

Autorité
de la concurrence



Lettre n° 09-DCC-73 du 9 décembre 2009
relative à la prise de contrôle exclusif de la société Ormoison SAS par
la société ITM Alimentaire Est (Groupe ITM Entreprises)

Maîtres,

Vous avez notifié le 5 novembre 2009 au service des concentrations de l'Autorité de la concurrence un projet d'acquisition de la société Ormoison SAS par les sociétés Mayoline SAS, ITM Alimentaire Est, et ITM Enterprises.

La société Mayoline S.A.S. (ci-après « Mayoline »), est une société de droit français qui a pour objet la détention d'une participation [majoritaire] du capital social et/ou des droits de veto de toute société d'exploitation d'un fonds de commerce de type distribution à dominante alimentaire, sous l'une des enseignes du Groupement des Mousquetaires. La société Mayoline est détenue [majoritairement] par M. Pierre Somnard et son épouse. Le solde du capital de Mayoline est détenu par la société ITM Entreprises, à travers une action ne lui conférant pas de droits particuliers. La société Mayoline constituée en 2009, n'a pas réalisé de chiffre d'affaires à ce jour. De plus, M. et Mme Somnard ne détiennent le contrôle d'aucune entreprise au moment de l'opération.

La société ITM Alimentaire Est est une société de droit français détenue à [>50] % par la Société ITM Alimentaire France, elle-même détenue par la société ITM Entreprises, et à [<50] % par la société ITM Entreprises. La société ITM Entreprises, contrôlée à 100 % par la Société civile des Mousquetaires, elle-même détenue par 1 330 personnes physiques dits « adhérents associés », conduit et anime le réseau de commerçants indépendants connu sous le nom de « Groupement des Mousquetaires ». En sa qualité de franchiseur, la société ITM Entreprises a comme activité principale l'animation d'un réseau de points de vente, alimentaires et non alimentaires, exploités par des commerçants indépendants sous les enseignes suivantes : Intermarché, Ecomarché, Netto, Restaumarché, Bricomarché, Rody et Vêti.

La société Ormoison S.A.S. (ci-après « Ormoison »), est une société de droit français qui a pour objet principal l'exploitation d'un magasin à dominante alimentaire situé à Fains Veel (55000) sous enseigne Intermarché. Les titres de la société Ormoison sont détenus [majoritairement] par M. Yvon Bagard, son épouse et des membres de leur famille. M et Mme Bagard sont signataires de la charte d'adhésion du groupement des Mousquetaires. Le solde du capital de la société Ormoison est détenu [minoritairement] par la société ITM Alimentaire Est et par la société ITM Entreprises à travers une action de préférence. De plus, la société Ormoison a signé un contrat d'enseigne le 11 janvier 2002 avec ITM Entreprises, par lequel l'utilisation de l'enseigne Intermarché lui est concédée pour l'exploitation de son fonds de commerce. Les statuts de la société Ormoison, adoptés le 18 juin 2009 confèrent à ITM Entreprises, pendant une durée de [>15] ans, la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fond de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fond de commerce similaire sous une enseigne concurrente. De plus, le contrat d'enseigne confère à ITM Entreprises, toujours pour une durée de [>15] ans, un droit de préférence en cas de cession du fond de commerce à

un prix calculé selon une formule prédéterminée. Enfin, après [>15] ans, si ITM Entreprises n'a plus la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne ou de s'opposer à toute mutation d'actions, ITM Entreprises conserve un droit de préférence sur toute vente de titres pendant 5 années supplémentaires.

Il ressort de ce qui précède, qu'avant l'opération, ITM Entreprises détenait déjà un contrôle conjoint sur la société Ormoison, contrairement à ce que soutient le dossier de notification.

L'opération notifiée s'effectue en deux temps. Dans un premier temps, la société ITM Alimentaire Est a conclu avec M. et Mme Bagard un protocole d'accord en date du 30 juin 2009 portant sur l'acquisition, à des fins de portage, de la totalité des titres de la société Ormoison dont ils sont propriétaires à la date du 1^{er} janvier 2010. ITM Entreprises détiendra ainsi, via ITM Alimentaire Est, le contrôle exclusif de la société Ormoison. Mais, dans un deuxième temps, la société ITM Alimentaire Est s'est engagée, par acte du même jour, à rétrocéder le 1^{er} janvier 2010 à M. et Mme Somnard, via leur société Mayoline, la majorité des actions de la société Ormoison acquises auprès de M. et Mme Bagard. Au terme de cette seconde étape, les titres de la société Ormoison seront détenus [majoritairement] par M. Pierre Somnard et son épouse via la société Mayoline. Le solde du capital de la société Ormoison sera détenu par la société ITM Alimentaire Est, ITM Entreprises conservant son action de préférence détenue en pleine propriété et les droits associés. Après l'opération, Ormoison sera donc contrôlée conjointement par M et Mme Somnard, via Mayoline et ITM Entreprises, contrairement à ce que soutient le dossier de notification.

La Commission européenne indique dans sa communication consolidée¹ qu'elle retient deux conditions pour apprécier si une opération transitoire constitue une modification durable du contrôle. D'une part le caractère transitoire de l'opération doit être convenu entre les différents acquéreurs de manière juridiquement contraignante, et, d'autre part, il ne doit pas exister de doute quant à la célérité de la deuxième étape. La Commission européenne indique aussi que² « [...] dans le cadre d'opération en série, une entreprise accepte de prendre d'abord le contrôle exclusif d'une entreprise cible, pour ensuite directement céder certaines parties de la participation acquise dans l'entreprise cible à une autre entreprise, les deux acquéreurs contrôlant finalement en commun la société cible. Si les deux acquisitions font l'objet d'un lien conditionnel, les deux opérations constituent une concentration unique et seule l'acquisition du contrôle en commun, qui est le résultat final des opérations, sera examinée par la Commission ».

Au cas d'espèce, l'Autorité de la concurrence considère que les deux étapes de l'opération constituent une concentration unique, la rétrocession des actions détenue par ITM Alimentaire Est à M et Mme Somnard leur permettant de prendre le contrôle conjoint d'Ormoison se faisant immédiatement après la prise de contrôle exclusif d'ITM Entreprises, conformément à un acte juridiquement contraignant.

L'article L. 430-1 du code de commerce précise au I-2 qu'une opération de concentration est réalisée « lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. ». Compte-tenu des éléments qui précèdent, l'opération notifiée s'analyse comme une prise de contrôle conjoint de M et Mme Somnard, personnes physiques, sur Ormoison, ITM Entreprises conservant le contrôle conjoint qu'elle détenait déjà avant l'opération. Or M. et Mme Somnard ne détiennent le contrôle d'aucune autre entreprise au moment de l'opération. En conséquence, l'opération n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 430-1 du code de commerce.

¹ Paragraphes 28 et suivants de la communication consolidée de la Commission européenne sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) N°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises

² Paragraphe 47 de la communication consolidée de la Commission européenne sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) N°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises

Je vous informe donc que l'opération notifiée n'est pas soumise au contrôle des concentrations prévu aux articles L. 430-3 et suivants du code de commerce.

Le président,

Bruno Lasserre

© Autorité de la concurrence