

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 7501, 1002 Lausanne,

contre

la décision de la FINMA du 6 octobre 2023 suite à la demande de constatation de la non-applicabilité de l'art. 51a OBA-FINMA à ses activités

Table des matières

I.	Vue d'ensemble.....	3
II.	Faits.....	4
III.	Recevabilité.....	6
1.	« DÉCISION ATTAQUÉE » ET AUTORITÉ DE RECOURS COMPÉTENTE.....	6
2.	QUALITÉ POUR RECOURIR.....	7
3.	DÉLAI POUR RECOURIR.....	9
4.	FORME.....	9
IV.	Violation de l'art. 18 al. 1 lit. c LBA - Compétence de la FINMA.....	10
V.	Sur le plan matériel : violation de la légalité, de l'égalité et de la proportionnalité.....	13
1.	Non-applicabilité du Titre 5 de l'OBA-FINMA à la Recourante, d'où le non-assujettissement à l'art. 51a al. 1 ^{bis} OBA-FINMA.....	13
2.	Violation du principe de la légalité – principe de la base légale.....	17
3.	Violation de la garantie constitutionnelle de la liberté économique (art. 27 Cst. féd.).....	20
3.	Violation de la garantie constitutionnelle de l'égalité de traitement (art. 8 Cst. féd.).....	23
4.	Défaut de la procédure de consultation.....	25
VI.	Requête de jonction de causes.....	32
VII.	Mesures d'instruction.....	33
VIII.	Conclusions.....	34

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, elle exploite des distributeurs automatiques de cryptomonnaies.

Dans le cadre de la mise en œuvre de nouvelles dispositions de mesures de diligence des intermédiaires financiers dans l'OBA-FINMA, la FINMA a indiqué dans un rapport daté du 27 octobre 2022, que les distributeurs de cryptomonnaies devaient particulièrement être visés par une nouvelle disposition – l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA – leur imposant des contrôles proactifs visant à empêcher des opérations de change d'une valeur de plus de CHF 1'000.- dans un délai de trente jours.

Cette nouvelle disposition, qui ne respecte pas le principe de la légalité selon l'analyse exposée par la Recourante, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Quoi qu'il en soit, le texte de l'ordonnance ne peut avoir qu'un champ d'application restreint, puisque le Titre 5 de l'OBA-FINMA, qui contient l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA vise uniquement les intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} et d^{quater} LBA. Or, la Recourante est un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA et non au sens des dispositions précitées, de sorte qu'elle n'est pas visée par le texte. D'ailleurs, l'OBA-FINMA s'applique aux seuls intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a à d et d^{quater} LBA (art. 17 al. 1 let. a LBA et art. 3 al. 1 OBA-FINMA).

En transposant la nouvelle disposition dans son règlement, l'Organisme d'autorégulation VQF (ci-après : « OAR VQF ») a, contrairement au champ d'application restreint de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA, étendu l'application de cette nouvelle disposition à tous les intermédiaires financiers par le truchement de l'art. 24^{bis} de son nouveau Règlement (entré en vigueur au 1^{er} avril 2023).

La FINMA a approuvé le règlement de l'OAR VQF quand bien même la nouvelle disposition transposée dans le règlement OAR a un champ d'application plus étendu que l'OBA-FINMA en visant l'ensemble des intermédiaires financiers – et donc la Recourante en sa qualité de fournisseurs de services avec des distributeurs de monnaies virtuelles – alors que tel n'est pas le cas dans l'OBA-FINMA.

Les exigences imposées par l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA modifient l'exercice de l'activité économique exercée par la Recourante et initialement prévue par elle, au point de constituer une entrave dans son activité économique. La mise en œuvre

des vérifications requises nécessite une redéfinition de la structure de l'activité de la Recourante et d'effectuer des investissements massifs.

La FINMA a refusé de statuer afin de formellement constater que la Recourante n'est pas visée par l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA alors qu'elle est manifestement compétente pour constater le champ d'application des dispositions se trouvant dans sa propre ordonnance et qu'elle est dès lors compétente pour examiner la légalité du règlement de l'OAR VQF - autant au moment de son approbation que lorsqu'il apparaît qu'un tel examen est nécessaire - et lorsqu'un besoin de constatation juridique concret en découle, un administré (ici : la Recourante) étant considéré (à tort) comme visé par une norme du fait même du comportement de la FINMA. En l'espèce, comme on a pu le démontrer et comme les mesures d'instruction le corroboreront encore davantage, la source de la prétention d'application de la norme 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.

Parmi les griefs, on relèvera encore le processus législatif non conforme aux règles et le fait que la FINMA n'a pas respecté - en ignorant le résultat de la procédure de consultation et les explications fournies par les participants - les principes juridiques d'égalité et de proportionnalité.

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 est affiliée auprès de l'organisme d'auto-régulation (ci-après : OAR) *VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen*, à Zoug (ci-après : VQF).
- 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).
- ⁴ Dans un rapport daté du 27 octobre 2022 (**Pièce 1**) concernant la mise en œuvre de nouvelles dispositions de l'OBA-FINMA, la FINMA a indiqué que l'art. 51a al. 1^{bis} de l'OBA-FINMA s'applique « *en particulier aux distributeurs automatiques* », soit aux distributeurs de monnaies virtuelles, imposant notamment des contrôles

proactifs visant à empêcher des opérations de change d'une valeur de plus de CHF 1'000.- dans un délai de trente jours.

5 Le 1^{er} janvier 2023, l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA est entré en vigueur et s'inscrit dans le Titre 5 de l'OBA-FINMA.

6 Le Titre 5 de l'OBA-FINMA vise uniquement les intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} et d^{quater} LBA, soit les gestionnaires de fortunes et les trustees, ainsi que les systèmes de négociation pour les valeurs mobilières fondées sur la TRD. Les distributeurs de cryptomonnaies virtuelles – dont la Recourante – ne sont ainsi pas visés par le champ d'application des personnes devant respecter la mesure prise par l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA.

7 La prise de position de la FINMA dans son rapport du 27 octobre 2022 est ainsi en contradiction avec le champ d'application Titre 5 de l'OBA-FINMA.

8 En s'écartant du champ d'application limité du Titre 5 de l'OBA-FINMA, l'OAR VQF a modifié son règlement (**Pièce 2**), notamment son art. 24^{bis}, en imposant à tous les intermédiaires financiers le devoir de respecter l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA.

9 L'OAR VQF a étendu le champ d'application de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA dans son règlement (à tous les intermédiaires financiers), dans le but de respecter la position de la FINMA énoncée dans son rapport du 27 octobre 2022.

10 L'OAR VQF a d'ailleurs indiqué à la Recourante qu'elle n'avait pas de marge de manœuvre et qu'elle a dû retranscrire les obligations de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA (**Pièce 3**).

11 Le règlement de l'OAR VQF a été accepté par la FINMA le 23 mars 2023 et est entré en vigueur au 1^{er} avril 2023 (**Pièce 2**).

12 Par courrier du 17 février 2023 (**Pièce 4**), en faisant valoir un intérêt juridique digne de protection, Bity SA a demandé à la FINMA de constater que l'art. 51a de l'OBA-FINMA, partie du Titre 5, ne s'appliquait pas à elle.

13 L'objectif poursuivi par Bity SA consistait à clarifier l'insécurité juridique créée par la FINMA – qui déclare 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 – afin de s'en prémunir auprès de l'OAR VQF et ne pas être soumise à l'art. 24^{bis} qui reprend l'art. 51a de l'OBA-FINMA.

14 A la suite de sa deuxième, puis troisième requête auprès de la FINMA (**Pièces 5 et 6**), et cinq mois après sa première requête, Bity SA a déposé, le 19 juillet 2023, un recours pour déni de justice face au comportement concret de la FINMA consistant

à persister à ne pas rendre de décision, alors même que depuis le 1^{er} avril 2023 déjà, le refus de constater la situation juridique correcte avait des conséquences concrètes préjudiciables et lourdes (**Pièce 7**).

