

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, et **Alexandra Simonetti**, SwissLegal Rouiller & Associés Avocats SA, 1, rue du Grand-Chêne, Case postale 1344, 1001 Lausanne,

contre

la décision de la FINMA du 27 mars 2024 suite à la demande de constatation de la non-applicabilité de la Communication 02/2019 de la FINMA et de l'art. 14 du Règlement de VQF

Table des matières

I.	Vue d'ensemble	3
II.	Faits	5
III.	Recevabilité	6
1.	« DECISION ATTAQUEE » ET AUTORITE DE RECOURS COMPETENTE	6
2.	QUALITE POUR RECOURIR	7
3.	DELAJ POUR RECOURIR	10
4.	FORME	11
IV.	Grief formel – décision en constatation – violation de l’art. 25 PA	11
1.	Compétence de la FINMA sur le fond.....	11
2.	Intérêt digne de protection de la Recourante à obtenir une décision en constatation	14
V.	Grief matériel : violation de la légalité, de la liberté économique, de l'égalité et de la proportionnalité	16
1.	Violation du principe de la légalité – principe de la base légale	16
1.1	Absence de base légale suffisante.....	16
1.2	Absence de base légale suffisante (primauté de la loi)	20
2.	Violation de la garantie constitutionnelle de la liberté économique (art. 27 Cst. féd.) et absence de justification.....	21
3.	Violation de la garantie constitutionnelle de l'égalité de traitement (art. 8 Cst. féd.).....	24
3.1	Egalité dans la loi (art. 8 Cst. féd.)	24
3.2	Egalité devant la loi (art. 8 Cst. féd.).....	25
3.3	Absence de motif justificatif (art. 8 et 36 Cst. féd.).....	27
VI.	Mesures d'instruction	28
VII.	Conclusions	29

I. Vue d'ensemble

La société Bity SA est l'un des premiers fournisseurs de services, en Suisse, dans le domaine de cryptomonnaies. Parmi ses activités, Bity SA offre à ses clients la possibilité d'effectuer des opérations d'achat, de vente et 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.

La FINMA a publié la Communication 02/2019 le 26 août 2019. En substance, cette communication crée de nouvelles exigences en ce sens que lors d'un paiement depuis ou vers le portefeuille externe d'une tierce personne (respectivement toute personne qui n'est pas cliente) les intermédiaires financiers actifs « dans le domaine de la blockchain » doivent identifier cette tierce personne de la même façon que s'il s'agissait de leur propre client (soit établir l'ayant droit économique et vérifier son pouvoir de disposition sur le portefeuille externe au moyen de mesures techniques appropriées).

Par ailleurs, cette Communication 02/2019 prévoit également qu'en cas d'opération de change proposée à un client (*fiat* contre des jetons de paiement et inversement, ou entre des jetons de paiement) et qu'un portefeuille externe est impliqué dans la transaction, les intermédiaires financiers actifs « dans le domaine de la blockchain » doivent vérifier, par des mesures techniques appropriées, que le client peut disposer du portefeuille externe. En l'absence d'un tel contrôle, la Communication 02/2019 prévoit que ce sont les règles du trafic des paiements qui s'appliquent, respectivement l'art. 10 OBA-FINMA.

Cette nouvelle Communication 02/2019 – dont le champ d'application s'étendrait à tous les intermédiaires financiers – prévoit de nouvelles exigences jusqu'alors non-prévues par la LBA, l'OBA ou l'OBA-FINMA. Ces nouvelles exigences édictées par la FINMA sans être au bénéfice d'une délégation législative ne respectent donc pas le principe de la légalité (cf. *infra* pt. V.1).

En transposant le contenu de la Communication 02/2019 dans son règlement, l'Organisme d'autorégulation VQF (ci-après : « OAR VQF ») a entériné l'application de cette nouvelle disposition à tous les intermédiaires financiers par le truchement de l'art. 14 de son nouveau Règlement (entré en vigueur au 1^{er} juillet 2020).

La FINMA a approuvé le règlement de l'OAR VQF quand bien même les nouvelles exigences transposées dans ce règlement ne reposent sur aucune base légale et restreignent la liberté économique de la Recourante (cf. *infra* pt. V.2).

En effet, les exigences imposées par la Communication 02/2019 modifient l'exercice de l'activité économique exercée par la Recourante et initialement prévue par elle, au point de constituer une entrave majeure à l'exercice de son activité économique. La mise en œuvre des vérifications requises et la mise en place des moyens techniques nécessaires sont rendus illusoire en raison de leur coût très substantiel et du fait que les destinataires qui ne sont pas clients n'ont, par définition, pas de relation avec la Recourante. En cas de maintien des exigences émises par la FINMA et l'OAR VQF, la Recourante pourrait devoir mettre un terme à ses activités ou en abandonner une partie substantielle.

Dans sa décision du 27 mars 2024, la FINMA a refusé de statuer afin de formellement constater que sa Communication 02/2019 ne s'applique pas à la Recourante.

Pourtant, la FINMA est manifestement compétente pour constater le champ d'application des exigences qu'elle publie elle-même sous forme d'ordonnance ou d'autres textes tels que des communications (cf. *infra* pt. IV). Par ailleurs, la FINMA est également compétente pour examiner la légalité des règlements des OAR tels que VQF ou SO-FIT – autant au moment de son approbation que lorsqu'il apparaît qu'un tel examen est nécessaire – ainsi que lorsqu'un besoin de constatation juridique concret en découle, en particulier lorsqu'un administré (ci-après : la Recourante) est considéré (à tort) comme visé par une norme du fait même du comportement de la FINMA (cf. *infra* pt. IV).

Par ailleurs, comme les mesures d'instruction le corroboreront certainement encore davantage, la source de la prétention d'application de la Communication contestée est la FINMA, les OAR ne faisant que se référer à elle en exposant n'avoir aucune marge de manœuvre.

Un tel constat est en soi à même d'établir la situation juridique correcte. Il est dans l'ordre des choses qu'il aboutisse ensuite à une demande de modification par la FINMA du règlement de l'OAR VQF afin que celui-ci respecte le droit et ne porte plus atteinte à la liberté économique de la Recourante (art. 27 Cst. féd. ; cf. *infra* pt. IV).

Parmi les griefs, on relèvera encore que la FINMA n'a pas respecté les principes juridiques – de nature constitutionnelle – d'égalité et de proportionnalité (cf. *infra* V.3).

II. Faits

- 1 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]).
- 2 Bity SA était affiliée auprès de l'organisme d'auto-régulation (ci-après : OAR) *VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen* (ci-après : VQF), à Zoug jusqu'au 31 décembre 2023.
- 3 Bity SA offre à ses clients la possibilité d'effectuer des opérations de change avec des cryptomonnaies (*fiat-crypto*, *crypto-fiat* et *crypto-crypto*) et de transfert de moyens de paiements « sur la blockchain ».
- 4 La FINMA a publié le 26 avril 2019, la Communication 02/2019 intitulée « Communication FINMA sur la surveillance 02/2019 », « Trafic des paiements sur la *blockchain* » (Pièce 1).
- 5 Le champ d'application de cette Communication 02/2019 concerne les prestataires de services financiers assujettis à la FINMA (Pièce 1, p. 3).
- 6 Dans sa Communication 02/2019, la FINMA indique – de manière très large et contradictoire – que les règles existantes en matière de blanchiment d'argent s'appliqueraient aux prestataires « dans le domaine de la blockchain » (Pièce 1, p. 2).
- 7 L'OAR VQF – auprès duquel la Recourante était affiliée jusqu'au 31 décembre 2023 – a retranscrit les exigences prévues par la Communication 02/2019 de la FINMA dans son règlement (Pièce 2).
- 8 Le règlement de l'OAR VQF a été approuvé par la FINMA le 23 mars 2023 (Pièce 2).
- 9 Par courrier du 14 septembre 2023 (Pièce 3), en faisant valoir un intérêt juridique digne de protection, la Recourante a demandé à la FINMA de constater que la Communication 02/2019 (Pièce 1) et par voie de conséquence l'art. 14 du règlement de l'OAR VQF (Pièce 2), ne s'appliquait pas à elle.
- 10 L'objectif poursuivi par la Recourante consistait à supprimer l'insécurité juridique créée par la FINMA puisque tous les OAR (soit l'OAR VQF et l'OAR SO-FIT) reprennent directement et sans aucune marge de manœuvre ce qui émane de la FINMA. La Recourante souhaitait ainsi qu'il soit clairement établi qu'elle n'est pas soumise à l'art. 14 du règlement de l'OAR VQF ou désormais depuis le 1^{er} janvier

2024 au règlement de l'OAR SO-FIT, dont une annexe renvoie à la Communication 02/2019 (cf. *infra* ; Pièce 3).

