



Cour II
B-6755/2013

Arrêt du 11 août 2014

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Francesco Brentani, David Aschmann, juges,
Alban Matthey, greffier.

Parties

X. _____ SA,
représentée par Me Jean-Yves Rebord, avocat,
recourante,

contre

Office fédéral de la justice OFJ,
Office fédéral du registre du commerce OFRC,
Bundesrain 20, 3000 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Transformations autorisées - transformation d'une société
anonyme en une société d'investissement à capital variable.

Faits :**A.**

A.a Par courrier du 11 juin 2013, la société X._____ SA (ci-après : la recourante) a soumis à l'Office fédéral du registre du commerce OFRC, (ci-après : l'autorité inférieure) le projet de sa transformation de société anonyme (SA) en société à capital variable (SICAV), afin d'obtenir un préavis sur la légalité de cette opération. A l'appui de sa demande, la recourante a joint un avis de droit rédigé par le Professeur Y._____ qui conclut à la faisabilité de ladite transformation.

A.b Le 29 juillet 2013, l'autorité inférieure a rendu un préavis défavorable quant au projet de transformation. En substance, elle invoque que la loi sur la fusion prévoit un *numerus clausus* des transformations de sociétés autorisées qui n'inclut pas, sans qu'il n'y ait là de lacune, la conversion d'une SA en SICAV. De même, elle considère que cette transformation est inadmissible en raison de son caractère mixte de transformation et de scission.

A.c Par courrier du 20 août 2013, la recourante a requis auprès de l'autorité inférieure une reconsidération de sa position et l'a priée de rendre une décision formelle. Elle a en particulier fait valoir que la loi sur la fusion était lacunaire et que la transformation envisagée ne lésait ni les créanciers ni les actionnaires.

A.d En date du 19 septembre 2013, l'autorité inférieure a informé la recourante qu'elle ne reviendrait pas sur sa position. De plus, elle a refusé de rendre une décision constatatoire, estimant que l'intérêt digne de protection de la recourante n'avait pas été démontré.

A.e Le 24 septembre 2013, la recourante a exposé en quoi elle disposait, selon elle, d'un intérêt digne de protection. Elle a notamment fait valoir la nécessité de connaître la faisabilité de son projet avant de procéder à des démarches administratives complexes et coûteuses, en vue de recevoir de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) l'autorisation indispensable à l'inscription d'une SICAV au Registre du commerce.

B.

Considérant l'intérêt comme établi, l'autorité inférieure a, le 1^{er} novembre 2013, constaté que la transformation de la recourante en SICAV n'était pas conforme à l'art. 54 LFus et ne pouvait pas être approuvée. A l'appui de sa décision, elle a retenu que la transformation d'une société de

capitaux était exclusivement régie par la loi sur la fusion qui contenait un *numerus clausus* des transformations autorisées. Le catalogue de l'art. 54 de la loi sur la fusion était dès lors exhaustif et ne comportait pas de lacune proprement dite. De même, l'absence de modification de l'art. 54 de la loi sur la fusion lors des adaptations effectuées dans cette loi à la suite de l'adoption de la loi fédérale sur les placements collectifs attestait la volonté du législateur d'exclure, par son silence, la transformation envisagée par la recourante. L'autorité inférieure a pour le surplus indiqué que la loi ne prévoyait dans cette situation que le transfert de patrimoine à titre de restructuration.

C.

Par acte du 2 décembre 2013, la recourante a formé un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle expose que le législateur, bien qu'il ait apporté des modifications à la loi sur la fusion et créé dans la loi sur les placements collectifs des possibilités de restructuration, n'a ni traité de la transformation d'une société de capitaux en SICAV ni voulu l'interdire. Ce *vide juridique* constitue, selon la recourante, une lacune proprement dite. En outre, elle soutient que l'obligation de recourir au transfert de patrimoine pour se restructurer crée une inégalité de traitement par rapport aux sociétés admises à se transformer en vertu de l'art. 54 de la loi sur la fusion. En tout état de cause, la recourante considère que la décision de l'autorité inférieure est inopportune, car déconnectée de la réalité économique. Fondée sur ce qui précède, la recourante a pris les conclusions suivantes :

1. Le recours est recevable.
2. Le recours est admis et la décision entreprise est modifiée dans ce sens qu'il est constaté que la transformation envisagée de X._____SA en une SICAV pourra être approuvée par l'Office fédéral du registre du commerce si :
 - (i) elle obtient l'autorisation de la FINMA,
 - (ii) elle fournit tous les documents exigés par la loi, en particulier par l'ordonnance sur le registre du commerce, lors de sa requête d'inscription auprès de l'Office du registre du commerce du canton de Z._____,
 - (iii) la décision de transformation avec toutes les adaptations statutaires nécessaires est prise à l'unanimité des actionnaires,

- (iv) un réviseur particulièrement qualifié atteste que le capital-actions est entièrement couvert au moment de la transformation, et que
 - (v) le compartiment correspondant aux actions entrepreneurs de la SICAV est constitué avant la transformation par une augmentation de capital d'au moins CHF 500'000.– entièrement libéré en espèce.
3. Les frais de la présente procédure sont mis à la charge de la Confédération.
 4. Il est octroyé une équitable indemnité à X._____ SA en compensation de ses dépens sur la base de l'état de frais joint en dernière annexe au présent recours.
 5. Débouter tout opposant de toutes autres ou contraires conclusions.