¹⁵ Par décision datée du 6 octobre 2023, notifiée le 11 octobre 2023 au plus tôt (**Pièce 8**), soit un jour avant que la FINMA remette sa détermination au Tribunal de céans dans le cadre du recours précité, la FINMA a rendu la décision attaquée, déniait sa compétence et déclarant irrecevable la demande formulée par Bity SA le 17 février 2023, réitérées plusieurs fois, dont le 2 juin 2023.

III. Recevabilité

1. « Décision attaquée » et autorité de recours compétente

¹⁶ 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.

¹⁷ 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).

¹⁸ En vertu de l'art. 31 LTAF, le TAF connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA.

¹⁹ La décision – d'irrecevabilité – attaquée, dont l'objet de la demande était de constater des droits et obligations, est manifestement une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. c PA.

²⁰ 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).

²¹ 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).

²² 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).

²³ 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

²⁴ 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.

²⁵ En application de l'art. 5 et 25 PA et conformément 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, la Recourante a un intérêt digne de protection et actuel au constat que la FINMA est compétente pour constater de l'absence d'application de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA à ses activités avec des distributeurs automatiques de cryptomonnaies.
- 30 Tout d'abord, l'assujettissement de la Recourante à cette disposition par l'application du règlement de l'OAR auquel elle est affiliée – lequel ne fait que reproduire l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA – a abouti à étendre à la Recourante l'application d'une norme, dont, de par son texte, le champ d'application exclut la Recourante. Très concrètement, cela revient à imposer à la Recourante des exigences qui ne reposent sur aucune base légale, donc 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.]).
- 31 Ensuite, les exigences imposées par l'art. 51a OBA-FINMA – qui ne doit pas s'appliquer à la Recourante – 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.). La mise en œuvre des vérifications imposées à l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA engendre des modifications substantielles dans l'organisation des activités économiques de la Recourante – qui pourraient déboucher sur l'abandon des services de distributeurs automatiques de cryptomonnaies – et nécessite qu'elle effectue continuellement des investissements massifs pour tenter de se conformer aux nouvelles exigences. Les enjeux liés à la constatation du non-assujettissement de ses activités sont donc primordiaux pour la Recourante.
- 32 Partant, l'intérêt digne de protection de la Recourante à obtenir une constatation de son non-assujettissement à l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA est donné, au-delà de la question de principe de l'application de la loi, au vu des conséquences économiques qu'un tel assujettissement aurait sur la Recourante. En effet, les exigences prescrites par cette disposition représentent un coût substantiel pour la Recourante, qu'elle ne devrait pas devoir subir du fait de l'absence de base légale l'y contraignant.
- 33 Au vu de ce qui précède, la Recourante a un droit à obtenir une décision en constatation. La Recourante est incontestablement lésée par le refus de la FINMA de statuer qui s'est déclarée incompétente pour le faire. 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

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

35 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.

36 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).

37 En l'occurrence, la décision attaquée a été rendue par la FINMA dans un document daté du 6 octobre 2023 et a été notifiée le 11 octobre 2023 (**Pièce 8**).

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

4. Forme

39 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.

40 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. Violation de l'art. 18 al. 1 lit. c LBA - Compétence de la FINMA

⁴¹ 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). La FINMA soutient qu'« elle n'a pas de compétence pour préciser ou faire appliquer les devoirs de diligence directement à un membre d'un OAR » (ch. 18 de la décision attaquée).

⁴² Or, la requête de Bity SA ne porte aucunement sur sa « soumission » ou son « assujettissement » à la surveillance de la FINMA, ce qui est au demeurant le cas de manière indirecte, ou sur une décision s'agissant de ses activités soumises ou non à surveillance ou encore sur ses relations de droit privé avec son OAR. La requête de Bity SA porte bien au contraire sur la légalité d'une disposition légale adoptée par la FINMA ainsi que sur la clarification d'une situation juridique incertaine découlant des agissements et des contradictions de la FINMA qui :

- a. a indiqué dans un rapport du 27 octobre 2022 que les distributeurs de monnaies virtuels devaient être visés par l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA ;
- b. a cependant écarté les distributeurs de monnaies virtuels du champ d'application de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA ;
- c. a finalement approuvé le règlement de l'OAR VQF, notamment son art. 24^{bis}, en imposant à tous les intermédiaires financiers, y compris les distributeurs de monnaies virtuelles, le devoir de respecter l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA.

⁴³ 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 voie d'ordonnance par la FINMA 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Selon l'art. 18 al. 1 lit. d LBA, la FINMA « veille à ce que les organismes d'autorégulation fassent appliquer ces règlements ».

- ⁴⁶ Il découle ainsi du rôle de la FINMA en rapport avec l'activité et les réglementations adoptées par les OAR, soumis à son approbation, que la FINMA veille à une application uniforme du droit relatif au respect des mesures de diligence des intermédiaires financiers et est ainsi compétente pour statuer en constatation. Elle doit constater si un règlement n'est pas conforme au droit. Elle doit notamment constater si les normes contenant de nouvelles obligations restreignant la liberté économique contenues dans sa propre ordonnance sont dépourvues de base légale formelle. 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 la disposition d'un règlement seraient contraire aux principes constitutionnels (dont le principe de la légalité) et aux garanties fondamentales (dont la liberté économique, l'égalité et la proportionnalité). Aucune autre entité ne le fera, en particulier pas les OAR, de sorte que c'est à la FINMA qu'il revient de prendre des décisions constatant l'absence de base légale d'une réglementation comme un règlement OAR ou l'OBA-FINMA qui fonde celui-ci.
- ⁴⁷ En résumé, en ceci qu'elle édicte les dispositions légales que les intermédiaires financiers devront respecter, puis approuve ou refuse les règlements pris par les OAR qui seront appliqués aux intermédiaires financiers, et finalement veille à ce que les OAR fassent appliquer ces règlements aux intermédiaires financiers, la FINMA régit l'activité des intermédiaires financiers et des OAR ; ce n'est qu'elle qui peut concrètement constater l'applicabilité (soit la non-applicabilité) d'une norme, ce qui est le cas en l'espèce, et c'est la seule qui peut rendre une décision soumise à la PA.
- ⁴⁸ En l'espèce, la FINMA a modifié l'art. 51a OBA-FINMA, modification entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2023. Les OAR, dont VQF, ont ensuite procédé à des modifications de leur règlement, en le soumettant à la FINMA pour approbation avant son entrée en vigueur.
- ⁴⁹ Au vu de ce qui précède, le nouvel art. 51a OBA-FINMA ayant trait à des entités affiliées aux OAR, la FINMA ne peut se retrancher derrière le fait qu'elles sont - en plus d'être soumises partiellement ou totalement à l'OBA-FINMA - sujettes au règlement d'un OAR pour refuser de rendre une décision constatatoire sur la légalité de l'art. 51a OBA-FINMA et son application à la Recourante, quand bien même cette dernière serait indirecte.
- ⁵⁰ Ensuite, il ne fait en effet aucun doute que l'OAR VQF a édicté son règlement sur la base de la position de la FINMA sans aucune marge de manœuvre. L'OAR VQF l'a d'ailleurs confirmé dans ses interactions avec la Recourante, qu'il n'avait aucune marge de manœuvre pour s'écarter du texte de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA.

L'OAR VQF a ainsi simplement transposé l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA dans son règlement à l'art. 24^{bis}. L'OAR rejette et rejettera ainsi 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).