- 11 Depuis le 1^{er} janvier 2024, la Recourante est affiliée auprès de l'OAR SO-FIT (Pièce 4). Une annexe au règlement de cet OAR – applicable en vertu de l'art. 19 du règlement – dénommée « *Abaissement du seuil à 1000 francs suisses pour l'identification des clients dans les opérations de change en monnaies virtuelles* » - renvoie intégralement à la Communication 02/2019 de la FINMA (Pièce 5).
- 12 Par courrier du 4 mars 2024, la FINMA a demandé à la Recourante d'étayer l'existence d'un intérêt actuel d'obtenir une décision formelle sur l'applicabilité de l'art. 14 du Règlement de VQF auquel elle n'est plus assujettie depuis le 1^{er} janvier 2024 (Pièce 4).
- 13 Par courrier du 25 mars 2024 (Pièce 6), la Recourante a indiqué à la FINMA que son intérêt à obtenir une décision persistait étant donné que l'OAR VQF envisageait de la sanctionner en raison en particulier de suspicions d'une violation de la « *Travel Rule* » au sens de la Communication 02/2019. La Recourante a également indiqué que son intérêt demeurait du fait que le règlement de l'OAR SO-FIT auprès duquel elle est désormais affiliée – depuis le 1^{er} janvier 2024 – prévoyait exactement les mêmes obligations que celui de l'OAR VQF et renvoyait à la Communication 02/2019.
- 14 Par décision datée du 27 mars 2024, notifiée le 3 avril 2024 (Pièce 7), la FINMA a rendu la décision attaquée, niant sa compétence pour rendre une décision en constatation, et n'admettant sa compétence que pour se déclarer incompétente en la matière (Pièce 7, ch. 10).

III. Recevabilité

1. « Décision attaquée » et autorité de recours compétente

- 15 Selon l'art. 54 al. 1 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]), 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.
- 16 Conformément à l'art. 47 al. 1 let. b de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), le Tribunal administratif fédéral (ci-

après également : TAF) est une autorité de recours, conformément aux art. 31 à 34 de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF ; RS 173.32).

17 En vertu de l'art. 31 LTAF, le TAF connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA.

18 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).

19 Au sens de l'art. 5 LFINMA, 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).

20 La décision – d'irrecevabilité – rendue par la FINMA le 27 mars 2024 et notifiée le 3 avril 2024, statuant – pour ne pas entrer en matière – sur une requête dont l'objet était de constater des droits et obligations, est manifestement une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. c PA.

21 On observera à toutes fins utiles et à titre superfétatoire qu'en l'absence de toute autre voie de recours ou d'opposition, un recours au Tribunal administratif fédéral est ouvert (art. 32 LTAF).

22 Vu les règles précitées, le TAF est compétent pour connaître du présent recours (art. 47 al. 1 let. b PA et art. 31 et 32 LTAF).

2. Qualité pour recourir

23 Aux termes de l'art. 48 al. 1^{er} 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.

24 L'art. 25 al. 1 PA prévoit que 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. Elle donne suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection (art. 25 al. 2 PA).

25 En application de l'art. 5 et 25 PA et conformément à la jurisprudence publiée à l'ATAF 2014/45 c. 3.1.2, « *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 ; arrêt TAF [13.6.2013,] 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 [...]). Celle-ci peut également se rapporter à un état de fait futur (cf. ATF 135 II 60 consid. 3.3.3) ».

26 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 (ATAF 2010/29 consid. 1.2.2 ; ATAF 2008/15 consid. 3.2).

27 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.

28 L'intérêt d'un 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).

29 En l'occurrence, l'assujettissement de la Recourante aux exigences prévues par la Communication 02/2019 de la FINMA, l'art. 14 du règlement de l'OAR VQF ou le règlement de l'OAR SO-FIT – règlements qui ne font que reproduire ou renvoyer au contenu de la communication 02/2019 de la FINMA – aboutissent à la soumettre à des obligations qui ne trouvent leur fondement dans aucune base légale (y compris la législation fédérale en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme) (cf. *infra* pt. V). Ces obligations ont donc été publiées par la FINMA en violation du principe de la légalité (art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [RS 101 ; Cst. féd.]).

30 Par ailleurs, ces exigences ont simplement été reprises par les OAR (VQF et SO-FIT) qui, dans la situation telle qu'elle est, n'avaient pas d'autre choix que de les reprendre intégralement dans leur règlement. Dans ces circonstances, à défaut d'une réelle marge de manœuvre des OAR (VQF et SO-FIT) par rapport à ce qui émane de la FINMA, la FINMA est la seule autorité compétente qui puisse

concrètement constater l'absence d'application aux activités de la Recourante des nouvelles exigences qu'elle a émises et imposées aux OAR.

- 31 Ces exigences imposées par la Communication 02/2019 et reprises intégralement par les règlements des OAR VQF et SO-FIT modifient l'exercice de l'activité économique exercée par la Recourante et initialement prévue par elle, au point de constituer une restriction à sa liberté économique (art. 27 Cst. féd. ; cf. *infra* pt. V.2). En effet, pour se conformer à ces exigences, la Recourante devrait continuellement effectuer des démarches auprès de ses clients pour connaître les bénéficiaires ou exécuteurs de paiements. La mise en œuvre de l'obligation d'identifier les bénéficiaires nécessite donc de mettre en place des moyens techniques et de prendre des mesures organisationnelles particulières qui en l'état – en raison de l'absence de solution technique – ne permettent pas d'obtenir auprès des clients les informations requises par les exigences de la FINMA. Ces mesures sont extrêmement lourdes à mettre en place – autant au niveau technique qu'au niveau du nombre de personnes dédiées aux démarches nécessaires – et coûteuses de sorte qu'elles mettent en péril la viabilité des activités de la Recourante qui désormais réfléchit à devoir y mettre un terme si les exigences de la FINMA devaient continuer de s'appliquer à ses activités (quand bien même elles ne respectent pas le principe de la légalité).
- 32 Par ailleurs, la Recourante a déjà dû mettre un terme à son service de paiement et n'autorise plus que les opérations de change avec la nécessité pour ses clients de signer avec la clef privée de leur « wallet » (porte-monnaie virtuel) pour prouver leur contrôle sur les adresses crypto utilisées (lors d'opérations d'achat de cryptomonnaies avec de la monnaie fiat). Toutefois, cette opération s'avère compliquée ou impossible pour un grand nombre de clients car leur « wallet » ne supporte pas cette fonctionnalité. Pour cette raison encore, la Recourante a subi une perte conséquente de clientèle et de revenus.
- 33 En outre, comme indiqué ci-dessus, dans le cadre des démarches qu'elle a mises en place à la demande de l'OAR VQF afin de mettre en conformité les transactions passées (entre l'entrée en vigueur de l'art. 14 du règlement de l'OAR au 1^{er} juillet 2020 et le 19 juillet 2023), la Recourante a demandé à ses clients de communiquer les données d'identité des tiers bénéficiaires et exécuteurs de paiement. Le taux de réponses qui lui sont parvenues s'est révélé tellement faible qu'après que l'OAR VQF lui a demandé de fournir des données celui-ci a décidé d'ouvrir une procédure de sanction à l'encontre de la Recourante prétextant qu'elle ne coopérait pas en vue du respect des obligations prévues par l'art. 14 de son règlement.

