Expédition

Numéro de répertoire	Délivrée à	Délivrée à	Délivrée à
002914			
Date du prononcé			
26 JUIL. 2022	le €	le €	le €
Numéro de rôle			
A/21/01929			

☐ Ne pas présenter à l'inspecteur

Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles

Jugement

Chambre des actions en cessation

Présenté le
Ne pas enregistrer

En cause de :

1. TUNSTALL GROUP HOLDINGS LIMITED, société de droit étranger, ayant son siège social au Royaume-Uni, à Whitley Lodge, Whitley Bridge, Yorkshire DN14 OHR,

2. TUNSTALL GROUP LIMITED, société de droit étranger, ayant son siège social au Royaume-Uni, à Whitley Lodge, Whitley Bridge, Yorkshire DN14 OHR,

3. TUNSTALL SA, dont le siège social est situé avenue de Rusatira, 1, 1083 Ganshoren, inscrite à la BCE sous le n° 0450.915.782,

Demanderesses

Ayant toutes trois pour avocats Maître Carina Gommers, Maître Eva De Pauw, Maître Carl De Meyer et Maître Eleni Foscolos, rue de Namur 72-74, 1000 Bruxelles,

Plaidant : Maître Carl De Meyer et Maître Carina Gommers

Contre :

1. VICTRIX SOCSAN S.L., société de droit espagnol, ayant son siège social en Espagne à Calle Ferrocarril 18, 2ª Planta, Oficina 4, 28045 Madrid,

Première défenderesse,

2. L'asbl TÉLÉ-SECOURS, ayant son siège social à 1020 Bruxelles, 570, avenue de Smet de Naeyer, inscrite à la BCE sous le n° 0432.708.090,

Seconde défenderesse,

Ayant toutes deux pour avocats Maître Philippe Campolini, Maître Sophie Van Besien et Maître Louis Bidaine, rue de Loxum 25, 1000 Bruxelles,

Plaidant : Maître Philippe Campolini, Maître Louis Bidaine et Maître Sophie Van Besien

* * *

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Vu la citation du 4 juin 2021,

Vu le jugement du 15 juillet 2021 du tribunal de l'entreprise néerlandophone de Bruxelles, renvoyant la cause devant notre tribunal,

Revu notre jugement du 27 octobre 2021,

Vu les observations écrites de l'Autorité Belge de la Concurrence reçues à notre greffe le 2 février 2022,

Vu les conclusions et les pièces déposées par les parties,

Entendu les conseils des parties en leurs plaidoiries à l'audience publique du 18 mai 2022, à laquelle la cause a été prise en délibéré, uniquement sur les violations alléguées du droit de la concurrence et leurs conséquences sur l'action en cessation.

1. OBJETS DES DEMANDES

1. Aux termes de leur citation introductive d'instance, les demanderesses, ci-après TUNSTALL, demandent au juge des cessations de:

« - Déclarer que Victrix, en offrant (y compris toute communication de Victrix prétendant être autorisée à utiliser le protocole de communication STMF 'TT92' et/ou 'TT92 ST' de Tunstall), en mettant en circulation ou en utilisant sur le territoire belge une plateforme de communication supportant le protocole de communication STMF 'TT92' et/ou 'TT92 ST' de Tunstall, contrefait les revendications 1, 6, 7, 8, 9 et 10 d'EP'038 au sens de l'article XI.29 §1 a) et b) CDE ;

- Déclarer que Télé-Secours, en utilisant sur le territoire belge une plateforme de communication supportant le protocole de communication STMF 'TT92' et/ou 'TT92 ST' de Tunstall, sans le consentement de Tunstall, contrefait les revendications 1, 6, 7, 8, 9 et 10 d'EP'038 au sens de l'article XI.29 §1 a) et b) CDE ;

- Ordonner à Victrix de s'abstenir de continuer à offrir (y compris toute communication de Victrix prétendant être autorisée à utiliser le protocole de communication STMF 'TT92' et/ou 'T192 ST' de Tunstall), à mettre en circulation ou à utiliser sur le territoire belge toute plateforme de communication supportant le protocole de communication STMF 'TT92' et/ou 'TT92 ST' de Tunstall, sous peine d'une astreinte de 50.000 euros par jour d'infraction, à compter de 48 heures après la signification de l'ordonnance de cessation;

