

Décision n° 2024-1278-RDPI
de l’Autorité de régulation des communications électroniques, des postes
et de la distribution de la presse
en date du 11 juin 2024
se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société
Canal+ Télécom et la société Réunicable

AVERTISSEMENT

Le présent document est un document non confidentiel.
Les données et informations protégées par la loi sont présentées
de la manière suivante : [SDA].

L’Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ci-après « l’Arcep » ou « l’Autorité »),

Vu le règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission européenne du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d’aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité ;

Vu la directive (UE) 2018/1972 du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen ;

Vu l’article 244 quater W du code général des impôts (ci-après « CGI ») ;

Vu le code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE »), notamment ses articles L. 32, L. 32-1, L. 34-8, L. 34-8-3, L. 36-8, R. 11-1 ;

Vu la décision n° 2009-1106 de l’Arcep en date du 22 décembre 2009 précisant, en application des articles L. 34-8 et L. 34-8-3 du CPCE, les modalités de l’accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée ;

Vu la décision n° 2010-1312 de l’Arcep en date du 14 décembre 2010 précisant, en application des articles L. 34-8 et L. 34-8-3 du CPCE, les modalités de l’accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique sur l’ensemble du territoire à l’exception des zones très denses ;

Vu la décision n° 2015-0776 de l’Arcep en date du 2 juillet 2015 sur les processus techniques et opérationnels de la mutualisation des réseaux de communications électroniques à très haut débit en fibre optique ;

Vu la décision n° 2020-1432 du 8 décembre 2020 de l’Arcep précisant les modalités de l’accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique ;

Vu le modèle générique de tarification de l’accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique en dehors des zones très denses publié en octobre 2015 ;

Vu la recommandation de l'Arcep en date du 8 décembre 2020 sur les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique ;

Vu la décision n° 2019-1685 de l'Arcep en date du 10 décembre 2019 modifiée portant adoption du règlement intérieur ;

Vu la demande de règlement de différend, enregistrée à l'Autorité le 5 décembre 2023, présentée par la société Canal+ Télécom (ci-après « Canal+ Télécom »), société par action simplifiée, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Pointe-à-Pitre sous le numéro 351 555 792, dont le siège social est situé au ZAC de Moudong Centre, 97122 Baie-Mahault ;

La société Canal+ Télécom demande à l'Autorité d'enjoindre à la société Réunicable (ci-après « Réunicable ») :

« (i) de communiquer à Canal+ Télécom les éléments comptables nécessaires à la confirmation que REUNICABLE a bénéficié des crédits d'impôt pour les investissements productifs codifiés à l'article 244 quater W du Code général des impôts et leur montant total, ou, à tout le moins, une attestation comptable confirmant le bénéfice des crédits d'impôt et leur montant total ;

(ii) de proposer, sous un mois, un projet d'avenant au Contrat d'accès modifiant les tarifs de cofinancement fixés à l'annexe 2, à effet du 30 novembre 2021, afin que :

- Les tarifs des droits d'usage, c'est-à-dire les tarifs non-récurrents, prévus au 3.1 de l'annexe 2 soit diminués de 35 %. Ainsi, le tarif ab initio ne pourrait être supérieur à 345,8 euros.*
- Le tarif de la redevance mensuelle par ligne active, c'est-à-dire le tarif récurrent, prévu au 3.3 de l'annexe 2, soit diminué de 35 %. Ainsi, le tarif ne pourrait être supérieur à 3,25 euros par prise activée. De même, le plafond de la redevance mensuelle par ligne active, prévu à la section suivante de l'annexe 2, serait également diminué de 35 %, et ne pourrait être supérieur à 3,575 euros. »*

Sur la recevabilité des demandes, Canal+ Télécom soutient :

- en premier lieu, que l'échec des négociations ne saurait être sérieusement contesté compte-tenu des échanges intervenus entre les parties depuis 2019 et de l'absence de réponse satisfaisante de Réunicable aux demandes de Canal+ Télécom ;
- en second lieu, que les objections soulevées, dans le cadre des négociations, par Réunicable pour s'opposer à la demande de communication sur le crédit d'impôt en faveur des investissements productifs neufs réalisés outre-mer (ci-après le « crédit d'impôt outre-mer ») ne sont pas fondées. À cet égard, selon Canal+ Telecom, d'abord, les informations sur un crédit d'impôt figurant pour les années 2018 et 2019 dans les comptes annuels publiés par Réunicable et assis sur une infrastructure cofinancée ne saurait constituer un secret des affaires pour l'opérateur cofinçant cette infrastructure ; ensuite, ces subventions doivent respecter le principe de transparence du Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission européenne du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité (ci-après « RGEC ») ; enfin, Réunicable ne démontre pas en quoi ses demandes emporteraient un échange d'informations contraire au droit de la concurrence alors qu'il n'est pas un concurrent de Réunicable, lequel est en situation de monopole sur les zones qu'il déploie. Canal+ Télécom ajoute que l'Autorité, approuvée par la Cour d'appel, a pu enjoindre à Orange de communiquer de manière périodique les grandes masses de coûts pris en compte dans les calculs de tarifs de cofinancement.

Sur le fond, Canal+ Télécom soutient que ses demandes sont d'une part fondées au regard des obligations réglementaires incombant aux opérateurs d'infrastructure et d'autre part raisonnables et équitables.

En premier lieu, Canal+ Télécom soutient en substance que ses demandes sont justifiées par les principes réglementaires de non-discrimination, d'objectivité, de pertinence et d'efficacité des investissements et du lien qui en découle entre les tarifs d'accès au réseau en fibre optique jusqu'à l'abonné (ci-après « FttH » pour « Fibre to the Home ») et les coûts de déploiement de ce réseau. Il fait en outre valoir que le cofinanceur doit disposer d'une visibilité suffisante sur les tarifs qui lui sont appliqués. En conséquence, Canal+ Télécom estime que, de la même façon que l'Arcep a considéré qu'il n'appartenait pas à Orange de supporter seul les conséquences de l'imposition forfaitaire des entreprises de réseau (IFER), un opérateur d'infrastructure ne peut prétendre se réserver seul le bénéfice d'un crédit d'impôt assis sur l'infrastructure cofinancée en en privant les cofinanceurs. Il fait ensuite, en substance, valoir que la règle ne devrait pas être différente de celle applicable dans les réseaux d'initiative publique pour lesquels le cadre réglementaire impose que les conditions tarifaires d'accès tiennent compte de l'apport d'aides publiques. Canal+ Télécom renvoie en outre à la note économique qu'il a produite pour soutenir que le crédit d'impôt outre-mer affecte une donnée d'entrée du modèle PM (point de mutualisation) PBO (point de branchement optique) (i.e. du modèle générique de tarification de l'accès aux réseaux FttH en dehors des zones très denses, ci-après « modèle de tarification de 2015 ») et est susceptibles d'affecter l'ensemble des tarifs définis par le modèle de tarification de 2015 (non-récurrent, récurrent et de location).

En deuxième lieu, Canal+ Télécom soutient que, compte-tenu de la non-répercussion des subventions obtenues, les tarifs de Réunicable sont déraisonnables. À titre liminaire, Canal+ Télécom soutient en substance qu'il est constant d'une part, que le bénéfice du crédit d'impôt outre-mer n'a pas été répercuté, les tarifs de cofinancement n'ayant jamais été modifiés par Réunicable depuis 2016 et d'autre part, que le crédit d'impôt outre-mer dont Réunicable fait état dans ses comptes est assis sur les déploiements de lignes FttH à La Réunion. Partant, Canal+ Télécom fait en particulier valoir que, dès lors que les coûts de déploiement de l'infrastructure cofinancée ont diminué du fait du bénéfice du crédit d'impôt outre-mer, l'absence de répercussion de ce crédit d'impôt outre-mer sur les tarifs entraîne une décorrélation entre les coûts et les tarifs et compromet leur caractère raisonnable. Canal+ Télécom soutient également que dès lors que les tarifs doivent tenir compte des coûts encourus par un opérateur efficace, à supposer que Réunicable n'ait pas demandé ou obtenu le crédit d'impôt outre-mer pour d'autres années que les années 2018 et 2019, les tarifs de cofinancement devraient en tout état de cause être établis en tenant compte du bénéfice du crédit d'impôt outre-mer qu'il aurait pu obtenir. Canal+ Télécom fait en outre valoir, en s'appuyant sur la note économique qu'il a produite, que les tarifs de Réunicable sont plus élevés que ceux des deux autres opérateurs d'infrastructure opérant à La Réunion alors que l'un deux, Orange, a confirmé ne pas avoir bénéficié du crédit d'impôt outre-mer. Canal+ Télécom ajoute enfin que la note d'analyse économique qu'il a produite montre que la non-répercussion des subventions perçues affecte le marché de détail en ce qu'elle permet à la société ZEOP (filiale de OCEINDE et société sœur de Réunicable) de pratiquer des baisses de prix substantielles.

Enfin et en troisième lieu, Canal+ Télécom soutient que ses demandes sont raisonnables et justifiées. Canal+ Télécom estime à cet égard que la répercussion du crédit d'impôt outre-mer sur le tarif permet de rétablir le lien avec les coûts de déploiement, de restaurer une concurrence saine sur le marché sans entamer la marge de Réunicable telle qu'elle a été envisagée en 2016. Canal+ Télécom indique également que ses demandes sont conformes aux objectifs de régulation fixés à l'article L. 32-1 du CPCE en ce qu'elles permettront d'encourager davantage les opérateurs à participer au mécanisme de cofinancement.

Concernant la demande de modification rétroactive, Canal+ Télécom soutient en substance que sa demande est proportionnée et équitable dès lors qu'il a formulé ses demandes dès 2019 et que la modification rétroactive des tarifs de cofinancement ne génère aucune complexité de mise en œuvre.

Vu les courriers du 7 décembre 2023 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis à Réunicable la demande de règlement de différend de Canal+ Télécom ;

Vu les courriers du 13 décembre 2023 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis aux parties le calendrier prévisionnel de dépôt des mémoires et désigné les rapporteurs ;

Vu les observations en défense, enregistrées à l'Autorité le 8 janvier 2024, présentées par Réunicable, société par action simplifiée, dont le siège social est situé au 39 rue Pierre Brossolette 97420 Le Port, inscrite au registre du commerce et des sociétés de Saint-Denis de la Réunion sous le numéro B 531 379 303 ;

Réunicable demande à l'Autorité de :

« - A titre principal, déclarer irrecevables les demandes de Canal+ Télécom visant :

- la communication à Canal+ Télécom d'éléments comptables mentionnés à l'article 244 quater W du code général des impôts, à défaut de compétence de l'Autorité ;
- la diminution des tarifs de cofinancement de Réunicable fixés à l'annexe 2 du contrat d'accès à compter du 5 décembre 2021, à défaut d'échec des négociations ;

- A titre subsidiaire, rejeter les demandes de Canal+ Télécom visant :

- la communication à Canal+ Télécom d'éléments comptables mentionnés à l'article 244 quater W du code général des impôts, à défaut de caractère proportionné et qu'il ne serait donc pas équitable d'y faire droit ;
- la diminution des tarifs de cofinancement fixés à l'annexe 2 du contrat d'accès à effet du 5 décembre 2021, à défaut de justification et de caractère raisonnable, et qu'il ne serait donc pas équitable d'y faire droit ;

- A titre reconventionnel, enjoindre à Canal+ Télécom de communiquer à l'Autorité les éléments comptables nécessaires à l'évaluation du montant total des crédits d'impôts qui ont été accordés à Canal+ Télécom et son actionnaire Canal+ International ainsi qu'au groupe Canal+.

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, Réunicable soutient que :

- l'Autorité n'est pas compétente pour se prononcer sur la demande 1 de Canal+ Télécom tendant à la communication d'éléments couverts par le secret fiscal dès lors qu'elle ne relève pas des conditions techniques et tarifaires de l'accès mais de règles du droit fiscal. À cet égard, Réunicable fait valoir que le Conseil d'État, dans son arrêt en date du 27 juillet 2015, a déjà refusé, en se fondant sur la protection du secret fiscal, la communication à Canal+ Télécom d'agréments fiscaux qu'auraient obtenus certains de ses concurrents et que Canal+ Télécom ne peut donc prétendre qu'à la consultation des comptes sociaux annuels des entreprises. Réunicable ne conteste pas la compétence de l'Arcep sur la demande 2 ;
- la demande 2 est irrecevable à défaut d'échec des négociations entre les parties en ce que : Réunicable n'a jamais opposé un refus à la demande 2 de Canal+ Télécom et a toujours négocié de bonne foi ; Canal+ Télécom n'a cessé de modifier ses demandes et n'a pas répondu aux demandes précises de négociations de Réunicable en ignorant le dernier courrier de Réunicable en date du 28 juillet 2023 lui proposant un avenant au contrat d'accès ; Canal+ Télécom n'a jamais présenté, dans le cadre de négociations, une demande tarifaire précise et motivée, alors qu'il incombait à Canal+ Télécom de prouver le caractère supposé déraisonnable des tarifs de cofinancement en proposant de nouveaux tarifs chiffrés.

Sur le fond,

Sur la demande 1 de Canal+ Télécom relative à la communication d'éléments comptables, Réunicable soutient que la demande de Canal+ Télécom est inéquitable et disproportionnée.

Réunicable soutient en substance que la levée du secret fiscal ne pourrait s'imposer qu'à l'égard de l'Autorité qui serait alors elle-même tenue au respect du secret fiscal. En outre, Réunicable affirme notamment que la demande de Canal+ Télécom est disproportionnée au motif qu'elle permettrait à Canal+ Télécom de se substituer à l'Autorité dans son contrôle des tarifs de l'accès aux lignes FttH.

Réunicable estime en substance que la demande de Canal+ Télécom serait inéquitable s'il n'était pas exigé réciproquement de toutes entités du groupe Canal+ Télécom de communiquer de façon symétrique les mêmes éléments comptables concernant les projets les ayant conduits à bénéficier directement de crédits d'impôt. À cet égard, les crédits d'impôt dont Canal+ Télécom a ou aurait pu bénéficier devraient être pris en compte dans les tarifs payés par Canal+ Télécom.

Sur la demande 2 de Canal+ Télécom relative aux modifications tarifaires, Réunicable soutient que la demande de Canal+ Télécom n'est pas justifiée et raisonnable.

Réunicable considère que Canal+ Télécom n'apporte pas la preuve qui lui incombe du caractère supposé déraisonnable des tarifs de cofinancement de Réunicable. À cet égard, Réunicable précise que la modélisation théorique produite par Canal+ Télécom, en se bornant à reprendre les tarifs de Réunicable déduits du crédit d'impôt outre-mer, ne permet pas de refléter la réalité économique et est impropre à vérifier le caractère supposé déraisonnable des tarifs de cofinancement de Réunicable. Réunicable estime notamment que les considérations fiscales sont propres à la situation de chaque entreprise et ne peuvent justifier une diminution des tarifs. Réunicable considère également que ses tarifs de cofinancement, établis à partir du modèle de tarification de 2015 de l'Autorité et cohérents avec ceux pratiqués par les principaux opérateurs privés en zone AMII (zone d'appel à manifestation d'intention d'investissement), sont conformes aux principes énoncés dans la décision de l'Autorité n° 2009-1106 du 22 décembre 2009.

Sur la détermination de la date de début de la période couverte par le différend s'agissant des demandes de Canal+ Télécom, Réunicable soutient que la demande de rétroactivité de Canal+ Télécom n'est pas équitable et présente un caractère disproportionné.

Réunicable indique notamment que la demande de rétroactivité de Canal+ Télécom est contraire au principe de protection de la confiance légitime au motif qu'elle remettrait en cause le cadre réglementaire du FttH et le cadre fiscal du crédit d'impôt outre-mer. À cet égard, Réunicable fait valoir que le crédit d'impôt outre-mer ne peut être assimilé à une subvention alors qu'il existe un décalage entre le financement de la dépense et la perception de l'aide fiscale, et qu'il en découle un risque pour Réunicable. Selon Réunicable, la demande de rétroactivité de Canal+ Télécom est disproportionnée au motif qu'elle conduirait à reprendre toutes les facturations déjà adressées à Canal+ Télécom, ainsi qu'aux autres opérateurs cofinanceurs.

Vu les observations en réplique, reçues à l'Autorité le 26 janvier 2024, présentées par la société Canal+ Télécom ;

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes,

Canal+ Télécom maintient que l'Autorité est compétente, en application des dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE, pour enjoindre à Réunicable de fournir les informations sur le crédit d'impôt outre-mer obtenu assis sur les infrastructures cofinancées en ce qu'elles ont bien un lien avec les conditions tarifaires de l'accès.

Canal+ Télécom soutient que le moyen de Réunicable tiré de l'incompétence de l'Arcep procède d'une dénaturation de la demande et du cadre juridique applicable.