34 La situation n'est pas modifiée par le changement d'OAR depuis le 1^{er} janvier 2024 à l'OAR SO-FIT, en ceci que Bity SA ne peut reprendre l'activité – conforme à ce qui est permis si l'on interprète correctement la législation – qu'elle avait en matière de paiements (de ses clients à des tiers) sans risquer d'être sanctionnée par son nouvel OAR dont le règlement renvoie intégralement à la Communication 02/2019 (Pièce 5).

35 Dans ces circonstances, puisque les OAR quels qu'ils soient suivent sans marge de manœuvre ce que dicte la FINMA, la Recourante est incontestablement lésée par le refus de statuer de la FINMA, qui s'est déclarée incompétente pour constater la non-applicabilité de sa Communication 02/2019 et de l'art. 14 du Règlement de VQF.

36 Au vu de ce qui précède, la Recourante a manifestement un intérêt pratique, concret et actuel à obtenir une décision en constatation et à faire constater que la FINMA est compétente pour constater l'absence d'application à ses activités de la Communication 02/2019 et de l'art. 14 du Règlement de l'Organisme d'autorégulation (OAR) VQF. Partant, la Recourante a manifestement la qualité pour recourir au sens des art. 6, 46a et 48 al. 1^{er} PA contre la prétendue incompétence de la FINMA.

3. Délai pour recourir

37 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 administrative fédérale (PA).

38 En application de l'art. 50 al. 1^{er} PA, le recours doit être déposé dans les 30 jours qui suivent la notification de la décision.

39 Si le délai compté par jours doit être communiqué aux parties, il commence à courir le lendemain de la communication (art. 20 al. 1 PA). S'il ne doit pas être communiqué aux parties, il commence à courir le lendemain de l'événement qui le déclenche (art. 20 al. 2 PA).

40 Les délais fixés en jours par la loi ou par l'autorité ne courent pas du 7^{ème} jour avant Pâques au 7^{ème} jour après Pâques inclusivement (art. 22a al. 1 let. a PA).

41 En l'occurrence, la décision attaquée a été rendue par la FINMA le 27 mars 2024 et a été notifiée le 3 avril 2024 (Pièce 7).

42 En prenant en compte les fêtes pascales (du 24 mars 2024 au 7 avril 2024), le premier jour du délai de recours était le 8 avril 2024 ; il arrive donc à échéance le 7 mai 2024.

43 Remis le 3 mai 2024 à un bureau de poste suisse, le présent recours est déposé en temps utile.

4. **Forme**

44 Conformément à l'art. 52 al. 1^{er} 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.

45 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. Grief formel – décision en constatation – violation de l'art. 25 PA

1. Compétence de la FINMA sur le fond

46 Dans la décision attaquée, la FINMA soutient qu'elle ne serait pas compétente pour rendre une décision au motif que les intermédiaires financiers, tels que Bity SA, ne sont plus soumis à sa surveillance mais à celle d'un OAR (art. 14 LBA ; Pièce 7, ch. 16). La FINMA soutient qu'elle serait seulement compétente pour surveiller les OAR, approuver leurs règlements et veiller à ce qu'ils fassent appliquer lesdits règlements aux affiliés (art. 18 LBA ; Pièce 7, ch. 18) et qu'« elle n'a pas de compétence pour préciser ou faire appliquer les devoirs de diligence directement à un membre d'un OAR » (Pièce 7, ch. 19).

47 Contrairement à ce que prétend la FINMA, la requête de la Recourante ne portait pas sur sa « *soumission* » ou son « *assujettissement* » à la surveillance de la FINMA. Elle ne portait pas non plus sur la question de savoir si ses activités sont soumises ou non à surveillance, ou encore sur ses relations de droit privé avec son OAR.

48 La requête de la Recourante portait spécifiquement sur la question de l'applicabilité à ses activités de la Communication 02/2019 adoptée par la FINMA le 26 août 2019 ainsi que – par ricochet – sur l'applicabilité de l'art. 14 du Règlement de l'OAR VQF que la FINMA a approuvé (Pièce 2).

- 49 Selon le droit de procédure, une 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 (art. 25 al. 1 PA).
- 50 Concrètement, 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 la FINMA par voie d'ordonnance s'agissant des intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 2 let. a à d^{quater} LBA. La FINMA a précisé ces obligations de diligence dans l'OBA-FINMA.
- 51 Ce champ d'application exclut la possibilité pour la FINMA d'édicter des dispositions qui pourraient s'appliquer à la Recourante en sa qualité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 let. b et c LBA.
- 52 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.
- 53 Le pouvoir de surveillance de la FINMA en lien avec la surveillance des intermédiaires financiers mentionnés à l'art. 2 al. 3 LBA autorise la FINMA à imposer des modifications des règlements des OAR (ATF 143 II 162 ; GRODECKI Stéphane, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 18 LBA N 1 et 13).
- 54 Selon l'art. 18 al. 1 lit. d LBA, la FINMA « *veille à ce que les organismes d'autorégulation fassent appliquer ces règlements* ».
- 55 Les OAR exécutent une tâche de droit public dans le cadre de compétences étatiques qui leur sont déléguées à cette fin (ATF 143 II 162, c. 2.3 ; arrêt TF 11.3.2019, 2C_71/2018, c. 2.4), ils doivent ainsi être reconnus par une autorité – la FINMA – et être soumis à sa surveillance (GRODECKI Stéphane, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 18 LBA N 3).
- 56 Il découle ainsi du rôle de la FINMA – en sa qualité d'autorité de surveillance (ATF 143 II 162) – en rapport avec l'activité et les réglementations adoptées par les OAR, soumis à son approbation (art. 18 et 25 LBA), 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 (art. 25 al. 1 PA ; GRODECKI Stéphane, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 18 LBA N 6). Elle doit constater si un règlement n'est pas conforme au droit et à l'équité (ATAF 2011/22, p. 448, c. 2). Elle doit notamment constater si

les normes contenant de nouvelles obligations restreignant la liberté économique contenues dans sa propre ordonnance sont dépourvues de base légale formelle (GRODECKI Stéphane, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 18 LBA N 12). Il s'ensuit qu'elle doit également vérifier si les règlements sujets à son approbation et dont l'application est soumise à sa surveillance sont fondés sur une base légale suffisante ou au contraire si la disposition d'un règlement serait contraire aux principes constitutionnels (dont le principe de la légalité et de la proportionnalité) et aux garanties fondamentales (dont la liberté économique et l'égalité de traitement) (GRODECKI Stéphane, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 18 LBA N 12 ; cf. *infra* pt. V.1, V.2 et V.3).

57 En résumé, en ceci qu'elle édicte les dispositions légales que les intermédiaires financiers devront respecter, puis approuve ou refuse les règlements édictés par les OAR, 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 ; ce n'est donc qu'elle qui peut concrètement constater l'applicabilité (respectivement la non-applicabilité) d'une norme et qui peut rendre une décision soumise à la PA (art. 25 PA et 18 LBA ; GRODECKI Stéphane, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 18 LBA N 1-6 et 12-15 ; ZUFFEREY Jean-Baptiste, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 25 LBA N 1-2).

58 En l'espèce, le 26 août 2019, la FINMA a publié la Communication 02/2019. Les OAR, dont VQF et SO-FIT, ont ensuite procédé à des modifications de leur règlement, en le soumettant à la FINMA pour approbation avant leur entrée en vigueur (Pièces 2 et 5).

59 Il ne fait aucun doute que l'OAR VQF a édicté son règlement sur la base de la Communication de la FINMA, sans aucune marge de manœuvre. L'OAR VQF a ainsi simplement transposé le contenu de la Communication 02/2019 dans son règlement à l'art. 14 de son règlement.

60 De son côté l'OAR SO-FIT a publié une communication intitulée « *Abaissement du seuil à 1000 francs suisses pour l'identification des clients dans les opérations de change en monnaies virtuelles* » et dans laquelle il renvoie à la Communication 02/2019 de la FINMA en ce qui concerne les exigences relatives au trafic de paiement « sur la blockchain ». Cette publication fait intégralement partie du règlement de SO-FIT et son contenu doit être respecté par les affiliés conformément à l'art. 19 du règlement de cet OAR.