- Ordonner à Télé-Secours de s'abstenir de continuer à utiliser sur le territoire belge une plateforme de communication supportant le protocole de communication STMF 'TT92' et/ou 'TT92 ST' de Tunstall, sans l'accord de Tunstall, sous peine d'une amende de 50.000 euros par jour d'infraction, à compter de 48 heures après la notification de l'ordonnance de cessation ;

- D'accorder à Tunstall une réserve en ce qui concerne tout dommage causé par Victrix par les actes susmentionnés ;

- Condamner Victrix et Télé-Secours à payer les frais de procédure, y compris l'indemnité procédurale. »

2. Aux termes de ses conclusions de synthèse, et sur le fondement de l'article 19 al.3 C.J., TUNSTALL demande au président siégeant en cessations :

« *A titre principal :*

- D'ordonner à Victrix, conformément à l'article 19.3 du Code judiciaire, de s'abstenir provisoirement de continuer à offrir (en ce compris toute communication de Victrix prétendant être autorisée à utiliser le protocole de communication STMF 'TT192' et/ou 'TT92 ST' de Tunstall), à mettre en circulation ou à utiliser sur le territoire belge une plateforme de communication supportant le protocole de communication STMF 'TT92' et/ou 'TT92 ST' de Tunstall, sous peine d'une amende de 50.000 euros par jour où l'infraction est commise, à compter de 48 heures après la notification de l'ordonnance de cessation, jusqu'à ce qu'une décision définitive sur le fond ait été rendue dans l'action en cessation pour contrefaçon de brevet engagée par Tunstall ;

- D'ordonner à Télé-Secours, conformément à l'article 19.3 du Code judiciaire, de s'abstenir provisoirement de continuer à utiliser sur le territoire belge une plate-forme de communication supportant le protocole de communication STMF 'TT92' et/ou 'TT92 ST' de Tunstall, sans l'accord de Tunstall, sous peine d'une amende de 50.000 euros par jour où l'infraction est commise, à compter de 48 heures après la notification de l'ordonnance de cessation, jusqu'à ce qu'une décision définitive sur le fond ait été rendue dans l'action en cessation pour contrefaçon de brevet engagée par Tunstall;

- De rejeter la demande de Victrix et Télé-Secours sur base de la législation sur les pratiques honnêtes du marché et, subsidiairement, d'imposer un calendrier pour l'échange des conclusions et de déterminer une date de plaidoirie sur ce point ainsi que sur la demande principale de Tunstall sur la contrefaçon de brevet.

- De condamner Victrix et Télé-Secours à payer les frais de procédure, y compris l'indemnité procédurale.

A titre subsidiaire :

- De déterminer le délai pour les parties de se mettre d'accord sur les modalités d'une licence à 4 mois au minimum ;

- De rejeter la demande de Victrix et Télé-Secours d'ordonne Tunstall à fournir aux défenderesses toutes les informations nécessaires à l'usage des Protocoles Brevetés conformément à la licence qui doit leur être accordée par Tunstall, ce à compte du 5e jour suivant la signification du jugement à intervenir, sous peine d'une astreinte de 10.00 EUR par jour de retard.»

3. Les défenderesses quant à elles forment les demandes reconventionnelles suivantes :

*"**<u>À titre principal:</u>***

- constater qu'en refusant de concéder aux Défenderesses une licence d'utilisation de son brevet européen n° EP 2 160 038, Tunstall commet un abus de position dominante au sens de l'article IV.2 du CDE ;

- constater qu'en refusant de concéder aux Défenderesses une licence d'utilisation de son brevet européen n° EP 2 160 038, Tunstall commet un abus de dépendance économique au sens de l'article IV.2/1 du CDE ;

À titre subsidiaire:

- constater qu'en refusant de concéder aux Défenderesses une licence d'utilisation de son brevet européen n° EP 2 160 038, Tunstall commet un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché au sens des articles VI.104, VI.104/1, 1°, VI.105, 7° et VI.105/1 du CDE ;