D.

Invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure n'a pas répondu dans le délai imparti. Néanmoins, le Tribunal administratif fédéral l'a conviée à lui remettre le dossier de la cause et à former d'éventuelles observations.

E.

Par écritures du 29 janvier 2013, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours ; elle renvoie, pour l'essentiel, aux motifs de sa décision du 1^{er} novembre 2013. Cela étant, elle réfute le grief de violation de l'égalité de traitement et la portée doctrinale de l'avis de droit du Professeur Y._____. Enfin, elle précise que la recourante doit être considérée comme une SA et non comme une société d'investissement à capital fixe (SICAF).

F.

Dans ses observations du 7 février 2014, la recourante a confirmé ses conclusions. Elle prétend tout d'abord que la question litigieuse est bien celle de savoir si une SICAF peut se transformer en SICAV. Elle conteste ensuite que l'avis de droit du Professeur Y._____ puisse être orienté et fait valoir qu'il a été rendu en toute indépendance. Enfin, elle réaffirme sa position concernant le numerus clausus de l'art. 54 de la loi sur la fusion et la prétendue violation de l'égalité de traitement que la législation actuelle induirait.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32], art. 5 al. 1 let. b de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 [PA, RS 172.021]).

1.2 La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (art. 48 al. 1 PA). Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1, 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

2.

S'agissant tout d'abord de la réponse tardive de l'autorité inférieure, il sied de relever que, en vertu de l'art. 32 al. 2 PA, l'autorité peut prendre en considération les allégués tardifs qui paraissent décisifs. Nonobstant le terme « peut », il est généralement admis que l'autorité a l'obligation de prendre en considération les allégués et moyens de preuve tardifs d'une partie, pour autant que ceux-ci soient décisifs (cf. ATF 136 II 165 consid. 4.2 et réf. cit. ; ATAF 2009/64 consid. 7.3, 2009/9 consid. 3.3.1 et réf. cit.). Cela vaut également pour les allégués, moyens de preuve et arguments émanant de l'autorité inférieure dont la qualité sur ce point est similaire à celle d'une partie (cf. arrêt du TAF B-3837/2010 du 14 décembre 2011 consid. 2.1 et réf. cit.). Il découle en effet de la maxime inquisitoire de l'art. 12 PA et de sa libre cognition en matière de constatation des faits (art. 49 let. b PA) que le Tribunal administratif fédéral statue sur la base du dossier tel qu'il se présente au moment de l'arrêt sur recours (cf. ATAF 2009/64 consid. 7.3, 2009/9 consid. 3.3.1, 2012/21 consid. 5.1 et réf. cit.). S'il est tenu compte des allégués d'une réponse tardive, il y a lieu d'inviter la partie adverse à se déterminer sur ceux-ci (cf. arrêt du TAF B-2808/2009 du 25 mars 2012 consid. 4).

En l'espèce, les observations tardives de l'autorité inférieure ne contiennent pas de nouveaux allégués mais reprennent pour l'essentiel les arguments juridiques déjà développés dans la décision querellée.

Pour le reste, l'autorité inférieure répond aux griefs formulés dans le recours en se fondant sur les éléments du dossier. En ce sens, les observations n'apportent pas d'éléments nouveaux décisifs. Par ailleurs, la recourante a pu se déterminer sur lesdites observations sans se formaliser de leur tardiveté. Partant, le Tribunal administratif fédéral statuera sur l'ensemble des pièces de la cause.

3.

En l'occurrence, la question litigieuse est celle de savoir si la recourante peut être admise à se transformer en SICAV. Toutefois, il convient à titre liminaire de déterminer si l'autorité inférieure était habilitée à statuer par la voie d'une décision en constatation.

3.1 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 (art. 25 al. 1 PA) et si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection (art. 25 al. 2 PA).

Une décision en constatation vise à clarifier de manière obligatoire l'étendue de droits et obligations (cf. ATF 129 III 503 consid. 3.5). Ainsi, l'administré, une fois la décision constatatoire rendue, doit pouvoir se comporter en étant assuré des conséquences juridiques de ses actes (cf. THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n° 819 p. 282, PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^{ème} éd., 2011, p. 186). La décision doit être claire et complète de sorte qu'il soit hautement vraisemblable que la situation juridique constatée ne se modifie plus. En effet, la constatation n'a un intérêt que si elle offre les mêmes garanties qu'une décision formatrice ou condamnatrice (cf. arrêt du TAF B-6017/2012 du 13 juin 2013 consid. 4.1.1).