61 De toute évidence, en cas de requête de l'un de ses membres, chaque OAR rejettera purement et simplement toute contestation de son règlement de la part de ses membres au motif qu'il a été approuvé par la FINMA (art. 18 al. 1 lit. c LBA). En effet, la question de l'applicabilité d'une publication de la FINMA ou du règlement d'un OAR n'est pas une question de droit privé entre un OAR et l'un de ses membres au sujet l'organisation structurelle de l'OAR ou des sanctions (GRODECKI Stéphane, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 18 LBA N 3). Il s'agit concrètement de droit public tel que constaté par la FINMA.

62 Par ailleurs, un OAR – que ce soit VQF ou SO-FIT – n'est non seulement pas en mesure de constater le caractère illicite de la Communication 02/2019, mais n'est pas non plus en mesure de limiter le champ d'application de la transposition dans son règlement de la Communication 02/2019 sans que la FINMA ne l'approuve (cf. art. 18 al. 1 let. c et d LBA).

63 Au vu de ce qui précède, la Communication 02/2019 de la FINMA ayant trait à des entités affiliées aux OAR, la FINMA – qui peut même imposer des modifications des règlements d'OAR (ATF 143 II 162) avec la menace de lui retirer son agrément en cas de refus d'adopter le régime standard (ZUFFEREY Jean-Baptiste, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 24 LBA N 17 et art. 25 LBA N 1) – est compétente sur le fond ; elle ne peut donc pas se retrancher derrière le fait que les entités affiliées aux OAR sont sujettes au règlement d'un OAR pour refuser de rendre une décision en constatation concernant la légalité de sa Communication 02/2019 et son application à la Recourante.

64 Partant, au vu de sa compétence sur le fond, la FINMA est bel et bien l'autorité habilitée à rendre une décision pour constater la non-applicabilité de la Communication 02/2019 de la FINMA et de l'art. 14 du Règlement de VQF (art. 25 al. 1 PA).

65 Toute autre thèse revient, concrètement, à empêcher la constatation de la situation juridique selon laquelle la Recourante n'est pas soumise aux obligations exprimées dans la Communication 02/2019. Toute autre thèse revient ainsi à supprimer la seule voie de droit effective.

2. Intérêt digne de protection de la Recourante à obtenir une décision en constatation

66 Afin d'obtenir une décision en constatation (art. 25 PA), le requérant doit prouver qu'il a un intérêt digne de protection à obtenir la constatation immédiate de son droit ou de ses obligations, que celui-ci ne s'oppose pas à des intérêts publics et

privés prépondérants et qu'il ne peut pas être préservé par une décision formatrice ou en prestation (ATAF 12/2010, p. 147 ; TF 17.02.2006, 1A.253/2005).

67 L'intérêt digne de protection consiste dans l'utilité pratique que la décision apporterait au requérant, en lui évitant notamment de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la situation de fait occasionnerait (BOVAY Benoît, Procédure administrative [2^{ème} éd., Berne 2015], p. 481). Cet intérêt implique que le requérant soit touché de manière directe, concrète et dans une mesure et avec une intensité plus grande que la généralité des administrés (BOVAY Benoît, Procédure administrative [2^{ème} éd., Berne 2015], p. 481). L'intérêt peut consister en un intérêt de fait ; il doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération (ATF 133 II 468).

68 En l'espèce, comme explicité de façon approfondie dans le cadre de la recevabilité du présent recours (cf. *supra* pt. III.2 [qualité pour recourir]), les exigences imposées par la Communication 02/2019 et reprises intégralement par les règlements des OAR VQF et SO-FIT engendrent que la Recourante doive mettre en place des moyens techniques très substantiels et prenne des mesures organisationnelles particulières. Ces mesures sont très lourdes à mettre en place sur le plan technique, structurel et elles sont très coûteuses de sorte qu'elles mettent en péril la viabilité des activités de la Recourante qui se voit désormais contrainte de réfléchir à devoir envisager de mettre un terme à l'entier de ses activités (et non seulement mettre un terme aux activités de transfert d'argent ou de cryptomonnaies comme c'est déjà le cas) si les exigences de la FINMA devaient continuer de s'appliquer à ses activités.

69 En outre, comme indiqué ci-dessus (cf. ég. *supra* pt. III.2), dans le cadre des démarches qu'elle a mises en place, la Recourante a demandé à ses clients de communiquer les données d'identité des tiers bénéficiaires et exécuteurs de paiement. Le taux de réponses qui lui sont parvenues s'est révélé tellement faible qu'après que l'OAR VQF lui a demandé de fournir des données, celui-ci a décidé d'ouvrir une procédure de sanction à l'encontre de la Recourante prétextant qu'elle ne coopérait pas en vue du respect des obligations prévues par l'art. 14 de son règlement.

70 Malgré son changement d'OAR la procédure de sanction ouverte par l'OAR VQF perdure. La Recourante – affiliée depuis le 1^{er} janvier 2024 à l'OAR SO-FIT – ne peut reprendre l'activité de paiement de ses clients envers les tiers, car elle risquerait alors d'être à nouveau sanctionnée par son nouvel OAR, étant donné que le

règlement de celui-ci renvoie intégralement à la Communication 02/2019 (Pièces 5 et 6).

71 Au vu de ce qui précède, la Recourante a un intérêt digne de protection, concret, actuel – et on peut dire « *constant* » malgré le changement d'OAR étant donné que la procédure de sanction auprès de l'OAR VQF est toujours en cours – et pratique à ce que la FINMA constate que les exigences prévues par la Communication 02/2019 et intégralement reprises par l'art. 14 de l'OAR VQF ne s'appliquent pas à ses activités. Par ailleurs, il n'existe aucun intérêt public ou privé prépondérant qui puisse s'opposer à ce que la FINMA rende la décision de constatation requise. De toute évidence, aucune décision formatrice ou en prestation ne saurait préserver l'intérêt digne de protection de la Recourante.

72 Partant, la Recourante a un intérêt digne de protection à ce que la FINMA constate l'absence d'applicabilité de la Communication 02/2019 et de l'art. 14 du Règlement de l'OAR VQF à ses activités.

V. Grief matériel : violation de la légalité, de la liberté économique, de l'égalité et de la proportionnalité

1. Violation du principe de la légalité – principe de la base légale

1.1 Absence de base légale suffisante

73 Toute action de l'administration doit avoir un fondement dans une loi au sens formel (art. 5 al. 1 Cst. féd. ; TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif [2^e éd., Zurich], N 476 et 480).

74 Par loi au sens formel, on entend tout acte que le législateur a adopté selon la procédure législative ordinaire prévue par les règles constitutionnelles, respectivement les actes adoptés par le parlement et soumis au référendum obligatoire ou facultatif (art. 140 al. 1 let. a et c, 141, 163 et 164 Cst. féd.).

75 En matière de restrictions aux droits fondamentaux, le critère est celui de la gravité de l'atteinte posée par la norme (TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif [2^{ème} éd., Zurich 2018], N 481). Une atteinte grave exige en principe une base légale formelle (art. 36 al. 1 Cst. féd.), claire et précise (ATF 143 II 162 ; 142 I 49 ; 130 I 16), alors que les atteintes plus légères peuvent, par le biais d'une délégation législative, figurer dans des actes de niveau inférieur à la loi, ou trouver leur fondement dans une clause générale (ATF 143 II 162 ; 123 I 112).