En tout état de cause:

ordonner à Tunstall de concéder aux Défenderesses une licence non exclusive d'utilisation de son brevet européen n° EP 2 160 038 leur permettant de faire usage, et de permettre à leurs clients et abonnés de faire usage, sur le territoire belge, pour toute la durée de protection dudit brevet, des protocoles de communication « TT92 ST », « STMF TT92 », ainsi que tout autre protocole de communication utilisé par les unités de télévigilance mises sur le marché par Tunstall et tombant sous le champ de protection dudit brevet, ce à compter du 10e jour suivant la signification du jugement à intervenir, sous peine d'une astreinte de 10.000€ par jour de retard;

- dire pour droit que le prix de cette licence sera égal au prix moyen payé par les autres licenciés de Tunstall pour ladite licence sur le territoire belge et proratisé en fonction de la durée restante de validité du brevet à la date du jugement à intervenir ;

- prendre acte de l'engagement de Victrix de mettre en séquestre une provision de 10.000 EUR dans l'attente d'un accord des parties sur le prix final à payer par les Défenderesses conformément au point précédent ;

- ordonner à Tunstall de fournir aux Défenderesses toutes les informations nécessaires à l'usage des Protocoles Litigieux conformément à la licence qui doit leur être accordée par Tunstall, ce à compter du 5e jour suivant la signification du jugement à intervenir, sous peine d'une astreinte de 10.000€ par jour de retard;

- déclarer les demandes de Tunstall non fondées, et l'en débouter ;

- condamner Tunstall aux dépens, dont une indemnité de procédure de 13.000 €. »

3. CONTEXTE DU LITIGE

4. Le juge des cessations renvoie à l'exposé des faits du jugement du 27 octobre 2021, qu'il convient de considérer comme reproduit ici.

5. Il y a par ailleurs lieu de rappeler que TUNSTALL dispose d'un brevet -le brevet européen EP 2 160 038 B2, valable notamment en Belgique-, protégeant les protocoles utilisés dans le secteur de la télévigilance qu'elle a développés.

Le brevet concerne un procédé de codage d'éléments numériques multifréquences à deux tonalités (DTMF, « *Dual Tone Multi Frequency* ») sous forme de signaux séquentiels multifréquence (STMF, « *Sequential Tone Multi Frequency* ») et un système de génération, d'envoi, de réception et de décodage des signaux STMF.

Cette technologie brevetée offre, sur le réseau analogique, un codage multifréquence à tonalité séquentielle (STMF) utilisant deux fréquences occupant un créneau temporel d'élément numérique DTMF et un créneau temporel d'intervalle entre éléments numériques (p. 10 des conclusions de synthèse de TUNSTALL). Plus particulièrement, cette technologie STMF prend en charge deux procédés de communication, développés par TUNSTALL, à savoir les protocoles TT21 STMF et TT92 STMF.

Les parties s'accordent sur le fait que le développement de cette technologie s'explique par le manque de fiabilité, au fil de l'évolution des réseaux téléphoniques, de la technologie DTMF, laquelle a pour objet de coder sous la forme d'une paire simultanée des tonalités de fréquence audio, pour être ensuite transmise (pp. 10 et 18 des conclusions de synthèse de TUNSTALL et p. 7 des conclusions de synthèse de TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN).

La technologie brevetée offre ainsi une meilleure fiabilité dans la transmission des informations entre les unités d'accueil des abonnés finaux et les logiciels qui traitent le signal.

4. DISCUSSION

Quant à la demande reconventionnelle

4.1. Premier moyen : Abus de position dominante

6. TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN soutiennent que TUNSTALL abuse de sa position dominante, au sens de l'article IV.2 CDE.

Elles allèguent, en substance, que ce comportement résulterait du refus de TUNSTALL de leur accorder une licence leur permettant d'utiliser la technologie protégée par le brevet européen EP 2 160 038 B2 et les protocoles qui en découlent, ce que cette dernière conteste.

7. L'article IV.2., al. 1er CDE prévoit qu'« *est interdit, sans qu'une décision préalable ne soit nécessaire à cet effet, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».

L'article I.6, 12° du même Code définit la position dominante comme étant « *la position permettant à une entreprise de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, clients ou fournisseurs* ».