3.1.1 Une autorité compétente sur le fond est habilitée à rendre une décision constatatoire sans qu'une disposition légale ne le prévoit expressément (cf. B-6017/2012 consid. 4.1 et réf. cit.). En principe, l'autorité compétente pour statuer en constatation est celle qui le serait pour rendre une décision formatrice ou condamnatrice (cf. ISABELLE HÄNER, in : Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, n° 15 ad art. 25 PA, BEATRICE WEBER-DÜRLER, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, n° 9 ad art. 25 PA).

3.1.2 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 (cf. ATF 130 V 388 consid. 2.4 ; B-6017/2012 consid. 4.1.2) ; il n'est pas nécessaire que cet intérêt soit de nature juridique, il peut s'agir d'un pur intérêt de fait ; la condition est remplie notamment lorsque la situation juridique du requérant est incertaine et que cette incertitude peut être levée par la constatation ; pour cela, n'importe quelle incertitude ne suffit pas ; il faut au contraire que l'on ne puisse pas exiger du requérant qu'il tolère plus longtemps le maintien de cette incertitude, parce que celle-ci l'entrave dans sa liberté de décision (cf. ATF 135 III 378 consid 2.2 et réf. cit.). Celle-ci peut également se rapporter à un état de fait futur (cf. ATF 135 II 60 consid. 3.3.3).

Un intérêt digne de protection n'est pas à lui seul suffisant pour obtenir une décision constatatoire. Il faut encore que cet intérêt ne puisse pas être satisfait par le biais d'une décision formatrice ou condamnatoire. La procédure en constatation doit demeurer subsidiaire. Le principe de subsidiarité n'est toutefois pas absolu. Dans les cas où l'intérêt digne de protection du requérant est mieux servi par une décision en constatation que par une décision formatrice ou condamnatoire, notamment si la décision constatatoire tranche une question juridique essentielle et permet d'éviter une procédure complexe, l'autorité saisie ne se montrera pas trop stricte sur la question de la subsidiarité. De même, un intérêt digne de protection peut déjà être reconnu, si la décision en constatation de droit permet au recourant d'éviter de prendre des mesures qui lui seraient préjudiciables ou de ne pas prendre des dispositions qui lui seraient favorables (cf. B-6017/2012 consid. 4.1.2 et réf. cit.).

3.2 Il sied tout d'abord d'examiner si l'autorité inférieure était compétente pour rendre la décision constatatoire querellée.

3.2.1 Une transformation est juridiquement valable dès son inscription au Registre du commerce (art. 66 et 67 de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 [la loi sur la fusion ou LFus, RS 221.301] ; cf. HENRY PETER, in : Peter/Trigo Trindade [éd.], Commentaire LFus, 2005, n° 2 ad art. 67 LFus). Celle-ci est requise auprès de l'Office cantonal du registre du commerce accompagnée de pièces justificatives relatives, notamment, à la fondation de la société revêtant la nouvelle forme juridique

(art. 15 et 136 de l'Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 [ORC, RS 241.411]).

3.2.2 Avant de pouvoir requérir son inscription au Registre du commerce, une SICAV doit obtenir de la FINMA une autorisation (art. 13 al. 5 et art. 13 al. 2 let. b de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 [LPCC, RS 951.31]) ainsi que l'approbation de ses documents constitutifs (art. 15 al.1 let. b LPCC ; cf. WERNER SCHUBIGER, in : Loi sur les placements collectifs (LPCC), 2012, n° 90 p. 157, FRANÇOIS RAYROUX/SIMON GERBER, in : Basler Kommentar, Kollektivanlagengesetz, 2009, n° 24 ad art. 37 LPCC, RINO SIFFERT, in : Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), 2013, n° 7 ad art. 102 ORC).