51 Ainsi, il ne s'agit pas d'une question de droit privé entre un OAR et un de ses membres. L'OAR n'est non seulement pas en mesure de constater le caractère illicite de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA, mais n'est pas non plus en mesure de limiter le champ d'application de la transposition dans son règlement de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA sans que la FINMA ne l'approuve.

52 Partant, la seule entité qui peut apporter la nécessaire sécurité juridique est l'autorité de surveillance de l'OAR (art. 18 al. 1 lit. b, c et d LBA [*« Dans le cadre de la surveillance des intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 3, la FINMA assume les tâches suivantes : [...] b. elle surveille les organismes d'autorégulation; c. elle approuve les règlements édictés par les organismes d'autorégulation (art. 25) et les modifications qui y sont apportées ; elle veille à ce que les organismes d'autorégulation fassent appliquer ces règlements »*]), auteur de la norme contestée, qu'aucun OAR ne va remettre en question.

53 A cela s'ajoute que 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 (GRODECKI Stéphane in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 12. ; ZUFFEREY Jean-Baptiste in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 12.).

54 En revanche, le TF considère que l'instauration de nouvelles obligations doit, préalablement, passer par une modification législative (ATF 143 II 162, c. 3.). Une base légale formelle est nécessaire chaque fois que les règlements d'OAR créent de nouvelles obligations ayant une portée importante (ZUFFEREY Jean-Baptiste in Commentaire Romand de la Loi sur le blanchiment d'argent *ad* art. 18 LBA N 12.).

55 En l'espèce, dans sa transposition de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA à son article 24^{bis} de son règlement, l'OAR VQF étend le champ d'application de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA en soumettant tous les intermédiaires financiers à cette disposition. Or, seuls les intermédiaires financiers visés par l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} et d^{quater} LBA, soit les gestionnaires de fortunes et les trustees, ainsi que les systèmes de négociation pour les valeurs mobilières fondées sur la TRD, excluant ainsi les distributeurs de monnaies virtuelles, sont soumis à l'art. 51a al. 1^{bis} dans l'OBA-FINMA. Partant, la soumission à tous les intermédiaires financiers à l'art. 51a al.

1^{bis} OBA-FINMA créant de nouvelles obligations ayant une portée importante, doit figurer dans une base légale formelle et la FINMA ne pouvait pas autoriser l'OAR VQF à prendre une telle disposition. Il appartient à la FINMA de surveiller les règlements des OAR et leur application, de sorte qu'elle est aussi compétente pour faire modifier les règlements des OAR et constater que Bity SA n'est pas soumise à l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA.

56 Force est donc de constater que la FINMA est bel et bien l'autorité habilitée à rendre une décision et qu'il existe un intérêt légitime à ce que la FINMA rende une décision de constatation.

V. Sur le plan matériel : violation de la légalité, de l'égalité et de la proportionnalité

1. Non-applicabilité du Titre 5 de l'OBA-FINMA à la Recourante, d'où le non-assujettissement à l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA

57 La FINMA a modifié l'OBA-FINMA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023, dont l'art. 51a OBA-FINMA relatif aux opérations avec des monnaies virtuelles.

58 Conformément à l'art. 43a OBA-FINMA, le titre 5 de l'OBA-FINMA s'applique aux personnes au sens de l'art. 1b LB et aux intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} et d^{quarter} LBA.

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

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

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

61 Selon l'art. 6 al. 1 de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 30 avril 2014 sur les banques et les caisses d'épargne (Ordonnance sur les banques [OB ; RS 952.02]), agit à titre professionnel au sens de la LB celui qui (a) accepte sur une longue période plus de 20 dépôts du public ou cryptoactifs en dépôt collectif, ou (b) fait

appel au public pour obtenir des dépôts ou cryptoactifs en dépôt collectif, même s'il obtient par la suite moins de 20 dépôts du public ou cryptoactifs.

⁶² En l'occurrence, la Recourante offre à ses clients la possibilité d'effectuer des opérations de change avec des cryptomonnaies (FIAT-crypto, crypto-FIAT, et crypto-crypto). Elle est un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 lit. b et c LBA.

⁶³ La Recourante met également à disposition du public des distributeurs permettant d'acheter ou de vendre des cryptomonnaies, avec une limite de CHF 1'000.- par transaction, de manière simple, rapide et sécurisée avec des francs suisses (CHF) ou des euros (EUR) en appliquant une technique permettant d'assurer qu'une relation juridique bipartite soit formée.

⁶⁴ La Recourante n'accepte pas de dépôt du public à titre professionnel.

⁶⁵ Au vu de ce qui précède, la Recourante ne fait pas partie de la catégorie des « *personnes au sens de l'art. 1b LB* », puisque sa situation ne correspond à celles visées par cette disposition.

1.2 La recourante n'est pas un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 lit. a^{bis} LBA

⁶⁶ Conformément à l'art. 2 al. 2 lit. a^{bis} LBA, sont réputés intermédiaires financiers: les gestionnaires de fortune et les trustees mentionnés à l'art. 2 al. 1 let. a et b de la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin ; RS 954.1).

⁶⁷ Selon l'art. 2 al. 1 let. a et b LEFin, au sens de cette dernière, on entend par établissements financiers, quelle que soit leur forme juridique: les gestionnaires de fortune (art. 17 al. 1) et les trustees (art. 17 al. 2)

⁶⁸ En vertu de l'art. 17 al. 1 LEFin, est réputé gestionnaire de fortune « *quiconque peut, sur la base d'un mandat, disposer à titre professionnel, au nom et pour le compte de clients, de leurs valeurs patrimoniales au sens de l'art. 3, let. c, ch. 1 à 4 LSFIn* » (les soussignés soulignent).

⁶⁹ L'art. 17 al. 2 LEFin définit le trustee comme étant « *quiconque, à titre professionnel, gère un patrimoine distinct ou en dispose en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sur la base de l'acte constitutif d'un trust au sens de la Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* » (les soussignés soulignent).

⁷⁰ Au sens de l'art. 19 al. 1 de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 6 novembre 2019 sur les établissements financiers (OEFin ; RS 954.11), les gestionnaires de fortune

et les trustees exercent leur activité à titre professionnel et au sens du droit sur le blanchiment d'argent lorsque : (a) ils en tirent un produit brut de plus de 50 000 francs par année civile, (b) ils établissent des relations d'affaires ne se limitant pas à une activité unique avec plus de 20 cocontractants par année civile ou entretiennent au moins 20 relations de ce type par année civile, ou (c) ils ont un pouvoir de disposition de durée indéterminée sur des valeurs patrimoniales de tiers dont le montant dépasse 5 millions de francs à un moment donné.

⁷¹ En vertu de l'art. 3 lit. c ch. 1 à 4 de la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (LSFin ; RS 950.1), il est entendu par services financiers : les prestations suivantes fournies aux clients : (ch. 1) l'acquisition ou l'aliénation d'instruments financiers, (ch. 2) la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers, (ch. 3) la gestion d'instruments financiers (gestion de fortune), (ch. 4) l'émission de recommandations personnalisées concernant des opérations sur instruments financiers (conseil en placement).

⁷² En l'espèce, la Recourante offre à ses clients la possibilité d'effectuer des opérations de change avec des cryptomonnaies (FIAT-crypto, crypto-FIAT, et crypto-crypto). Elle met également à disposition du public des distributeurs permettant d'acheter ou de vendre des cryptomonnaies. La Recourante ne mène pas d'activité dans lesquelles elle disposerait sur la base d'un mandat, au nom et pour le compte de clients, de valeurs patrimoniales. La Recourante ne gère pas non plus un patrimoine distinct ou ne dispose pas d'un patrimoine en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sur la base de l'acte constitutif d'un trust.

⁷³ Au vu de ce qui précède, la Recourante n'est ni un gestionnaire de fortune ni un trustee. Par conséquent, elle n'est pas un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 lit. a^{bis} LBA.