L'application de l'article IV.2. CDE impose de réunir les conditions suivantes :

1. Les parties à la cause sont des entreprises au sens du droit de la concurrence ;
2. Les marchés pertinents (matériels et géographiques) sont déterminés ;
3. Une entreprise détient une position dominante sur le(s) marché(s) pertinent(s) ;
4. Une entreprise abuse de cette position dominante.

La première condition ne pose en l'espèce pas de difficulté dès lors que TUNSTALL, VICTRIX SOCSAN et TELE-SECOURS sont des entreprises au sens du droit de la concurrence, ainsi que le constate l'ABC (observations, p. 9).

L'examen des autres conditions mérite davantage de développements.

8. Par ailleurs, si le commerce entre Etats membres est susceptible d'être affecté par la position d'une entreprise, il y a lieu d'appliquer le droit européen de la concurrence, conformément à l'article 102 TFUE.

Tel est le cas en l'espèce. Le comportement reproché à TUNSTALL est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, ainsi que le relèvent l'ABC (observations, pp. 10-11), VICTRIX SOSCAN et TELE-SECOURS (dans leurs conclusions de synthèse, p. 24), et ce, sans être contredites par TUNSTALL.

Le juge des cessations fera ainsi application cumulée des règles européennes et nationales de concurrence dans l'examen des conditions de l'abus de position dominante reproché à TUNSTALL (N. Neyrinck, *Manuel de droit belge de la concurrence*, 1ère éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 10).

A. Marchés pertinents

9. Le marché pertinent se caractérise par une homogénéité de produits – marché pertinent matériel – qui le composent sur un territoire donné – marché pertinent géographique (L. Desaunettes-Barbero et E. Thomas, *Droit matériel européen des abus de position dominante. Textes et commentaires*, coll. Competition Law-Droit de la concurrence, 2019, Bruylant, Bruxelles, p. 199-200).

A.i. Marché matériel

10. Se fondant sur les distinctions opérées par l'ABC, les parties s'accordent sur la définition des **marchés matériels pertinents** (également appelés « marchés de produits et de services ») en l'espèce.

Il s'agit respectivement des (dans le sens de l'aval vers l'amont) :

1. Marché des services de téléassistance destinés aux personnes âgées et vulnérables ;
2. Marché des ventes des appareils de téléassistance (ces appareils étant appelés « unités d'accueil ») ;

3. Marché des plateformes (logiciels) de télévigilance ;
4. Marché des protocoles (assurant la communication entre les unités d'accueil et les logiciels de téléassistance).

Le marché des protocoles (4ème marché) cristallise les difficultés entre les parties. VICTRIX SOCSAN et TELE-SECOURS critiquent le comportement de TUNSTALL laquelle, abusant de sa position dominante sur ce marché, exclurait VICTRIX SOCSAN du marché en aval des plateformes (logiciels) de télévigilance (3ème marché).

Il ressort en effet des conclusions de TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN que cette dernière serait dans l'impossibilité technique d'implémenter le logiciel commandé par TELE-SECOURS dès lors que TUNSTALL lui a imposé d'arrêter de faire usage du protocole TT92 STMF.

11. Si les parties confirment l'existence d'un marché des protocoles, elles divergent néanmoins sur les contours de ce marché, et plus particulièrement sur l'éventuelle intégration de la technologie brevetée de TUNSTALL dans ce marché.

VICTRIX SOCSAN et TELE-SECOURS allèguent en effet que les protocoles brevetés de TUNSTALL constitueraient un marché en soi dès lors qu'il serait impossible de remplacer ces protocoles brevetés par d'autres protocoles libres de droit (DTMF, SCAIP, ...).

TUNSTALL conteste l'existence d'un marché distinct de ses protocoles brevetés et soutient qu'un tel marché se rencontre exclusivement s'il n'existe pas de protocoles alternatifs (valant comme technologie alternative pour connecter les unités d'accueil et les plateformes de téléassistance).

12. Un marché de fabrication d'un produit technologique final, protégé par un brevet, peut en soi constituer un marché distinct dans l'hypothèse où il n'existe pas d'autres technologies appropriées, c'est-à-dire des technologies substituables (observations de l'ABC, pp. 16-17).

La méthode permettant de définir les marchés de technologies s'inspire des mêmes principes que ceux qui s'appliquent pour la définition des marchés de produits (observations de l'ABC, p. 16). Le marché de produits en cause comprend « *tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* » (Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, n° 97/C – 372/03, point n° 7).