3.2.3 Pour déployer ses effets, l'inscription, si elle est admise par l'Office cantonal du registre du commerce, doit être approuvée par l'OFRC (art. 32 ORC). Ledit office doit, notamment, approuver les inscriptions portées au registre journalier par les Offices cantonaux du registre du commerce et édicter des directives à l'attention de ceux-ci ; il est aussi légitimé à recourir auprès du Tribunal fédéral contre les décisions du Tribunal administratif fédéral et des Tribunaux cantonaux (art. 5 al. 2 ORC). Le Registre du commerce étant décentralisé, la supervision de l'OFRC permet de garantir une application uniforme du droit en Suisse (cf. MICHAEL GWELESSIANI/NIELS SCHINDLER, Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce, 2014, n° 9 ad art. 5 ORC). Cependant, l'OFRC ne peut pas contraindre un Office cantonal à immatriculer une réquisition au Registre du commerce (cf. ADRIAN TAGMANN, in : Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), 2013, n° 2 ad art. 33 ORC, ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 2012, n° 37 p. 159). L'Office cantonal rendra une décision de refus d'inscription sujette à recours auprès d'un Tribunal cantonal supérieur (art. 165 ORC). De même, si l'OFRC n'approuve pas une inscription, son refus est susceptible d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 33 al. 4 ORC et art. 33 let. d LTAF). Le requérant et l'OFRC peuvent ensuite déférer les arrêts du Tribunal cantonal supérieur comme ceux du Tribunal administratif fédéral au Tribunal fédéral (art. 5 al. 2 let. e ORC, art. 72 al. 2 let. b ch. 2, art 75 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 [LTF, RS 173.110]). Il s'ensuit que l'OFRC exerce un contrôle direct et indirect sur la tenue du Registre du commerce, ce contrôle est direct en tant que sont approuvées ou refusées les réquisitions portées au Registre du commerce par les Offices

cantonaux et indirect lorsqu'est exercé le droit de recours au Tribunal fédéral.

Partant, dès lors que l'autorité inférieure est spécialement tenue de veiller à une application uniforme du droit relatif aux inscriptions portées au Registre du commerce ; elle est compétente en l'espèce pour statuer en constatation.

3.3 Il convient ensuite de déterminer si les autres conditions de l'action en constatation sont réunies.

3.3.1 En l'espèce, la recourante désire se restructurer en SICAV en application de l'art. 54 LFus. Or, la disposition précitée ne prévoit pas la transformation d'une SA en SICAV. En revanche, l'art. 95 LPCC offre à la SICAV, par renvoi direct à l'art. 69 LFus, la possibilité de se restructurer par le biais du transfert de patrimoine. Contrairement à la transformation, qui est une simple modification de la forme juridique, le transfert de patrimoine implique une dissolution et la constitution d'une nouvelle entité de la forme juridique désirée (art. 69 LFus). Par ailleurs, la transformation contrairement au transfert de patrimoine est exonérée des droits de mutations (art. 103 LFus).

Dans ces circonstances, la recourante n'est tout d'abord pas certaine d'être admise à se transformer. De plus, elle doit obtenir une autorisation de la FINMA avant de s'inscrire au Registre du commerce (art. 13 al. 5 LPCC). Cette procédure d'autorisation nécessite un investissement financier important et diffère selon qu'une nouvelle entité doit être constituée ou non. En toute logique, la recourante veut s'assurer que les démarches entreprises auprès de la FINMA puissent lui permettre de s'inscrire au Registre du commerce. Pour ce faire, l'incertitude concernant l'admissibilité de la restructuration par transformation d'une SA en SICAV doit être levée, faute de quoi la restructuration économiquement et structurellement la plus favorable ne peut être choisie. La recourante dispose par conséquent d'un intérêt digne de protection à s'assurer de la faisabilité de cette transformation par la voie de l'action en constatation, laquelle ne lèse, en l'espèce, aucun intérêt public ou privé.

3.3.2 Cela étant, la garantie de la constatation sollicitée par la recourante n'est, en théorie, pas entière puisque celle-ci n'obligerait pas l'Office cantonal du registre du commerce à accepter la transformation envisagée, quand bien même l'autorité inférieure l'eût jugée admissible. Toutefois, dans cette hypothèse - peu probable -, la recourante, comme

l'autorité inférieure, seraient habilitées à contester le refus des autorités cantonales devant le Tribunal fédéral (cf. supra consid. 3.2.3). Aussi, même si la décision querellée n'offre pas des garanties pleinement comparables à un prononcé formateur ou condamatoire, il convient de ne pas se montrer trop exigeant pour admettre que le principe de subsidiarité est respecté ; ce d'autant plus qu'en l'espèce dite décision permet d'éviter une procédure complexe et de lever une incertitude juridique (cf. supra consid. 3.1.2), à savoir l'admissibilité ou non de la transformation d'une SA en SICAV. Il s'ensuit que la décision constatatoire querellée satisfait au principe de subsidiarité.

4.

En l'espèce, la recourante, une société anonyme de droit suisse sise à C._____, envisage de se transformer en SICAV.

4.1

4.1.1 La SA est une société dont le capital-actions est déterminé par avance et divisé en actions (art. 620 al. 1 CO). Les dettes sont garanties par l'actif social et les actionnaires ne répondent pas personnellement de celles-ci. De même, ceux-ci ne sont tenus que des prestations statutaires (art. 620 al. 2 CO).

