdf	G01443283-000007	↗			1
2023-03-16_SwissLegalRouillerAssociés-FINMA_Non-application-titre-5-OBA-FINMA_000008.PDF	G01443283-000008	↗			1
2023-05-02_FINMA-SwissLegalRouillerAssociés_Non-application-titre-5-OBA-FINMA_000009.PDF	G01443283-000009	↗			1
2023-06-02_SwissLegalRouillerAssociés-FINMA_Non-application-titre-5-OBA-FINMA_000010.pdf	G01443283-000010	↗			1
2023-10-11_SwissLegalRouillerAssociés-FINMA_Avis-de-reception_000037.pdf	G01443283-000037	↗			1
2023-12-04_FINMA-SwissLegalRouillerAssociés_Facture_000045.pdf	G01443283-000045	↗			1
Sources publiques		↗			3
2023-08-31_Extrait-RC_000005.pdf	G01443283-000005	↗			3
2023-09-13_Recherche-membres-OAR_000018.pdf	G01443283-000018	↗			3

Lettre Recommandé Suisse

Numéro de l'envoi: 98.40.187607.00330790

Distribution prévue

29 février 2024

Suivi des envois

29 février 2024 06:55	Arrivée à l'office de retrait /à l'office de distribution 1001 Lausanne 1 cases
29 février 2024 02:36	L'envoi a été trié en vue de sa distribution 1300 Eclépens Centre Courrier
28 février 2024 22:35	Demande de réexpédition déclenchée 8010 Zürich Briefzentrum
28 février 2024 22:35	L'envoi a été trié en vue de sa distribution 8010 Zürich Briefzentrum
28 février 2024 20:01	Moment du dépôt de l'envoi 9200 Gossau LZB Annahme
28 février 2024 16:44	Votre envoi sera bientôt transmis à la poste

undesverwaltungsgericht
ribunal administratif fédéral
ribunale amministrativo federale
ribunal amministrativ federal

R

9200 Gossau SG

PP

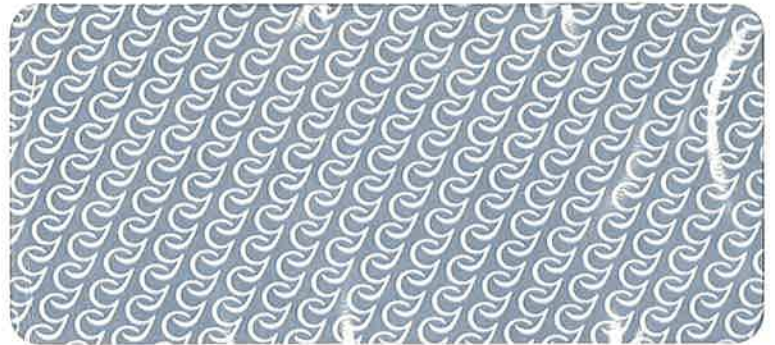


98.40.187607.00330790

Recommandé Suisse

Post CH AG

CH-9023 St. Gallen



9
28 FEB. 2024

CASE POSTALE 1344/1001 LAUSANNE