L'une des méthodes utilisées pour définir le marché consiste à apprécier la substituabilité de la demande. En effet, « *l'appréciation de la substituabilité de la demande entraîne une détermination de l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur. Une façon de procéder à cette détermination peut être envisagée comme un exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients. L'exercice de définition du marché est axé sur les prix pour des raisons opérationnelles et pratiques et, plus précisément, sur la substitution du côté de la demande que pourraient entraîner des variations*

légères mais permanentes des prix relatifs. Ce test peut fournir des indications claires sur les éléments pertinents pour la définition des marchés » (*ibid.*, p. 15).

De deux choses l'une (L. Desaunettes-Barbero et E. Thomas, *Droit matériel européen des abus de position dominante. Textes et commentaires*, coll. Competition Law-Droit de la concurrence, 2019, Bruylant, Bruxelles, p. 50) :

- S'il s'avère que la hausse des prix est profitable exclusivement à celui qui détient la technologie, cela signifie qu'un nombre significatif de consommateurs est captif de ce produit ;

- A l'inverse, si un nombre suffisant de consommateurs se rapportent sur un produit de substitution et que l'augmentation du produit ne profite pas à celui qui détient la technologie, les deux produits doivent être considérés comme substituables et appartiennent au même marché concurrentiel.

13. La question est ainsi de savoir si les clients d'un produit technologique breveté – en l'espèce TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN – pourraient se tourner vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs de la technologie livrée.

TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN estiment que, dans la mesure où les protocoles brevetés de TUNSTALL sont « indispensables » pour pénétrer sur le marché des protocoles (pour créer une technologie alternative), ce marché des protocoles brevetés constitueraient nécessairement un marché distinct des autres protocoles existant.

TUNSTALL rappelle, quant à elle, que le critère de l'indispensabilité est exclusivement appliqué dans le contexte de l'appréciation de l'abus de position dominante.

14. Au stade la définition de marché, il incombe au juge de déterminer si des protocoles de substitution des protocoles protégés de TUNSTALL existent.

Le juge des cessations observe que la substituabilité d'un produit ou d'un service, permettant de définir un marché de produits ou de services, ne saurait se confondre avec le critère de « l'indispensabilité », lequel intervient exclusivement dans l'appréciation du caractère abusif du comportement critiqué. Ces deux notions, qui se recoupent en partie, ne sont pour autant pas identiques et, surtout, poursuivent des objectifs distincts (à savoir, respectivement : définir le marché pertinent *vs.* vérifier que le service breveté est « indispensable » à la création d'un produit nouveau).

15. TELE-SECOURS et VICTRIX SOSCAN ne démontrent pas que les protocoles litigieux de TUNSTALL constitueraient un marché distinct en soi.

Sans être contredite, TUNSTALL fait état de l'existence d'une centaine de protocoles assurant la communication entre les unités d'accueil et les logiciels de téléassistance, parmi lesquels figurent les protocoles brevetés (pièce n° 41 du dossier des demanderesses).

Il ressort par ailleurs de cette pièce que, parmi l'ensemble des protocoles disponibles sur le marché, 70 protocoles seraient compatibles avec la plateforme de télévigilance développée par TUNSTALL.

Par ailleurs, outre la liste des produits alternatifs déposée par TUNSTALL, il est établi que la plateforme de VICTRIX SOCSAN est « ouverte », ce qui signifie qu'elle est compatible avec « *la plupart des protocoles utilisés sur le marché, y compris les protocoles numériques* » (p. 34 des conclusions de synthèse des défenderesses). Elle est dès lors compatible non seulement avec les protocoles brevetés de TUNSTALL, mais également avec d'autres protocoles utilisés sur le marché.

L'étude de BERG INSIGHT déposée au dossier de pièces des défenderesses abonde en ce sens en affirmant que « *The Victrix Care Platform is cloud-based and it can be deployed using the service providers' existing technology infrastructure* » (pièce n° E.7 des défenderesses, p. 95). Cette incise tend à démontrer que la plateforme de VICTRIX SOCSAN est spécialement conçue pour être interopérable avec l'infrastructure existante, y compris les protocoles existant de TUNSTALL et les protocoles libres de droit.

