

ABS+AR+NR  
11 OCT. 2023



Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA  
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA  
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

CH-3003 Berne

**Recommandé avec avis de réception**

SwissLegal Rouiller & Associés

Me Alexandra Simonetti

Me Nicolas Rouiller

Rue du Grand-Chêne 1-3

Case postale 7501

1002 Lausanne



# DÉCISION

de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA

du 6 octobre 2023

dans la cause

**Bity SA**, Rue des Usines 44, 2000 Neuchâtel

Représentée par

Me Alexandra Simonetti, Me Nicolas Rouiller, SwissLegal Rouiller & Associés, Rue du Grand-Chêne  
1-3, Case postale 7501, 1002 Lausanne

concernant

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

Laupenstrasse 27  
3003 Bern  
Tel. +41 (0)31 327 91 00  
[www.finma.ch](http://www.finma.ch)

G01443283;V10078651;



## Exposé des faits

(1) Bity SA (ci-après : "Bity" ou "la société"), Rue des Usines 44, 2000 Neuchâtel est un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 lit. b et c LBA<sup>1</sup>. La société a notamment pour but l'offre de prestation de services financiers comprenant le conseil en placement, la couverture de risque de change, la gestion de fortune et la gestion de placements en tous genres sur le marché des devises, au niveau suisse et international, pour son propre compte et pour le compte de tiers<sup>2</sup>. En particulier, Bity offre à ses clients la possibilité d'effectuer des opérations de change avec des cryptomonnaies (FIAT - crypto, crypto - FIAT, et crypto - crypto). Bity 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, avec des francs suisses ou des euros.<sup>3</sup>

(2) Bity est affiliée à l'organisme d'autorégulation *Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen, Zug* (ci-après : "VQF" ou "l'organisme d'autorégulation").<sup>4</sup>

(3) Par courrier du 17 février 2023, Bity a adressé une demande à la FINMA visant à obtenir une constatation que - vu qu'elle ne fait pas partie des trois catégories visées par le titre 5 de l'OBA-FINMA<sup>5</sup> - l'art. 51 a OBA-FINMA ne lui est pas applicable<sup>6</sup>. Pour le surplus, Bity s'est référée au Rapport de la FINMA sur les résultats d'audition du 8 mars au 10 mai 2022 concernant le projet de révision partielle de l'OBA-FINMA, daté du 27 octobre 2022, qui indique que l'art. 51a OBA-FINMA s'applique "*en particulier aux distributeurs automatiques*" de cryptomonnaies. Dans ce contexte (c'est-à-dire en présence de prétendues contradictions entre l'OBA-FINMA et ce qui figure au rapport du 27 octobre 2022), Bity a jugé que la situation doit être clarifiée et a sollicité par conséquent une position de la FINMA eu égard à l'applicabilité du Titre 5 de l'OBA-FINMA la concernant.

(4) Par courriel du 21 février 2023, la FINMA a communiqué à Bity qu'il ressort de sa requête qu'elle exerce déjà des activités d'intermédiaire financier soumises à la LBA et qu'elle est affiliée à l'organisme d'autorégulation (ci-après : "OAR") VQF. L'autorité de surveillance a ensuite indiqué à Bity que ce sont les OAR et non la FINMA qui sont compétents pour l'examen des requêtes de leurs affiliés, en invitant Bity à adresser sa demande au VQF. Parallèlement, la FINMA a indiqué à la société qu'en cas de besoin, les OAR ont la faculté de demander un deuxième avis à la FINMA concernant l'examen des requêtes de leurs affiliés<sup>7</sup>.

(5) Par courrier du 16 mars 2023, Bity a reproché à la FINMA que c'est à tort qu'elle considère ne pas être compétente pour rendre la décision requise. Selon la société, un contrôle direct sur les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al 3 LBA est accordé à la FINMA en vertu de l'art. 18 al. 1 let. d LBA qui prévoit que cette dernière doit veiller à ce que les OAR fassent appliquer correctement ces règlements. En outre, Bity s'est plainte du fait que, étant donné que le règlement de VQF contient un

<sup>1</sup> Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent; RS 955.0.