En premier lieu, Canal+ Télécom fait valoir que sa demande ne concerne pas l'agrément fiscal visé à l'article 244 quater W du CGI comme le laisse entendre Canal+ Télécom mais la communication d'une attestation comptable, confirmant que Réunicable a bénéficié du crédit d'impôt outre-mer.

En deuxième lieu, Canal+ Télécom fait valoir que le secret fiscal ainsi que l'obligation de respect du secret professionnel invoqués par Réunicable ne peuvent être opposés en l'espèce alors que la demande de Canal+ Télécom ne concerne pas des actes administratifs ou des informations recueillies par les services fiscaux mais des éléments demandés à Réunicable. Canal+ Télécom indique à cet égard que la jurisprudence de l'arrêt Mediaserv du Conseil d'État en date du 27 juillet 2015 citée par Réunicable n'est pas pertinente dès lors qu'elle concernait une demande de communication d'un

agrément fiscal (i) adressée aux services fiscaux (ii) et formée par des concurrents qui n'avaient pas le statut de cofinanceurs (iii).

En troisième lieu, les éléments comptables dont la communication est demandée portent sur une aide d'État soumise au RGEC et sont en conséquence soumis au respect du principe de transparence.

Canal+ Télécom maintient que ses demandes sont recevables en raison de l'échec des négociations avec Réunicable. À cet égard, Canal+ Télécom indique que la circonstance que Réunicable n'ait jamais opposé explicitement un refus à cette demande de modification des tarifs est indifférente.

Sur le fond, Canal+ Télécom maintient ses demandes et complète son argumentation avec les éléments ci-dessous.

Sur la demande de communication d'éléments comptables relatifs au crédit d'impôt outre-mer obtenu par Réunicable, Canal+ Télécom maintient que sa demande est justifiée, équitable, indispensable et proportionnée.

Canal+ Télécom soutient que sa demande ne conduit pas à se substituer à l'Arcep dans son pouvoir de contrôle dès lors que les éléments comptables demandés ne peuvent pas lui permettre d'opérer une analyse des coûts détaillés de Réunicable.

Canal+ Télécom maintient par ailleurs, en reprenant les arguments de sa saisine, que les informations demandées ne relèvent ni du secret fiscal, ni du secret des affaires.

Sur la demande de modification des tarifs de cofinancement, Canal+ Télécom maintient que sa demande est justifiée et équitable.

En premier lieu, Canal+ Télécom soutient qu'il a démontré le caractère déraisonnable des tarifs de Réunicable, avec tous les éléments de preuve à sa disposition et en respectant la charge de la preuve qui lui incombe.

Canal+ Télécom estime notamment que Réunicable n'a pas répondu aux arguments de Canal+ Télécom sur la nécessité de répercuter le crédit d'impôt outre-mer obtenu en se bornant à soutenir que cette demande devrait conduire à la répercussion réciproque de l'impôt sur les sociétés alors que celui-ci est déclenché par la réalisation d'un bénéfice et n'est pas spécifiquement assis sur le déploiement de l'infrastructure cofinancée comme l'est le crédit d'impôt outre-mer.

En second lieu, Canal+ Télécom précise que la note d'analyse économique produite n'avait pas pour objet d'utiliser le modèle de tarification de 2015 de l'Arcep pour modéliser les tarifs raisonnables de cofinancement de Réunicable, Canal+ Télécom n'ayant pas à sa disposition les informations relatives aux coûts de Réunicable ni les informations sur les coûts de déploiement d'une infrastructure FttH à La Réunion. Canal+ Télécom fait en substance valoir que la note d'analyse économique a démontré les incitations de Réunicable à ne pas répercuter le crédit d'impôt outre-mer dans les tarifs de cofinancement et à en tirer parti au profit de ZEOP, société sœur de Réunicable et a, à cet égard, établi que les éléments observables sur le marché semblent cohérents avec une non répercussion du crédit d'impôt outre-mer.

En troisième lieu, Canal+ Télécom considère que Réunicable n'apporte à aucun moment la preuve qui lui incombe que ses tarifs sont raisonnables. Canal+ Télécom ajoute que Réunicable tente d'opérer un renversement de la charge de la preuve en faisant peser sur lui une preuve impossible à apporter. Canal+ Télécom précise notamment que Réunicable ne produit aucune des données et des paramètres qu'il a utilisés dans l'élaboration de ses tarifs d'accès. Canal+ Télécom considère que « l'attestation de travaux » produite par Réunicable n'a aucune pertinence dès lors qu'en tout état de cause Réunicable ne conteste pas la non-répercussion du crédit d'impôt outre-mer assis sur l'infrastructure cofinancée dans les tarifs de cofinancement.

Sur la demande relative à la date de prise d'effet des modifications tarifaires du cofinancement,

Canal+ Télécom considère que la solution retenue dans la décision n° 2011-0846 de l'Autorité, par laquelle elle a considéré qu' « *une remise en cause du passé dans une phase initiale d'investissement, marquée par de nombreuses incertitudes, pourrait avoir pour conséquence de dissuader les opérateurs de prendre les risques d'investissement dans ces nouveaux réseaux* », était commandée par « *les enjeux liés à l'amorce des investissements dans la fibre* » et a été rendue caduque par la décision de l'Autorité n° 2020-1168-RDPI et ne saurait *a fortiori* être applicable en 2024.

Ensuite, Canal+ Télécom soutient en substance que le principe de confiance légitime ne peut être invoqué alors qu'il s'agit pour Réunicable de tirer seul les bénéfices du crédit d'impôt outre-mer en méconnaissance du cadre réglementaire.

Enfin, Canal+ Télécom affirme que, si le montant du crédit d'impôt outre-mer est bien perçu postérieurement à la réalisation de la dépense, son principe est acquis antérieurement. Par ailleurs, il estime en substance que la restitution des sommes déjà facturées à Canal+ Télécom sur les deux dernières années n'est pas une demande disproportionnée et ne fait que traduire l'avance de trésorerie dont a bénéficié Réunicable.

Sur la demande reconventionnelle de Réunicable, Canal+ Télécom soutient qu'elle doit être rejetée.

Canal+ Télécom soutient que la demande reconventionnelle de Réunicable n'est pas recevable en raison de l'absence d'échec des négociations et qu'elle est en tout état de cause dénuée de sérieux. Canal+ Télécom fait valoir que les crédits d'impôt recherche dont a bénéficié le Groupe Canal+ sont sans rapport avec le déploiement des lignes FttH et que les tarifs de cofinancement sont construits au regard des seuls coûts de déploiement.

Vu les courriers du 26 janvier 2024 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a adressé aux parties le premier questionnaire des rapporteurs ;

Vu le courrier électronique du 7 février 2024 par lequel la société Réunicable sollicite un délai supplémentaire pour transmettre ses réponses au questionnaire des rapporteurs ;

Vu le courrier du 8 février 2024 par lequel la directrice des affaires juridiques a accordé à la société Réunicable un délai supplémentaire pour transmettre ses réponses au questionnaire des rapporteurs, ainsi que le courrier du 8 février 2024 par lequel la directrice des affaires juridiques a informé la société Canal+ Télécom qu'un délai supplémentaire était accordé à la société Réunicable et que ce même délai était accordé à la société Canal+ Télécom pour transmettre ses réponses au questionnaire des rapporteurs ;

Vu les réponses des parties au premier questionnaire reçues à l'Autorité le 13 février 2024 ;

Vu les deuxièmes observations en défense, reçues à l'Autorité le 13 février 2024, présentées par la société Réunicable ;

Sur la compétence et l'irrecevabilité des demandes, Réunicable maintient que la demande 1 formulée par Canal+ Télécom ne relève pas de la compétence de l'Autorité dès lors qu'elle vise à ce que soient définis des principes de transparence fiscale qui vont au-delà du cadre réglementaire FttH. Réunicable soutient également qu'au titre de sa demande, Canal+ Télécom ne conteste aucune clause de la convention d'accès conclue entre Réunicable et Canal+ Télécom. En outre, Réunicable indique que les exigences européennes de transparence du RGEC dont se prévaut Canal+ Télécom n'impliquent pas de dévoiler les montants précis d'aides d'État à caractère fiscal ni d'écarter l'application de la loi française concernant le secret en matière fiscale. Enfin, Réunicable considère que la communication du montant du crédit d'impôt outre-mer demandée par Canal+ Télécom implique de révéler l'existence de la décision d'agrément fiscal qui est protégée par le secret des affaires. Réunicable maintient que la condition tenant à l'échec des négociations de la demande 2 de Canal+ Télécom n'est pas remplie.

Sur le fond,

Sur la demande 1 de Canal+ Télécom relative à la communication d'informations comptables, Réunicable maintient son argumentation et la complète avec les éléments ci-dessous.

Réunicable fait valoir que Canal+ Télécom n'a pas répondu à sa proposition en date du 29 juin 2023 de lui communiquer les données demandées « *sous forme agrégée* ». Elle considère par ailleurs que la décision n° 2018-0569-RDPI ne peut être interprétée comme imposant à l'opérateur d'infrastructure de révéler le montant précis d'une aide fiscale. Réunicable fait valoir en substance qu'un principe de transparence ne peut faire obstacle à l'application de la loi française concernant le secret des affaires et *a fortiori* le secret fiscal.

En outre, Réunicable fait en substance valoir que la demande de Canal+ Télécom revêt un caractère normatif en visant à ce que soit définie une dérogation à la règle du secret en matière fiscale. Réunicable considère qu'à supposer qu'une telle dérogation puisse exister, elle devrait être encadrée et définir les informations susceptibles d'être divulguées ce qu'il n'appartient pas à l'Autorité de le faire dans le cadre d'un règlement de différend. Réunicable fait également valoir que la comparaison proposée par Canal+ Télécom avec l'IFER, taxe spécifique aux équipements en réseaux, n'est pas pertinente dès lors que le crédit d'impôt outre-mer est en l'espèce lié à un impôt générique et qu'il n'appartient pas à l'Arcep de se prononcer sur les choix en opportunité du législateur.

Sur la demande 2 de Canal+ Télécom relative aux modifications tarifaires, Réunicable maintient son argumentaire et développe les éléments complémentaires ci-dessous.

En premier lieu, Réunicable soutient en substance que la note d'analyse économique produite par Canal+ Télécom présente plusieurs erreurs de raisonnement et de calcul. À cet égard, il fait d'abord valoir que le crédit d'impôt outre-mer « *ne finanç[ant] pas des investissements en infrastructures (CAPEX) mais leur exploitation (OPEX) pendant 7 ans [...], la modélisation des tarifs de co-financement doit prendre en compte uniquement les coûts d'exploitation afférents sur 7 ans du réseau FttH passif, selon une clé de répartition* ». Il soutient ensuite que l'analyse selon laquelle les tarifs de Réunicable seraient les plus élevés des trois opérateurs d'infrastructure présents à la Réunion est erronée. À cet égard, il soutient, sur les tarifs non-récurrents, que la prise en compte dans le calcul des dates réelles de mise à disposition des lignes et de cofinancement par les opérateurs commerciaux révèle que les tarifs non-récurrents de Réunicable sont les plus avantageux et, sur le tarif récurrent, que celui de Réunicable est plus bas que ceux des autres opérateurs d'infrastructure présents à la Réunion. Selon Réunicable, l'existence supposée par le cabinet Analysis Group d'un surcoût caché lié aux lignes non actives est erronée, Réunicable ne facturant pas de récurrent sur les lignes non actives. Par ailleurs, Réunicable considère que l'analyse sur le traitement favorable dont bénéficierait ZEOP est erronée : d'une part, l'analyse des tarifs récurrents et non-récurrents montre que ZEOP n'est pas favorisé ; d'autre part, la note d'analyse économique ne caractérise aucun lien de causalité entre les pratiques tarifaires des marchés amont et aval et la présumée utilisation du crédit d'impôt outre-mer pour favoriser ZEOP. De plus, l'analyse des remises promotionnelles pratiquées respectivement par les opérateurs commerciaux présents à la Réunion ne correspond pas à la réalité.

En second lieu, selon Réunicable, Canal+ Télécom n'a pas apporté les éléments justificatifs permettant à Réunicable de vérifier la pertinence et la cohérence de la baisse tarifaire demandée par Canal+ Télécom. Selon la pratique décisionnelle de l'Autorité et notamment le règlement de différend opposant Bouygues Telecom à SFR FttH, une baisse tarifaire peut en réalité très bien être modélisée uniquement par un opérateur commercial seul, de bonne foi. Réunicable ajoute également que la demande de Canal+ Télécom dénaturerait la portée du modèle de tarification de 2015 sur lequel Réunicable et les opérateurs d'infrastructure s'appuient aux fins de la démonstration du caractère raisonnable de leurs tarifs.

Sur la détermination de la date de début de la période couverte par le différend s'agissant des demandes de Canal+ Télécom, Réunicable maintient son argumentation et développe les éléments complémentaires ci-dessous.

Réunicable soutient que la demande de rétroactivité de Canal+ Télécom serait inéquitable au motif que la modification de l'obligation réglementaire de restitution comptable de l'Autorité, qui prévoit actuellement que « *les dépenses à caractère financier et l'impôt sur les sociétés sont exclues* », serait source d'incertitude pour les opérateurs et sa modification ne devrait s'appliquer qu'aux situations nées après sa modification.

Vu les observations complémentaires, reçues à l'Autorité le 8 mars 2024, présentées par la société Canal+ Télécom ;

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, Canal+ Télécom maintient ses demandes.

Canal+ Télécom précise que, contrairement à ce que soutient Réunicable, la demande de modification des stipulations de l'annexe 2 du Contrat d'accès emporte nécessairement une contestation par Canal+ Télécom d'une clause du contrat d'accès.

Sur le fond, Canal+ Télécom maintient ses demandes et développe les éléments complémentaires ci-dessous.

En premier lieu, Canal+ Télécom soutient notamment que Réunicable a abandonné sa demande reconventionnelle. Canal+ Télécom estime également en substance que Réunicable, qui affirme avoir répercuté le bénéfice du crédit d'impôt outre-mer sur ses différents tarifs de gros FttH, confirme, par cette affirmation non démontrée, que le crédit d'impôt outre-mer identifié dans les comptes sociaux de Réunicable était assis sur les infrastructures FttH cofinancées par Canal+ Télécom, et non sur d'autres investissements.

En deuxième lieu, Canal+ Télécom considère que, contrairement à ce que soutient Réunicable, le crédit d'impôt outre-mer est « *assis sur le montant des investissements productifs* » et a donc la même nature qu'une subvention à l'investissement en ce qu'il finance des investissements dans les infrastructures (CAPEX). Ainsi, selon Canal+ Télécom, la seule particularité du crédit d'impôt outre-mer tient à sa modalité de règlement en ce qu'il est réglé par compensation sur la dette d'impôt sur les sociétés de l'entreprise qui en bénéficie, avec, le cas échéant, restitution de l'excédent. À cet égard, la condition posée au paragraphe VIII de l'article 244 quater W du CGI que l'investissement ayant ouvert droit au crédit d'impôt outre-mer soit affecté par l'entreprise qui en bénéficie à sa propre exploitation n'a pas d'incidence sur la nature de la subvention.

En troisième lieu, s'agissant des critiques formulées par Réunicable sur la note d'analyse économique, Canal+ Télécom indique notamment que celle-ci n'a pas consisté à modéliser les tarifs de cofinancement de Réunicable et produit, pour répondre aux critiques de Réunicable, une note du cabinet Analysis Group. Canal+ Télécom précise à cet égard que l'objet du différend ne porte pas sur la modélisation tarifaire, mais bien sur la question de savoir si des coûts fictifs, c'est-à-dire qui n'ont *in fine* pas été effectivement supportés par Réunicable car compensés par le crédit d'impôt outre-mer, ont été pris en compte dans la construction des tarifs. Canal+ Télécom fait en substance valoir que l'évolution de l'argumentaire de Réunicable révèle qu'il ne tient pas juridiquement.

En quatrième lieu, Canal+ Télécom soutient que la note du cabinet de conseil Smart World produite par Réunicable n'a aucune valeur dès lors que d'abord, elle n'affirme pas que les tarifs ont intégré le bénéfice du crédit d'impôt outre-mer ; ensuite, elle ne produit aucune des données et paramètres qui auraient été utilisés pour faire fonctionner le modèle de tarification de 2015, rendant impossible toute vérification ; enfin, la méthodologie qu'elle a employée tend au contraire à confirmer que le crédit d'impôt outre-mer n'a pas été pris en compte dans les tarifs, dès lors que pour alimenter le modèle de tarification de 2015, Smart World a utilisé la comptabilité réglementaire de Réunicable et que celle-ci n'a pas tenu compte du crédit d'impôt outre-mer.

Enfin, Canal+ Télécom soutient que les dernières déclarations de Réunicable selon lesquelles elle aurait pris en compte le crédit d'impôt outre-mer dans ses tarifs est contredite par plusieurs éléments dès lors que les tarifs n'ont pas été modifiés depuis 2016, que Réunicable a défendu la conformité au cadre

règlementaire de la non-répercussion du crédit d'impôt outre-mer dans les tarifs, et que Réunicable n'a jamais fait attester l'intégration du bénéfice du crédit d'impôt outre-mer dans ses tarifs de cofinancement.

