

N<sup>os</sup> 469494, 470329

**REPUBLIQUE FRANÇAISE**

SOCIETE VALOCIME

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

M. Nicolas Jau  
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux  
(Section du contentieux, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> chambres réunies)

M. Thomas Pez-Lavergne  
Rapporteur public

Sur le rapport de la 3<sup>ème</sup> chambre  
de la Section du contentieux

Séance du 2 avril 2025  
Décision du 17 avril 2025

Vu les procédures suivantes :

1° Sous le n° 469494, par une requête, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés les 7 décembre 2022, 17 mai 2023 et 1<sup>er</sup> septembre 2023 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Valocîme demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision du 8 septembre 2022 de l'Autorité de la concurrence agréant la société Phoenix Tower International (PTI) en tant que repreneur des actifs que la société Cellnex s'est engagée à céder dans le cadre de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 21-DCC-197 du 25 octobre 2021 autorisant sa prise de contrôle exclusif de la société Hivory ;

2°) de mettre à la charge de l'Autorité de la concurrence la somme de 10 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la décision attaquée est entachée d'irrégularité en ce qu'elle ne comporte ni visa, ni motivation, ni signature et qu'elle n'a pas été publiée sur le site de l'Autorité de la concurrence dans le délai imparti de cinq jours ouvrables, en méconnaissance de l'article R. 430-6 du code de commerce ;

- elle est entachée d'une erreur d'appréciation, dès lors qu'elle agréé une société repreneuse ne présentant pas toutes les garanties d'indépendance à l'égard de la société Cellnex ;

- elle est entachée d'une erreur d'appréciation en ce qu'elle crée de nouveaux risques d'atteintes à la concurrence tenant à des effets horizontaux, verticaux et coordonnés.

Par trois mémoires en défense, enregistrés les 7 février, 29 juin et 14 septembre 2023, l'Autorité de la concurrence conclut au rejet de la requête. Elle soutient que la requête est irrecevable, dès lors que la société Valocôme ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour agir, et que les moyens soulevés par la requérante ne sont pas fondés.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 14 février et 21 août 2023, les sociétés PTI, Phoenix France Infrastructures 2 (PFI 2) et PTI Alligator Bidco concluent au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Valocôme la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elles soutiennent que la requête est irrecevable et que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 6 avril et 7 août 2023, la société Cellnex conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Valocôme la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que la requête est irrecevable et que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

2° Sous le n° 470329, par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 9 janvier et 1<sup>er</sup> septembre 2023 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Valocôme demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision n°22-DCC-176 du 7 octobre 2022 de l'Autorité de la concurrence autorisant la prise de contrôle exclusif par PTI d'actifs détenus par Cellnex et Hivory ;

2°) de mettre à la charge de l'Autorité de la concurrence la somme de 10 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la décision attaquée est entachée d'une erreur d'appréciation, dès lors que la définition des marchés pertinents qu'elle retient n'intègre pas de dimension géographique locale ;

- elle est entachée d'une erreur d'appréciation, dès lors qu'elle écarte tous risques d'effets anticoncurrentiels horizontaux ;

- elle est entachée d'une erreur d'appréciation, dès lors qu'elle écarte tous risques d'effets anticoncurrentiels verticaux, tenant à la mise en œuvre d'une stratégie de verrouillage des intrants.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 7 mars et 14 septembre 2023, l'Autorité de la concurrence conclut au rejet de la requête. Elle soutient que la requête est

irrecevable, dès lors que la société Valocôme ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour agir, et que les moyens soulevés par la requérante ne sont pas fondés.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 17 avril et 9 octobre 2023, les sociétés PTI, PFI 2 et PTI Alligator Bidco concluent au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Valocôme la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elles soutiennent que la requête est irrecevable et que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 7 août et 12 octobre 2023, la société Cellnex conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Valocôme la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que la requête est irrecevable et que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code de commerce ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Nicolas Jau, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Thomas Pez-Lavergne, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SARL Delvolvé et Trichet, avocat de la société Valocôme, à la SCP Spinosi, avocat de la société Phoenix Tower International et de la société Phoenix France Infrastructures 2, à la SCP Célice, Texidor, Perier, avocat de la société Cellnex et à la SCP Spinosi, avocat de la société PTI Alligator Bidco ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 4 avril 2025, présentée pour chacune de ses requêtes par la société Valocôme ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 430-1 du code de commerce : « I. - Une opération de concentration est réalisée : 1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; / 2° 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 (...) ».* L'Autorité de la concurrence, à laquelle une opération de concentration entrant dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2 du code de commerce a été notifiée, peut, en vertu des dispositions de l'article L. 430-5 du même code, soit autoriser l'opération en la subordonnant éventuellement à la réalisation effective d'engagements pris par les parties, soit, si elle estime qu'il existe un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi au terme duquel elle prend une décision qui peut être d'autorisation, le cas échéant assortie d'engagements, de prescriptions ou d'injonctions, ou d'interdiction, dans les conditions prévues aux articles L. 430-6 et L. 430-7 du même code.