<sup>2</sup> [000005](#).

<sup>3</sup> [000006](#), pag. 2.

<sup>4</sup> [000018](#).

<sup>5</sup> Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent ; RS 955.033.0.

<sup>6</sup> [000006](#).

<sup>7</sup> [000007](#).

article avec la même teneur de l'article 51 bis OBA-FINMA, ce dernier lui serait indirectement appliqué. En fait, la société prévoit d'ores et déjà que l'OAR rejettera ses contestations : "*au motif que son règlement a été approuvé par la FINMA (art. 18 al. 1 lit. c LBA)*"<sup>8</sup>. De ce fait, la FINMA serait compétente pour statuer en constatation sur l'objet de sa demande.

(6) Par courrier du 2 mai 2023, la FINMA a réitéré sa position, renvoyant Bity à s'adresser au VQF. Dans le même courrier, la FINMA a informé Bity qu'elle avait la faculté de demander une décision sujette à recours et sumise à émoluments. À cette fin, la FINMA a imparti à Bity un délai au 2 juin 2023 pour lui adresser une demande écrite et d'éventuels compléments définitifs.<sup>9</sup>

(7) Par courrier du 2 juin 2023, Bity a réitéré qu'elle a un intérêt digne de protection à ce qu'une décision en constatation soit rendue sur le fond. Cet intérêt – tant juridique qu'actuel – doit lui permettre de savoir si l'art. 51a OBA-FINMA lui est ou non applicable, compte tenu des divergences d'opinions qui existent sur ce point. Bity a indiqué que le nouveau Règlement de l'OAR VQF comporte les devoirs des intermédiaires financiers prévus à l'art. 51a OBA-FINMA mais sans faire référence au champ d'application. Bity a estimé par conséquent que VQF se réfère donc simplement à la position de la FINMA. En outre, Bity a estimé que si elle devait contester son assujettissement auprès de VQF, l'OAR rejetterait purement et simplement la contestation au motif que son règlement a été approuvé par la FINMA (art. 18 al. 1 let. c LBA).<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> [000008](#).

<sup>9</sup> [000009](#).

<sup>10</sup> [000010](#).

## En droit

### 1. Droit applicable

(8) Selon l'art. 53 LFINMA<sup>11</sup>, la procédure devant la FINMA est régie par la PA<sup>12</sup>. Selon l'art. 9 al. 2 PA, l'autorité qui se tient pour incompétente prend une décision d'irrecevabilité si une partie prétend qu'elle est compétente.

(9) Dans le cas présent, la position divergente des parties quant à la compétence de la FINMA de statuer au sujet de la demande de Bity est claire et incontestée. En conséquence, la FINMA est compétente pour rendre la présente décision.

### 2. Droit à l'obtention d'une décision en constatation

(10) En vertu des art. 5 al. 1 let. b et 25 PA, une autorité peut rendre une décision constatant l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations, si elle est compétente sur le fond - c'est-à-dire l'autorité compétente pour rendre une décision formatrice ou condamnatrice (art. 25 al. 1 PA)<sup>13</sup> - et si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection (art. 25 al. 2 PA).

(11) Selon la jurisprudence, 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; 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. Celle-ci peut également se rapporter à un état de fait futur<sup>14</sup>.

(12) Il sied tout d'abord d'examiner si la FINMA est compétente pour rendre la décision en constatation demandée et, si la compétence de la FINMA est donnée, de déterminer si l'intérêt que fait valoir la requérante est actuel et digne de protection.

### 3. Compétence de la FINMA

(13) Conformément à l'art. 1 al. 1 en relation avec l'art. 6 al. 1 LFINMA, la FINMA est compétente pour faire respecter et appliquer la loi sur la surveillance des marchés financiers et les lois régissant les marchés financiers. Comptent notamment au nombre de ces lois la LB, la LPCC, la LSA, la LIMF, la

<sup>11</sup> Loi sur la surveillance des marchés financiers ; RS 956.1.