1.3 La recourante n'est pas un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 lit. d^{quater} LBA

⁷⁴ Conformément à l'art. 2 al. 2 lit. d^{quater} LBA, sont réputés intermédiaires financiers : les systèmes de négociation pour les valeurs mobilières fondées sur la Technologie des registre distribués (TRD) (systèmes de négociation fondés sur la TRD) au sens de l'art. 73a Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers [LIMF ; RS 958.1]).

⁷⁵ Selon l'art. 73a al. 1 LIMF, est réputé système de négociation fondé sur la TRD une organisation exploitée à titre professionnel destinée à la négociation multilatérale de valeurs mobilières fondées sur la TRD, visant l'échange simultané d'offres entre

plusieurs participants ainsi que la conclusion de contrats selon des règles non discrétionnaires, et remplissant au moins une des conditions suivantes :

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

⁷⁶ En vertu de l'art. 73a al. 2 LIMF, est considérée comme exercée à titre professionnel toute activité économique indépendante exercée en vue d'obtenir un revenu régulier.

⁷⁷ Au sens de l'art. 2 lit. b LIMF, sont des « valeurs mobilières » : « les papiers-valeurs, les droits-valeurs (en particulier les droits-valeurs simples au sens de l'art. 973c du code des obligations (CO) et les droits-valeurs inscrits au sens de l'art. 973d CO), les dérivés et les titres intermédiés qui sont standardisés et susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché ».

⁷⁸ Selon l'art. 2 lit. b^{bis} LIMF, sont des « valeurs mobilières fondées sur la TRD » : les valeurs mobilières sous forme de droits-valeurs inscrits (art. 973d CO), ou d'autres droits-valeurs qui sont détenus dans des registres électroniques distribués et qui, au moyen de procédés techniques, donnent aux créanciers, mais non au débiteur, le pouvoir de disposer de leurs droits.

⁷⁹ En l'espèce, la Recourante offre à ses clients la possibilité d'effectuer des opérations de change avec des cryptomonnaies (FIAT-crypto, crypto-FIAT, et crypto-crypto).

⁸⁰ La Recourante met également à disposition du public des distributeurs permettant d'acheter ou de vendre des cryptomonnaies, de manière simple, rapide et sécurisée avec des francs suisses (CHF) ou des euros (EUR) en appliquant une méthode technique permettant d'assurer qu'une relation juridique bipartite soit formée.

⁸¹ La Recourante fait du négoce de cryptomonnaies (Bitcoin, Ether, Monero, Litecoins, USDT, NYM et ICP), dont il est reconnu qu'elles ne sont pas des valeurs mobilières (vu la référence aux droits-valeurs pour définir les valeurs mobilières, BOVET/BACHARACH, Commentaire romand *ad* art. 2 LBA [Bâle 2022], N 58).

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

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

83 En l'occurrence, les distributeurs de cryptomonnaies que la Recourante exploite ne font pas le négoce de valeurs mobilières (conformément à l'art. 73a LIMF ; cf. ci-dessus) mais uniquement de cryptomonnaies qui sont de purs moyens de paiement (« jetons de paiement natifs », ne conférant pas de droit), et ne sont ainsi pas considérés comme des systèmes de négociation pour les valeurs mobilières fondées sur la TRD.

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

85 Partant, il doit être constaté que la FINMA viole le droit fédéral lorsque – malgré la systématique de son ordonnance – elle considère et conduit les OAR à considérer que tout intermédiaire financier et détenteur de distributeurs de cryptomonnaies est soumis aux dispositions du titre 5 de l'OBA-FINMA, et en particulier à l'art. 51a OBA-FINMA.

2. Violation du principe de la légalité - principe de la base légale

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

87 Si une ordonnance contient d'autres dispositions que ce genre de précisions, elle est une ordonnance de substitution (MOOR Pierre, Commentaire romand *ad* art. 182 Cst. féd., Bâle, 2021, N 13-15). Les dispositions d'une ordonnance peuvent relever tant de l'exécution que de la substitution (auquel cas on parlera d'ordonnances mixtes [MOOR Pierre, FLÜCKIGER Yves, MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I, 3^e éd., 2012, p. 257]). En tous les cas, l'exigence de la densité

normative, même partagée, requiert un certain fondement de la règle dans une loi au sens formel.

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

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

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

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

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

b. Conformité de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA par rapport à l'art. 17 al. 1 lit. a LBA

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

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

94 En d'autres termes, l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA impose à l'intermédiaire financier de prendre des mesures préventives et techniques qui ont un effet directement prohibitif.

95 Au vu de ce qui précède, la FINMA a dépassé ses tâches législatives en édictant une nouvelle disposition qui étend considérablement le champ d'application de la LBA et restreint les droits des administrés, alors que jusque-là les obligations des

intermédiaires financiers étaient limitées à surveiller les transactions et les opérations sur le point d'aboutir. L'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA est ainsi manifestement une disposition d'une ordonnance de substitution qui ne trouve pas son fondement dans l'art. 17 al. 1 lit. a LBA.

⁹⁶ Par conséquent, l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA ne respecte pas le principe de légalité et viole l'art. 17 al. 1 lit. a LBA.

c. Conformité de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA par rapport à l'art. 7 al. 2 LFINMA

⁹⁷ 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. »

⁹⁸ Conformément à l'art. 5 al. 1 Ordonnance FINMA « [l]orsque la FINMA est habilitée à édicter des dispositions fixant des règles de droit, elle le fait par voie d'ordonnance. Sauf disposition contraire, une compétence législative se limite à l'édition de dispositions de nature technique et d'importance secondaire ».

⁹⁹ En vertu de l'art. 5 al. 2 de l'Ordonnance FINMA « [l]a FINMA peut, au moyen de circulaires, clarifier la manière dont elle applique la législation sur les marchés financiers dans son activité de surveillance. Les circulaires servent exclusivement à l'application du droit et ne peuvent pas contenir de dispositions fixant des règles de droit (art. 7 LFINMA) ».

¹⁰⁰ Conformément à l'art. 4 LFINMA, « [l]a surveillance des marchés financiers a pour but de protéger, conformément aux lois sur les marchés financiers, les créanciers, les investisseurs et les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers. Elle contribue ce faisant à améliorer la réputation, la compétitivité et la viabilité de la place financière suisse ».

¹⁰¹ Le Rapport sur les résultats de l'audition du 8 mars au 10 mai 2022 concernant le projet de révision partielle de l'OBA-FINMA du 27 octobre 2022 en page 16 (**Pièce 1**), mentionne que « [l]a proposition de limiter le champ d'application du nouvel art. 51a al. 1^{bis} nOBA-FINMA à la distribution physique des monnaies virtuelles (achat, vente et change de cryptomonnaies, en particulier aux distributeurs automatiques) semble justifiée dans la perspective d'une approche fondée sur les risques avec concentration sur les risques les plus importants » (les soussignés soulignent).

¹⁰² La FINMA a créé un champ d'application large pour l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA au motif que la disposition devait être formulée « de manière plus ouverte sur l'avenir

et doit couvrir aussi d'autres instruments de paiement anonymes comme certaines cartes de prépaiement » (Rapport sur les résultats de l'audition du 8 mars au 10 mai 2022 concernant le projet de révision partielle de l'OBA-FINMA du 27 octobre 2022, p. 16. [Pièce 1]).

¹⁰³ Au vu de ce qui précède, la FINMA a prévu un champ d'application de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA très large pour couvrir à l'avenir, hypothétiquement, d'autres moyens de paiement – dont la définition n'est au demeurant pas circonscrite – alors que les buts visés par la surveillance ne le requièrent pas. En ne limitant pas le champ d'application de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA, la FINMA s'est écartée de sa mission législative définies par ce que requièrent les buts visés par la surveillance des marchés financiers.