2. Par une décision du 25 octobre 2021, devenue définitive, prise sur le fondement de l'article L. 430-5 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence a autorisé la prise de contrôle exclusif de la société Hivory par la société Cellnex, toutes deux exploitant des infrastructures passives d'hébergement d'équipements de télécommunication pour la téléphonie mobile, sous réserve de l'engagement de Cellnex de céder, à un repreneur agréé par l'Autorité de la concurrence, 2 904 sites « toits-terrasses » et 322 sites dits « autres » situés en zone urbaine, afin de supprimer l'augmentation de parts de marché résultant, sur ces deux marchés, de l'opération autorisée. Par une décision du 8 septembre 2022, l'Autorité de la concurrence a agréé, pour la reprise de ces sites, la société Phoenix Tower International (PTI). Par une décision du 7 octobre 2022, également prise sur le fondement de l'article L. 430-5 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence a ensuite autorisé la prise de contrôle exclusif des actifs correspondants, consistant en, d'une part, la reprise de 1 226 sites détenus par Hivory par la société PTI Alligator Bidco, filiale de PTI, d'autre part, la reprise de 2 000 sites détenus par Cellnex par la société Phoenix France Infrastructures 2 (PFI 2), qui est détenue par la société PFI 1 contrôlée par PTI et Bouygues Telecom, mais que l'Autorité de la concurrence a estimé contrôlée exclusivement par PTI. La société Valocôme demande l'annulation pour excès de pouvoir de ces deux décisions des 8 septembre et 7 octobre 2022.

3. Ces requêtes présentent à juger des questions semblables. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

#### Sur la légalité externe de la décision d'agrément :

4. En premier lieu, le moyen tiré de ce que la décision du 8 septembre 2022 agréant PTI comme repreneur des actifs cédés par Cellnex serait irrégulière, dès lors qu'elle ne comporterait ni signature de son auteur, ni, en tout état de cause, visa et motivation, manque en fait.

5. En second lieu, la requérante ne peut utilement soutenir que la même décision aurait été publiée en méconnaissance des dispositions de l'article R. 430-6 du code de commerce, qui prévoit la publication, dans un délai de cinq jours ouvrables, du sens de certaines décisions de l'Autorité de la concurrence, dès lors, en tout état de cause, que ces dispositions ne s'appliquent pas aux décisions par lesquelles un repreneur proposé par une partie notifiante peut être agréé.

#### Sur la légalité interne des deux décisions attaquées :

6. Il appartient à l'Autorité de la concurrence, à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble des données pertinentes et se fondant sur un scénario économique plausible, d'une part, de délimiter les marchés pertinents, qui englobent les produits ou services offerts par l'entreprise résultant de la concentration et ceux d'autres entreprises et considérés comme suffisamment substituables principalement du point de vue de la demande pour exercer sur elle une pression concurrentielle significative. Il lui appartient, d'autre part, de caractériser les effets anticoncurrentiels de l'opération sur ces marchés et d'apprécier si ces effets sont de nature à porter atteinte au maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés qu'elle affecte.