Vu le courrier de la société Réunicable en date du 13 mars 2024, reçu à l'Autorité le 19 mars 2024 ;

Vu les courriers du 18 mars 2024 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a adressé aux parties le deuxième questionnaire des rapporteurs ;

Vu la décision n° 2024-0625-RDPI de l'Arcep en date du 19 mars 2024 prorogeant le délai dans lequel la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité doit se prononcer sur le différend opposant la société Canal+ Télécom à la société Réunicable ;

Vu les réponses des parties au second questionnaire enregistrées à l'Autorité le 2 avril 2024 ;

Vu les courriers du 24 avril 2024, par lesquels la société Canal+ Télécom et Réunicable ont été invitées à participer à une audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité le 15 mai 2024, et informées que la clôture d'instruction de la présente affaire était fixée au 3 mai 2024 ;

Vu les troisièmes observations en défense, reçues à l'Autorité le 2 mai 2024, présentées par la société Réunicable ;

Sur la compétence et la recevabilité des demandes, Réunicable maintient que l'Autorité n'est pas compétente sur la demande 1 de Canal+ Télécom dès lors qu'elle ne porte ni sur la conclusion ni sur l'exécution d'une convention d'accès à un réseau de communications électroniques, qu'elle consiste en une demande de constat visant à confirmer l'existence du crédit d'impôt outre-mer, et que la confirmation du bénéfice du crédit d'impôt outre-mer relève de la compétence de la Direction Générale des Finances publiques (DGFIP) à qui la loi a confié la délivrance des agréments.

Réunicable maintient que la condition tenant à l'échec des négociations de la demande 2 de Canal+ Télécom n'est pas remplie.

Sur le fond, Réunicable maintient son argumentation et la complète avec les éléments ci-dessous.

En premier lieu, Réunicable maintient que le crédit d'impôt outre-mer doit être comptabilisé en diminution de l'impôt sur les bénéfices et non en subvention d'investissement.

En deuxième lieu, Réunicable estime que la demande de baisse des tarifs de cofinancement est incohérente au regard des tarifs pratiqués par les autres opérateurs d'infrastructure, ainsi qu'au regard des résultats du modèle générique de tarification de 2015 de l'Autorité qui tendent plutôt à une hausse des tarifs de Réunicable. Réunicable considère que Canal+ Télécom n'a apporté aucun élément chiffré, même de manière agrégée, en s'appuyant sur les informations fiscales publiées par la DGFIP sous forme de fourchettes des crédits d'impôt maximaux autorisés, sur les coûts absorbés par des crédits d'impôts qui permettraient d'apprécier la cohérence entre les tarifs et les coûts supportés par Réunicable conformément au cadre réglementaire. Réunicable estime en conséquence que la note du cabinet Analysis Group « *manque de prise avec le réel* ».

En troisième lieu, contrairement à ce que soutient Canal+ Télécom, Réunicable maintient que le crédit d'impôt outre-mer est bien pris en compte par l'utilisation que Réunicable fait du modèle générique de tarification de 2015. Réunicable indique également que Canal+ Télécom tente de renverser la charge de la preuve en faisant peser sur Réunicable une présomption de culpabilité alors qu'il appartient bien à Canal+ Télécom de rapporter la preuve des faits allégués conformément aux dispositions du code civil et du code de procédure civile. Enfin, Réunicable maintient que Canal+ Télécom méconnaît le cadre réglementaire européen et national en postulant un principe de transparence fiscale absolu alors que la transparence doit s'appliquer dans le respect du secret des affaires.

Vu les autres pièces du dossier ;

Après avoir entendu le 15 mai 2024, lors de l'audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité, composée de M^{me} Laure de la Raudière, présidente, M^{me} Maya Bacache, M. François Lions et M. Emmanuel Gabla, membres de l'Autorité et en la présence de M^{me} Cécile Dubarry, directrice générale de l'Autorité, en présence des agents de l'Autorité et des représentants de la société Canal+ Télécom et de la société Réunicable :

- le rapport de M. Paul Bougard, présentant les conclusions des parties ;
- les observations des représentants de la société Canal+ Télécom ;
- les observations des représentants de la société Réunicable.

Sur la publicité de l'audience,

L'article 14 du règlement intérieur susvisé prévoit que « *l'audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n'est pas conjointe, la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité en délibère* ».

Par un courriel en date du 2 mai 2024, la société Réunicable a indiqué ne pas s'opposer à ce que l'audience soit publique. Par un courriel en date du 14 mai 2024, la société Canal+ Télécom a indiqué ne pas s'opposer à ce que l'audience soit publique.

En conséquence, l'audience a été publique.

Vu la note en délibéré transmise par Réunicable à la suite de l'audience devant la formation de règlement de différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité, enregistrée à l'Autorité le 21 mai 2024 ;

Vu le courrier du 24 mai 2024 de Canal+ Télécom et la réponse de la directrice juridique en date du 3 juin 2024 ;

La formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité (composée de Mme Laure de La Raudière, présidente, M^{me} Maya Bacache, M. François Lions et M. Emmanuel Gabla, membres de l'Autorité), en ayant délibéré le 11 juin 2024 en la seule présence de ses membres, adopte la présente décision.

Table des matières

| | | |
|-------|---|----|
| 1 | Contexte général | 13 |
| 1.1 | Présentation des parties et du marché à la Réunion | 13 |
| 1.2 | Le crédit d'impôt en faveur des investissements productifs neufs réalisés en outre-mer ... | 13 |
| 2 | Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes | 14 |
| 2.1 | Sur la compétence de l'Autorité..... | 14 |
| 2.2 | Sur la recevabilité des demandes formulées par Canal+ Télécom | 17 |
| 2.2.1 | Sur l'échec des négociations sur la demande 1..... | 17 |
| 2.2.2 | Sur l'échec des négociations sur la demande 2..... | 19 |
| 3 | Rappel du cadre juridique applicable | 20 |
| 4 | Sur la demande de communication d'éléments comptables nécessaires à la confirmation que Réunicable a bénéficié du crédit d'impôt outre-mer et son montant total | 24 |
| 4.1 | Rappel de la demande..... | 24 |
| 4.2 | Sur le fond | 24 |
| 4.2.1 | Le cadre de la régulation implique une visibilité du cofinancier sur le montant du crédit d'impôt outre-mer assis sur les investissements productifs dans le déploiement du réseau FttH mutualisé..... | 24 |
| 4.2.2 | Ni le secret des affaires ni le secret fiscal ne font obstacle à la communication par l'opérateur d'infrastructure au cofinancier du montant total du crédit d'impôt outre-mer obtenu assis sur les investissements productifs dans le déploiement du réseau FttH mutualisé | 26 |
| 5 | Sur la demande de Canal+ Télécom concernant la diminution des tarifs de cofinancement pratiqués par Réunicable | 31 |
| 5.1 | Rappel de la demande..... | 31 |
| 5.2 | Sur le fond | 31 |
| 6 | Sur la demande reconventionnelle de Réunicable..... | 38 |

1 Contexte général

1.1 Présentation des parties et du marché à la Réunion

La société Canal+ Télécom est un opérateur de communications électroniques présent dans les départements et régions d'outre-mer qui commercialise auprès des particuliers et des entreprises des offres d'accès à internet fixe haut débit et très haut débit. Canal+ Télécom est une filiale de Canal+ International, elle-même filiale du Groupe Canal+.

Canal+ Télécom cofinance, pour un montant total qu'il présente comme supérieur à [SDA] d'euros, les réseaux FttH d'opérateurs tiers et, en particulier, celui déployé par Réunicable. Canal+ Télécom revendique [SDA] abonnés à ses offres fixes dont [SDA] abonnés FttH au 30 juin 2023.

La société Réunicable est un opérateur de communications électroniques qui déploie et exploite un réseau en fibre optique jusqu'à l'abonné et un réseau hybride coaxial-fibre optique (HFC). Il est présent sur les marchés de gros des offres passives et activées à La Réunion.

Réunicable appartient au groupe Océinde qui a repris en avril 2011 les actifs de la société Intercâble et qui détient également ZEOP, fournisseur d'accès internet (FAI) qui gère la commercialisation des offres au grand public.

Le 21 septembre 2016, Réunicable et Canal+ Télécom ont signé la convention d'accès aux lignes FttH déployées par Réunicable à l'île de La Réunion.

Concernant la situation des déploiements à la Réunion, l'Autorité estime qu'en mars 2024, il existe 461 898 locaux raccordables en fibre optique à La Réunion sur un total de 495 370 locaux identifiés, soit environ 93 %¹. Les principaux opérateurs d'infrastructure présents à La Réunion sont Orange, Réunicable et SRR (société du groupe Altice).

1.2 Le crédit d'impôt en faveur des investissements productifs neufs réalisés en outre-mer

Compte-tenu notamment de leurs caractéristiques géographiques (tels que l'éloignement, l'insularité ou encore les conditions climatiques)², les territoires d'outre-mer sont marqués par des « *handicaps structurels* »³ qui obèrent leur attractivité et pénalisent leur compétitivité.

Dans ce contexte, et afin de favoriser l'investissement et la productivité dans ces territoires, l'État français a notamment mis en place des dispositifs fiscaux incitatifs dont l'objectif, rappelé dans le cadre des travaux parlementaires pour la loi de finances de 2024, est de « *compenser les contraintes spécifiques aux Outre-mer [...] qui se traduisent par des coûts supplémentaires d'environ 30 % à 40 % pour les programmes d'investissement dans ces territoires* »⁴.

¹ Il est à noter que La Réunion fait l'objet de doubles déploiements (plusieurs opérateurs déployant au même endroit) concentrés sur 7 communes. Les données remontées à l'Arcep font état de 555 849 locaux raccordables. Il est estimé qu'environ 1/6 de ces locaux raccordables aurait fait l'objet d'un double déploiement (l'estimation des 461 898 locaux raccordables tient ainsi compte de ces doubles déploiements).

² Rapport au nom de la Commission des Finances de l'Économie Générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2019 n° 1255 de Joël Giraud.

³ Rapport Général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2016, adopté par l'Assemblée Nationale, par M. Albéric de Montgolfier.

⁴ Avis n° 1723 de la commission des affaires économiques économique de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances pour 2024 Tome X Outre-Mer, par le Député M. Giovanni William.

Parmi ces dispositifs, le crédit d'impôt outre-mer, introduit par la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 a pour objectif de créer « *une alternative au dispositif d'aide fiscale au soutien de l'investissement productif outre-mer (...) [avec] les mêmes garanties de réduction des coûts d'investissement pour l'exploitant ultramarin* »⁵.

Ce crédit d'impôt outre-mer a été institué en faveur des entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu d'après leur bénéfice réel, exerçant une activité agricole ou une activité industrielle, commerciale ou artisanale relevant de l'article 34 du CGI et réalisant dans un département d'outre-mer un investissement productif pour le besoin de leur activité relevant d'un secteur d'activité éligible⁶. En particulier, pour les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés, le taux du crédit d'impôt outre-mer est fixé à 35 %.

Le crédit d'impôt outre-mer est imputé sur l'impôt dû par l'entreprise au titre de l'exercice au cours duquel le bénéfice du crédit d'impôt outre-mer est accordé. En principe, ce crédit d'impôt outre-mer est accordé au titre de l'année de mise en service de l'investissement. Contrairement à la réduction d'impôt, si le montant du crédit d'impôt outre-mer excède l'impôt dû au titre dudit exercice, l'excédent est restitué (Article 220 Z quater du CGI).

Conformément au VII de l'article 244 quater W du CGI, le crédit d'impôt outre-mer ne s'applique que sous réserve d'un agrément délivré par le ministre en charge du budget notamment pour les investissements dont le montant total par programme est supérieur à 1 000 000 € lorsque les investissements sont réalisés par une entreprise soumise à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés.

L'investissement ayant ouvert droit au crédit d'impôt outre-mer doit être affecté, par l'entreprise qui en bénéficie, à sa propre exploitation pendant un délai de cinq ans, décompté à partir de la date de l'acquisition ou de la création du bien et porté à sept ans lorsque sa durée normale d'utilisation est égale ou supérieure à sept ans⁷.

La Commission a confirmé que ce crédit d'impôt outre-mer constituait une aide d'État qui relevait du régime du RGEC dont il devait respecter les prescriptions.

2 Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes

2.1 Sur la compétence de l'Autorité

Sera examinée dans cette partie la compétence de l'Autorité pour connaître de la première demande de Canal+ Télécom, Réunicable indiquant ne pas contester la compétence de l'Autorité pour connaître de la seconde demande de Canal+ Télécom⁸.

Sur le fondement des dispositions du I de l'article L. 36-8 du CPCE, l'Autorité peut être saisie pour se prononcer sur un différend « *en cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations* »

⁵ Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires économiques en date du 5 juin 2013 et de la délégation sénatoriale à l'outre-mer en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux outre-mer, Par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER.

⁶ D'une manière générale, les investissements éligibles aux crédits d'impôt prévus à l'article 244 quater W du CGI sont de même nature que ceux qui peuvent bénéficier de la réduction d'impôt définie à l'article 199 undecies B du CGI (BOI-BIC-RICI-20-10-10-20), à l'exception des équipements et opérations de pose de câbles sous-marins de communication mentionnés au I ter de l'article 199 undecies B du CGI : ces équipements et opérations ne sont en effet pas éligibles aux crédits d'impôt.

⁷ Article 244 quater W du CGI, paragraphe VIII.

⁸ Premières observations en défense de Réunicable, point 13, page 10.

commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques [...] ».

Aux termes du 2° bis du II de l'article L. 36-8 du CPCE, l'Autorité peut être saisie pour se prononcer sur un différend portant sur « [l]a mise en œuvre des obligations des opérateurs prévues par le présent titre [...] ».

L'article L. 36-8 du CPCE prévoit également que, dans le cadre d'un règlement de différend, la décision de l'Autorité « *précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés* ».

L'article L. 34-8-3 du CPCE prévoit notamment que :

« I.- [...] L'accès est fourni dans des conditions transparentes et non discriminatoires en un point déterminé par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse situé, sauf dans les cas définis par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, hors des limites de propriété privée et permettant le raccordement effectif d'opérateurs tiers, à des conditions économiques, techniques et d'accessibilité raisonnables. [...]

III.- [...] Les différends relatifs à la conclusion ou à l'exécution de la convention prévue au présent article sont soumis à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse conformément à l'article L. 36-8. ».

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que l'Autorité est compétente, dans les conditions prévues à l'article L. 36-8 du CPCE, pour connaître d'un différend portant sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'accès prévue à l'article L. 34-8-3 du CPCE, ainsi que sur la mise en œuvre, par les opérateurs, des obligations relatives aux conditions techniques et financières de l'accès prévues à ce même article.

En l'espèce, Canal+ Télécom demande à Réunicable la communication d'éléments comptables nécessaires à la confirmation que Réunicable a bénéficié du crédit d'impôt outre-mer et son montant total.

Canal+ Télécom estime que : « *les éléments comptables dont la communication est demandée par Canal+ Télécom ont bien un lien avec les conditions tarifaires de l'accès puisqu'ils concernent directement les coûts supportés par REUNICABLE pour le déploiement de l'infrastructure cofinancée* »⁹. À cet égard, il fait notamment valoir que : « *l'objet de [sa] demande de communication est, en lien avec la demande de modification des tarifs de cofinancement, de voir appliquer un tarif raisonnable et conforme au cadre réglementaire* »¹⁰ et plus particulièrement de « *disposer des éléments nécessaires afin de chiffrer précisément l'impact de ces crédits d'impôt sur les coûts de déploiement de l'infrastructure cofinancée afin d'en tenir compte dans les tarifs de cofinancement qui lui sont appliqués* »¹¹.

De son côté Réunicable estime, d'une part, que l'Autorité n'est pas compétente car la demande « *ne relève pas des conditions techniques et tarifaires de l'accès, mais de règles du droit fiscal* »¹². À cet égard, Réunicable fait notamment valoir que « *Canal+ Télécom demande à l'Autorité d'enjoindre Réunicable de communiquer à Canal+ Télécom des informations fiscales indépendantes et étrangères au contrat d'accès conclu entre Réunicable et Canal+ Télécom* »¹³. Réunicable estime, d'autre part, que

⁹ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 31, page 8.

¹⁰ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 33, page 8.

¹¹ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 18, page 6.

¹² Premières observations en défense de Réunicable, point 12, page 10.

¹³ Deuxièmes observations en défense de Réunicable, point 3, page 4.

« Canal+ Télécom ne conteste aucune clause de l'offre de référence de Réunicable ou du contrat conclu avec Réunicable en septembre 2016 portant sur l'accès à la partie terminale des lignes FttH déployées par Réunicable à l'île de la Réunion »¹⁴ et que la demande de Canal+ Télécom « qui ne vise pas la fixation de conditions techniques ou financières, n'a pas de lien avec la procédure de règlement de différend »¹⁵. Selon Réunicable, « l'Autorité n'est pas compétente pour se prononcer sur une demande de constat de Canal+ Télécom visant à confirmer les crédits d'impôt »¹⁶.