<sup>12</sup> Loi fédérale sur la procédure administrative ; RS 172.021.

<sup>13</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6755/2013 du 11 août 2014, consid. 3.1.1.

<sup>14</sup> Arrêt cité, consid. 3.1.2.

LEFin, la LSF<sup>15</sup> ainsi que la LBA. La surveillance du respect par les banques des obligations de diligence selon LBA est de la responsabilité de la FINMA<sup>16</sup>.

(14) Conformément à l'art. 3 LFINMA, sont assujetties à la surveillance des marchés financiers les personnes qui, selon les lois sur les marchés financiers, doivent obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement de l'autorité de surveillance des marchés financiers et les placements collectifs de capitaux. Font notamment partie du cercle des assujettis à la FINMA les banques, les maisons de titres, les assurances, les asset managers, les gestionnaires de fortune et trustees, les organismes de surveillance et les infrastructures des marchés financiers.

(15) Dès l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur les établissements financiers LEFin<sup>17</sup> le 1<sup>er</sup> janvier 2020, les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA ne sont en revanche plus directement surveillés par la FINMA. Désormais ces derniers doivent s'affilier à un OAR (art. 14 LBA), qui édictera/établira un règlement contenant les obligations de diligence définies au chapitre 2 LBA et en règlera les modalités d'application (art. 25 LBA)<sup>18</sup>.

(16) L'art. 12 LBA constitue la base légale des compétences en matière de surveillance du respect des obligations contraignantes prévues au chapitre 2 de la LBA (obligations de diligence des intermédiaires financiers et des négociants, ainsi que l'obligation de fournir des informations). Conformément à la lettre c dudit article, il s'agit des organismes d'autorégulation reconnus selon l'art. 24 LBA qui veillent à ce que les intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 3 LBA respectent les obligations.

(17) En l'espèce, Bity, en sa qualité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA, est soumise à la surveillance de son OAR (VQF) et non à celle de la FINMA. Les droits et les obligations de diligence selon le chap. 2 de la LBA que Bity doit respecter sont contenus dans le règlement de VQF et il appartient à ce dernier et non à la FINMA de les constater dans le cadre de son activité de surveillance.

(18) La FINMA demeure en revanche compétente pour la surveillance des OAR. Sa compétence se limite à surveiller les OAR, approuver leurs règlements et veiller à ce qu'ils fassent appliquer lesdits règlements aux affiliés (art. 18 LBA). A contrario, elle n'a pas de compétence pour préciser ou faire appliquer les devoirs de diligence directement à un membre d'un OAR.

(19) En dernier lieu, il convient aussi de relever que la FINMA a indiqué à la requérante<sup>19</sup> qu'en cas de nécessité, les OAR ont la faculté de demander un deuxième avis à la FINMA pour l'examen des requêtes de ses affiliés (cf. supra, ch. (4)). Or, une telle requête n'a jamais été adressée à la FINMA.

#### 4. Intérêt actuel et digne de protection

<sup>15</sup> Loi sur les banques, RS 952.0; Loi sur les placements collectifs, RS 951.31; Loi sur la surveillance des assurances, RS 961.01; Loi sur l'infrastructure des marchés financiers, RS 958.1; Loi fédérale sur les établissements financiers, RS 954.1; Loi fédérale sur les services financiers, RS 950.1.

<sup>16</sup> Cf. art. 12 let. a en relation avec l'art. 2 al. 2 let. a LBA.

<sup>17</sup> Loi fédérale sur les établissements financiers ; RS 954.1.

<sup>18</sup> FRIGO PATRICK; JAIN VIVIEN, in Hsu/Flühmann (éd.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, BSK (GwG), Bâle 2021, n. 1 ad art. 14 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_887/2017 du 23 mars 2021, consid. 4.3.3.

<sup>19</sup> [000007](#).

(20) Compte tenu du fait que la FINMA n'est pas l'autorité compétente pour statuer sur le fond, l'examen de l'existence d'un intérêt digne de protection à l'émanation d'une décision en constatation selon l'art. 25 PA devient superflu.