7. Par sa décision du 25 octobre 2021, l'Autorité de la concurrence a estimé que la prise de contrôle exclusif d'Hivory par Cellnex était susceptible de porter atteinte à la concurrence, par le biais d'effets horizontaux, sur les marchés nationaux de l'hébergement d'équipements de téléphonie mobile en zone urbaine sur des toits-terrasses, d'une part, et sur des sites « autres », d'autre part. Elle a cependant autorisé l'opération, en estimant suffisants les engagements de Cellnex tendant à céder, sur ces deux marchés, un nombre de sites égal à celui des sites acquis par le biais de cette opération. L'Autorité de la concurrence a précisé, dans sa décision, en particulier, que les sites cédés devaient provenir de diverses zones urbaines en France et couvrir notamment les plus peuplées, que le repreneur devait présenter toutes les garanties de viabilité et d'indépendance, tant juridique que commerciale, vis-à-vis de Cellnex, enfin, que l'acquisition des sites concernés ne devait pas être susceptible de créer de nouvelles atteintes à la concurrence sur la zone concernée, en renforçant la position d'un concurrent déjà implanté. Après avoir agréé la société PTI comme repreneur des sites cédés, l'Autorité a estimé que cette reprise ne présentait aucun risque d'atteinte à la concurrence sur les deux marchés concernés et l'a autorisée.

8. En premier lieu, la requérante soutient que l'Autorité de la concurrence a commis une erreur d'appréciation en agréant PTI, en faisant valoir que cette société ne présenterait pas toutes les garanties d'indépendance, juridique et commerciale, vis-à-vis de Cellnex, permettant de la regarder comme un repreneur adéquat pour les actifs cédés, compte tenu de l'interdépendance entre ces deux sociétés résultant de leur dépendance respective vis-à-vis d'une même société tierce, à savoir la société Bouygues Telecom. Il ressort effectivement des pièces des dossiers, d'une part, que Bouygues Telecom et Cellnex étaient respectivement, avant la cession de sites à PTI, le principal client et le principal fournisseur de l'autre sur les marchés concernés, d'autre part, que Cellnex et Bouygues Telecom sont partenaires, à travers deux sociétés communes, sur le marché de l'exploitation d'infrastructures passives en zones périurbaines et rurales, ainsi que pour le déploiement de la fibre et de centres de données. Pour autant, ces seuls éléments ne permettent pas, en l'espèce, de caractériser une situation de dépendance de Cellnex vis-à-vis de Bouygues Telecom, dès lors que, notamment, d'une part, il n'est ni établi ni même allégué que les sociétés communes mentionnées ci-dessus présenteraient un enjeu essentiel pour le développement de Cellnex ou de Bouygues Telecom, d'autre part, il ressort des pièces des dossiers que l'opération de cession de sites dont l'autorisation est par ailleurs attaquée a pour conséquence une réduction substantielle des liens commerciaux entre Cellnex et Bouygues Telecom, par le transfert à PFI 2 de 2 000 sites de Cellnex hébergeant des équipements de Bouygues Telecom, qui ne constituera ainsi, après l'opération, que le troisième client, en termes de revenus, de Cellnex, derrière les opérateurs Free et SFR, tandis que la part des équipements de Bouygues Telecom hébergés par Cellnex diminuera substantiellement. Il ressort également des pièces des dossiers qu'il n'existe aucun lien capitalistique ou juridique entre Cellnex et PTI ou PFI 2. Par suite, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'éventuelle dépendance de PTI ou de PFI 2 vis-à-vis de Bouygues Telecom, le moyen tiré de ce que, compte

tenu des liens entre Cellnex et Bouygues Telecom, PTI et Cellnex ne constitueraient pas de véritables concurrents sur les marchés concernés doit être écarté. Il en résulte également que le risque d'entente entre Cellnex et PTI, découlant selon la requérante de leurs liens respectifs avec Bouygues Telecom, n'est pas établi.

9. En deuxième lieu, si la requérante soutient que l'Autorité de la concurrence aurait inexactement délimité les marchés pertinents, en examinant les effets de l'opération sur les marchés des sites « toits-terrasses » et des sites dits « autres » situés en zone urbaine au seul niveau national, entendu comme couvrant le territoire métropolitain, sans mener cette analyse au niveau local et sans prendre en compte les territoires d'outre-mer, une telle délimitation des marchés pertinents reprend celle retenue par l'Autorité de la concurrence dans sa décision du 25 octobre 2021 autorisant la prise de contrôle exclusif de Hivory par Cellnex, sous réserve de la cession des sites faisant l'objet de l'opération litigieuse. Or il est constant que l'opération attaquée ne concerne que le territoire métropolitain et la requérante ne fait état d'aucune circonstance nouvelle qui justifierait que l'Autorité de la concurrence s'écarte de la délimitation nationale, et non locale, des marchés pertinents retenus dans sa décision de 2021. Dans ces conditions, le moyen ne peut qu'être écarté.