- 76 Toutefois, la loi au sens formel ne pouvant pas contenir l'ensemble des règles de droit, elle est précisée par des ordonnances législatives (règles de droit qui n'ont été adoptées ni selon la procédure constitutionnelle, ni selon la procédure législative ordinaire) (TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif [2^{ème} éd., Zurich 2018], N 317).
- 77 En général, le pouvoir réglementaire est délégué au gouvernement (art. 182 al. 2 Cst. féd.), qui peut, à certaines conditions, le sous-déléguer à des départements, des services, ou à des autorités administratives indépendantes (TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif [2^{ème} éd., Zurich 2018], N 318). Ces dernières peuvent aussi se voir conférer le pouvoir d'édicter des ordonnances par une loi formelle (TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif [2^{ème} éd., Zurich 2018], N 318). Par exemple, l'art. 7 al. 1 LFINMA prévoit ainsi que la FINMA adopte des ordonnances lorsque la législation sur les marchés financiers le prévoit, sur la base de la délégation sise aux art. 17, la FINMA a notamment édicté l'OBA-FINMA.
- 78 Les *ordonnances d'exécution* concrétisent, par des règles dites secondaires, les règles figurant dans une loi formelle, notamment en précisant les modalités pratiques de son application ou en donnant une définition de termes légaux (TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif [2^{ème} éd., Zurich 2018], N 323). Si elles peuvent combler des lacunes de moindre importance dans la mesure où cela est nécessaire pour l'application de la loi, elles ne peuvent contenir des règles primaires, soit des règles qui étendent ou restreignent le champ d'application de la loi, qui créent pour les particuliers des droits ou des obligations que la loi ne mentionne pas, même si celles-ci sont conformes au but de la loi (ATF 141 II 169 ; 139 II 460).
- 79 Les *ordonnances de substitution* comportent des normes primaires, qui devraient se trouver en principe dans la loi (MOOR Pierre, Commentaire romand *ad* art. 182 Cst. féd. [Bâle 2021], N 13-15 ; TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif [2^{ème} éd., Zurich 2018], N 324). Elles sont indépendantes si elles ont leur fondement dans la Constitution ou dans un état de nécessité (TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif [2^{ème} éd., Zurich 2018], N 324). Elles sont dépendantes si elles sont fondées sur une délégation législative : elles peuvent alors contenir des règles primaires, parce que le législateur a délégué le pouvoir d'adopter de telles règles à leur auteur (TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif [2^{ème} éd., Zurich 2018], N 324).
- 80 Les *ordonnances administratives* – appelées directives, circulaires, instructions, ordres de service, règlement internes, etc. (TANQUEREL Thierry, Manuel de droit

administratif [2^{ème} éd., Zurich 2018], N 332) – sont des actes unilatéraux, généraux et abstraits dont les destinataires sont les agents de l'Etat et non, théoriquement, les administrés. Les ordonnances administratives ne sont pas des règles de droit (ATF 141 V 175 ; ATF 120 Ia 343) et ne peuvent, en principe, constituer une base légale, même matérielle (ATF 122 II 72). Elles ne sont pas obligatoirement publiées, ne lient ni le juge (ATF 142 II 182 ; ATF 141 III 401 ; ATF 126 V 64), ni l'administration en tant que telle, ni les administrés, auxquels elles ne peuvent ni imposer d'obligations ni octroyer des droits (ATF 141 V 175 ; ATF 136 V 295). Elles ne reposent pas sur une délégation législative formelle, mais sur le pouvoir hiérarchique ou le pouvoir de surveillance, ou simplement sur la faculté de l'autorité d'orienter son propre pouvoir d'appréciation (TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif [2^{ème} éd., Zurich 2018], N 331). Partant, elles ne doivent rien contenir qui sorte du cadre légal et ne sont impératives pour les autorités d'application de la loi que dans la mesure où elles restituent le sens exact de celle-ci (ATF 142 II 182 ; ATF 141 V 175).

81 Concernant les règlements d'OAR, le Tribunal fédéral a considéré que seules des précisions techniques visant à garantir un « *standard minimal* », soit des normes d'autorégulation de nature secondaire ou technique, peuvent être imposées dans une base légale matérielle, telle qu'un règlement d'OAR (ATF 143 II 162, c. 3.2 ; GRODECKI Stéphane, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 18 LBA N 13 ; ZUFFEREY Jean-Baptiste, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 24 LBA N 17 et art. 25 LBA N 2 ; cf. *infra* pt. V.1).

82 En revanche, l'instauration de nouvelles obligations doit, préalablement, passer par une modification législative (ATF 143 II 162, c. 3.). Ainsi, une base légale formelle est nécessaire chaque fois que les règlements d'OAR créent de nouvelles obligations ayant une portée importante (GRODECKI Stéphane, Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 18 LBA N 13 ; ZUFFEREY Jean-Baptiste in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent [2022] *ad* art. 24 LBA N 17 et art. 25 LBA N 2).

83 La FINMA précise les obligations de diligence définies au chap. 2 de la LBA par voie d'ordonnance, s'agissant des intermédiaires financiers visés à l'art. 2 let. a à d^{quater} LBA (art. 17 al. 1 let. a LBA et art. 7 al. 1 let. a LFINMA), étant une nouvelle fois précisé que la Recourante est un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 let. b et c LBA.

- 84 L'art. 7 al. 2 1^{ère} 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 » (les soussignés soulignent). Cette *compétence* législative se limite à édicter des dispositions de nature technique et d'importance secondaire (art. 5 al. 1 Ordonnance FINMA).
- 85 La FINMA peut, au moyen de circulaires, « clarifier la manière dont elle applique la législation sur les marchés financiers dans son activité de surveillance » ; ces circulaires ne peuvent servir qu'à l'application du droit et ne peuvent pas contenir de dispositions fixant des règles de droit (art. 7 al. 1 let. b LFINMA et art. 5 al. 2 Ordonnance FINMA). On peut se demander si une « communication » n'est pas même d'un degré encore plus bas dans la hiérarchie des « normes » qu'une circulaire ; la question de la dénomination n'a toutefois pas de portée pratique, car même si on la traite comme circulaire, il est certain qu'elle ne peut être une norme fixant des règles de droit, à savoir ayant l'effet de créer des obligations non prévues par la législation.
- 86 En l'espèce, la Communication 02/2019 (Pièce 1) de la FINMA prévoit que les intermédiaires financiers qui offrent des services de trafic de paiement « sur la blockchain » doivent identifier les tiers bénéficiaires ou exécuteurs de paiement comme dans le cas de leur propre relation client. Ils doivent également établir l'ayant droit économique et vérifier le pouvoir de disposition du tiers sur le portefeuille externe au moyen de mesures techniques.
- 87 La Communication 02/2019 prévoit également que lors d'opérations de change et en cas d'utilisation d'un portefeuille externe lors de la transaction, l'intermédiaire financier doit vérifier, par des mesures techniques, si le client peut disposer du portefeuille externe (Pièce 1).
- 88 De telles exigences ne sont prévues ni par la LBA, ni par son ordonnance (l'OBA), ni par une quelconque autre ordonnance qui s'appliquerait à la Recourante (y compris l'OBA-FINMA si tant est qu'elle soit applicable à la Recourante). Dans ces circonstances, les nouvelles exigences prévues par la Communication 02/2019 (Pièce 1) constituent des normes primaires.
- 89 La Communication 02/2019 (Pièce 1) n'est – de toute évidence – pas une ordonnance d'exécution faute de délégation législative suffisante dans une loi (au sens formel) ou une ordonnance de substitution faute de fondement dans la constitution. Dans la forme, notamment en raison de son absence de publication aux recueils officiels et systématiques du droit fédéral, elle semble toutefois

correspondre au descriptif d'une ordonnance administrative, mais les normes primaires qu'elle contient font exclure cette hypothèse.

⁹⁰ Dans ces circonstances, la Communication 02/2019 de la FINMA (Pièce 1) – qui correspond à une ordonnance administrative – ne pouvait pas prévoir de nouvelles exigences qui vont au-delà de la simple clarification de dispositions légales existantes. Ces nouvelles exigences auraient dû trouver leur place dans la loi – respectivement la LBA – et ensuite être précisées dans une ordonnance d'exécution (l'OBA) avant d'être clarifiées dans une ordonnance administrative comme la Communication 02/2019.

⁹¹ Par conséquent, en édictant la Communication 02/2019 (Pièce 1), la FINMA a outrepassé ses tâches législatives. La Communication 02/2019 ne respecte donc pas le principe de la légalité et viole les art. 7 al. 1 et 2 LFINMA et 17 al. 1 let. a LBA.