En vertu de l'article L. 34-8-3 du CPCE, l'Autorité dispose d'une compétence réglementaire pour préciser les modalités financières et techniques de l'accès à la partie terminale des réseaux en fibre optique.

La décision n° 2009-1106 indique s'agissant des conditions financières de l'accès que :

« la tarification mise en œuvre par l'opérateur d'immeuble doit répondre à plusieurs objectifs : [...]

- encourager l'investissement des opérateurs, notamment à travers les schémas de cofinancement prévoyant un partage équitable des coûts entre opérateurs.

Afin de répondre à ces objectifs, il convient, pour établir la tarification des offres d'accès, de prendre en compte les principes suivants, conformes aux objectifs fixés dans le II de l'article L. 32-1 du CPCE et aux pratiques usuelles de tarification mises en œuvre dans le cadre de la régulation [...] :

- le principe de non-discrimination [...]
- le principe d'objectivité [...]
- le principe de pertinence [...]
- le principe d'efficacité des investissements [...] ». (soulignement ajouté)

La réglementation de l'Autorité sur les modalités de l'accès au réseau FttH prévoit donc un lien entre les conditions tarifaires raisonnables d'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique et les coûts de déploiement de ces réseaux.

À ce titre, l'Autorité a d'ailleurs considéré dans sa décision en date du 17 mai 2018 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Free et la société Orange que : « tant la définition du lien entre les principaux tarifs du contrat et les coûts du réseau cofinancé que l'insertion d'une clause prévoyant la transmission à intervalles périodiques des grandes masses des dépenses réelles constatées pour la construction et l'exploitation du réseau cofinancé pour les trois segments de réseau relèvent des modalités financières de l'accès à un réseau FttH, pour lesquelles l'Autorité est compétente pour se prononcer »¹⁷. Saisie d'un recours par la société Orange contre cette décision de règlement de différend, la Cour d'appel a validé le raisonnement de l'Autorité en jugeant que celle-ci avait « ordonné la mise en place d'un dispositif contractuel de transparence des coûts sous-jacents aux tarifs et de définition des liens entre ces coûts et ces tarifs. Les coûts sous-jacents étant l'un des déterminants des tarifs, ce dispositif est directement lié aux conditions financières de l'offre, dont il tend à garantir le caractère équitable, et entre par conséquent dans le champ de l'article L. 36-8 du CPCE ».

Concernant le crédit d'impôt outre-mer dont il est question en l'espèce, l'article 244 quater W du CGI précise que : « II.– 1. Le crédit d'impôt est assis sur le montant, hors taxes et hors frais de toute nature, notamment les commissions d'acquisition, à l'exception des frais de transport, d'installation et de mise

¹⁴ Deuxièmes observations en défense de Réunicable, point 3, page 4.

¹⁵ Troisièmes observations en défense de Réunicable, point 3, page 3.

¹⁶ Troisièmes observations en défense de Réunicable, point 3, page 4.

¹⁷ Voir en ce sens la décision de l'Autorité n° 2018-0569-RDPI en date du 17 mai 2018, validée par la Cour d'Appel de Paris (Cour d'Appel de Paris, septembre 2019, n° RG 18/15781).

en service amortissables, des investissements productifs, diminué de la fraction de leur prix de revient financée par une aide publique [...] ».

L'Autorité relève que le crédit d'impôt outre-mer de l'article 244 quater W du CGI est assis sur les investissements productifs neufs réalisés en outre-mer. Autrement dit, le crédit d'impôt outre-mer dépend dans son principe comme dans son montant du coût de l'investissement productif qu'il a vocation à soutenir. À cet égard, certains investissements réalisés pour le déploiement d'un réseau FttH sont éligibles à ce crédit d'impôt outre-mer. En conséquence, le montant du crédit d'impôt outre-mer perçu sur de tels investissements est indissociablement lié aux coûts de ce réseau.

Ainsi, l'Autorité estime que le crédit d'impôt outre-mer, lorsqu'il bénéficie à un opérateur d'infrastructure à raison des investissements consentis pour le déploiement d'un réseau FttH, doit être appréhendé, à l'instar des coûts de construction et d'exploitation du réseau, comme l'un des déterminants des tarifs et, partant, comme lié aux modalités financières de l'accès.

À cet égard, et contrairement à ce que soutient Réunicable, la compétence que l'administration fiscale tient de l'article L. 112 B du livre des procédures fiscales de rendre publiques certaines informations à caractère fiscal relatives aux aides d'État octroyées n'est pas exclusive de la compétence de l'Arcep pour connaître, dans le cadre du différend dont elle est saisie, d'une demande tendant à ce qu'elle ordonne, par une décision exécutoire, la communication d'éléments à caractère fiscal dès lors qu'ils sont liés aux modalités financières de l'accès.

En conséquence, l'Autorité qui est compétente pour connaître des différends nés des conventions d'accès, dans la mesure où ils portent sur les modalités financières et techniques de l'accès, notamment celles prévues à l'article L. 34-8-3 du CPCE, est compétente pour connaître d'une demande tendant à la communication par l'opérateur de l'infrastructure, à l'opérateur cofinanceur, du montant du crédit d'impôt outre-mer obtenu au titre de l'article 244 quater W du CGI à raison des investissements consentis pour le déploiement du réseau FttH.

Par conséquent, l'Autorité est compétente pour se prononcer sur la demande 1 de Canal+ Télécom.

2.2 Sur la recevabilité des demandes formulées par Canal+ Télécom

Dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité du différend dont elle est saisie, il revient à l'Autorité de s'assurer que la condition tenant à l'échec des négociations prévue à l'article L. 36-8 du CPCE est remplie au regard des échanges intervenus entre les parties avant sa saisine.

2.2.1 Sur l'échec des négociations sur la demande 1

Par deux courriers respectivement en date du 22 février 2019¹⁸ et du 5 avril 2019¹⁹, Canal+ Télécom a demandé à Réunicable si celui-ci avait bénéficié d'une aide fiscale au titre des dispositions de l'article 244 quater W du CGI et depuis quelle date.

Par un courrier en date du 3 mai 2019²⁰, Réunicable a indiqué qu'il estimait la demande de Canal+ Télécom « *parfaitement injustifiée* » dès lors que « *la matière fiscale, pour toute entreprise commerciale, relève du secret des affaires* » et a précisé que « *la délivrance d'information de nature fiscale à un concurrent constituerait très probablement une pratique répréhensible au titre des pratiques anticoncurrentielles et plus particulièrement des ententes illicites. [...] ».*

¹⁸ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°12.

¹⁹ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°13.

²⁰ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°14.

Par un courrier en date du 31 août 2022²¹, Canal+ Télécom a indiqué à Réunicable qu'« [e]n gestionnaire avisé, REUNICABLE a nécessairement sollicité et, selon tout vraisemblance, obtenu, le bénéfice d'une aide fiscale (notamment, s'agissant d'investissements déployés sur l'île de La Réunion, d'un crédit d'impôt prévu à l'article 244 quater W du CGI). [...] Pour autant, la demande et l'octroi d'une telle aide fiscale n'ont pas été portés par vos soins à la connaissance de CANAL+ TELECOM et ces données ne sont, comme vous l'avez rappelé dans votre courrier du 3 mai 2019, pas publiques. »

Par un courrier en date du 24 novembre 2022²², Canal+ Télécom a réitéré sa demande auprès de Réunicable en indiquant notamment que s'agissant du courrier précité du 31 août 2022, « [n]otre demande portait très précisément sur la nature des aides fiscales et de manière générale, des aides publiques, sollicitées et obtenues par votre société » et a demandé à Réunicable de « [lui] faire part de [sa] réponse et des documents sollicités dans un délai de 30 jours après réception du présent courrier ».

Par courrier du 26 décembre 2022²³, Réunicable a fait valoir que Canal+ Télécom disposait déjà : « de l'ensemble des informations qui doivent être publiées par tout opérateur d'immeuble à raison de leurs obligations réglementaires » et qu'il était « impossible pour Réunicable d'aller au-delà de la fourniture des informations précitées ». Réunicable a par ailleurs indiqué que : « [f]aute d'évolution en aucune manière ni de celle de la situation de Canal+ Telecom, ni de celle de Réunicable, ni même du cadre réglementaire depuis notre courrier de réponse, rien ne justifie que cette demande soit réitérée ».

Par un courrier en date du 22 juin 2023²⁴, Maître Fréget, conseil de Canal+ Télécom, a mis en demeure Réunicable de lui communiquer avant le 30 juin 2023 notamment : « [t]out document issu de sa comptabilité générale faisant apparaître ces subventions sous forme de crédits d'impôts ».

Par courrier du 29 juin 2023²⁵, Réunicable en réponse au courrier du 22 juin 2023, a notamment indiqué n'avoir « jamais opposé un refus à la demande de Canal+ Telecom et toujours négocié de bonne foi dans la limite de sa compréhension de la demande de Canal+ Telecom ». Réunicable a également fait valoir que le cofinancement n'emportait pas « un droit d'accès à ses comptes sociaux ou réglementaires détaillés » et qu'il pouvait « apporter des informations à caractère général et sous forme agrégée sur certaines grandes masses d'éléments de coûts (sous-jacents à nos tarifs) encourus par Canal+ Télécom sur certaines périodes et certains segments du réseau ».

Par un courrier en date du 17 juillet 2023²⁶, Canal+ Télécom a constaté « l'opposition de [Réunicable] à [lui] communiquer les éléments pertinents ».

Il apparaît donc que Canal+ Télécom a demandé, de façon réitérée et non équivoque à Réunicable, la communication d'éléments comptables relatifs à l'octroi du crédit d'impôt outre-mer dans des termes quasiment identiques à sa demande telle que formulée dans la saisine et que Réunicable a constamment refusé de faire droit à cette demande.

Dans ces conditions, et compte tenu de l'ensemble des échanges intervenus entre les parties et rappelés ci-avant, l'Autorité considère que l'échec des négociations sur la demande 1 est avéré.

²¹ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°15.

²² Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°16.

²³ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°17.

²⁴ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°18.

²⁵ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°19.

²⁶ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°20.

2.2.2 Sur l'échec des négociations sur la demande 2

Réunicable soutient : « *qu'il n'y a [...] jamais eu d'échec des négociations* »²⁷ et que « *la demande de Canal+ Télécom visant à ce que l'Autorité enjoigne à Réunicable de communiquer à Canal+ Télécom un avenant par lequel Réunicable diminue ses tarifs de cofinancement est irrecevable* »²⁸. A cette fin, Réunicable fait valoir qu'il « *n'a jamais opposé un refus à la demande 2 de Canal+ Télécom* »²⁹, que les demandes de Canal+ Télécom ont évolué et que Canal+ Télécom « *n'a jamais présenté, dans le cadre de négociations, une demande tarifaire précise et motivée* »³⁰.

L'Autorité relève d'abord que, par courrier en date du 31 août 2022³¹, Canal+ Télécom a sollicité de Réunicable que lui soit expliqué « [...] *à l'appui des justificatifs nécessaires [...] comment et dans quelle proportion REUNICABLE répercute les aides fiscales (et de manière générale, toute aide publique) obtenues pour la réalisation de l'ensemble de ses investissements outre-mer objets des Contrats d'Accès conclus avec CANAL+ TELECOM, de telle sorte que l'octroi de ces aides n'altère pas une saine concurrence sur notre marché* »³². Par ailleurs, il résulte de courriers électroniques échangés entre les deux sociétés que la répartition du bénéfice des aides fiscales obtenues par Réunicable sur les investissements cofinancés par Canal+ Télécom a été abordée à l'occasion d'un échange organisé entre elles le 12 avril 2023³³.

La demande de Canal+ Télécom a ensuite été précisée par courrier en date du 22 juin 2023³⁴, enjoignant à Réunicable « *de [lui] communiquer avant le 30 juin 2023 [...] un projet d'avenant au contrat d'accès à la partie terminale des lignes FTTH déployées par REUNICABLE à l'île de La Réunion, signé le 21 septembre [2016]³⁵ par Canal+ Telecom, de manière à répercuter l'économie procurée par ces subventions sur les tarifs qu'elle lui règle, à hauteur de la subvention obtenue, et applicable rétroactivement à compter de la date de leur obtention* ».

En réponse, Réunicable a indiqué par courrier du 29 juin 2023³⁶ que : « [sa] *grille tarifaire actuelle est, conformément aux lignes directrices de la Commission européenne, cohérente avec les tarifs constatés sur le marché de gros des zones d'initiatives privée (a minima en matière de structure et d'ordre de grandeur au niveau du tarif récurrent et du coefficient ex post associés au cofinancement) et reflète la part des coûts du réseau supportée par un opérateur privé à des conditions de marché* ».

Par un courrier en date du 17 juillet 2023³⁷ Canal+ Télécom a constaté le refus de Réunicable de « *répondre à [sa] demande en ce qui concerne la répercussion équitable à ses partenaires cofinanceurs des crédits d'impôt dont la société REUNICABLE est bénéficiaire* » et a précisé « [avoir] *donné instruction à [son] conseil de saisir l'ARCEP d'un règlement de différends, sauf pour [Réunicable] à [lui] transmettre avant le 31 juillet 2023, un projet d'avenant visant à rétablir pleinement le caractère équitable des tarifs de cofinancements, en réduisant les tarifs non-récurrents (tarif/prise pour les droits d'usage ab initio et a posteriori) et les tarifs récurrents (redevance mensuelle par ligne active) figurant en Annexe 2 du Contrat d'accès d'un pourcentage correspondant exactement à celui des crédits d'impôt*

²⁷ Premières observations en défense de Réunicable, point 16, page 11.

²⁸ Premières observations en défense de Réunicable, point 16, page 11.

²⁹ Premières observations en défense de Réunicable, point 15, page 10.

³⁰ Premières observations en défense de Réunicable, point 16, page 11.

³¹ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°15.

³² Voir également, saisine de Canal+ Télécom, pièce n°16.

³³ Réponse de Canal+ Télécom au premier questionnaire des rapporteurs, question 3, pièce n°25.

³⁴ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°18.

³⁵ Réponse de Canal+ Télécom au premier questionnaire des rapporteurs, question 4.

³⁶ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°19.

³⁷ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°20.

que vous avez obtenus pour le déploiement des lignes FTTH à la Réunion avec effet rétroactif à la date de la signature de la convention de cofinancement ».

Par un courrier en date du 28 juillet 2023³⁸, Réunicable a fait valoir que son offre était « *conforme au cadre réglementaire applicable* » et a indiqué que compte-tenu de « *[sa] volonté de laisser le champ libre à une négociation commerciale transparente et équilibrée* », elle joignait à son courrier : « *un premier projet d'avenant* » en demandant à Canal+ Télécom de le « *compléter par : - une description précise et complète de la modélisation tarifaire utilisée par Canal+ Télécom ; - des éléments méthodologiques associés, et des valeurs des paramètres retenues susceptibles d'expliquer une modification de la part non cofinancée des coûts de construction du réseau déjà encourus (appelé la réserve), des coûts de location de génie civil et des coûts de maintenance ou autres charges d'exploitation* ».

Il ressort de ces éléments, que la société Canal+ Télécom a demandé à plusieurs reprises à Réunicable plusieurs mois avant la saisine en règlement de différend de lui transmettre un avenant au contrat visant à ce que les tarifs récurrents et non-récurrents de cofinancement soient diminués à hauteur du crédit d'impôt outre-mer obtenu pour le déploiement des lignes FttH à la Réunion.

L'Autorité relève par ailleurs que Réunicable ne peut sérieusement faire valoir, pour justifier l'absence d'échec des négociations, que Canal+ Télécom n'aurait pas répondu à sa « *proposition d'avenant* » alors que, d'une part, Réunicable maintient dans ce même courrier que son offre est conforme au cadre réglementaire et qu'il appartient à Canal+ Télécom de produire les éléments susceptibles de justifier sa demande et que, d'autre part, le document joint à son courrier, sur lequel est apposé en filigrane la mention « brouillon » se borne à des considérations très générales sur l'évolution des tarifs pour tenir compte « *de l'inflation ou des conditions de marché* » sans formuler aucune proposition concrète en lien avec la demande de Canal+ Télécom.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, l'Autorité considère que la demande formulée par la société Canal+ Télécom dans le cadre des négociations préalables à la saisine ne diffère pas de celle dont elle est saisie dans le cadre du présent règlement de différend et que l'échec des négociations sur la demande de la société Canal+ Télécom est avéré.

Dans ces conditions, et compte tenu de l'ensemble des échanges intervenus entre les parties ayant porté sur chacune des demandes et rappelés ci-avant, l'Autorité considère que l'échec des négociations sur la demande 2 est avéré.