La SICAV est une société dont le but unique est la gestion collective de capitaux. Cette entité a été introduite par la LPCC. Son capital qui se compose d'actions des entrepreneurs et d'actions des investisseurs n'est pas déterminé par avance et peut fluctuer ; les actions n'ont dès lors pas de valeur nominale celle-ci correspondant à l'inventaire net de la société (art. 36 et art. 42 al. 1 LPCC). Les actionnaires entrepreneurs fournissent l'apport minimum requis pour la fondation et peuvent seuls décider de sa dissolution (art. 41 al. 1 et 2 LPCC).

4.1.2 En vertu de l'art. 1 al. 1 LFus, la transformation d'une société de capitaux est exclusivement régie par la LFus. Afin d'éviter toute ambiguïté, la loi définit quelles entités juridiques sont des sociétés, des sujets ou encore des sociétés de capitaux (art. 2 LFus). La restructuration d'une entité juridique par transformation consiste à changer la forme d'une société en une autre, sans que les rapports juridiques de l'entité transformée ne soient modifiés (art. 53 LFus). Ainsi, les parts sociales et les droits de sociétariat des associés sont maintenus lors de la transformation.

Selon l'art. 69 LFus, les sociétés et entreprises individuelles inscrites au Registre du commerce, les sociétés en commandite de placement collectif et les sociétés d'investissement à capital variable peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé.

4.1.3 La SA est définie comme une société de capitaux dans la LFus (art. 2 let. c LFus) ; plus généralement les sociétés de capitaux sont qualifiées de sociétés dans la loi. Ainsi, une SA est admise à se transformer, sous réserve des possibilités prévues par la LFus (art. 53 et 54 LFus). La décision de transformation est prise, pour les sociétés de capitaux, par l'assemblée générale (art. 64 LFus).

La SICAV étant régie par une loi spéciale, il convient d'examiner si celle-ci offre des possibilités de restructuration. La LPCC prévoit des restructurations " internes " entre placements collectifs sans prévoir une transformation " mixte ", soit entre un placement collectif et un autre type de société (art. 95 let. a et b LPCC). Toutefois, l'art. 95 al. 1 let. c LPCC dispose que la SICAV peut se restructurer par un transfert de patrimoine, selon le renvoi express de cet article aux dispositions de la LFus (art. 69 ss LFus), pour autant que la FINMA approuve l'opération (art. 95 al. 2 LPCC). La SICAV est un sujet au sens de l'art. 2 let. a LFus. Contrairement aux entités qualifiées de société par la LFus (art. 2 let. b LFus), il n'est pas prévu qu'un sujet puisse adopter par la transformation une autre forme juridique (art. 53 et 54 LFus a contrario).

4.2 L'autorité inférieure a considéré que seules les transformations prévues par la LFus étaient autorisées en vertu d'un numerus clausus, ce qui, d'emblée, exclut l'existence d'une lacune (art. 54 LFus). Selon elle, le transfert de patrimoine institué en faveur de la SICAV par renvoi de la LPCC à la LFus démontre en outre que le législateur a traité des possibilités de restructurations pour cette société. Partant, elle a estimé que le catalogue de l'art. 54 LFus n'était pas lacunaire, mais qu'il s'agissait là d'un silence qualifié. Par ailleurs, elle a jugé que la transformation envisagée soulevait des questions de principe relatives aux droits des actionnaires et des créanciers en raison des spécificités régissant la SICAV.

4.3 Selon la recourante, le législateur a prévu un catalogue des transformations autorisées sur la seule base des sociétés connues à l'époque. Or, la SICAV a été introduite par la LPCC en 2007, trois ans après l'entrée en vigueur de la LFus. Au regard de la chronologie

législative, la recourante conteste que l'autorité inférieure puisse déduire de l'énumération exhaustive de l'art. 54 LFus l'inadmissibilité de la transformation d'une SA en SICAV. Elle estime pour le surplus que rien ne s'oppose à cette transformation, le but de la LFus étant de favoriser une plus grande mobilité dans l'organisation juridique des entreprises, des associations et des fondations. De même, la protection des créanciers comme celle des actionnaires serait quant à elle suffisamment garantie par la LPCC à laquelle une SICAV est de facto soumise. Quant aux droits et obligations différents imposés à l'actionnariat d'une SICAV (cf. supra consid. 4.1.1), ils ne contreviennent pas au principe de la protection des actionnaires si la décision de transformation est prise à l'unanimité. Se fondant sur l'avis de droit du Professeur Y._____, elle considère que les particularités de la SICAV n'empêchent pas la transformation envisagée. Finalement, elle invoque qu'il est incohérent d'interdire cette transformation dès lors qu'un résultat identique peut être obtenu par un transfert de patrimoine. Pour tous ces motifs, elle estime que l'absence de réglementation s'agissant d'une transformation d'une société de capitaux en une SICAV dans la LFus et la LPCC constitue un vide juridique à combler.