1.2 Absence de base légale suffisante (primauté de la loi)

⁹² Le principe de la légalité est un principe cardinal de notre Etat de droit et a une valeur constitutionnelle consacrée à l'art. 5 al. 1 Cst. féd. (MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, MAYA HERTIG Randall, FLÜCKIGER Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'Etat [4^e éd., Berne 2021], N 1846). Ce principe exige de façon générale que l'ensemble de l'activité étatique se fonde sur la loi et repose ainsi sur une base légale (ATF 143 II 162 ; ATF 141 V 688; ATF 141 I 201 ; MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, MAYA HERTIG Randall, FLÜCKIGER Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'Etat [4^e éd., Berne 2021], N 1846.). Il exige également que les particuliers et l'administration respectent les règles posées par le législateur (MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, MAYA HERTIG Randall, FLÜCKIGER Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'Etat [4^e éd., Berne 2021], N 1849-1851).

⁹³ L'art. 3 al. 1 LBA prévoit que lors de l'établissement de relations d'affaires, l'intermédiaire financier doit vérifier l'identité du cocontractant sur la base d'une pièce justificative. Lorsque le cocontractant est une personne morale, l'intermédiaire financier doit prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant et vérifier l'identité des personnes établissant la relation d'affaires au nom de la personne morale.

⁹⁴ L'art. 17 al. 1 OBA précise que lors de la conclusion du contrat, le négociant vérifie l'identité du cocontractant au moyen des informations suivantes : (let. a) nom et prénom, (let. b) l'adresse, (let. c) la date de naissance, (let. d) la nationalité.

95 L'art. 10 al. 1 OBA-FINMA – pour autant que l'OBA-FINMA soit véritablement applicable à la Recourante (cf. la procédure pendante TAF B-6214/2023 ; fondée sur l'art. 17 al. 1 let. a LBA cette ordonnance n'est donc pas applicable aux intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA comme la Recourante) – prévoit que l'intermédiaire financier doit indiquer « *le nom et le numéro de compte du bénéficiaire* », c'est-à-dire du tiers bénéficiaire ou exécuteur d'un transfert d'argent. Il s'agit des seules données dont la transmission est requise pour le bénéficiaire d'un virement ; la législation n'en prévoit pas d'autres.

96 Concernant les personnes au sens de l'art. 1b LB et les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} et d^{quater} LBA (exclusion est donc là aussi faite de la Recourante, intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 let. b et c LBA), l'art. 52 al. 2 OBA-FINMA prévoit – de manière restrictive – qu'en cas de transmission de fonds ou de valeurs de l'étranger en Suisse, le bénéficiaire du paiement doit être identifié, si une ou plusieurs transactions qui semblent liées entre elles excèdent le montant de 1000 francs.

97 En l'occurrence, la Communication 02/2019 prévoit que l'intermédiaire financier doit vérifier l'identité du tiers bénéficiaire ou exécuteur d'un virement en se conformant aux mêmes exigences que celles valant pour son cocontractant. Ces exigences ne sont pas prévues à l'art. 3 LBA et 17 OBA ; elles sont d'ailleurs beaucoup plus vastes que celles prévues de base à l'art. 10 et 52 al. 2 OBA-FINMA (articles qui ne s'appliquent pas aux activités de la Recourante [cf. *supra*]).

98 Par conséquent, les exigences émises par la FINMA dans sa Communication 02/2019 vont bien plus loin que le droit fédéral, en particulier la LBA, l'OBA et l'OBA-FINMA. Ces exigences qui n'ont aucun fondement légal – en particulier l'exigence d'identification des bénéficiaires de transactions financières au même titre qu'un cocontractant – ne sauraient être requises des intermédiaires financiers actifs « dans le domaine de la blockchain » et des cryptomonnaies.

99 Partant, la Communication 02/2019 de la FINMA viole le principe de la légalité. Elle n'est donc pas applicable aux activités de la Recourante.

2. Violation de la garantie constitutionnelle de la liberté économique (art. 27 Cst. féd.) et absence de justification

100 L'art. 27 al. 1 Cst. féd. prévoit que « [l]a liberté économique est garantie ». Au sens de l'art. 27 al. 2 Cst. féd., la liberté économique comprend notamment « [l]e libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice » (les soussignés soulignent).

- 101 Le libre exercice comprend les moyens d'exercice d'une activité et des facteurs de production (MARTENET Vincent, Commentaire Romand de la Constitution fédérale [2021] *ad art.* 27 N 51). Il appartient à l'Etat de « *créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée* » (art. 94 al. 3 Cst. féd.). Les limites en la matière sont considérées comme des restrictions apportées à la liberté économique (MARTENET Vincent, Commentaire Romand de la Constitution fédérale [2021] *ad art.* 27 N 51).
- 102 Comme examiné ci-dessus (cf. *supra* pt. V.1), la Communication 02/2019 et l'art. 14 du règlement de l'OAR VQF (respectivement le règlement de l'OAR SO-FIT) imposent de nouvelles exigences à la Recourante dans le cadre de ses activités de transfert d'argent.
- 103 La Communication 02/2019 et la modification du règlement de l'OAR VQF (respectivement le règlement de l'OAR SO-FIT) qui s'en est suivie engendrent que la Recourante doive mettre en place un système complexe et très technique afin d'identifier les tiers bénéficiaires et exécuteurs de virements, qui ne sont pas ses clients.
- 104 Les travaux engendrés par les démarches nécessaires à la mise en conformité des activités de la Recourante ont pour conséquence que celle-ci doive, pour y procéder, assumer de lourdes charges administratives et des frais considérables pour tenter de satisfaire des exigences qu'elle ne peut satisfaire. Dans l'immédiat, la Recourante a mis un terme à son service de paiement et n'autorise plus que les opérations de change avec la nécessité pour ses clients de signer avec la clef privée de leur « wallet » (porte-monnaie virtuel) pour prouver le contrôle sur les adresses crypto utilisées (lors d'opérations d'achat de Cryptomonnaies avec de la monnaie *fiat*) (d'autres solutions admises [satoshi test ou screenshot seraient extrêmement coûteuses à mettre en place et sont dès lors irréalisables]). Toutefois, cette opération s'avère compliquée ou impossible pour un grand nombre de clients étant donné que leur « wallet » ne supporte pas cette fonctionnalité, ce qui engendre en conséquence pour la Recourante une perte substantielle de clientèle et de revenus. La Recourante réfléchit désormais à remettre en question l'ensemble de ses activités en considérant que leur maintien ne serait plus susceptible d'être bénéficiaire ; en agissant de la sorte, la Recourante mettrait un terme à ses activités.
- 105 Dans ces circonstances, il apparaît que les exigences édictées par la FINMA et reprises par les OAR – dont les OAR VQF et SO-FIT – modifient l'exercice de l'activité économique de la Recourante et initialement prévue par elle, au point de constituer une entrave majeure dans son activité économique et de restreindre sa liberté

d'action. La mise en œuvre des vérifications rendues obligatoires par le prétendu assujettissement de la Recourante engendre qu'elle doit repenser la structure de ses activités, effectuer des investissements massifs pour se conformer aux exigences qui lui sont imposées et qui sont – en l'état – impossibles à satisfaire.

106 Au vu de ce qui précède, les exigences émises par la FINMA et son comportement passif violent la liberté économique de la Recourante.

107 L'art. 94 al. 4 Cst. féd. prévoit que « [l]es dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons ».

108 Les restrictions apportées à la liberté économique doivent reposer sur une base légale valable, conformément à l'art. 36 al. 1 Cst. féd (MARTENET Vincent, Commentaire Romand de la Constitution fédérale [2021] *ad* art. 27 N 93). Une restriction grave, telle que l'interdiction d'exercer une activité économique (ATF 136 I 1, c. 5.3.1), requiert l'existence d'une base légale formelle, conformément à l'art. 36 al. 1 2^{ème} phrase Cst. féd.