De surcroît, l'offre de VICTRIX SOCSAN à l'attention de TELE-SECOURS du 17 juillet 2018 fait état de ce que la plateforme à implémenter utilise les protocoles « TT92 », « TT92ST » et « SCAIP » (pièce n° C.5, des défenderesses). Il existe dès lors des protocoles libres de droit – à savoir « SCAIP » – sur le marché, lesquels sont compatibles la plateforme de VICTRIX SOCSAN.

La circonstance qu'une plateforme puisse être indistinctement compatible avec différents protocoles analogiques (et/ou numériques) démontre *a fortiori* qu'il existe une multitude de protocoles substituables (ou, à tout le moins, cumulables).

16. En conséquence, les opérateurs actifs dans la téléassistance disposent d'un panel de protocoles, qui peuvent se substituer les uns aux autres. Les services offerts par TUNSTALL sur le marché des protocoles constituent dès lors une technologie parmi d'autres et, partant, ne constituent pas un marché en soi.

A.ii. Marché géographique

17. Les parties sont également contraires en ce qui concerne la portée géographique du marché des protocoles (seul marché pertinent en l'espèce).

TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN plaident que le marché des protocoles est d'ampleur nationale, tandis que TUNSTALL soutient que ce marché est de portée communautaire.

18. Le marché géographique en l'espèce « *comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* » (observation de l'ABC, pp. 18-19).

Pour appartenir à un même marché géographique, il convient que les deux produits en concurrence puissent faire face, du point de vue du consommateur, à une concurrence homogène. Cette homogénéité dépend de différents facteurs, comme le coût des transports, la nature du produit ou l'existence de contraintes juridiques spécifiques (L. Desaunettes-Barbero et E. Thomas, *op. cit.*, p. 62).

La Cour d'appel de Bruxelles a jugé que :

« *Par marché géographique, on entend le marché qui couvre le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lesquelles les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable. Pour apprécier l'étendue du marché géographique, il convient d'examiner si des sociétés implantées dans d'autres zones constituent réellement une source d'approvisionnement de remplacement pour les consommateurs et si les clients des parties transféreraient leurs commandes vers des sociétés implantées ailleurs en cas de variation de prix* » (Bruxelles, 18 juin 2004, *AM*, 2004, p. 357).

C'est à la lumière de ces principes qu'il convient de déterminer le marché géographique pertinent.

19. Se fondant sur une décision de la Commission européenne (aff. M8244, en cause : *Coca-Cola*), TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN rappellent qu'un marché géographique national peut se rencontrer malgré le fait que les fournisseurs agissent dans l'ensemble des Etats-membres de l'Union européenne.

Elles relèvent que les protocoles litigieux sont protégés par des brevets valables exclusivement dans huit Etats européens (Belgique, Allemagne, Danemark, Espagne, Finlande, France, Pays-Bas et Suède), ce qui constituerait un indice de ce que ce marché serait de portée nationale. Aussi, constatent-elles que les fournisseurs actifs sur le marché des protocoles et des unités d'accueil sont généralement actifs dans certains pays européens déterminés (à l'exclusion de l'ensemble du marché européen).

20. TUNSTALL insiste sur le fait que les nationalités des parties démontrent la dimension communautaire du marché en cause (VICTRIX SOCSAN étant espagnole, TUNSTALL anglaise) et que seules des singularités du marché belge pourraient faire naître l'existence d'un marché géographique national. Or, des telles singularités n'existent pas dans la mesure où les plateformes et les protocoles utilisés dans l'Union européenne sont harmonisés et doivent se conformer à des règles européennes.

TUNSTALL fait également remarquer qu'il ne se justifie pas de disposer d'un brevet valable pour l'ensemble du territoire européen dans la mesure où la télésurveillance est implantée différemment en fonction des Etats. De même, elle soutient que la circonstance qu'une entreprise n'est pas active dans tous les pays européens n'empêche pas de conclure que celle-ci agit dans un marché européen,

voire mondial. Elle rappelle aussi qu'il n'existe pas de contraintes linguistiques dans le marché des protocoles dès lors qu'il s'agit exclusivement de la transmission d'un signal codé.