10. En troisième lieu, la requérante soutient que l'opération était de nature à entraîner des effets anticoncurrentiels verticaux, en raison d'un risque de verrouillage par les intrants, qui consisterait, pour Bouygues Telecom, grâce au contrôle conjoint qu'il exercerait avec PTI sur PFI 2, à cesser, en totalité ou partiellement, d'héberger, en zone urbaine, sur les sites gérés par PFI 2, les équipements de télécommunication de ses concurrents, ou à leur proposer une offre dégradée. Toutefois, il ressort des pièces des dossiers que, à supposer même que, contrairement à ce qu'ont retenu tant la Commission européenne que l'Autorité de la concurrence, Bouygues Telecom contrôle PFI 2 conjointement avec PTI, ce risque peut être écarté. En effet, outre que les accords conclus entre PTI et Bouygues Telecom, dont l'indépendance n'est pas sérieusement contestée par la requérante, incluent des dispositions empêchant Bouygues Telecom d'avoir connaissance et de s'immiscer dans la conduite des activités commerciales de PFI 2 avec des opérateurs téléphoniques tiers, ce qui limite fortement la capacité de Bouygues Telecom à mener la stratégie envisagée par la requérante, il ressort des pièces des dossiers que les parts de marché de PFI 2 après l'opération, sur les marchés concernés par l'opération, resteraient limitées, autour de 25 %, et qu'un opérateur tiers disposerait d'alternatives concurrentielles suffisantes auprès des autres opérateurs présents sur le marché, indépendants de Bouygues Telecom, ce qui, en tout état de cause, exclut qu'une telle stratégie de verrouillage, à supposer qu'elle soit envisagée, soit efficace. Dès lors, le moyen ne peut qu'être écarté.

11. En quatrième lieu, la requérante conteste l'analyse par laquelle l'Autorité de la concurrence, estimant d'une part que PTI n'était pas présente sur les marchés concernés avant la cession autorisée par la décision contestée, et d'autre part que cette cession revenait à supprimer l'augmentation de parts de marché de Cellnex résultant de sa prise de contrôle d'Hivory, en a conclu que la structure concurrentielle après l'opération serait similaire à celle existant avant la prise de contrôle d'Hivory par Cellnex, et écarté de ce fait tout risque d'effets anticoncurrentiels horizontaux liés à cette opération.

12. La requérante soutient, d'une part, que c'est de manière erronée que l'Autorité de la concurrence a estimé que la présence du repreneur des sites cédés était nulle, avant l'opération, sur les marchés concernés, alors qu'elle aurait dû tenir compte de ses projets

de développement de nouveaux sites, et plus particulièrement de ce que l'accord conclu entre Bouygues Telecom et PTI pour la reprise des 2 000 sites de Cellnex prévoyait également le déploiement de 400 nouveaux sites en zone urbaine. Toutefois, l'Autorité de la concurrence n'a pas commis d'erreur d'appréciation en ne prenant pas en compte ce projet de déploiement dans son analyse de la situation concurrentielle, dès lors qu'il restait, à la date de sa décision, incertain dans son principe et sa temporalité, que, le cas échéant, il ne serait que très progressif, et qu'en tout état de cause le nombre très limité de sites concernés ne modifiait pas l'analyse concurrentielle litigieuse puisque PTI resterait le deuxième acteur des marchés concernés derrière Cellnex.