¹⁰⁴ Par conséquent, en édictant l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA – et/ou en l'interprétant comme elle le fait –, la FINMA a outrepassé ses tâches législatives. L'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA ne respecte donc pas le principe de légalité et viole l'art. 7 al. 2 LFINMA.

3. Violation de la garantie constitutionnelle de la liberté économique (art. 27 Cst. féd.)

¹⁰⁵ 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).

¹⁰⁶ Le libre exercice comprend les moyens d'exercice d'une activité et des facteurs de production (MARTENET Vincent in Commentaire Romand de la Constitution fédérale, ad art. 27 N 51).

¹⁰⁷ 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 in Commentaire Romand de la Constitution fédérale ad art. 27 N 51).

¹⁰⁸ L'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA et l'art. 24^{bis} du règlement de l'OAR VQF imposent de nouvelles exigences à la Recourante dans le cadre de ses activités avec des distributeurs automatiques de cryptomonnaies.

¹⁰⁹ En cas de paiements en espèces ou d'acceptation d'autres instruments de paiement anonymes pour la vente ou l'achat de monnaies virtuelles, la Recourante doit – en se conformant à l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA – prendre des mesures techniques pour éviter que le seuil de 1'000 francs ne soit dépassé dans les 30 jours par des transactions liées entre elles.

- ¹¹⁰ Cette modification de l'OBA-FINMA et du règlement de l'OAR VQF engendre que la Recourante doive mettre en place un système complexe et très technique afin d'identifier les clients – par essence anonymes dans le monde des cryptomonnaies – de ses distributeurs automatiques de cryptomonnaies et de conserver un historique des transactions effectuées durant 30 jours. Ces modifications techniques sont extrêmement onéreuses pour un intermédiaire financier suisse notamment en raison du caractère décentralisé des flux de cryptomonnaies.
- ¹¹¹ Les frais engendrés par les démarches nécessaires à la mise en conformité des activités de la Recourante engendrent que celle-ci doive – à présent – assumer de lourdes charges financières. La Recourante réfléchit à remettre en question l'exploitation de ses distributeurs automatiques de cryptomonnaies en considérant que leur maintien ne serait plus susceptible d'être une activité bénéficiaire ; en agissant de la sorte, la Recourante abandonnerait un pan de ses activités.
- ¹¹² Dans ces circonstances, il apparaît que les exigences édictées par la FINMA et reprises par les OAR – dont l'OAR VQF – modifient l'exercice de l'activité économique de la Recourante et initialement prévue par elle, au point de constituer une entrave 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 doive repenser la structure de ses activités et effectuer des investissements massifs pour s'y conformer. Au vu de ce qui précède, les exigences émises par la FINMA et son comportement passif violent la liberté économique de la Recourante.
- ¹¹³ 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 ».
- ¹¹⁴ 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 in Commentaire Romand de la Constitution fédérale 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.
- ¹¹⁵ 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 in Commentaire Romand de la Constitution fédérale 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). Toutefois, la jurisprudence du TF dans laquelle les droits fondamentaux d'autrui sont pertinents sous l'angle de l'art. 36 al. 2 Cst. féd. est rare (MARTENET Vincent in Commentaire Romand de la Constitution fédéral ad art. 27 N 98).

¹¹⁶ Tout 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 in Commentaire Romand de la Constitution fédéral ad art. 27 N 99).

¹¹⁷ En l'espèce, la restriction imposée par la FINMA et, de ce fait, par l'OAR VQF qui suit ses instructions engendre – comme déjà mentionnée ci-dessus – de lourdes charges économiques pour la Recourante. Ces charges – manifestement – incompressibles pourraient engendrer que la Recourante soit contrainte – à court terme – d'abandonner son activité avec des distributeurs automatiques de cryptomonnaies. Les exigences émises par la FINMA et l'OAR VQF pourraient – à très court terme – engendrer que la Recourante décide d'abandonner une partie de son activité économique, elles doivent donc être qualifiées de restrictions graves à la liberté économique de la Recourante.

¹¹⁸ Dans ces circonstances, la FINMA ne peut fonder les exigences qu'elles imposent à la Recourante sur le seul art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA pour justifier une restriction à ses droits fondamentaux. Il en va de même pour l'art. 24^{bis} du règlement de l'OAR VQF qui est un règlement d'association – approuvé par la FINMA – soumis au principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. féd.), notamment au respect des droits fondamentaux.

¹¹⁹ Lors de ses travaux de rédaction, la FINMA n'a pas pris en compte le fait que cette nouvelle réglementation risque de faire disparaître un secteur d'activité chez certains intermédiaires financiers – dont la Recourante – alors que la part du blanchiment d'argent au moyen de distributeurs automatiques de cryptomonnaies n'est pas établie et est – de toute évidence – faible. Il doit donc être constaté que les exigences imposées par la FINMA dans l'OBA-FINMA et l'OAR VQF dans son règlement mettent en péril des activités de la Recourante et pourraient conduire à leur sacrifice ; ces exigences sont donc disproportionnées.

¹²⁰ Au vu de ce qui précède, les restrictions à l'activité de la Recourante n'étant pas fondées sur une base légale formelle et étant disproportionnées, il apparaît que la liberté économique de la Recourante a été restreinte d'une manière injustifiée. Partant, la FINMA (par l'instrument de l'OAR VQF interposé entre elle et la Recourante) a violé la liberté économique de la Recourante.

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

- ¹²¹ 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 in Commentaire Romand de la Constitution fédérale ad art. 8 N 15).
- ¹²² La loi doit respecter les exigences découlant de l'art. 8 al. 1 Cst. féd. (MARTENET Vincent in Commentaire Romand de la Constitution fédérale ad art. 8 N 18). 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. arrêt TF 8.6.2020, 1C_468/2019, c. 3 ; MARTENET Vincent in Commentaire Romand de la Constitution fédérale 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.).
- ¹²³ Il y a une violation du principe de l'égalité dans la loi garantie par l'art. 8 Cst. féd. lorsqu'une autorité, y compris législative, établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet 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 consid. 3.3.2 ; ATF 130 V 18 consid. 5.2). La question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes. Le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de ces principes (ATF 136 I 1 consid. 4.1 ; ATF 127 I 185 consid. 5).
- ¹²⁴ En l'occurrence, la Recourante exploite des distributeurs automatiques de cryptomonnaies. Les opérations menées avec des cryptomonnaies sont concernées par l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA qui prévoit que des mesures techniques doivent être mises en place en cas de paiements en espèces ou d'acceptation d'autres instruments de paiement anonymes pour la vente ou l'achat de monnaies virtuelles afin d'éviter que le seuil de CHF 1'000.- ne soit dépassé durant une période de 30 jours pour des transactions liées entre elles.
- ¹²⁵ Un intermédiaire financier « ordinaire » – en dehors de toute activité avec des transactions en monnaies virtuelles – doit vérifier l'identité du cocontractant lorsque les transactions atteignent ou excèdent la somme de CHF 5'000.- (art. 51 al. 1 let. a OBA-FINMA).

- ¹²⁶ Les intermédiaires sont traités différemment selon s'il exercent une activité avec des cryptomonnaies ou s'ils offrent des prestations dans le domaine des transactions d'argent. Ce traitement différencier 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 « ordinaires », les intermédiaires financiers actifs dans le domaine de la cryptomonnaies subissent donc une inégalité de traitement.
- ¹²⁷ 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).
- ¹²⁸ Sous l'angle de l'intérêt public, il a pu être observé dans la jurisprudence qu'en rapport avec l'exercice de la prostitution, ne sont autorisées que 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 ; arrêts TF du 4.5.2009, 2C_147/2009, c. 6.2; 25.8.2008 2C_357/2008, c. 4.1).
- ¹²⁹ 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 consid. 4.4.4 ; ATF 134 I 214 consid. 5.7).
- ¹³⁰ En l'espèce, comme décrit *supra* dans le cadre de l'analyse relative à la liberté économique, la Recourante subit des coûts élevés engendrés par les nouvelles exigences émises par la FINMA. Celles-ci engendrent qu'en étant traitée différemment des autres intermédiaires financiers « classiques », la Recourante subit une restriction grave de son droit à un traitement égalitaire garanti par l'art. 8 Cst. féd.
- ¹³¹ 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 l'OBA-FINMA qui n'est - manifestement - pas d'un rang législatif suffisant

pour permettre une restriction aux droits de la Recourante ; une base légale formelle aurait été nécessaire.