(21) Par surabondance de moyens, il est relevé que l'argumentation de Bity pour démontrer l'intérêt actuel et digne de protection n'est pas soutenable. En effet, même si la FINMA se prononçait sur la demande de Bity, cela ne changerait pas sa situation juridique face aux obligations qu'elle doit respecter. Effectivement, considérant que Bity est un intermédiaire financier selon l'art. 2 al. 3 LBA et donc obligatoirement assujettie à un OAR, elle doit se conformer aux exigences imposées par le règlement de l'OAR auquel elle est affiliée. Une décision de la FINMA qui devait constater l'applicabilité du Titre 5 de l'OBA-FINMA à Bity ne changerait en rien la situation juridique actuelle de Bity. En effet, dans l'exercice de ses obligations prudentielles, la FINMA ne se prononcerait pas sur l'application du règlement de l'OAR ou de certaines de ses articles, ce qui en l'occurrence relève exclusivement de la compétence de VQF.

## **5. Frais de procédure de la FINMA**

(22) Bity est à l'origine de la procédure et du prononcé de la présente décision. Par conséquent, en application de l'art. 15 al. 1 LFINMA en relation avec l'art. 5 al. 1 let. a Oém-FINMA, les frais de procédure sont à la charge de Bity. Conformément à l'art. 8 al. 3 et 4 Oém-FINMA, les frais de procédure sont calculés en fonction du temps consacré et de l'importance de l'affaire pour la partie tenue de payer les frais. Les frais de procédure de la FINMA s'élèvent en l'occurrence à CHF **2'500.-**. Ils sont raisonnables et proportionnés et doivent donc être fixés à ce montant. Les frais de procédure seront facturés à Bity par courrier séparé et doivent être réglés dans les 30 jours suivant l'entrée en force de la présente décision.

## L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA décide :

1. La demande du 2 juin 2023 de Bity SA, Rue des Usines 44, 2000 Neuchâtel est irrecevable.
2. Les frais de procédure d'un montant de CHF 2'500 sont à la charge de Bity SA. Ces frais seront facturés par courrier séparé et doivent être réglés dans les 30 jours suivant l'entrée en force de la présente décision.

### Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA



Birgit Rutishauser Hernandez Ortega  
Directrice par intérim



Patric Eymann  
Division Enforcement

### Voies de droit :

10.11.23 ✓  
La présente décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (case postale, CH-9023 St-Gall) dans un délai de 30 jours. Le recours doit être motivé et déposé en deux exemplaires signés. La décision et les documents invoqués comme moyens de preuve doivent être joints au recours.

Notification à :

- **Bity SA**, Rue des Usines 44, 2000 Neuchâtel, représentée par **Me Alexandra Simonetti, Me Nicolas Rouiller, SwissLegal Rouiller & Associés**, Rue du Grand-Chêne 1-3, Case postale 7501, 1002 Lausanne (recommandé avec accusé de réception)

Date d'envoi : **09. OCT. 2023**

# Lettre Recommandé Suisse

Numéro de l'envoi: 98.40.248299.00062378

## Distribué

11 octobre 2023

## Suivi des envois

11 octobre 2023 08:05	Distribué via case postale <b>1001 Lausanne 1 cases</b>
11 octobre 2023 06:22	Arrivée à l'office de retrait /à l'office de distribution <b>1001 Lausanne 1 cases</b>
10 octobre 2023 08:38	Demande de réexpédition déclenchée <b>1002 Lausanne 2 Cases</b>
09 octobre 2023 23:48	L'envoi a été trié en vue de sa distribution <b>4621 Härkingen Briefzentrum</b>
09 octobre 2023 22:33	Moment du dépôt de l'envoi <b>4621 Härkingen BZ Annahme</b>



Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
 Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA  
 Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA  
 Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

CH-3003 Bern



09.10.23

CH - 3000

Bern 1 PostParc

2301582

10.60

R SUISSE



11 OCT. 2023