3 Rappel du cadre juridique applicable

La loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008 a fixé le cadre juridique de la régulation de la partie terminale des réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné, en instaurant un principe de mutualisation de la partie terminale des réseaux entre opérateurs. L'article L. 34-8-3 du CPCE dispose ainsi que :

« I.- Toute personne établissant ou ayant établi dans un immeuble bâti ou exploitant une ligne de communications électroniques à très haut débit en fibre optique permettant de desservir un utilisateur final fait droit aux demandes raisonnables d'accès à ladite ligne et aux moyens qui y sont associés émanant d'opérateurs, en vue de fournir des services de communications électroniques à cet utilisateur final.

³⁸ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°21.

L'accès est fourni dans des conditions transparentes et non discriminatoires en un point [...] permettant le raccordement effectif d'opérateurs tiers, à des conditions économiques, techniques et d'accessibilité raisonnables. [...] Tout refus d'accès est motivé [...].

III. - L'accès fourni conformément au I, et le cas échéant au II, fait l'objet d'une convention entre les personnes concernées. Celle-ci détermine les conditions techniques et financières de l'accès. Elle est communiquée à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse à sa demande. [...]

Pour réaliser les objectifs définis à l'article L. 32-1, et notamment en vue d'assurer la cohérence des déploiements et une couverture homogène des zones desservies, l'autorité peut préciser, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités de l'accès prévu au présent article, y compris les niveaux de qualité de service associés à cet accès ».

En application de ces dispositions, l'Arcep a précisé les modalités de l'accès aux lignes FttH par quatre décisions réglementaires :

- la décision n° 2009-1106 en date du 22 décembre 2009 précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée³⁹ ;
- la décision n° 2010-1312 en date du 14 décembre 2010 précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique sur l'ensemble du territoire à l'exception des zones très denses ;
- la décision n° 2015-0776 en date du 2 juillet 2015 sur les processus techniques et opérationnels de la mutualisation des réseaux de communications électroniques à très haut débit en fibre optique ;
- la décision n° 2020-1432 en date du 8 décembre 2020 précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique.

L'article 6 de la décision n° 2010-1312 impose à l'opérateur d'immeuble, conformément à l'article 2 de la décision n° 2009-1106, d'offrir aux autres opérateurs un accès passif aux lignes au niveau du point de mutualisation « *dans des conditions raisonnables et non discriminatoires* ».

L'article 8 de la décision n° 2010-1312 relatif à la forme de l'accès précise en outre que :

« L'opérateur d'immeuble offre, au niveau du point de mutualisation, un accès aux lignes permettant de participer au cofinancement de celles-ci, tant ab initio qu'a posteriori, ainsi qu'un accès passif à la ligne, en location ».

Les obligations tarifaires applicables sont ainsi complétées par l'article 9 de la décision n° 2010-1312 pour les territoires situés en en dehors des zones très denses : « *Conformément à l'article 3 de la décision n° 2009-1106 de l'Autorité, les conditions tarifaires doivent être raisonnables et respecter les principes de non-discrimination, d'objectivité, de pertinence et d'efficacité. Les conditions tarifaires de l'accès au point de mutualisation doivent correspondre à une prise en charge d'une part équitable des coûts d'installation des lignes et des ressources associées. Le taux de rémunération du capital utilisé pour la détermination des conditions tarifaires tient compte du risque encouru et confère une prime à l'opérateur d'immeuble* ».

Les motifs de la décision n° 2009-1106 indiquent que la tarification des offres d'accès doit être établie en respectant les principes suivants, ainsi définis :

³⁹ A noter que la décision n° 2013-1475 du 10 décembre 2013 est venue modifier la liste des communes des zones très denses définie par la décision n° 2009-1106 du 22 décembre 2009.

« - le principe de non-discrimination : un traitement discriminatoire d'opérateurs se trouvant dans des situations similaires aurait pour conséquence d'affaiblir la dynamique concurrentielle sur le marché de détail, en favorisant artificiellement une situation ou un choix stratégique ;

- le principe d'objectivité : la tarification mise en œuvre par l'opérateur doit pouvoir être justifiée à partir d'éléments de coûts clairs et opposables ;

- le principe de pertinence : les coûts doivent être supportés par les opérateurs qui les induisent ou ont usage des infrastructures ou prestations correspondantes ; ainsi, l'opérateur d'immeuble ne doit pas supporter de coûts induits par la pose de fibres supplémentaires pour d'autres opérateurs ; en outre, ce principe appelle une cohérence entre partage des coûts et partage des revenus ultérieurs éventuels liés à l'accueil d'opérateurs se raccordant ultérieurement à l'immeuble ;

- le principe d'efficacité des investissements : les coûts pris en compte doivent correspondre à ceux encourus par un opérateur efficace ; il convient donc que l'opérateur d'immeuble ne fasse pas supporter de coûts indus ou excessifs aux opérateurs tiers [...] ».

L'Arcep a indiqué, dans les motifs de la décision n° 2009-1106, que la tarification de l'opérateur d'infrastructure doit « encourager l'investissement des opérateurs, notamment à travers les schémas de cofinancement prévoyant un partage équitable des coûts entre opérateurs »⁴⁰ et notamment qu'« [i]l convient que les conditions tarifaires mises en place [...] incitent les opérateurs à investir et a minima ne les en dissuadent pas [...] le schéma proposé [du cofinancement] favorise l'investissement dans le fibrage des immeubles, en encourageant un partage des coûts et donc du risque »⁴¹ (soulignements ajoutés).

Pour favoriser l'investissement des opérateurs alternatifs dans les réseaux FttH en mutualisant la partie terminale du réseau, le cadre réglementaire promeut ainsi le cofinancement, particularité de la régulation du FttH.

L'Arcep a également précisé que cette incitation à venir cofinancer se traduit par une nécessité de visibilité pour les opérateurs cofinanceurs.

Les décisions n° 2009-1106 et n° 2010-1312 mettent ainsi en avant le besoin de prévisibilité des opérateurs commerciaux, à travers plusieurs dispositions, qu'il s'agisse des obligations de transparence (publication des offres) ou des obligations tarifaires.

Dans les motifs de la décision n° 2009-1106 se rapportant à l'obligation de publication des offres d'accès mentionnée à l'article 4 de cette même décision, il est indiqué que l'existence et la publication d'une offre d'accès « doit notamment permettre d'apporter de la visibilité et de la stabilité aux opérateurs dans l'élaboration de leurs plans de développement ». Il est ajouté que « [l]es opérateurs tiers ont besoin, lors de l'élaboration de leurs plans d'affaires et de leurs stratégies techniques et commerciales, de disposer d'une bonne visibilité sur les conditions techniques et tarifaires proposées par l'opérateur d'immeuble » (soulignement ajouté).

Dans les motifs de la décision n° 2009-1106 se rapportant aux conditions tarifaires de l'accès, l'Autorité indique « partage[r] pleinement l'analyse de la Commission concernant la nécessité d'un niveau de prévisibilité suffisant pour permettre à l'ensemble des opérateurs, et notamment à ceux souhaitant s'engager dans le co-investissement, de construire des plans d'affaires précis. Pour s'engager dans des projets d'investissement ou de co-investissement aussi importants, les opérateurs ont besoin d'une certaine visibilité sur les coûts qu'ils encourront et sur les recettes qu'ils percevront »⁴².

⁴⁰ Décision n° 2009-1106, motifs, page 27.

⁴¹ Décision n° 2009-1106, motifs, page 29.

⁴² Décision n° 2009-1106, page 28.

L'Arcep considère qu'apporter une visibilité raisonnable à l'opérateur cofinancier du réseau FttH sur les tarifs dont il s'acquitte et aura à s'acquitter participe au maintien de la confiance et à l'incitation à l'investissement dans un réseau FttH qui a vocation à devenir progressivement l'infrastructure de référence de boucle locale fixe et, partant, le principal support de l'activité des opérateurs sur le marché du haut et du très haut débit à moyen et long termes, tout en permettant de donner davantage d'autonomie aux opérateurs qui participent au développement d'une concurrence pérenne au bénéfice des utilisateurs finals, et répond ainsi aux objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE.

Partant, dans le cadre de la décision de règlement de différend n° 2018-0569-RDPI en date du 17 mai 2018 opposant la société Free et la société Orange⁴³, et en se fondant sur ce besoin de visibilité du cofinancier, l'Autorité a notamment enjoint « *la transmission par la société Orange à la société Free des dépenses constatées, de façon agrégée, sous-jacentes aux tarifs correspondant à chacun des trois segments de réseau (du nœud de raccordement optique au point de mutualisation exclu ; du point de mutualisation inclus au point de branchement optique inclus ; raccordement final), en distinguant au minimum coût d'investissement, d'une part, et coût récurrent, d'autre part ; et en distinguant au sein du coût récurrent, pour le segment point de mutualisation – point de branchement optique (PM-PBO), exploitation et maintenance, location de génie civil, frais de portage financier et, le cas échéant, les principaux grands autres postes de coûts* ». À ce titre, l'Autorité avait considéré que la demande de la société Free lui permettait à l'égard de la société Orange « *d'obtenir les éléments de visibilité qu'implique la particularité de son statut de cofinancier du réseau FttH, qui a vocation à devenir l'infrastructure de référence de boucle locale fixe et ce, sur une partie conséquente de la zone AMII, sans toutefois imposer à Orange une charge trop lourde dans la transmission des éléments demandés ni dévoiler d'éléments relevant de la protection du secret des affaires* ».

Dans cette même décision de règlement de différend n° 2018-0569-RDPI, l'Autorité a par ailleurs rappelé que « *le cadre réglementaire précisant les modalités de l'accès au réseau FttH a [...] bien établi un lien entre les tarifs d'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique et les coûts de déploiement de ces réseaux* ».

La Cour d'appel de Paris⁴⁴, saisie d'un recours exercé par Orange à l'encontre de cette décision de règlement de différend, a considéré que si « *la société Orange n'est soumise à aucune obligation de corrélation entre ses tarifs et les coûts qu'elle supporte, ni d'orientation vers ces coûts [...] [p]our autant, on ne saurait en conclure, comme le fait la société Orange, à l'absence de tout lien entre les tarifs et les coûts dont il pourrait être déduit que la décision attaquée, en imposant une obligation d'explicitation et de transparence, a méconnu les principes posés, en particulier, par l'article L. 34-8-3 du CPCE* » et a précisé que « *ce lien résulte directement du cadre réglementaire de l'accès aux boucles locales et du cofinancement* ».

Il ressort de ce qui précède, au regard de l'article L. 34-8-3 du CPCE, des décisions prises pour son application, des objectifs de prévisibilité qu'elles visent ainsi que des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE liés en particulier à la promotion des investissements et de l'innovation dans les infrastructures, à l'exercice, au bénéfice des utilisateurs, d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau, à l'aménagement et l'intérêt des territoires et la diversité de la concurrence dans les territoires, que les tarifs doivent reposer sur des éléments objectifs qui doivent pouvoir être justifiés et sur lesquels l'opérateur cofinancier du réseau FttH doit disposer d'une visibilité raisonnable, afin notamment d'exclure tout risque de fragilisation des investissements consentis ou de remise en question des investissements projetés par les opérateurs commerciaux en remettant *in fine* en cause leur accès aux lignes FttH.

⁴³ Décision n° 2018-0569-RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 17 mai 2018 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Free et la société Orange

⁴⁴ Cour d'appel de Paris, 26 septembre 2019, n° 18/15781.

4 Sur la demande de communication d'éléments comptables nécessaires à la confirmation que Réunicable a bénéficié du crédit d'impôt outre-mer et son montant total

4.1 Rappel de la demande

Canal+ Télécom demande à l'Arcep « d'enjoindre à REUNICABLE (i) de communiquer à Canal+ Télécom les éléments comptables nécessaires à la confirmation que REUNICABLE a bénéficié des crédits d'impôt pour les investissements productifs codifiés à l'article 244 quater W du Code général des impôts et leur montant total, ou, à tout le moins, une attestation comptable confirmant le bénéfice des crédits d'impôt et leur montant total ».

4.2 Sur le fond

4.2.1 Le cadre de la régulation implique une visibilité du cofinanceur sur le montant du crédit d'impôt outre-mer assis sur les investissements productifs dans le déploiement du réseau FttH mutualisé

À titre liminaire, l'Autorité rappelle que, comme développé en partie 3, le cadre réglementaire précisant les modalités de l'accès au réseau FttH, d'une part, a établi un lien entre les tarifs d'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique et les coûts de déploiement de ces réseaux et d'autre part, a explicité le besoin de visibilité des cofinanceurs sur les tarifs dont ils s'acquittent.

À cet égard, dans le cadre de la décision de règlement de différend n° 2018-0569-RDPI précitée, l'Autorité a considéré que : « permettre au cofinanceur d'obtenir de la visibilité sur les tarifs et leurs évolutions suppose de disposer de transparence sur les liens entre coûts et tarifs et sur les grandes masses de coûts sous-jacents aux tarifs ». Partant, l'Autorité a, dans sa décision, enjoint : « la transmission par la société Orange à la société Free des dépenses constatées, de façon agrégée, sous-jacentes aux tarifs correspondant à chacun des trois segments de réseau ». L'Autorité a en effet estimé que ces informations permettaient à Free « d'obtenir les éléments de visibilité qu'implique la particularité de son statut de cofinanceur du réseau FttH ».

En l'espèce, Canal+ Télécom estime que ses demandes tendant à la communication d'éléments comptables attestant le bénéfice du crédit d'impôt outre-mer et le montant obtenu « concernent directement les coûts supportés par REUNICABLE pour le déploiement de l'infrastructure cofinancée et donc ont un lien direct avec les tarifs imposés à Canal+ Télécom et leur caractère raisonnable »⁴⁵. Ainsi, il s'agirait « pour Canal+ Télécom de disposer des éléments nécessaires afin de chiffrer précisément l'impact de ces crédits d'impôt sur les coûts de déploiement de l'infrastructure cofinancée afin d'en tenir compte dans les tarifs de cofinancement qui lui sont appliqués »⁴⁶.

Réunicable fait quant à lui valoir que « Canal+ Télécom demande à l'Autorité d'enjoindre [à] Réunicable de communiquer des informations fiscales indépendantes et étrangères au contrat d'accès conclu entre Réunicable et Canal+ Télécom »⁴⁷. Il estime à cet égard, d'une part, que c'est par « une lecture trompeuse de la décision de règlement de différend Free c/ Orange de 2018 »⁴⁸ que Canal+ Télécom a

⁴⁵ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 8, page 5.

⁴⁶ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 18, page 6.

⁴⁷ Deuxièmes observations en défense de Réunicable, point 3, page 4.

⁴⁸ Deuxièmes observations en défense de Réunicable, point 10, page 9.

considéré « *que l'obligation de visibilité incombant à l'opérateur d'infrastructure vaut pour toutes les informations, y compris le montant précis d'une aide fiscale* »⁴⁹, et d'autre part, que l'obligation de restitution comptable visée par la décision n°2020-1432 précitée de l'Autorité exclut notamment « *les dépenses à caractère financier et l'impôt sur les sociétés* »⁵⁰.

À cet égard, l'Autorité estime que, sans préjudice de la protection des secrets protégés par la loi, la visibilité adéquate à laquelle le cofinanceur peut prétendre ne dépend pas de la nature de l'information dont la communication est demandée mais du lien qu'entretient cette information avec les tarifs dont le cofinanceur s'acquitte. Par conséquent, ni la circonstance que l'information demandée porte sur des éléments relatifs au crédit d'impôt outre-mer, ni celle qu'elle ne relèverait pas de l'obligation de restitution comptable prévue par la décision n°2020-1432 précitée, ne font en tant que telles obstacle à ce que, compte-tenu du lien qu'entretient le crédit d'impôt outre-mer avec les tarifs d'accès au réseau FttH, l'Arcep puisse ordonner à l'opérateur d'infrastructure, dans le cadre du règlement de différend dont elle est saisie, la communication au cofinanceur d'éléments relatifs à ce crédit d'impôt outre-mer.

Concernant plus particulièrement le crédit d'impôt outre-mer, l'Autorité relève qu'il est directement assis sur le montant de l'investissement productif. Partant, le montant du crédit d'impôt outre-mer est directement lié au prix de revient de l'investissement⁵¹. Ainsi, lorsque l'investissement productif concerne le déploiement d'un réseau FttH, l'assiette éligible pour le calcul du crédit d'impôt outre-mer correspond à une partie des coûts du déploiement du réseau FttH mutualisé.

L'Autorité constate également que le crédit d'impôt outre-mer poursuit un objectif de compensation des différences structurelles entre les territoires d'outre-mer, en l'espèce La Réunion, et la France métropolitaine et vise ainsi à soutenir l'investissement en outre-mer⁵². En particulier, les travaux parlementaires qui proposent la création de ce crédit d'impôt outre-mer l'envisagent comme « *une alternative au dispositif d'aide fiscale au soutien de l'investissement productif outre-mer [...] [avec] les mêmes garanties de réduction des coûts d'investissement pour l'exploitant ultramarin* »⁵³.