109 En vertu de l'art. 36 al. 2 Cst. féd., toutes les restrictions de la liberté économique doivent être justifiées par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (MARTENET Vincent, Commentaire Romand de la Constitution fédérale [2021] *ad* art. 27 N 96). Les droits fondamentaux d'autrui peuvent également justifier une restriction de la liberté économique (par exemple l'art. 13 Cst. féd. et 8 CEDH concernant la protection de la sphère privée ou l'art. 26 Cst. féd. relatif à la garantie de la propriété).

110 Toute restriction de la liberté économique doit enfin être proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst. féd.). Le principe de proportionnalité se compose des sous-principes d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit (MARTENET Vincent, Commentaire Romand de la Constitution fédérale [2021] *ad* art. 27 N 99).

111 En l'espèce, la restriction imposée par la FINMA et l'OAR VQF (respectivement l'OAR SO-FIT) engendre – comme déjà mentionnée ci-dessus – de lourdes charges économiques pour la Recourante. Ces charges – manifestement – incompressibles pourraient engendrer que la Recourante soit contrainte – même à court terme – d'abandonner ses activités économiques. Les exigences auxquelles elle est soumise doivent donc être qualifiées de restrictions graves à la liberté économique de la Recourante.

112 Dans ces circonstances, la FINMA ne peut fonder les exigences qu'elle impose à la Recourante sur la seule Communication 02/2019 pour justifier une restriction à ses droits fondamentaux. Il en va de même pour l'art. 14 du règlement de l'OAR VQF (respectivement le règlement de l'OAR SO-FIT) qui est un règlement d'association – approuvé par la FINMA – soumis au principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. féd. ; cf. *supra* pt. V.1), notamment au respect des droits fondamentaux.

113 Au vu de ce qui précède, les restrictions à l'activité de la Recourante ne sont pas fondées sur une base légale formelle et sont disproportionnées, la liberté économique de la Recourante a donc été restreinte d'une manière injustifiée.

114 Partant, la FINMA et par ricochet l'OAR VQF (respectivement l'OAR SO-FIT) ont violé la liberté économique de la Recourante.

3. Violation de la garantie constitutionnelle de l'égalité de traitement (art. 8 Cst. féd.)

3.1 Egalité dans la loi (art. 8 Cst. féd.)

115 L'art. 8 al. 1 Cst. féd. prévoit que « [t]ous les êtres humains sont égaux devant la loi ». Les personnes morales de droit privé – les sociétés commerciales en particulier – peuvent aussi se prévaloir de la garantie générale de l'égalité (ATF 142 I 195, c. 6.1 ; MARTENET Vincent, Commentaire Romand de la Constitution fédérale [2021] *ad* art. 8 N 15).

116 La loi doit respecter les exigences découlant de l'art. 8 al. 1 Cst. féd. (MARTENET Vincent, Commentaire Romand de la Constitution fédérale [2021] *ad* art. 8 N 18). Par ailleurs, tous les organes et autorités étatiques sont tenus de respecter l'art. 8 al. 1 Cst. féd. lorsqu'ils adoptent des règles de droit, étant précisé qu'ils disposent d'une grande marge de manœuvre (cf. TF 8.6.2020, 1C_468/2019, c. 3 ; MARTENET Vincent, Commentaire Romand de la Constitution fédérale [2021] *ad* art. 8 N 18). Cette obligation s'étend aux entités privées auxquelles est déléguée la compétence d'édicter de telles règles (art. 35 al. 2 Cst. féd.).

117 Il y a une violation du principe de l'égalité dans la loi garantie par l'art. 8 Cst. féd. lorsqu'il est établi des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il est omis de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 136 II 120 c. 3.3.2 ; ATF 130 V 18 c. 5.2).

118 En l'occurrence, la Recourante exploite un service de transfert de cryptomonnaies. La Communication 02/2019 prévoit donc que la Recourante doit identifier les tiers bénéficiaires ou exécuteurs de paiement comme ses propres clients (conformément aux exigences sises à l'art. 3 LBA et 17 OBA : identifier le nom et prénom, l'adresse, la date de naissance et la nationalité en plus du numéro de compte), respectivement qu'elle établisse l'ayant droit économique et qu'elle vérifie le pouvoir de disposition des tiers sur le portefeuille externe au moyen de mesures techniques spécifiques.

119 Par ailleurs, en cas d'opérations de change (monnaies *fiat*-crypto, crypto-*fiat* ou crypto-crypto) avec un portefeuille externe, la Communication 02/2019 prévoit qu'il doit être effectué une vérification, par des mesures techniques, que le client peut effectivement disposer du portefeuille externe. En l'absence de ce contrôle, la Communication 02/2019 prévoit que ce sont les règles du trafic des paiements qui s'appliquent, c'est-à-dire l'art. 10 OBA-FINMA.

120 Les intermédiaires financiers « traditionnels » qui proposent des services de transactions avec des monnaies fiduciaires doivent uniquement se conformer aux exigences prévues par l'art. 10 OBA-FINMA (s'agissant des intermédiaires financiers au sens art. 2 al. 2 let. a à d^{quater} LBA), c'est-à-dire qu'ils doivent uniquement identifier le nom et le numéro de compte du tiers bénéficiaire d'un virement (seul le numéro de compte est nécessaire pour les virements effectués en Suisse).

121 Au vu de ce qui précède, les intermédiaires financiers sont traités différemment selon qu'ils exercent une activité avec des cryptomonnaies ou s'ils offrent des prestations dans le domaine des transactions en monnaies fiduciaires (*fiat*). Ce traitement différencié dans le cadre de deux situations pourtant identiques, les deux intermédiaires financiers proposent le transfert d'actifs valant moyen de paiement, engendre que les intermédiaires financiers proposant des services avec des cryptomonnaies sont moins bien traités que les autres intermédiaires financiers dits « traditionnels ».

Partant, ces exigences différenciées prévues par les autorités fédérales dans la LBA, l'OBA, l'OBA-FINMA et la Communication 02/2019 produisent une inégalité de traitement que subissent les intermédiaires financiers actifs dans le domaine des cryptomonnaies.

3.2 *Egalité devant la loi (art. 8 Cst. féd.)*

122 Le principe de l'égalité devant la loi s'adresse aux organes d'application du droit, à l'administration et aux tribunaux. Il signifie que la loi doit être appliquée de façon égale, dans des situations d'espèce, par l'autorité qui est chargée de cette

application (MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, HERTIG RANDALL Maya, FLÜCKIGER Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux [4^{ème} éd., Berne 2021], N 1152).

- 123 Selon la jurisprudence, l'autorité commet une inégalité de traitement interdite par l'art. 8 Cst. féd. lorsqu'elle traite de façon différente deux situations qui sont tellement semblables qu'elles requièrent un traitement identique (distinction insoutenable) ou lorsqu'elle traite d'une façon identique deux situations qui sont tellement différentes qu'elles requièrent un traitement différent (assimilation insoutenable) (ATF 129 I 346 ; ATF 129 I 113).
- 124 Lorsque la Recourante était encore affiliée à l'OAR VQF, celui-ci exigeait qu'elle demande systématiquement auprès de chacun de ses clients l'identité des bénéficiaires ou exécuteur de paiements conformément à l'art. 14 de son règlement et à la Communication 02/2019 de la FINMA. Les clients de la Recourante n'ont été que très peu nombreux à répondre aux sollicitations et à donner des informations. Par ailleurs, la Recourante ne pouvait techniquement pas obtenir ces informations par elle-même. Au vu du faible taux de réponse obtenues par la Recourante – par ailleurs dans un laps de temps de quelques jours – l'OAR VQF a décidé d'ouvrir une procédure de sanction à son égard.
- 125 Toutefois, il semble que cette sévérité ne soit pas observée auprès de tous les intermédiaires financiers exerçant avec des cryptomonnaies. En effet, à la connaissance de la Recourante, il apparaît que certains intermédiaires financiers, dont un appartenant à une banque active dans le domaine de la cryptomonnaie à Genève, n'ont pas à procéder à des recherches systématiques de l'identité des tiers bénéficiaires de paiement auprès de leurs clients. Ces intermédiaires financiers pourraient simplement se contenter de s'assurer auprès de leurs clients que les transferts respectent les dispositions de la Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBA). En l'absence d'une intervention de la FINMA, en sa qualité d'autorité d'exécution de la LBA, cette différence de traitement entre intermédiaires financiers pourtant soumis aux mêmes règles en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et exerçant exactement les mêmes activités, est choquante et péjore gravement les activités de la Recourante. Partant, l'application qui est faite de la Communication 02/2019 par les OAR viole le principe constitutionnel de l'égalité de traitement et perdurera tant que la FINMA n'interviendra pas.