5.

Dans la mesure où la recourante est une société de capitaux au sens de la LFus, plus précisément une SA, il convient d'examiner si la transformation envisagée est possible selon cette loi, en particulier selon son art. 54 qu'il y a lieu d'interpréter.

5.1 D'après la jurisprudence constante, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si son texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher qu'elle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique ; cf. ATF 137 V 114 consid. 4.3.1, 136 III 283 consid. 2.3.1, 135 II 416 consid. 2.2 et réf. cit.). Aucune méthode d'interprétation n'est privilégiée, il convient de s'inspirer d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. En particulier, le tribunal ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 138 IV 65 consid. 4.3.1, 137 IV 249

consid. 3.2, 135 V 249 consid. 4.1 et réf. cit. ; arrêt du TAF A-469/2013 du 27 septembre 2013 consid. 5).

L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune proprement dite suppose que le législateur se soit abstenu de régler un point nécessitant une réponse et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Une telle lacune peut être occulte. Tel est le cas lorsque le législateur a omis d'adjoindre, à une disposition conçue de façon générale, la restriction ou la précision que le sens et le but de la règle considérée ou d'une autre règle légale imposent dans certains cas (cf. ATF 135 IV 113 consid. 2.4.2). En d'autres termes, il y a lacune occulte lorsque le silence de la loi est contraire à son économie (cf. ATF 117 II 494 consid. 6a et réf. cit.). En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié (cf. arrêt du TF 4A_363/2013 du 6 mai 2014 destiné à la publication consid. 3.5.1 et réf. cit.). Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. Le juge n'est toutefois habilité à intervenir dans une telle situation, eu égard au principe de la séparation des pouvoirs, que dans l'hypothèse où une application de la norme en cause constituerait un abus de droit ou violerait la Cst. (cf. ATF 129 III 656 consid. 4.1, 128 I 34 consid. 3b, 125 III 425 consid. 3a, 124 V 271 consid. 2a et réf. cit.).

5.2

5.2.1 L'art. 54 LFus mentionne, sous le titre "Transformations autorisées", qu'une société de capitaux peut se transformer en une société de capitaux de forme juridique différente ou en une société coopérative (art. 54 al. 1 let. a et b LFus). La loi énonce, ainsi avec clarté et sans réserve, en quelle forme une société de capitaux est habilitée à se transformer. En application stricte du principe de l'énumération exhaustive, ce qui n'est pas prévu est exclu. Par conséquent, la transformation d'une SA en SICAV ne saurait être admise dès lors qu'elle n'est pas expressément autorisée par la loi. Toutefois, la clarté de la disposition précitée ne permet pas, à elle seule, de conclure à l'existence ou non d'une lacune ; en effet la recourante ne remet pas en cause le *numerus clausus*, en tant que tel, mais conteste son exhaustivité en tant que l'art. 54 LFus ne comprend pas la transformation envisagée. L'interprétation littérale permet donc de constater que la transformation en cause n'est effectivement pas mentionnée dans la loi, mais ne

dispense pas de déterminer s'il s'agit là d'une lacune ou d'un silence qualifié (cf. supra consid. 5.1).

5.2.2 La LFus étant récente, l'interprétation historique revêt une importance toute particulière en tant qu'elle révèle l'intention du législateur et permet de savoir si la modification des circonstances générales de la vie peut ou doit être prise en compte (cf. ATF 118 II 307 consid 3a). Elle n'est toutefois pas, à elle seule, décisive.

Dans son message relatif à la LFus, le Conseil fédéral a indiqué que la loi doit déterminer de manière exhaustive quelles possibilités de transformation de la forme juridique sont autorisées (cf. Message du Conseil fédéral du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine [Loi sur la fusion, LFus] [FF 2000 3995 p. 4099]). Cette exigence était déjà clairement établie dans l'avant-projet qui prévoyait que la loi déterminait quelles étaient les possibilités de transformation (cf. Rapport explicatif de novembre 1997 concernant l'avant-projet de la loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets [la loi sur la fusion], p. 55). Lors de la procédure de consultation, le manque de flexibilité du *numerus clausus* a été critiqué ; une clause générale permettant une ouverture aussi large que possible et tenant compte des besoins futurs a même été réclamée par certaines prises de position (cf. FF 2000 p. 4004). Il a aussi été évoqué d'octroyer au Conseil fédéral la compétence de déroger au *numerus clausus* par voie d'ordonnance (cf. FF 2000 p. 4004). Ces propositions ont toutefois été écartées car elles n'offraient pas une sécurité du droit suffisante (cf. FF 2000 p. 4004). L'énumération exhaustive des transformations autorisées n'a pas non plus été remise en cause lors des débats parlementaires (cf. BO 2001 E 157, BO 2003 N 241) et l'art. 54 LFus fut adopté par les Chambres fédérales conformément au projet et à l'avant-projet du Conseil fédéral. Plus récemment, l'élaboration de la LPCC en 2007 et sa révision en mars 2013 n'ont pas amené le législateur à modifier le catalogue des transformations autorisées de l'art. 54 LFus. La notion de SICAV a été néanmoins introduite dans la loi (art. 2 let. a LFus) et une restructuration par transfert de patrimoine expressément prévue (art. 69 LFus ; cf. Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi sur les placements collectifs de capitaux du 2 mars 2012 [FF 2012 3383 p. 3419]).