13. La requérante soutient, d'autre part, que les 2 000 sites cédés par Cellnex à PFI 2, société contrôlée selon la requérante conjointement par PTI et Bouygues Telecom, ne pouvaient pas être pris en compte dans l'analyse de la situation concurrentielle après l'opération, et que, abstraction faite de ces sites, l'opération autorisée avait pour effet un renforcement de la position concurrentielle de Cellnex. Elle fait valoir à cet égard que l'Autorité de la concurrence a exclu du marché des infrastructures passives d'hébergement d'équipements de télécommunication pour la téléphonie mobile, dans sa décision du 25 octobre 2021, à juste titre, non seulement les sites exploités directement par des opérateurs de téléphonie mobile pour leur seul compte propre, mais également Totem, nouvelle filiale d'Orange destinée à gérer les infrastructures passives d'Orange, au motif que, filiale à 100 % d'Orange, partageant les mêmes dirigeants et n'étant pas encore opérationnelle, il ne pouvait être garanti qu'elle agisse de façon indépendante vis-à-vis d'Orange. Elle soutient que, compte tenu des liens entre Bouygues Telecom et PFI 2, le même raisonnement devrait s'appliquer aux sites cédés à cette dernière société. Toutefois, d'une part, la circonstance que l'Autorité de la concurrence n'ait pas appliqué à PFI 2 le raisonnement tenu vis-à-vis de Totem ne saurait, à elle seule, entacher les décisions attaquées d'illégalité. D'autre part, il n'est pas sérieusement contesté par la requérante que PFI 2, qui était opérationnelle dès la réalisation de l'opération, avait vocation à intervenir sur les marchés concernés pour héberger des équipements non seulement de Bouygues Telecom mais également d'autres opérateurs. Dans ces conditions, c'est sans erreur d'appréciation que l'Autorité de la concurrence a inclus les sites cédés à PFI 2 dans l'analyse du marché.

14. Enfin, dès lors que l'opération autorisée aboutit à la présence sur les marchés concernés de quatre opérateurs indépendants, à savoir Cellnex, PTI et, plus marginalement, TDF et ATC, soit autant qu'avant l'acquisition de Hivory par Cellnex, à savoir Cellnex, Hivory et, tout aussi marginalement, TDF et ATC, et à une part de marché de chacun de ces opérateurs au plus égale à celle de chacun des quatre opérateurs auparavant présents, la requérante n'est pas fondée à soutenir que l'opération se traduirait par une dégradation de la situation concurrentielle sur le marché.

15. Par suite, c'est sans erreur d'appréciation que l'Autorité de la concurrence a écarté tout risque d'effets anticoncurrentiels horizontaux propres à l'opération attaquée.

16. Il résulte de ce qui précède que l'Autorité de la concurrence n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que PTI constituait un repreneur indépendant de Cellnex et a exactement apprécié les effets anticoncurrentiels de la reprise par PTI des sites que Cellnex s'était engagée à céder. Dès lors, c'est également sans erreur d'appréciation qu'elle a estimé que PTI constituait un repreneur adéquat pour ces sites.

17. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les fins de non-recevoir opposées en défense, que la société requérante n'est pas fondée à demander l'annulation des décisions qu'elle attaque.

18. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées par la société Valocîme au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Valocîme une somme globale de 3 000 euros à verser aux sociétés PTI, PFI 2 et PTI Alligator Bidco et une somme de 3 000 euros à verser à la société Cellnex au titre des mêmes dispositions.

D E C I D E :

-----

Article 1<sup>er</sup> : Les requêtes de la société Valocîme sont rejetées.

Article 2 : La société Valocîme versera la somme globale de 3 000 euros aux sociétés PTI, PFI 2 et PTI Alligator Bidco et la somme de 3 000 euros à la société Cellnex.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Valocîme, à l'Autorité de la concurrence, aux sociétés PTI, PFI 2 et PTI Alligator Bidco, et à la société Cellnex.

Copie en sera adressée au ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique.

Délibéré à l'issue de la séance du 2 avril 2025 où siégeaient : M. Jacques-Henri Stahl, président adjoint de la section du contentieux, président ; M. Stéphane Verclytte, M. Thomas Andrieu, présidents de chambre ; M. Jonathan Bosredon, Mme Catherine Fischer-Hirtz, M. Philippe Ranquet, Mme Sylvie Pellissier, Mme Emilie Bokdam-Tognetti, conseillers d'Etat et M. Nicolas Jau, maître des requêtes-rapporteur.

Rendu le 17 avril 2025.

Le président :  
Signé : M. Jacques-Henri Stahl

Le rapporteur :  
Signé : M. Nicolas Jau

La secrétaire :  
Signé : Mme Elsa Sarrazin

La République mande et ordonne au ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, en ce qui le concerne ou à tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Pour la secrétaire du contentieux, par délégation :