Au surplus, dans le cadre de l'instruction, Réunicable a indiqué avoir « *bénéficié d'un crédit d'impôt en faveur des investissements productifs neufs réalisés outre-mer (CIOM)* » et l'avoir « *bien répercuté sur ses différents tarifs de gros* »⁵⁴.

Au regard de ce qui précède, l'Autorité relève ainsi que les caractéristiques et l'objectif du crédit d'impôt outre-mer prévu à l'article 244 quater W du code général des impôts sont de nature à établir que ce dernier, dès lors qu'il est assis sur les investissements productifs dans le déploiement du

⁴⁹ Ibid, page 9.

⁵⁰ Réponse de Réunicable au premier questionnaire des rapporteurs, question 9.

⁵¹ BOI-BIC-RICI-10-160-20

⁵² L'article 244 quater W du code général des impôts est venu compléter un ensemble de dispositifs de défiscalisation introduits par la Loi dite Girardin (Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer) du nom de la ministre de l'Outre-mer, Mme Brigitte GIRARDIN. Le projet de loi de programme pour l'outre-mer indiquait que : « *L'objectif de promotion, sur le long terme, des investissements outre-mer n'est cependant pas suffisamment pris en compte par les dispositions existantes qui sont à la fois trop limitées dans le temps et trop contraignantes tant au regard du champ des activités éligibles à l'avantage fiscal qu'en termes de procédure. Compte tenu des handicaps auxquels sont confrontées les économies ultramarines, un renforcement du caractère attractif des investissements outre-mer doit être apporté* » (gras ajouté ; <https://www.senat.fr/leg/pil02-214.html>).

⁵³ Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires économiques en date du 5 juin 2013 et de la délégation sénatoriale à l'outre-mer en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux outre-mer, par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER.

⁵⁴ Réponse de Réunicable au premier questionnaire des rapporteurs, question 9.

réseau FttH mutualisé et qu'il entretient un lien suffisant avec les tarifs acquittés par le cofinanceur, relève des informations sur lesquelles ce dernier doit avoir une visibilité adéquate.

Par ailleurs, l'Autorité estime que Réunicable n'est pas fondé à soutenir que la demande de Canal+ Télécom serait « *manifestement inéquitable* » au motif que la société Canal+ Télécom « *ne peut [...] exiger unilatéralement d'être la destinataire exclusive de la communication d'éléments comptables mentionnés à l'article 244 quater W du CGI sans aucune réciprocité avec Réunicable* »⁵⁵, alors que les obligations, y compris de transparence, issues du cadre réglementaire s'appliquent, par définition, unilatéralement à l'opérateur d'infrastructure à l'égard des opérateurs auxquels l'accès est proposé.

4.2.2 Ni le secret des affaires ni le secret fiscal ne font obstacle à la communication par l'opérateur d'infrastructure au cofinanceur du montant total du crédit d'impôt outre-mer obtenu assis sur les investissements productifs dans le déploiement du réseau FttH mutualisé

Réunicable fait valoir que Canal+ Télécom « *ne peut pas être légalement destinataire de renseignements d'ordre fiscaux protégés par le secret fiscal et le secret des affaires* »⁵⁶ et considère à cet égard que « [...] *le secret fiscal est opposable à Canal+ Télécom et que les conditions jurisprudentielles tenant à la levée du secret fiscal ne sont pas respectées en l'espèce* »⁵⁷.

Canal+ Télécom fait de son côté valoir que « *les éléments comptables dont la communication est demandée ne relève ni du secret fiscal [...] ni du secret des affaires* »⁵⁸.

L'Autorité considère que si, comme précédemment rappelé, le cofinanceur est en droit de prétendre à une visibilité adéquate sur les tarifs dont il s'acquitte et leurs évolutions et, partant, sur les informations relatives au crédit d'impôt outre-mer de l'article 244 quater W du CGI lorsqu'il est assis sur les investissements productifs dans le déploiement du réseau FttH mutualisé, la notion de visibilité adéquate doit être appréciée compte-tenu du droit tout aussi légitime de l'opérateur d'infrastructure à garder confidentielles celles de ses informations qui relèveraient d'un secret protégé par la loi.

Partant, il appartient à l'Autorité d'examiner si, compte-tenu de la nature et du niveau de granularité des informations demandées, la demande de Canal+ Télécom tendant à ce que lui soient communiqués les éléments comptables nécessaires à la confirmation que Réunicable a bénéficié du crédit d'impôt outre-mer et son montant total, serait de nature à porter atteinte au secret des affaires ou au secret fiscal.

À titre liminaire, l'Autorité relève qu'aux termes de l'article L. 151-1 du code de commerce, la protection du secret des affaires ne concerne que les seules informations qui ne sont pas « *en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments généralement connue[s] ou aisément accessible[s] pour les personnes familière de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* ».

En ce qui concerne d'abord la demande tendant à obtenir confirmation que Réunicable a perçu un crédit d'impôt outre-mer assis sur les investissements productifs dans le déploiement de son réseau FttH mutualisé, l'Autorité relève que Réunicable a indiqué dans ses réponses au questionnaire des rapporteurs qu'il a : « *bénéficié d'un crédit d'impôt en faveur des investissements productifs neufs réalisés outre-mer (CIOM) et, contrairement à ce que dénonce Canal+ Télécom, l'a bien répercuté sur ses différents tarifs de gros* ». Elle estime en conséquence que l'information selon laquelle Réunicable

⁵⁵ Premières observations en défense de Réunicable, point 18, page 14.

⁵⁶ Premières observations en défense de Réunicable, point 10, page 8.

⁵⁷ Premières observations en défense de Réunicable, point 10, page 7.

⁵⁸ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 63, page 12.

a bénéficié du crédit d'impôt outre-mer assis sur les investissements productifs dans le déploiement de son réseau FttH mutualisé à la Réunion n'est pas susceptible de relever d'un secret protégé par la loi à l'égard de Canal+ Télécom.

En ce qui concerne ensuite la demande tendant à connaître le montant total du crédit d'impôt outre-mer obtenu par Réunicable, afin de démontrer que cette information ne serait pas couverte par le secret, Canal+ Télécom fait valoir que les comptes annuels qui sont annexés au rapport du commissaire aux comptes pour l'exercice clos au 31 décembre 2019 précisent que « *la société REUNICABLE SAS a obtenu aux mois d'avril et mai 2020 les agréments de crédits d'impôt investissement outre-mer relatifs aux investissements réalisés en 2018 et 2019 pour un montant total de 8,1 M d'euros* »⁵⁹.

Toutefois, l'Autorité relève que cette publication dans les comptes annuels, à laquelle Réunicable était par ailleurs tenu compte-tenu des règles qui régissent le traitement comptable d'un évènement post-clôture, ne permet pas, d'une part, de confirmer que les investissements sur lesquels sont assis le crédit d'impôt outre-mer qui a été perçu par Réunicable sont bien des investissements dans son réseau FttH mutualisé et, d'autre part, de connaître le montant total du crédit d'impôt outre-mer assis sur des investissements productifs dans le déploiement de son réseau FttH mutualisé dont Réunicable a pu bénéficier.

Partant, les développements suivants se concentreront sur la demande de Canal+ Télécom tendant à ce que lui soit communiqué le montant total du crédit d'impôt outre-mer assis sur les investissements productifs dans le déploiement du FttH mutualisé dont Réunicable a bénéficié.

En premier lieu, Réunicable invoque la jurisprudence *Mediaserv* du Conseil d'État qui aurait selon lui « *déjà précisé refusé à Canal+ Télécom la communication de ces mêmes éléments, notamment les agréments fiscaux qu'auraient obtenus, pour le bénéfice du régime de faveur applicable à certains investissements outre-mer, certains de ses concurrents (en l'espèce, les sociétés World Satellite Guadeloupe Le Câble et Martinique Câble TV, et leur actionnaire la société Altice Blue one), au motif de la méconnaissance du secret des affaires, par la révélation de données économiques, commerciales et industrielles, exigées lors de la demande de l'agrément, notamment, le montant des investissements réalisés* »⁶⁰.

Canal+ Télécom considère quant à lui que « [...] *l'arrêt Mediaserv du Conseil d'État, n'a aucune pertinence en l'espèce puisque l'affaire en cause : i) portait sur une demande de communication de décisions d'agréments fiscaux, donc des actes administratifs unilatéraux pris dans le cadre des relations entre un contribuable et l'administration fiscale, ce qui n'est pas l'objet de la demande de Canal+ Télécom, (ii) qui était adressée aux services fiscaux (d'où la demande CADA) dont les agents sont soumis à l'obligation du secret professionnel de l'article L. 103 du livre des procédures fiscales, alors qu'en l'espèce il s'agit d'une demande de communication formée contre REUNICABLE dans le cadre d'un litige, et (iii) qui était formée par des concurrents, alors qu'en l'espèce la demande est formée par un cofinancier, qui ne déploie pas en propre de réseaux de fibre optique, et porte sur l'infrastructure cofinancée* »⁶¹.

À cet égard, l'Autorité relève **d'abord** que, postérieurement à cette décision, le cadre européen⁶² a renforcé ses exigences concernant la transparence sur l'octroi d'aides publiques. Tenant compte de

⁵⁹ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°2.

⁶⁰ Premières observations en défense de Réunicable, point 10, page 7.

⁶¹ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 24, page 7.

⁶² Voir en ce sens les dispositions de l'article 9 du Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

ces exigences, le législateur a modifié le livre des procédures fiscales afin de permettre à l'administration fiscale de publier des informations relatives aux bénéficiaires et aux montants des aides d'État. Concernant plus particulièrement les aides de nature fiscale, l'article A112 B-1 du livre des procédures fiscales prévoit notamment que les montants des aides individuelles sont publiés sous formes de tranches de montant listées par arrêté du ministre⁶³.

L'Autorité constate **ensuite** que Canal+ Télécom sollicite la communication par Réunicable d'une simple attestation comptable faisant état du montant du crédit d'impôt outre-mer, et plus particulièrement les montants qui « *prennent pour assiette le déploiement des lignes FttH* »⁶⁴, et non pas la communication par l'administration fiscale de l'agrément, lequel serait susceptible de contenir des informations supplémentaires sur Réunicable. Le Conseil d'État relevait à cet égard que : « *cet agrément comporte des informations nominatives relatives à l'investissement projeté par la société en contrepartie de l'avantage fiscal consenti, telles que des informations détaillées d'ordre financier concernant les modalités de financement de l'investissement, qui n'apparaissent pas dans les documents annuels dont le dépôt au greffe du tribunal est rendu obligatoire par l'article L. 232-21 du code de commerce* »⁶⁵.

Enfin, dans la jurisprudence *Mediaserv* précitée, le demandeur n'avait d'autre statut à l'égard des sociétés bénéficiaires des crédits d'impôt que celui de « *concurrent* » comme le désigne d'ailleurs la décision du Conseil d'État. La situation est différente en l'espèce dans la mesure où Canal+ Télécom peut se prévaloir de son statut de cofinanceur, lequel, comme relevé *supra* en partie 3, dispose, en vertu du cadre réglementaire, d'un statut particulier lui permettant de prétendre à une transparence adéquate sur les grandes masses de coûts de l'opérateur d'infrastructure.

⁶³ L'article L112B du livre des procédures fiscales prévoit que : *L'administration fiscale peut rendre publiques les informations suivantes relatives aux bénéficiaires d'aides d'Etat, au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à caractère fiscal lorsque le montant d'aide individuelle excède le montant le plus faible prévu, selon les cas, au 5° ou au 12° du présent article :*

1° *Le nom et l'identifiant du bénéficiaire ;*

2° *Le type d'entreprise au moment de l'octroi de l'aide ;*

3° *La région d'établissement du bénéficiaire, au sens de la nomenclature des unités territoriales statistiques ;*

4° *Le secteur d'activité, au sens de la nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne ;*

5° *L'élément d'aide, en indiquant, s'agissant du montant des aides individuelles, si ce montant est compris dans les tranches de montant listées par arrêté du ministre chargé du budget, en fonction des règles de transparence définies par la Commission européenne pour chaque catégorie d'aide ;*

6° *L'instrument d'aide ;*

7° *La date d'octroi de l'aide ;*

8° *L'objectif de l'aide ;*

9° *L'autorité d'octroi de l'aide ;*

10° *Pour les aides visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques, les noms de l'entité mandatée et des intermédiaires financiers sélectionnés ;*

11° *Le numéro de la mesure d'aide attribué par la Commission européenne ;*

12° *Par dérogation aux 1° à 11°, pour les aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, le mandat définissant les obligations de service public ou une synthèse de celui-ci et le montant annuel de l'aide, lorsqu'il est supérieur à 15 millions d'euros.*

⁶⁴ Réponse de Canal+ Télécom au premier questionnaire des rapporteurs, question 6.

⁶⁵ Conseil d'État, 27 juillet 2015, n° 366604.

En conséquence, l’Autorité estime que la jurisprudence *Mediaserv* invoquée par Réunicable ne peut être regardée comme emportant un principe de non communication de tout élément relatif à une aide de nature fiscale.

En deuxième lieu, concernant la granularité des informations dont la communication est demandée, Canal+ Télécom fait valoir que : « [sa demande] est limitée aux seuls éléments comptables, ou à une attestation comptable, qui vise uniquement les montants agrégés de crédit d’impôt pour investissements productifs assis sur le déploiement des lignes FttH »⁶⁶. Partant, il soutient que « ces éléments ne peuvent évidemment pas permettre à Canal+ Télécom d’opérer une analyse des coûts détaillés de REUNICABLE »⁶⁷. Canal+ Télécom soutient par ailleurs que l’Arcep a pu enjoindre à Orange de communiquer à son cofinanceur des informations « beaucoup plus fines sur les coûts de l’opérateur d’infrastructure que celle en cause dans le cadre du présent règlement de différend »⁶⁸.

Réunicable soutient de son côté que « le niveau de détail des coûts demandés par Canal+ Télécom est disproportionné et n’est pas justifié par la jurisprudence de l’Arcep (2018-0569-RDPI du 17 mai 2018) et de la Cour d’appel de Paris (RG18/15781 du 26 sept. 2019), qui établit certes un lien entre les coûts des réseaux cofinancés et les principaux tarifs des contrats d’accès mais n’impose pas de décomposer les coûts de manière à rendre compte des coûts et produits fiscaux associés aux charges indivises des réseaux cofinancés »⁶⁹. Réunicable fait encore valoir que « Canal+ Télécom veut se substituer à l’Autorité concernant le contrôle des tarifs de l’accès aux lignes FttH et sa demande 1 vise à ce que Canal+ Télécom ait une vue sur l’ensemble de la comptabilité et sur la stratégie financière et d’entreprise de Réunicable, ce qui porterait atteinte à la fois à la protection du secret des affaires et du secret fiscal »⁷⁰. Enfin Réunicable soutient en substance que « le cadre défini par la commission européenne, le législateur français » impose que « les montants des aides octroyés en matières fiscales peuvent être publiés uniquement sous forme de fourchette »⁷¹ et que ces fourchettes ne fournissent que « le crédit d’impôt maximal autorisé et non le montant réel du crédit d’impôt accordé à Reunicable, qui dépend des investissements réalisés et varie donc chaque année »⁷².

D’une part, l’Autorité relève que Canal+ Télécom ne sollicite pas la communication de l’agrément fiscal, lequel, comme précisé *supra*, aurait pu contenir des informations sur les caractéristiques de la société Réunicable ou sur sa stratégie mais seulement une attestation comptable indiquant le montant total du crédit d’impôt outre-mer obtenu par Réunicable pour les investissements productifs dans le déploiement de son réseau FttH mutualisé à La Réunion. À cet égard, dès lors que le crédit d’impôt outre-mer est assis sur l’investissement productif, la communication demandée en l’espèce du montant global du crédit d’impôt outre-mer n’est pas susceptible de révéler d’autres informations que celle du montant global de l’investissement productif de Réunicable dans son réseau FttH. Lors de l’audience du 15 mai 2024, Réunicable n’a pas avancé d’éléments supplémentaires de nature à contredire ce constat.

Ainsi, la communication sollicitée par Canal+ Télécom, qui ne révèle des informations sur les coûts qu’à un niveau agrégé, à l’instar de ce que l’Autorité a estimé légitime qu’il soit communiqué au cofinanceur dans le cadre de sa décision n° 2018-0569-RDPI précitée, n’est pas de nature à dévoiler d’éléments pouvant relever de la protection du secret des affaires.

⁶⁶ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 56, page 11.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 65, page 12.

⁶⁹ Réponse de Réunicable au second questionnaire des rapporteurs, question 4, page 3.

⁷⁰ Premières observations en défense de Réunicable, point 17.

⁷¹ Réponse de Réunicable au second questionnaire des rapporteurs question 4, page 4.

⁷² Troisièmes observations en défense de Réunicable, point 8, page 9.

En effet, cette demande de Canal+ Télécom n'implique pas de transmettre d'éléments précis relatifs à un secret des procédés, ni d'informations économiques et financières détaillées qui pourraient en particulier révéler le niveau d'activité de Réunicable à ce jour, ni des éléments précis tenant à sa stratégie commerciale ou industrielle.