Ainsi, même si le législateur ne pouvait avoir à l'esprit la transformation envisagée lors de l'adoption de la LFus, comme le soulève la recourante,

il n'en demeure pas moins que, conscient des inconvénients d'un *numerus clausus*, il a décidé de se tenir à cette solution. De plus, lors de l'adoption de la LPCC, il n'a pas complété l'énumération exhaustive de l'art. 54 LFus. Il s'ensuit que le législateur a voulu prévoir de manière précise les transformations autorisées en application de la LFus et qu'il n'a pas admis la conversion d'une SA en SICAV sans qu'il ne s'agisse là d'un oubli de sa part.

5.2.3 Par ailleurs, la loi sur la fusion est fondée sur l'exhaustivité des possibilités de restructurations (cf. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 2012, n° 23 p. 769). Ainsi, le *numerus clausus* de l'art. 54 LFus est, d'un point de vue systématique, en lien direct avec l'énumération exhaustive des possibilités de fusion (art. 4 LFus). Le but étant de faire coïncider les deux catalogues, car la fusion d'une société de forme juridique différente implique la transformation de la forme juridique de la société transférante (cf. FF 2000 p. 4049). Le système est complété par le transfert de patrimoine (art. 69 LFus ; cf. RASHID BAHAR, in : Peter/Trigo Trindade [éd.], *Commentaire LFus*, 2005, n° 2 ad art. 69 LFus).

Le *numerus clausus* de l'art. 54 LFus s'inscrit donc dans une systématique et dans une logique législative.

5.2.4 La loi sur la fusion tend, d'une part, à faciliter l'adaptation des structures juridiques aux exigences de l'économie (cf. LUKAS MORSCHER, in : *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, 2005, n° 36 ad art. 1 LFus). Dans cette optique, la transformation permet aux sociétés de modifier leur forme juridique en fonction de leurs besoins et de ceux du marché, tout en demeurant économiquement et juridiquement identique. Cette méthode évite la constitution d'une nouvelle société et un transfert de patrimoine (cf. FF 2000 p. 4099). D'autre part, la loi vise à garantir la sécurité du droit et à protéger les créanciers, les travailleurs ainsi que les actionnaires minoritaires (art. 1 al. 2 LFus ; cf. THOMAS WEIBEL/CONRADIN CRAMER, in : *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, 2012, n° 7 ad art. 1 LFus). Un *numerus clausus* permettant d'éviter toute restructuration indésirable a été retenu à cette fin ; ce procédé présente toutefois l'inconvénient de ne pas être flexible et d'exclure des opérations qui auraient pu ou dû bénéficier des outils de restructuration prévus dans la loi (cf. HENRY PETER, *La LFus : chronique d'un échec*, in : *Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé*, 2010, p. 9 et 10, LUKAS GLANZMANN, *Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes*, 2014,

n. 1033). Ce nonobstant, la loi offre aux entités juridiques exclues du *numerus clausus* un moyen pour se restructurer, à savoir le transfert de patrimoine (art. 69 LFus ; cf. FF 2000 p. 4048), lequel fait ainsi office de clause générale (cf. NICOLAS DUC, Les premières expériences dans l'application de la loi sur la fusion, in : *Coopération et fusion d'entreprises*, 2005, p. 243).

En définitive, même si la LFus vise à favoriser les restructurations de sociétés, elle n'a pas vocation à les libéraliser. La sécurité du droit, la transparence ainsi que la protection des créanciers, des travailleurs et des actionnaires minoritaires sont également des objectifs affirmés de la loi (art. 1 al. 2 LFus). La dichotomie qui existe entre ces différentes finalités a contraint le législateur à concilier libéralisme et contrôle. C'est ainsi à dessein que celui-ci a retenu le principe de l'énumération exhaustive pour garantir la sécurité du droit et introduit le transfert de patrimoine pour maintenir une restructuration possible. Ce système, dans son ensemble, permet de répondre aux buts de la loi. En ce sens, la restructuration d'une SA en SICAV par un transfert de patrimoine est conforme aux objectifs de la LFus en tant qu'il préserve la sécurité du droit et favorise une plus grande mobilité dans l'organisation des entreprises (cf. FF 2000 p. 4018).