¹³² Par ailleurs, l'analyse du principe de la proportionnalité amène - là encore - à considérer que les mesures de la FINMA risquent fortement de conduire à un arrêt des activités de la Recourante en la matière. Les exigences émises par la FINMA ne sont pas proportionnées par rapport aux effets retirés et aux conséquences pour la Recourante engendrées par la mise en place de ces nouvelles exigences.

¹³³ 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 ceux qui sont restés plus traditionnels et qui ne proposent uniquement des services financiers au moyen des monnaies FIAT. Partant, en édictant l'OBA-FINMA, la FINMA a violé le principe de l'égalité de traitement.

4. Défaut de la procédure de consultation

¹³⁴ Une procédure de consultation dite externe, extérieure à l'administration fédérale et au « gouvernement », est essentielle pour le bon fonctionnement, sur le long terme, de nos institutions, et pour la pertinence du cadre normatif adopté (en ce sens, GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zurich, 2021, N 4059).

¹³⁵ La Constitution prévoit que « *les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés sont invités à se prononcer sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires* » (GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zurich, 2021, N 4060).

¹³⁶ Une fois que la phase de l'avant-projet a été clôturée, le projet législatif ou réglementaire doit être élaboré. « *Celui-ci se fonde sur les retours reçus durant la procédure de consultation interne et, surtout, ceux découlant de la procédure de consultation externe. Les objectifs poursuivis par cette procédure de consultation externe sont en effet élevés. La loi affirme à son sujet qu'elle permet de déterminer si un projet de la Confédération est matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accepté* » (GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zurich, 2021, N 4066).

¹³⁷ « *La tâche est dès lors relativement claire : l'office concerné - ou le département qui est à sa tête - doit adapter l'avant-projet afin de le transformer en projet législatif à proprement parler* » (GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zurich, 2021, N 4067).

¹³⁸ L'art. 8 al. 1 de l'Ordonnance FINMA prévoit que la FINMA informe le Département fédéral des Finances (DFF) et les milieux concernés dès le début et en toute

transparence de ses projets de réglementation et les associe de manière appropriée à la planification et à l'élaboration de la réglementation.

¹³⁹ L'art. 6 al. 1 de l'Ordonnance FINMA prévoit que dans le cadre de la consultation publique visée aux art. 10 et 11, la FINMA présente les raisons pour lesquelles il est nécessaire d'édicter une réglementation et décrit : (a) les risques qui seront couverts par le projet de réglementation ; (b) les bases légales concrètes du projet, ainsi que (c) la légalité et la proportionnalité du projet.

¹⁴⁰ Conformément à l'art. 10 al. 1 de l'Ordonnance FINMA, pour les ordonnances de grande portée au sens de la Loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (Loi sur la consultation [LCo ; RS 172.061]), la FINMA mène une procédure de consultation selon la LCo.

¹⁴¹ En vertu de l'art. 10 al. 2 de l'Ordonnance FINMA, pour les autres ordonnances et pour les circulaires, la FINMA procède à des auditions. L'art. 3 al. 2 LCo est réservé.

¹⁴² L'art. 3 al. 2 LCo indique qu'une consultation peut également être organisée pour les projets qui ne remplissent aucune des conditions prévues à l'art. 3 al. 1 LCo.

¹⁴³ Conformément à l'art. 11 al. 1 de l'Ordonnance FINMA, pour les ordonnances et les circulaires visées à l'art. 10 al. 2, les principes applicables sont les suivants : (a) le délai d'audition est de deux mois ; (b) si le projet ne souffre aucun retard, ce délai peut être raccourci à titre exceptionnel ; les motifs objectifs qui justifient un tel raccourcissement sont communiqués aux destinataires de l'audition.

¹⁴⁴ Selon l'art. 11 al. 2 de l'Ordonnance FINMA, le dossier commente le contenu et le but du projet de réglementation et expose la mesure dans laquelle le projet tient compte des principes de réglementation définis dans la présente section. L'analyse des effets visée à l'art. 7 de l'Ordonnance FINMA fait partie intégrante du dossier.

¹⁴⁵ L'art. 11 al. 4 de l'Ordonnance FINMA prévoit que les avis exprimés sont pondérés et évalués. Les résultats de la consultation publique sont résumés dans un rapport. Celui-ci doit être approuvé par le conseil d'administration de la FINMA.

¹⁴⁶ L'art. 11 al. 5 de l'Ordonnance FINMA indique que la FINMA publie, outre le dossier, les avis exprimés et le rapport de résultats.

¹⁴⁷ En vertu de l'art. 8 al. 2 de l'Ordonnance FINMA, la FINMA définit les modalités de la participation des milieux concernés dans ses directives relatives aux principes de réglementation visées à l'art. 7 al. 5 LFINMA.

- 148 Au sujet de la « Consultation publique », le chiffre 14 des Directives de la FINMA relatives à la réglementation des marchés financiers du 5 décembre 2019 (ci-après : « *Directives FINMA* ») prévoit que « *[e]n principe, la FINMA mène une consultation publique sur les projets de réglementation et donne en particulier aux milieux concernés et aux milieux intéressés l'opportunité de s'exprimer. Toute consultation éventuelle s'appuie sur les prescriptions de la loi sur la consultation. Les auditions sont réalisées selon les dispositions de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers. En plus des textes réglementaires, la FINMA publie un rapport explicatif dans lequel elle expose également les résultats des analyses des effets. Elle présente les prises de position reçues et les traite dans le rapport sur les résultats. À titre exceptionnel, il est possible de renoncer à une audition lorsque le droit supérieur ne laisse aucune marge de manœuvre et qu'aucun nouvel enseignement n'est dès lors attendu.* »
- 149 Concernant l'« Adoption », le chiffre 16 des Directives FINMA indique qu'« *[a]vant d'adopter une réglementation, la FINMA examine notamment les arguments présentés dans le cadre de l'audition, les questions de droit transitoire, ainsi que l'opportunité de projets pilotes, de phases de test, de limites dans le temps ou autres. Elle publie à temps les réglementations adoptées sur son site Internet* » (les soussignés soulignent).
- 150 En l'espèce, le 8 mars 2022, la FINMA a ouvert une procédure d'audition en vue de la modification de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA (**Pièce 1**). Cette audition s'est déroulée jusqu'au 10 mai 2022.
- 151 Lors de l'ouverture de la consultation, l'art. 51a al. 1^{bis} P-OBA-FINMA prévoyait « *[i]l prend des mesures techniques pour éviter que le seuil selon l'alinéa 1 ne soit dépassé dans les 30 jours par des transactions liées entre elles* » (**Pièce 9**).
- 152 La version finale de l'art. 51a al. 1^{bis} nOBA-FINMA après l'analyse des différents retours de l'audition prévoit désormais « *[e]n cas de paiements en espèces ou d'acceptation d'autres instruments de paiement anonymes pour la vente ou l'achat de monnaies virtuelles, il prend des mesures techniques pour éviter que le seuil selon l'al. 1 ne soit dépassé dans les 30 jours par des transactions liées entre elles* » (**Pièce 10**).
- 153 Les prises de position effectuées durant la consultation étaient négatives (FINMA, Révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent [OBA-FINMA], Rapport sur les résultats de l'audition du 8 mars au 10 mai 2022 concernant le projet de révision partielle de l'OBA-FINMA du 27 octobre 2022, p. 14).
- 154 En clair le rapport sur les résultats de l'audition indique ce qui suit :

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

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

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

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

Certains se demandaient si, parallèlement au critère des 30 jours, d’autres cas d’application pourraient être considérés comme ‘liés entre eux’.