S'agissant, enfin, de l'argument de Réunicable selon lequel Canal+ Télécom voudrait se substituer à l'Autorité concernant le contrôle des tarifs d'accès, l'Autorité rappelle que sa compétence pour contrôler le respect des obligations tarifaires des opérateurs d'infrastructure sur le fondement de l'article 4 de la décision n° 2009-1106 et de l'article 10 de la décision n° 2010-1312 n'exclut pas de fournir à l'opérateur commercial cofinanceur, tel que Canal+ Télécom, compte tenu de son statut spécifique, un niveau de transparence adéquat sur les modalités tarifaires de l'accès.

D'autre part, Réunicable indique qu'il a proposé à Canal+ Télécom « *de lui communiquer les données « sous forme agrégée » conformément à la pratique décisionnelle de l'Arcep* »⁷³ et considère que « *la seule option pertinente sur le plan juridique et pratique pour permettre à Canal+ Télécom de disposer d'information fiscale sur les CIOM accordés par la DGFIP à Réunicable est de prévoir une communication générale par la DGFIP d'informations agrégées sur les fourchettes de crédits d'impôt dans lesquelles se situeraient Réunicable* »⁷⁴.

L'Autorité relève d'abord que l'agrégation de données sur les dépenses, telle qu'elle a par exemple été ordonnée à Orange dans le cadre de la décision n° 2018-0569-RDPI précitée, permet de ne pas rentrer dans le détail des coûts en communiquant des données regroupant plusieurs zones géographiques et typologies de dépenses.

L'Autorité estime ensuite que la proposition de Réunicable tendant à communiquer, en application des dispositions de l'article A.112B-1 du livre des procédures fiscales, « *des fourchettes de crédits d'impôts dans lesquelles se situerait Réunicable* »⁷⁵, ne permet pas, au regard de la largeur de ces fourchettes, de répondre au besoin de visibilité de l'opérateur cofinanceur, tel que rappelé en partie 3, sur les éléments susceptibles d'être pris en compte pour la construction des tarifs de l'accès.

Enfin, et contrairement à ce que soutient Réunicable, la circonstance que les dispositions de l'article L.112 B du livre des procédures fiscales prévoient que le montant de l'aide peut être rendu public par l'administration fiscale sous forme de tranches définies par arrêtés ne fait pas obstacle à ce que, compte-tenu des exigences de prévisibilité, l'Autorité puisse ordonner, dans le cadre du différend dont elle est saisie, la communication au cofinanceur par l'opérateur d'infrastructure du montant précis de l'aide.

Compte-tenu de l'ensemble de ces éléments, la transmission par Réunicable à Canal+ Télécom d'une attestation comptable indiquant le montant total du crédit d'impôt outre-mer assis sur les investissements productifs dans le déploiement du réseau FttH mutualisé de Réunicable ne porte atteinte à aucun secret protégé par la loi.

En conclusion, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent, de l'application du cadre réglementaire et des objectifs visés à l'article L. 32-1 du CPCE, en particulier de « *développement de l'investissement* », d'« *exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale* », d'« *aménagement et [d]intérêt des territoires* » et de « *diversité de la concurrence dans les territoires* », que la demande de Canal+ Télécom, tendant à ce que lui soit communiqué le montant total du crédit d'impôt outre-mer, assis sur les investissements productifs dans le déploiement du réseau FttH mutualisé de Réunicable à La Réunion, perçu par ce dernier, est justifiée et raisonnable,

⁷³ Deuxièmes observations en défense de Réunicable, point 10, page 9.

⁷⁴ Réponse de Réunicable au second questionnaire des rapporteurs, question 6, page 6.

⁷⁵ Réponse de Réunicable au deuxième questionnaire des rapporteurs, question 6.

en ce qu'elle lui permet d'obtenir les éléments de visibilité qu'implique la particularité de son statut de cofinanceur.

Il apparaît raisonnable que Réunicable transmette à cette fin à Canal+ Télécom le montant total du crédit d'impôt outre-mer, assis sur les investissements productifs dans le déploiement de son réseau FttH mutualisé à La Réunion, qu'il a perçu, ainsi que l'attestation comptable afférente, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision.

5 Sur la demande de Canal+ Télécom concernant la diminution des tarifs de cofinancement pratiqués par Réunicable

5.1 Rappel de la demande

Canal+ Télécom demande à l'Arcep « d'enjoindre à REUNICABLE [...] (ii) de proposer, sous un mois, un projet d'avenant au Contrat d'accès modifiant les tarifs de cofinancement fixés à l'annexe 2, à effet du 30 novembre 2021, afin que :

- Les tarifs des droits d'usage, c'est-à-dire les tarifs non-récurrents, prévus au 3.1 de l'annexe 2 soit diminués de 35 %. Ainsi, le tarif ab initio ne pourrait être supérieur à 345,8 euros.
- Le tarif de la redevance mensuelle par ligne active, c'est-à-dire le tarif récurrent, prévu au 3.3 de l'annexe 2, soit diminué de 35 %. Ainsi, le tarif ne pourrait être supérieur à 3,25 euros par prise activée. De même, le plafond de la redevance mensuelle par ligne active, prévu à la section suivante de l'annexe 2, serait également diminué de 35 %, et ne pourrait être supérieur à 3,575 euros. »

5.2 Sur le fond

Canal+ Télécom soutient que « [l']absence de répercussion [du crédit d'impôt outre-mer] non seulement rompt le lien entre tarifs et coûts, pourtant imposé par le cadre réglementaire, mais également compromet directement le caractère raisonnable des conditions d'accès »⁷⁶.

En réponse, Réunicable soutient que Canal+ Télécom « n'apporte pas d'éléments de preuve précis permettant de démontrer le caractère déraisonnable de ses tarifs »⁷⁷.

Comme l'a jugé la Cour d'appel de Paris, l'Autorité doit « exercer sa mission au regard des objectifs de la régulation [...] définis à l'article L. 32-1 du CPCE, en se fondant, au-delà de la situation particulière d'un opérateur, [...] sur des conditions touchant à l'ordre public économique »⁷⁸. La Cour a également précisé qu'il revient « à une entreprise qui souhaite que les conditions techniques et tarifaires soient appréciées en équité de se prévaloir d'éléments précis de nature à établir le bien-fondé de ses prétentions [...] » (même arrêt).

Enfin, dans le cadre d'un recours exercé par la société SFR FTTH contre la décision de l'Autorité se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues et SFR FTTH, la Cour d'appel de Paris a rappelé que, saisie en règlement de différend, l'Arcep « se prononce au regard de la situation et des arguments des parties au différend, du cadre réglementaire applicable et

⁷⁶ Saisine de Canal+ Télécom, point 146, page 28.

⁷⁷ Premières observations en défense de Réunicable, point 20, pages 15 et 16.

⁷⁸ Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, Mobius contre LRN, n° 2010/16143.

des objectifs de régulation prévus à l'article L. 32-1 du CPCE ». La Cour a en conséquence notamment jugé que : « dès lors qu'au soutien de sa saisine, Bouygues Télécom avait invoqué les résultats obtenus avec le modèle de 2015 pour conclure au caractère déraisonnable des tarifs de SFR FTTH, il appartenait à cette dernière d'établir que les valeurs des paramètres utilisées dans ce modèle de 2015, et en particulier les coûts de déploiement, étaient trop éloignées de ses propres données »⁷⁹.

Ainsi, l'Autorité estime qu'il appartient au requérant qui invoque le caractère déraisonnable de tarifs, sinon de le démontrer, à tout le moins d'apporter à l'Autorité des éléments de nature à mettre en doute leur caractère raisonnable.

En l'espèce, Canal+ Télécom apporte au soutien de ses allégations quant au caractère déraisonnable des tarifs une analyse économique du cabinet Analysis Group⁸⁰. Cette analyse démontre, selon Canal+ Télécom : « *les incitations de REUNICABLE à bénéficier du crédit d'impôt sans le répercuter dans les tarifs de cofinancement afin (i) de bénéficier d'une rente supérieure à celle économiquement souhaitable tout en (ii) finançant des politiques tarifaires agressives de ZEOP qui aboutissent à rétablir une forme de discrimination tarifaire, et que tous les éléments observables sur le marché semblent cohérents avec une non répercussion du crédit d'impôt* »⁸¹.

Partant, Canal+ Telecom fait valoir qu'il « *produit suffisamment d'éléments, au soutien de sa saisine, pour conclure au caractère déraisonnable des tarifs en ce qu'ils prétendent couvrir des coûts qui ont été couverts par une subvention* » et qu'il appartient à Réunicable « *de produire tous les éléments de nature à réfuter cette allégation* »⁸².

Dans ces conditions, l'Autorité estime qu'il y a lieu d'examiner les éléments de preuve apportés par la note d'analyse produite par Canal+ Télécom afin d'apprécier s'ils sont de nature à mettre en doute le caractère raisonnable des tarifs de Réunicable.

En premier lieu, la note produite par Analysis Group propose une « *analyse économique des incitations d'une entreprise verticalement intégrée et en monopole sur un marché amont à favoriser sa filiale aval* »⁸³. Cette analyse s'appuie sur un modèle destiné à mettre en évidence l'incitation qu'aurait Réunicable à ne pas répercuter le crédit d'impôt outre-mer dans ses tarifs, notamment pour favoriser Zeop, société sœur de Réunicable, sur le marché de détail de l'accès fixe à internet à La Réunion, sur lequel Canal+ Télécom est également présent. Selon l'étude du cabinet Analysis Group, le crédit d'impôt outre-mer constituerait l'opportunité pour Réunicable de mettre en œuvre un ciseau tarifaire discriminatoire au bénéfice de Zeop, en lui faisant profiter de subventions obtenues sur le marché amont, permettant l'exclusion ou la marginalisation des fournisseurs d'accès à internet concurrents de Zeop⁸⁴.

Réunicable fait valoir sur cette partie de l'analyse que le cabinet Analysis Group a effectué une modélisation théorique, qui « *ne reflète pas la réalité économique et est impropre à vérifier in concreto le caractère supposé déraisonnable des tarifs de cofinancement de Réunicable* »⁸⁵.

L'Autorité estime que la note produite par Analysis Group repose principalement sur des raisonnements théoriques qui ne sont de nature à démontrer concrètement ni l'existence d'une

⁷⁹ Cour d'Appel de Paris, 20 avril 2023, Bouygues Telecom contre SFR FTTH, n°20/18253.

⁸⁰ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°8.

⁸¹ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 84, page 14.

⁸² Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 84, page 15.

⁸³ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°8.

⁸⁴ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°8, points 45, 50, 56 et 57 de l'analyse du cabinet Analysis Group.

⁸⁵ Premières observations en défense de Réunicable, point 20 en page 15.

discrimination tarifaire pratiquée par Réunicable sur le marché de gros à l'égard des fournisseurs d'accès à internet concurrents de sa filiale Zeop, ni le caractère déraisonnable des tarifs de Réunicable.

En deuxième lieu, Canal+ Télécom soutient que l'analyse des parts de marché et des tarifs pratiqués sur le marché de détail à La Réunion montrerait que Réunicable n'aurait pas cherché à répercuter le bénéfice du crédit d'impôt outre-mer dans les tarifs de cofinancement.

Réunicable soutient quant à lui que Canal+ Télécom, à travers l'analyse du cabinet Analysis Group, ne démontre aucunement que la croissance des parts de marché de Zeop entre 2017 et 2022 résulterait d'une utilisation du crédit d'impôt outre-mer favorable à Zeop pour la fixation des tarifs⁸⁶.

A cet égard, l'Autorité estime que ces analyses concurrentielles concernant le marché de détail, sur lequel exerce Zeop, filiale de Réunicable, ne constituent pas une démonstration du caractère déraisonnable des tarifs de cofinancement de Réunicable, tarifs pratiqués sur le marché de gros.

En troisième lieu, Canal+ Télécom, toujours par l'intermédiaire du cabinet Analysis Group, fait valoir que les tarifs pratiqués par Réunicable seraient les plus élevés parmi les tarifs pratiqués par les opérateurs d'infrastructure FttH à La Réunion⁸⁷.

Contestant cette interprétation, Réunicable défend dans ses deuxièmes observations que ses tarifs seraient au contraire inférieurs aux tarifs pratiqués par les autres opérateurs d'infrastructure FttH à La Réunion⁸⁸.

Comme l'Autorité l'a déjà relevé dans le cadre d'un précédent règlement de différend opposant Free à SFR FTTH « *la comparaison des tarifs d'un opérateur d'infrastructure avec ceux d'autres opérateurs d'infrastructure exploitant des réseaux FttH dans des zones comparables constitue un indice pertinent pour apprécier prima facie le caractère raisonnable des tarifs d'un opérateur d'infrastructure, par exemple en cas de divergence importante entre les tarifs de deux opérateurs comparables* »⁸⁹.

S'agissant des tarifs non-récurrents, il est indiqué dans la saisine de Canal+ Télécom que « *sur les deux premières années suivant le déploiement (années 0 et 1), REUNICABLE pratique des prix bien plus élevés que SRR et ORANGE* »⁹⁰ et qu'« [à] partir de la troisième année (année 2) et jusqu'à la dix-septième année (année 16), les tarifs non-récurrents de REUNICABLE sont inférieurs à ceux d'ORANGE et SRR »⁹¹. A cet égard, l'analyse économique sur laquelle se fonde Canal+ Télécom soutient que « *les premières années sont cruciales pour les FAI* » et que « *pratiquer des tarifs plus faibles alors que le marché est déjà mature et ne présente plus le même intérêt aux yeux des FAI ne saurait justifier ni compenser les tarifs plus élevés imposés par REUNICABLE les deux premières années* »⁹².

Réunicable considère en réponse aux arguments avancés par Canal+ Télécom mentionnés ci-avant que « [l]es tarifs non récurrents de Réunicable sont en réalité plus avantageux, en prenant en compte dans le calcul la date réelle d'ouverture des lignes et de cofinancement des opérateurs commerciaux.

⁸⁶ Deuxièmes observations en défense de Réunicable, point 21, page 14.

⁸⁷ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°8, section IV intitulée « Analyse concurrentielle des marchés amont et aval à La Réunion » de l'analyse économique de la répercussion du bénéfice des crédits d'impôt pour investissements productifs par REUNICABLE dans les tarifs de cofinancement.

⁸⁸ Deuxièmes observations en défense de Réunicable, points 22 et 24.

⁸⁹ Décision n° 2020-1498-RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse en date du 17 décembre 2020 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Free et la société SFR FTTH, page 61.

⁹⁰ Saisine de Canal+ Télécom, points 152 à 154, pages 29 et 30 : « *Alors que REUNICABLE propose un tarif non-récurrent de 532 euros par prise cofinancée, Orange propose un tarif non-récurrent de 513,60 euros par prise cofinancée sur sa zone de déploiement tandis que SFR propose un tarif non-récurrent de 502 euros par prise cofinancée sur sa zone de déploiement* »

⁹¹ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°8, point 62, page 19.

⁹² Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°8, point 62, page 19.

L'opinion d'Analysis Group sur les tarifs plus élevés de Réunicable devient erronée si sont prises en compte les données réelles des dates d'ouverture des lignes de Réunicable, les années d'arrivée des FAI (Canal+ Télécom, Orange et SRR) sur les lignes, le nombre de tranches cofinancées et le nombre de lignes par tranche, et ce, pour chaque zone commerciale. En effet, ces données permettent de calculer le coût total réel effectivement payé pour les opérateurs commerciaux du non récurrent lié au cofinancement des lignes de Réunicable, en cumul sur la période 2016-2022 »⁹³.

S'agissant des tarifs récurrents, Canal+ Télécom soutient, à travers l'analyse d'Analysis Group, que « [i]l ressort de [l']analyse que, si prima facie les tarifs récurrents de REUNICABLE (5 euros par mois indépendamment du nombre de tranches co-financées) sont comparables à ceux des autres OI, la prise en compte des coûts cachés liés aux lignes co-financées et non utilisées conduit au constat que le tarif récurrent par client réellement payé par CPT est plus important pour REUNICABLE que pour les OI concurrents »⁹⁴.

En effet, selon Analysis Group : « le tarif récurrent doit être payé par les co-financeurs pour l'intégralité des lignes co-financées, y compris lorsque leur nombre de clients est plus faible que le nombre de lignes co-financées. Les lignes co-financées inutilisées induisent donc une perte sèche pour les FAI, puisqu'aucun revenu ne compense le tarif récurrent payé chaque mois pour ces lignes. »⁹⁵.

Réunicable indique quant à lui pratiquer : « le tarif récurrent le plus bas des trois opérateurs commerciaux à La Réunion et ne [pas] facture[r] [...] de tarif récurrent sur les lignes non actives » de telle sorte que « l'existence supposée d'un éventuel surcoût dû aux lignes non actives identifiée par Analysis Group est complètement erronée »⁹⁶.