5.3 Il ressort de ce qui précède que l'art. 54 LFus ne comprend pas de lacune. D'une part, la loi n'est pas sans réponse puisque le transfert de patrimoine offre une possibilité de restructuration équivalente dans son résultat à la transformation envisagée. D'autre part, le projet de restructuration de la recourante nécessiterait une modification de la loi allant au-delà de la simple adaptation du *numerus clausus* de l'art. 54 LFus et contrevenant à la volonté clairement exprimée du législateur (cf. supra consid. 5.2.2) ainsi qu'à la sécurité du droit, laquelle consiste également en un objectif déclaré de la LFus (cf. supra consid. 5.2.4). Or, conformément au principe de la séparation des pouvoirs, il n'appartient pas au juge de se substituer au législateur quant au choix des restructurations possibles. Il suit de là que, le *numerus clausus* de l'art. 54 LFus, en l'absence d'une dérogation expresse de l'art. 95 LPCC, n'autorise pas la transformation d'une société de capitaux en SICAV (cf. MARKUS GUGGENBÜHL, in : *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, 2012, n° 35 ad art. 54 LFus, DANIEL STAEHELIN/LUKAS BOPP, in : *Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz*, 2009, ad. n° 24 art. 95 LPCC, THOMAS JUTZI, SZW 2014, p. 56-57 et 59, ADRIAN TAGMANN, *Umstrukturierung von kollektiven Kapitalanlagen*, REPRAX 2-3/2008, p. 106).

En conséquence, la recourante, une société anonyme de droit suisse, n'est pas habilitée à se transformer en SICAV en application de la LFus ou de la LPCC.

6.

La recourante invoque que l'obligation de transférer son patrimoine afin de transformer une SA en SICAV crée une distorsion de la concurrence et une inégalité de traitement par rapport aux autres placements collectifs.

Le principe d'égalité (art. 8 Cst.) et la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liés. Une décision est arbitraire lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou n'a ni sens ni but. Elle viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'elle 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 (cf. ATF 131 I 1 consid. 4.2, 129 I 346 consid. 6, 129 I 113 consid. 5.1). L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (cf. ATF 129 I 346 consid. 6, 129 I 1 consid. 3, 127 I 185 consid. 5 et réf. cit.).

La transformation d'une société de capitaux est exclusivement régie par la LFus, le choix du législateur quant aux transformations autorisées est fondé sur les particularités de chaque type de société. La SICAV est une société avec des caractéristiques propres (cf. supra consid. 4.1.1), il n'apparaît ainsi pas choquant que cette forme juridique ne puisse pas être adoptée par une SA ou même une SICAF.

7.

La recourante reproche également à l'autorité inférieure de la qualifier de SA et non de SICAF.

La question de savoir si la recourante doit être qualifiée de SICAF ou de SA peut demeurer indécise. Que la transformation d'une SA en SICAV soit possible ou non, il en ira en effet de même pour celle d'une SICAF en SICAV, celle-là étant une société de capitaux au sens des art. 110 LPCC et 2 let. c LFus (cf. ADRIAN TAGMANN, Umstrukturierung von kollektiven Kapitalanlagen, REPRAX 2-3/2008, p. 109).

8.

Finalement, la recourante se plaint de l'inopportunité de la décision attaquée. Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir pris une décision qui est contraire aux besoins actuels de la place financière suisse.

Le moyen de l'opportunité peut être invoqué à l'appui d'un recours devant le tribunal de céans (art. 49 let. c PA). Le contrôle de l'opportunité ne peut toutefois intervenir que dans le respect du cadre légal, lorsque la loi confère à l'autorité un pouvoir d'appréciation (cf. arrêt du TAF B-2206/2008 du 15 juillet 2008 consid. 5 et réf. cit.). En l'espèce, aucune norme n'invite l'autorité inférieure à statuer en opportunité dans le cadre de l'approbation d'une inscription au Registre du commerce. Au contraire, celle-ci doit vérifier que la réquisition est conforme au droit (art. 28 ORC). Ainsi, en présence d'une base légale claire, dont l'interprétation ne prête nullement le flanc à la critique (cf. supra consid. 5), le grief de la recourante est dénué de portée propre (cf. arrêt du TAF A-2347/2006 consid. 5.2 du 24 septembre 2007).

9.

En définitive, il y a lieu d'admettre que la décision querellée ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

10.

Vu l'issue de la procédure, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1^{ère} phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à 5'000 francs. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant déjà versée.

11.

Compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 5'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais du même montant déjà perçue.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. COO.2180.109.7.111618 / 531.2 ; acte judiciaire)

Le président du collège :

Le greffier :

Pascal Richard

Alban Matthey

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière civile, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 72 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 14 août 2014