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

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

Enfin, la proposition a été émise de limiter le champ d’application du nouvel art. 51a al. 1^{bis} nOBA-FINMA à la distribution physique des monnaies virtuelles (achat, vente et change de cryptomonnaies, en particulier aux distributeurs automatiques), car elle recèle les plus grands risques » (les soussignés soulignent ; FINMA, Révision partielle de l’ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d’argent [OBA-FINMA], Rapport sur les résultats de l’audition du 8 mars au 10 mai 2022 concernant le projet de révision partielle de l’OBA-FINMA du 27 octobre 2022, p. 14)

155 La Recourante a déposé une prise de position dans le cadre de l’audition menée par la FINMA (**Pièce 11**). Elle a conclu à l’abandon du projet de modification de l’art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA. Elle a notamment relevé que le projet de la FINMA était en contradiction avec le principe de la neutralité technologique que la FINMA prétend suivre (cf. chiffre 5 Directives FINMA).

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

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

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

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

160 Deuxièmement, la Recourante a relevé que la FINMA indiquait dans son rapport que « *[d]e nombreux indices démontrent que des distributeurs automatiques de*

monnaies virtuelles en Suisse ont été utilisés abusivement par certains réseaux criminels de trafic de drogue pour effectuer des opérations de paiement ». La Recourante a précisé que la FINMA faisait ainsi uniquement référence au fonctionnement des distributeurs automatiques des CFF opérés par la société Sweepay AG, en raison d'un article du Blick qui avait mis en lumière une potentielle problématique. À ce propos, la Recourante a relevé que les CFF n'avaient pas mis en place des mesures techniques visant à s'assurer que seules des opérations de change puissent être opérées sur les automates. La Recourante a spécifié que Sweepay AG avait depuis mis en œuvre des mesures techniques de sorte que les situations que souhaitait éviter la FINMA ne pouvaient désormais plus survenir. La Recourante en a conclu que l'achat de drogues au moyen de distributeurs de cryptomonnaies n'était plus possible étant donné que les distributeurs de cryptomonnaies des CFF ne faisaient plus que du change et ne permettaient désormais plus d'effectuer des paiements.

¹⁶¹ Actuellement, la Recourante considère toujours que le suivi des clients sur une période de 30 jours est techniquement problématique. Ce suivi nécessiterait que le client soit identifié lors de chaque connexion sur un distributeur automatique de cryptomonnaies. Or, dans le domaine de la finance décentralisée, les portefeuilles de cryptomonnaies (appelés couramment « *wallets* ») ne sont pas déposés auprès de la société qui propose des services de change – notamment par l'intermédiaire de distributeurs de cryptomonnaies. En outre, il n'existe pas de registre avec une indication nominative des détenteurs de cryptomonnaies.

¹⁶² La Recourante relève également qu'au vu des modifications conséquentes auxquelles les intermédiaires financiers – notamment actifs dans son domaine – doivent faire face à un rythme annuel, voire pluriannuel, ceux-ci n'arrivent plus à suivre et à s'adapter aux modifications législatives ou réglementaires souvent complexes et très pointues.

¹⁶³ Ce n'est pas la première fois que la FINMA ne respecte pas les procédures d'audition, en 2020 déjà, la FINMA prévoyant la modification de l'art. 51a OBA-FINMA (sans l'al. 1^{bis}) avait mené une procédure de consultation à laquelle la Recourante a pris part (**Pièce 12**). La modification prévoyait notamment une réduction à CHF 1'000.- de la valeur seuil pour l'obligation de vérification de l'identité des clients en cas d'opérations avec des monnaies virtuelles. Le résultat de la consultation sur l'art. 51a OBA-FINMA (FINMA, Dispositions d'exécution de la FINMA relatives à la LFin et à la LEFin, Rapport sur les résultats de l'audition qui a eu lieu du 7 février au 9 avril 2020, 4 novembre 2020, p. 31-32, consultable sur le site internet de la FINMA : <https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerung/en/laufende-anhoerungen/2020702-ausfuehrungsbestimmungen-zu-fidleg-und->

[finig/ab_finiv_finma_20201104_de.pdf?](https://www.finig.ab.finiv.finma.20201104.de.pdf?sc_lang=fr&hash=1B1D324A24ADAA6B160BECD48B36B7D4)

[sc_lang=fr&hash=1B1D324A24ADAA6B160BECD48B36B7D4](https://www.finig.ab.finiv.finma.20201104.de.pdf?sc_lang=fr&hash=1B1D324A24ADAA6B160BECD48B36B7D4)) est mitigé, une grande partie des acteurs du marché désapprouvent la modification, seuls quelques participants ont un avis neutre ou font une proposition différente.

¹⁶⁴ À la suite de l'adoption de cette modification légale, l'OAR VQF a modifié son règlement qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021 (l'art. 51a OBA-FINMA étant entré en vigueur au 1^{er} janvier 2021) après avoir été approuvé par la FINMA le 17 décembre 2020. Les nouvelles exigences émises à la suite de cette modification de l'OBA-FINMA se sont alors appliquées directement à la Recourante alors qu'elle n'entraînait pas dans le champ d'application du Titre 5 de l'OBA-FINMA.

¹⁶⁵ Encore plus grave, en 2021, la FINMA s'était contentée d'envoyer un simple courriel aux OAR afin de leur indiquer qu'elle considérait que la limite des CHF 1'000.- pour l'exemption d'identification des clients, devait se calculer sur 30 jours (**Pièces 13 et 14**) au lieu d'une journée. Cette modification considérable des pratiques a généré une large désapprobation des acteurs du marché – dont la Recourante – qui l'ont fait savoir à leur OAR VQF (**Pièce 14**).

¹⁶⁶ Au vu de ce qui précède, au moment de la rédaction de la version définitive de l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA, la FINMA n'a pas respecté les résultats de la procédure d'audition qu'elle avait mise en place et les avis négatifs qui avaient été donnés par les acteurs du marché. Elle n'a fait que de spécifier la disposition précisément dans le sens de l'application critiquée par les participants à la procédure d'audition. Par conséquent, l'absence de prise en compte du résultat de la procédure d'audition est fondamentalement contraire à l'art. 11 al. 4 de l'Ordonnance FINMA et aux principes qui régissent les procédures de consultation ou d'audition.

VI. Requête de jonction de causes

¹⁶⁷ Le principe d'économie de procédure commande que l'autorité administrative qui est de plusieurs requêtes individuelles de les joindre (BOVAY Benoit, *Procédure administrative*, 2^{ème} édition, Stämpfli, 2015, p. 218).

¹⁶⁸ La décision de joindre des causes en droit administratif procède de l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge, qui est large en la matière. Le fait qu'il eût été également concevable de renoncer à joindre les causes n'emporte, à lui seul, aucun abus ou excès du pouvoir d'appréciation (cf. arrêt du TF 2C_850/2014 du 10 juin 2016 consid. 11.3). La décision de jonction des causes peut être ordonnée à tout stade de la procédure (cf. arrêt TF 17.4.2019, 2C_875/2018, consid. 2.1 ; arrêt TF 10.6.2016, 2C_850/2014, consid. 11.1 ; arrêt TAF 27.2.2023, A-3688/2022, consid. 3.1). Elle se justifie notamment lorsque les causes concernent le même

complexe de faits ou soulèvent les mêmes questions juridiques (art. 24 al. 2 de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale [PCF, RS 273], applicable par renvoi de l'art. 4 PA). Selon la pratique du TAF, tel est généralement le cas lorsque plusieurs recours sont formés contre une seule et même décision ; la jonction des causes est, du reste, prononcée en principe à un stade peu avancé de l'instruction, avant que le Tribunal n'invite l'autorité inférieure et les autres parties à présenter leur réponse (cf. art. 57 al. 1 PA).