La seconde note produite par le cabinet Analysis Group⁹⁷ et à laquelle Canal+ Télécom renvoie dans son mémoire en réplique ne reprend pas l'argument tiré de la facturation des lignes non-actives et se borne à soutenir que : « la circonstance selon laquelle, selon REUNICABLE, le tarif non-récurrent moyen payé par les FAI aurait été inférieur pour les lignes déployées par REUNICABLE que pour celles déployées par les autres OI ne suffit pas à établir que l'intégralité du crédit d'impôt aurait été répercutée dans les tarifs non-récurrents de REUNICABLE »⁹⁸.

L'Autorité constate que l'annexe 2⁹⁹ de l'offre d'accès de Réunicable¹⁰⁰ relative aux tarifs et pénalités précise que la redevance mensuelle est de 5 € par « prise activée », de telle sorte que Canal+ Télécom, qui ne démontre ni même n'allègue une méconnaissance par Réunicable de ces stipulations de l'offre d'accès, n'est pas fondé à soutenir que le tarif récurrent serait facturé sur les lignes non actives.

Ainsi, l'Autorité relève que ce n'est qu'en s'appuyant sur le postulat erroné de l'existence de coûts cachés liés aux lignes non actives que Canal+ Télécom a conclu à la supériorité des tarifs récurrents de Réunicable par rapport à ceux proposés par les autres opérateurs d'infrastructure de La Réunion.

L'Autorité relève ensuite que les tarifs pratiqués par Réunicable à La Réunion ne sont pas dépositionnés par rapport à ceux pratiqués par les opérateurs d'infrastructure de la métropole dans un contexte où, comme rappelé précédemment, le crédit d'impôt outre-mer dont Réunicable indique

⁹³ Deuxièmes observations en défense de Réunicable, point 22, page 15.

⁹⁴ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°8, point 78, page 24.

⁹⁵ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°8, point 66, page 21.

⁹⁶ Deuxièmes observations en défense de Réunicable, point 24, page 17.

⁹⁷ Observations complémentaires de Canal+ Télécom, pièce n°27.

⁹⁸ Réponse de Canal+ Télécom au premier questionnaire des rapporteurs, Pièce n°23, point 23, page 6.

⁹⁹ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°7, Annexe 2 – Tarifs et pénalités.

¹⁰⁰ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°6, Offre d'accès à la partie terminale des lignes FTTH déployées par REUNICABLE à l'Ile de La Réunion.

avoir bénéficié visait précisément à compenser les surcoûts auxquels sont exposés les entrepreneurs investissant dans les territoires d'outre-mer¹⁰¹. De surcroît, l'affirmation de Réunicable lors de l'audience selon laquelle il aurait anticipé le bénéfice d'un tel crédit d'impôt outre-mer dans l'élaboration de ses tarifs en 2016 ne paraît pas incohérente avec ces éléments.

| | Non récurrent de cofinancement PM-PBO <i>ab initio</i> (€/logement raccordable) | Récurrent de cofinancement sur le segment PM-PBO (€/ligne/mois) |
|---|---|---|
| Orange Concessions | 536,5 | [5,66-5,14] |
| XpFibre (RIP¹⁰²) | 547 | [5,71-5,20] |
| Altitude historique | 558,6 | 5,24 |
| Axione | 531,01 | 5,10 |
| TDF | 554,73 | 5,21 |
| Altitude ex-Covage | 540,5 | 5,26 |
| Orange | 513,6 | [5,60-5,11] |
| XpFibre (zone moins dense d'initiative privée) | 548 | [5,71-5,20] |

Tableau 1 récapitulatif des principaux tarifs pratiqués en avril 2024 en métropole

Par ailleurs, l'Autorité relève que l'examen comparé des tarifs proposés par les autres opérateurs d'infrastructure à La Réunion, sans préjudice des différences qui peuvent exister entre les opérateurs, montre que, contrairement à ce que soutient Canal+ Télécom, les tarifs non-récurrents et récurrents de Réunicable ne sont pas dépositionnés.

| | Non récurrent de cofinancement PM-PBO <i>ab initio</i> (€/logement raccordable) | Récurrent de cofinancement PM-PBO (€/ligne/mois) |
|-------------------|---|--|
| Orange | 513,6 | 5,29 |
| SRR | 502 | 5,16 |
| Réunicable | 532 | 5 |

Tableau 2 récapitulatif des principaux tarifs pratiqués en avril 2024 en zone d'initiative privée à La Réunion¹⁰³

Enfin, contrairement à ce que soutient Canal+ Télécom, la seule circonstance selon laquelle les tarifs n'ont pas été modifiés depuis 2016 ne suffit pas à démontrer le caractère déraisonnable des tarifs. L'Autorité relève à cet égard que le dispositif de l'article 244 quater W du code général des impôts existait déjà avant 2016.

Partant, l'Autorité relève que les seuls éléments apportés par Canal+ Télécom par le biais de l'analyse du cabinet Analysis Group ne sont pas de nature à mettre en doute le caractère raisonnable des tarifs de cofinancement de Réunicable. En effet, l'analyse du cabinet Analysis Group repose entre autres sur des arguments relatifs au marché de détail non pertinents pour le cas d'espèce, sur des raisonnements théoriques qui ne sont notamment pas de nature à démontrer concrètement le caractère

¹⁰¹ Réponse de Réunicable au premier questionnaire des rapporteurs, question 9.

¹⁰² Réseaux d'Initiative Publique (RIP).

¹⁰³ Saisine de Canal+ Télécom, pièce n°8.

déraisonnable des tarifs de Réunicable, ou encore sur des raisonnements erronés notamment concernant le coût caché lié aux lignes de cofinancement non utilisées.

En dernier lieu, Canal+ Télécom fait valoir que « *l'affirmation de REUNICABLE selon laquelle elle répercuterait ses crédits d'impôts [...] n'est absolument pas démontré[e]* »¹⁰⁴ alors que l'absence d'évolution des tarifs depuis 2016 et l'absence d'attestation produite pour justifier de cette répercussion démontreraient au contraire l'absence de répercussion. Ainsi, Canal+ Télécom soutient que « *REUNICABLE ne démontre à aucun moment que ses tarifs sont raisonnables* »¹⁰⁵. A cet égard, il fait valoir qu'il ne lui appartenait pas de modéliser les tarifs de cofinancement de Réunicable dès lors que l'objet du différend porte, d'après lui, sur la question de savoir si des coûts fictifs, c'est-à-dire qui n'ont *in fine* pas été effectivement supportés par Réunicable car compensés par le crédit d'impôt outre-mer, ont été pris en compte dans la construction des tarifs. Ensuite, il soutient que : « *REUNICABLE tente d'opérer un renversement de la charge de la preuve et requiert de Canal+ Télécom une preuve impossible à apporter, ne disposant pas des éléments nécessaires pour faire tourner le modèle tarifaire avec les coûts réellement supportés par REUNICABLE, nets de subventions publiques* »¹⁰⁶.

En réponse, Réunicable fait valoir que « *Canal+ Télécom et Analysis Group prônent ainsi une logique inversée en renversant la charge de la preuve : plutôt que de prouver le supposé caractère déraisonnable des tarifs de Réunicable, Canal+ Télécom et Analysis Group demandent à Réunicable de prouver que ses tarifs ne sont pas déraisonnables* »¹⁰⁷. Réunicable rappelle ensuite « *que la question du rôle des parties en matière de charge de la preuve est encadrée de longue date par les articles 1353 du code civil et 9 du code de procédure civile. Ainsi, comme l'article 9 indique qu'« il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention », on en déduit que la preuve des faits allégués repose, en principe tout au moins, sur Canal+ Télécom* »¹⁰⁸. Il fait par ailleurs valoir qu'il a bien pris en compte le crédit d'impôt dans la construction de ses tarifs.

Réunicable fait de plus valoir que « *les arguments du cabinet Analysis Group ne portent pas sur la modélisation des tarifs de Réunicable en tant que telle* » et que « *comme le démontre la pratique décisionnelle de l'Autorité et notamment la décision de règlement de différend Bouygues c/ SFR FTTH de 2020, le fait qu'un opérateur commercial ne dispose pas de toutes les données de l'opérateur d'infrastructure ne fait pas obstacle à la réalisation d'une modélisation alternative à celle réalisée par l'opérateur d'infrastructure* »¹⁰⁹ et ajoute à cet égard que « *la demande 2 de Canal+ Télécom visant une baisse tarifaire n'est pas quantifiée et motivée au regard [du] modèle générique de tarification de 2015* »¹¹⁰.

A titre liminaire, l'Autorité rappelle que le modèle de tarification de 2015 a été publié par l'Arcep « *dans une démarche de sécurisation des acteurs et dans une logique de mise en cohérence et de rationalisation des pratiques de tarification dans le respect de l'ensemble des principes règlementaires qui l'encadrent* »¹¹¹. Elle a proposé ce modèle à titre de référence, afin de consolider, pour l'ensemble du marché, une méthode et un outil de calcul définis objectivement. Le document d'accompagnement du modèle précise encore que « *ce modèle a ainsi vocation à servir de support aux négociations*

¹⁰⁴ Observations complémentaires de Canal+ Télécom, page 9.

¹⁰⁵ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 85, page 15.

¹⁰⁶ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 91, page 15.

¹⁰⁷ Troisièmes observations en défense de Réunicable, point 10, page 11.

¹⁰⁸ Troisièmes observations en défense de Réunicable, point 10, page 11.

¹⁰⁹ Deuxièmes observations en défense de Réunicable, point 7, page 8.

¹¹⁰ Deuxièmes observations en défense de Réunicable, point 29, page 25.

¹¹¹ Document d'accompagnement du modèle générique de tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique en dehors des zones très denses, page 11.

tarifaires entre les différents acteurs du marché de gros par l'introduction d'une méthodologie de référence. Si le choix par un opérateur d'un autre modèle de tarification, mieux adapté à sa situation spécifique, est possible, il doit pouvoir être dûment justifié au regard des principes de tarification posés par le cadre réglementaire »¹¹². Par ailleurs, l'Autorité rappelle que ce modèle de tarification a été développé afin de répondre au besoin de nombreux acteurs « d'obtenir une visibilité accrue sur les mécanismes de détermination des tarifs des offres de gros en zones moins denses, notamment afin de fiabiliser l'établissement de leurs plans d'affaires [...] », et que cette visibilité « favorisera la commercialisation des réseaux en donnant des garanties de long terme sur le caractère raisonnable et équitable des conditions d'accès aux réseaux pour tous les opérateurs [...] »¹¹³.

A cet égard, dans le cadre de précédents règlements de différends¹¹⁴, l'Autorité a déjà eu l'occasion d'estimer que l'utilisation de ce modèle par le demandeur à l'appui de ses prétentions était pertinente pour apprécier les niveaux tarifaires pratiqués par l'opérateur d'infrastructure concerné par ces règlements de différends en zone moins dense.

Ainsi, l'Autorité considère que l'utilisation de ce modèle peut constituer un élément d'appréciation utile du caractère raisonnable des tarifs de cofinancement et, partant, contrairement à ce que soutient Canal+ Télécom, il aurait pu utilement le mobiliser dans le cadre du présent règlement différend et ce, y compris pour étayer son argument tiré de la non-répercussion du bénéfice du crédit d'impôt dans les tarifs de cofinancement.

En outre, l'Autorité estime que Canal+ Télécom n'est pas fondé à soutenir que Réunicable lui aurait demandé une preuve impossible à apporter alors que :

- d'une part, le modèle de tarification de 2015 a déjà été mobilisé dans le cadre de précédents règlements de différends par des opérateurs qui ne disposaient pas, à l'instar de Canal+ Télécom, des coûts exacts encourus par l'opérateur d'infrastructure ;
- d'autre part, le modèle de tarification publié en 2015 contenait, à titre d'exemple, un jeu de paramètres dont Canal+ Télécom aurait pu utiliser certaines valeurs pour produire une première analyse du caractère raisonnable des tarifs de cofinancement de Réunicable s'il n'était pas en mesure de les remplacer par des valeurs qu'il jugeait plus appropriées¹¹⁵.

En tout état de cause, Canal+ Télécom aurait également pu choisir, en le justifiant, de recourir à un modèle alternatif ou tout autre élément économique quantitatif de nature à mettre en doute le caractère raisonnable des tarifs de Réunicable.

Compte-tenu de ces éléments, Canal+ Télécom n'est pas fondé à soutenir qu'il a « *démontré, avec tous les éléments de preuve raisonnablement à sa disposition et en respectant la charge de la preuve qui lui incombe, le caractère déraisonnable des tarifs de REUNICABLE* »¹¹⁶, alors qu'il s'est abstenu de mobiliser les outils à sa disposition qui lui auraient permis de critiquer utilement les tarifs de Réunicable.

¹¹² Document d'accompagnement du modèle générique de tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique en dehors des zones très denses, page 11

¹¹³ Document d'accompagnement du modèle générique de tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique en dehors des zones très denses, page 8.

¹¹⁴ Décision n° 2020-1168-RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse en date du 5 novembre 2020 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Bouygues Telecom et la société SFR FTTH et décision n°2020-1498-RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse en date du 17 décembre 2020 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Free et la société SFR FTTH.

¹¹⁵ Lignes directrices de l'Autorité de décembre 2015 portant sur la tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique déployés par l'initiative publique publiées en décembre 2015, page 16.

¹¹⁶ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 73, page 13.

En conclusion, l’Autorité relève que Canal+ Télécom n’a pas produit d’élément permettant de critiquer utilement le caractère raisonnable des tarifs de Réunicable. Par conséquent, et sans qu’il soit besoin de statuer sur la détermination de la période couverte par les demandes tarifaires de Canal+ Telecom, l’Autorité estime que ce dernier n’a pas apporté suffisamment d’éléments de nature à en justifier le bien-fondé au regard des objectifs de régulation mentionnés à l’article L. 32-1 du CPCE, notamment les objectifs de « développement de l’investissement, de l’innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques » et « d’exercice au bénéfice des utilisateurs d’une concurrence effective et loyale ».

En outre, comme relevé précédemment, l’Autorité constate au contraire que les tarifs de Réunicable n’apparaissent pas dépositionnés par rapport à ceux pratiqués par les autres opérateurs d’infrastructure FttH à La Réunion et en métropole.

Ainsi, il ressort de ce qui précède que la demande de Canal+ Télécom, visant à diminuer les tarifs de cofinancement de Réunicable n’apparaît pas justifiée et doit, à ce titre, être rejetée.

6 Sur la demande reconventionnelle de Réunicable

Dans ses premières observations en défense, Réunicable demandait, à titre reconventionnel, d’enjoindre à Canal+ Télécom « de communiquer à l’Autorité les éléments comptables nécessaires à l’évaluation du montant total des crédits d’impôts qui ont été accordés à Canal+ Télécom et son actionnaire Canal+ International ainsi qu’au groupe Canal+ »¹¹⁷.

Canal+ Télécom soutenait, dans ses observations en réplique, que la demande reconventionnelle formulée par Réunicable devait être rejetée, d’une part, en raison de l’absence d’échec des négociations et, d’autre part, au motif que les crédits d’impôt dont aurait bénéficié le Groupe Canal+ seraient sans lien avec le présent litige et notamment le déploiement de lignes FttH à La Réunion¹¹⁸.

L’Autorité rappelle qu’une demande reconventionnelle doit satisfaire aux conditions de recevabilité prévues par l’article L. 36-8 du CPCE, tenant notamment à l’existence d’un échec des négociations préalablement à la saisine¹¹⁹.

En l’espèce¹²⁰, il ne ressort d’aucune pièce du dossier que Réunicable aurait formalisé la demande précitée auprès de Canal+ Télécom préalablement à la saisine de l’Arcep en règlement de différend.

Dès lors, l’Autorité considère que l’échec des négociations concernant cette demande n’est pas avéré, et que, par conséquent, elle n’est pas recevable.

¹¹⁷ Premières observations en défense de Réunicable, page 20.

¹¹⁸ Mémoire en réplique de Canal+ Télécom, point 112, page 18.

¹¹⁹ Voir notamment décision n° 2014-0192 de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 13 février 2014 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Oméa Telecom .

¹²⁰ et sans qu’il ne soit besoin de statuer sur la compétence de l’Arcep concernant la demande formulée à titre reconventionnelle par Réunicable.

Décide :

- Article 1.** La société Réunicable transmet, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision, à la société Canal+ Télécom, le montant total perçu par la société Réunicable du crédit d'impôt en faveur des investissements productifs neufs réalisés outre-mer de l'article 244 quater W du code général des impôts, assis sur les investissements productifs dans le déploiement de son réseau FttH mutualisé à La Réunion ainsi que l'attestation comptable afférente.
- Article 2.** Le surplus des demandes de la société Canal+ Télécom est rejeté.
- Article 3.** La demande de la société Réunicable est rejetée.
- Article 4.** La directrice des affaires juridiques de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse est chargée de notifier la présente décision aux sociétés Canal+ Télécom et Réunicable. Elle sera rendue publique sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le 11 juin 2024,

La présidente

Laure de La Raudière