3.3 Absence de motif justificatif (art. 8 et 36 Cst. féd.)

126 Conformément à l'art. 36 Cst. féd., toute restriction d'un droit fondamental doit reposer sur une base légale qui doit être de rang législatif en cas de restriction grave (al. 1) ; elle doit en outre être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire et adéquat à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (al. 3), sans violer l'essence du droit en question (al. 4).

127 Sous l'angle de l'intérêt public, sont autorisées les mesures de police ou de politique sociale, de même que les mesures dictées par la réalisation d'autres intérêts publics, à l'exclusion notamment des mesures de politique économique (ATF 131 I 223 consid. 4.2 ; TF 4.5.2009, 2C_147/2009, c. 6.2 ; TF 25.8.2008, 2C_357/2008, c. 4.1).

128 Pour être conforme au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. féd.), une restriction d'un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé, lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive ; il faut en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 136 I 197, c. 4.4.4 ; ATF 134 I 214, c. 5.7).

129 En l'espèce, comme décrit ci-dessus (cf. *supra* pt. V.2), la Recourante subit des coûts élevés ainsi que de lourdes répercussions financières engendrés par les nouvelles exigences émises par la FINMA. Il en résulte qu'en étant traitée différemment des autres intermédiaires financiers dits « traditionnels » et de certains autres acteurs actifs dans le domaine de la cryptomonnaie, la Recourante subit une restriction grave de son droit à un traitement égalitaire garanti par l'art. 8 al. 1 Cst. féd.

130 Pour permettre une restriction grave au principe d'égalité, les exigences auraient dû être prévues dans une loi fédérale. Or, la FINMA a choisi de les faire figurer dans une simple « Communication » qui n'est – manifestement – pas d'un rang législatif suffisant pour permettre une restriction aux droits de la Recourante (cf. *supra* pt. V.1) ; une base légale formelle aurait été nécessaire.

131 Par ailleurs, l'analyse du principe de la proportionnalité amène – là aussi – à considérer que les mesures de la FINMA risquent fortement de conduire à un arrêt des activités de la Recourante. Les exigences émises par la FINMA ne sont pas proportionnées par rapport aux effets retirés et aux conséquences qu'elles engendrent pour la Recourante qui – faut-il le rappeler – remet en question la

poursuite de ses activités en raison des lourdes démarches et coûts nécessaires pour mettre en place les exigences irréalisables prévues par la Communication 02/2019.

132 Au vu de ce qui précède, les nouvelles exigences édictées par la FINMA créent une différence de traitement entre les intermédiaires financiers actifs dans le domaine des cryptomonnaies et de la blockchain, et les intermédiaires financiers qui sont n'exercent que des activités dites traditionnelles. L'application des exigences de la Communication 02/2019 se fait également de manière différenciée entre les intermédiaires financiers actifs dans le domaine de la blockchain, certains sont contraints à une application stricte des exigences tandis que d'autres bénéficient d'une certaine souplesse alors que la FINMA est en charge de l'application uniforme du droit. Ces différences de traitement ne reposent sur aucune base légale et sont de toute évidence disproportionnées. Partant, en publiant la Communication 02/2019 et en approuvant les règlements d'OAR qui reprennent intégralement le contenu de la Communication précitée, la FINMA a violé le principe de l'égalité de traitement.

VI. Mesures d'instruction

133 La Recourante requiert respectueusement la production du dossier de l'autorité intimée.

134 La Recourante demande aussi la production de toute communication qu'elle a adressée aux OAR en rapport avec la publication de sa Communication 02/2019. En effet, il semble résulter des interactions nécessaires entre la FINMA et les OAR que la FINMA communique des informations de manière privilégiée aux OAR avant l'entrée en vigueur de certaines exigences ou lors de modifications légales. Ces communications peuvent prendre l'aspect de communications envoyées par voie électronique, de séminaires, de courriers d'information ou de bulletins. Elles doivent de toute évidence contenir des explications et indications utiles à l'interprétation des exigences émises et aux lignes directrices voulues par la FINMA comme autorités de surveillance des OAR.

135 Elle requiert également la production de la correspondance entre la FINMA et l'OAR VQF ainsi qu'entre la FINMA et l'OAR SO-FIT quant à la mise en œuvre de la Communication 02/2019. Cette mesure d'instruction permettra de confirmer, une nouvelle fois, l'absence d'une quelconque marge de manœuvre ou d'interprétation de la part des OAR.

136 La Recourante requiert également la prise position de la FINMA sur le règlement de l'OAR VQF lorsqu'elle a dû approuver le nouvel article 14. Cette procédure d'approbation a vraisemblablement fait l'objet de divers échanges écrits et de rapports de sorte que leur production est également demandée. Ces écrits sont susceptibles de démontrer l'approbation sans sourcilier de la FINMA ou les éventuelles corrections qu'elle a demandées à l'OAR afin d'assurer de garantir le respect des exigences qu'elle a fixée dans sa Communication 02/2019.

137 Pour finir, elle requiert l'audition – lors d'une audience publique – en qualité de témoins des personnes chargées au sein (i) de la FINMA, (ii) au sein de l'OAR VQF et (iii) au sein de l'OAR SO-FIT, de la mise en œuvre par les OAR de la Communication 02/2019.

VII. 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. Il est ordonné une audience publique.
- II. La FINMA est invitée à produire le dossier de la cause.
- III. La FINMA est invitée à produire toute communication qu'elle a adressée aux OAR en rapport avec la publication de sa Communication 02/2019.
- IV. La FINMA est invitée à produire la correspondance échangée avec l'OAR VQF ainsi que l'OAR SO-FIT concernant la mise en œuvre de la Communication 02/2019.
- V. La FINMA est invitée à produire sa prise de position lors de la procédure d'approbation du nouvel art. 14 de l'OAR VQF ainsi que les échanges écrits et rapports qui ont été effectués lors de cette procédure.
- VI. Il est requis l'audition en qualité de témoins des personnes chargées au sein (i) de la FINMA, (ii) au sein de l'OAR VQF et (iii) au sein de l'OAR SO-FIT, de la mise en œuvre par les OAR de la Communication 02/2019.

Au fond, principalement :

- VII. Le recours est admis.

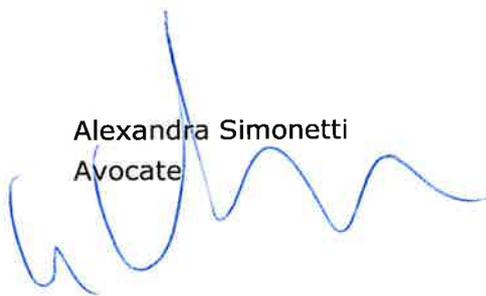
- VIII. Il est constaté que l'Autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) est compétente pour rendre une décision de constatation de la non-applicabilité de la Communication 02/2019 de la FINMA et de l'art. 14 du Règlement de VQF aux activités de la Recourante.
- IX. Il est constaté que l'Autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) est compétente pour imposer une modification des règlements des OAR, en particulier lorsque les règlements d'OAR créent de nouvelles obligations ayant une portée importante.
- X. Il est constaté que les activités de Bity SA ne sont pas soumises à l'application de la Communication 02/2019 de la FINMA.
- XI. Il est constaté que l'art. 14 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.

Subsidiairement aux ch. VII et XI :

- XII. La cause est renvoyée à la FINMA afin qu'elle rende une décision dans le sens des considérants.

Lausanne, le 3 mai 2024

Alexandra Simonetti
Avocate



Pour la Recourante :

Nicolas Rouiller
Dr en droit, avocat