¹⁶⁹ En l'espèce, le présent recours porte sur la décision d'irrecevabilité prononcée par la FINMA le 6 octobre 2023. Le recours déposé par la Recourante dans l'affaire B-4024/2023 le 18 juillet 2023 concerne la même affaire et a été déposé à un stade précédent de la procédure, respectivement avant que la FINMA ne rende sa décision sujette au présent recours. Dans son recours du 18 juillet 2023, la Recourante avait formé des conclusions au fond, lesquelles ont ainsi anticipé le présent recours. Par ailleurs, il apparaît que l'instruction dans le cadre de la procédure B-4024/2023 est encore à un stade peu avancé de l'instruction, étant donné que la FINMA s'est contentée pour l'instant d'indiquer qu'elle serait formellement incompétente.

¹⁷⁰ Dans ces circonstances, il apparaît que les deux causes peuvent être jointes car elles concernent le même complexe de faits et soulèvent les mêmes questions juridiques. En détails, la présente cause concerne le refus de la FINMA de statuer car elle se dit incompétente et la précédente cause (TAF B/4024/2023) concerne un recours formé pour déni de justice alors que la FINMA tardait à statuer tout en refusant de statuer car elle se disait incompétente. Dans les deux causes relatives relevant des mêmes faits, la FINMA se dit incompétente pour rendre la décision en constatation demandée par la Recourante.

¹⁷¹ Dans ces circonstances, il apparaît que la présente procédure doit être jointe à la cause B-4024/2023.

VII. Mesures d'instruction

¹⁷² Il semble résulter de l'élaboration des nouvelles dispositions dont l'interprétation que fait la FINMA est contestée par la Recourante que le problème qui était objectivement à traiter consistait dans les automates des CFF. Le traitement qui a été effectué par la FINMA change complètement d'objectif. Les CFF étant une entreprise publique, la Recourante requiert la production de toute correspondance entre la FINMA et les CFF ou Sweepay AG en relation avec les opérations en cryptomonnaies.

173

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

https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerung/en/laufende-anhoerungen/20220308---gww---finma/20220308_anhoerung_gww_finma_erlaeuterungsbericht.pdf?sc_lang=fr&hash=E7DAC3F87FB55E305194CF8BA7F494C7)

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

174

Comme on l'a soulevé à maintes reprises, la question réside notamment en ceci que les OAR n'ont aucune marge de manœuvre. En réalité, c'est la FINMA qui décide. Les OAR reprennent littéralement les textes de la FINMA. Ils ne s'exposent pas au risque de s'en écarter d'une quelconque manière. Ainsi, toute démarche adressée à l'OAR aboutit à la réponse qui consiste à dire que matériellement, la FINMA en a décidé ainsi. C'est pourquoi il est nécessaire que la FINMA rende une décision lorsqu'elle en est sollicitée quant à l'existence, ou non, d'un devoir. C'est la seule façon de ne pas rendre illusoire l'Etat de droit par l'artifice consistant à interposer une entité qui ne peut pas s'écarter d'une position en réalité illicite de la FINMA. La FINMA doit donc rendre une décision, seul moyen que le devoir en cause puisse faire l'objet d'une voie de droit où *quelqu'un* (soit : la Cour de céans) contrôle l'existence, ou non, d'un devoir statué par la FINMA. Dans un cas comme celui-ci où c'est l'existence d'un devoir qui est en cause, l'interposition de l'OAR fonctionne objectivement comme un moyen de rendre illusoire toutes les garanties élémentaires de l'Etat de droit : si seule la voie de l'OAR existait, on aboutirait à demander une décision à l'OAR et à la contester devant une entité qui n'a pas de marge de manœuvre. On ferait perdre du temps et des ressources, sans perspective de résultat quant à la constatation juridique demandée. Alors que la source de la prétendue existence du devoir est la FINMA, qui est une autorité dont la compétence est de pouvoir statuer sur l'existence, ou l'inexistence, d'un devoir juridique.

- ¹⁷⁵ Même si cela est évident, on doit donc former les mêmes réquisitions d’instruction que dans le recours du 19 juillet 2023 et dans la détermination du 5 novembre 2023 dans le cadre de ce recours-là, et solliciter la production des correspondances entre la FINMA et les OAR sur l’obligation de mettre littéralement en œuvre, sans marge de manœuvre, l’art. 51a OBA-FINMA, aux distributeurs de cryptomonnaie. Sont donc requises les productions suivantes : (i) les correspondances visant à introduire l’art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA dans les règlements et (ii) les correspondances visant à vérifier que les OAR exécutent le contenu exact de l’art. 51a OBA-FINMA). On requiert aussi, en particulier, que des représentants de la FINMA (laquelle doit être priée d’indiquer qui sont les personnes en charge de la mise en œuvre de l’art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA) et les représentants en particulier de l’OAR VQF soient entendus comme partie, respectivement comme témoins.
- ¹⁷⁶ On produit le message du 1^{er} novembre 2023 d’un autre OAR que VQF, qui démontre l’absence de marge de manœuvre (pièce 15).
- ¹⁷⁷ Indépendamment du sort qui sera donné à la réquisition d’instruction tendant à l’interrogatoire des personnes précitées, il apparaît nécessaire que les faits puissent être débattus et leur portée discutée dans une audience publique. Il est certain qu’en définitive, malgré la portée formellement réglementaire, l’obligation en cause est une obligation de nature civile au sens conventionnel du terme. Dès lors, la réquisition tenant à la tenue d’une audience publique mérite d’être accueillie.

VIII. Conclusions

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

À titre préalable et incident :

- I. L’autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) est invitée à produire toute correspondance entre la FINMA et les CFF ou Sweepay AG en relation avec les opérations en cryptomonnaies sur leurs distributeurs automatiques.
- II. La FINMA est également invitée à produire toute communication du GAFI à l’attention des autorités suisses (dont la FINMA) et tout rapport ou document de travail en lien avec l’imposition des nouvelles exigences sises à l’art. 51a OBA-FINMA.

- III. La FINMA est invitée à produire les correspondances avec les OAR sur l'obligation de mettre en œuvre l'art. 51a OBA-FINMA aux distributeurs de cryptomonnaie (les correspondances visant à introduire l'art. 51a al. 1^{bis} OBA-FINMA dans les règlements et les correspondances visant à vérifier que les OAR exécutent le contenu exact de l'art. 51a OBA-FINMA).
- IV. La jonction de la présente cause avec l'affaire TAF B-4024/2023 est ordonnée.
- V. Il est ordonné une audience publique.

Au fond, principalement :

- VI. Le recours est admis.
- VII. 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 l'art. 51a OBA-FINMA aux activités de la Recourante.
- VIII. 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.
- IX. Il est constaté que l'art. 24^{bis} 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.
- X. Il est constaté que les activités de Bity SA ne sont pas soumises à l'application du Titre 5 de l'OBA-FINMA, en particulier son art. 51a, et en particulier de l'al. 1^{bis} dudit article 51a, en ce qui concerne les distributeurs automatiques de cryptomonnaies.

Subsidiairement aux ch. VI et VII :

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

Lausanne, le 10 novembre 2023

Pour la Recourante :

Alexandra Simonetti

Nicolas Rouiller

Avocate

Dr en droit, avocat