21. Le juge des cessations observe ce qui suit :

1. **Sous l'angle de l'offre**, aucun élément ne permet de considérer que le marché des protocoles serait restreint à l'échelle nationale.

a. Absence de restrictions

Comme le relève l'ABC, il n'existe pas de restrictions à l'importation, de coûts de transports ou d'exigences techniques nationales (nonobstant l'existence de contraintes techniques différentes en fonction des différents Etats membres, *cfr.* ci-dessous) pour la fourniture des protocoles, s'agissant de biens immatériels (observation de l'ABC, p. 20).

b. Rayon d'action des entreprises actives sur le marché

Les entreprises actives dans le marché des protocoles sont également d'envergure européenne.

L'étude de BERG INSIGHT affirme que le marché européen des équipements de téléassistance est fortement intégré (« *the European market for telecare equipement is highly consolidated* » ; pièce n° E.7 des défenderesses, p. 33).

Il ressort également de cette étude que de grands acteurs européens fournissent des formules intégrées à leurs clients sur l'ensemble du territoire européen (« *end-to-end telecare solutions* », avec pour corollaire de proposer des protocoles de communication entre leurs plateformes et leurs unités d'accueil). Il en va notamment ainsi des entreprises TUNSTALL, LEGRAND, TELEALARM ou DORO. Une lecture comparée des figures 2.4, 2.5 et 2.7 de l'étude (pièce n° E/7 des défenderesses, pp. 30-33) amène ainsi à considérer que LEGRAND propose des solutions intégrées à des clients anglais (par sa filiale TYNETEC), en Espagne, en Allemagne, en Suède, en Norvège, en Autriche, en Suisse (par sa filiale NEAT) et en France (par sa filiale INTERVOX).

Le rayon d'action des entreprises actives sur ce marché explique d'ailleurs la raison pour laquelle, à l'occasion du marché public lancé par CSD LIEGE, des entreprises ayant leur siège dans différents Etats membres – à savoir ESI FRANCE, TUNSTALL et VICTRIX SOCSAN (aucune de ces entreprises n'est belge) – ont déposé des offres.

Plus spécialement, TUNSTALL – qui n'est qu'un acteur parmi d'autres – est active dans les pays européens – Royaume-Uni, Espagne, Allemagne, France, Pays-Bas, Belgique, Danemark, Finlande et Suède –, lesquels représentent 92 % du secteur de la télévigilance en Europe en termes de connexions (p. 31, des conclusions de synthèse TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN ; p. 47 des conclusions de TUNSTALL).

La circonstance que TUNSTALL ou d'autres entreprises (comme DORO) sont actives exclusivement dans certains pays ne contredit pas le fait que le marché sur lequel elles agissent est d'échelle européenne.

Comme le relève TUNSTALL, la présence limitée d'une entreprise sur certains territoires ne permet pas *ipso facto* de considérer que la portée géographique du marché est elle-même limitée.

C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour d'appel de Bruxelles a jugé que :

« *L'étendue géographique d'un marché ne dépend pas de l'aire géographique dans laquelle les entreprises offrant un type de produits ou de services sont établies ni de l'étendue géographique d'un accord de cession d'activités. Elle correspond à l'aire à l'intérieur de laquelle les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes* » (Bruxelles, 29 septembre 2006, *Ann. prat.*, 2006, p. 898).

En d'autres termes, le fait qu'un opérateur ait un taux de pénétration plus bas dans certains pays européens (ou ne soit tout simplement pas présent) ne peut, en soi, conduire à la conclusion que le marché dans lequel il opère n'est pas de portée européenne.

Il en ressort que des prestataires de services sont en mesure de proposer des protocoles pour l'ensemble du marché européen. Il existe *a fortiori* une homogénéité, à l'échelle européenne, en matière d'offres de protocoles.

2. **Sous l'angle de la demande**, s'il est exact que les conditions de la concurrence peuvent s'analyser nationalement en présence d'un marché où les acteurs sont actifs à l'échelle européenne ou mondiale, encore faut-il établir l'existence de spécificités propres (langue, préférence de consommation, ...) attachées à cet Etat.

Tel est le cas pour le marché des boissons non alcoolisées, pour lequel la Commission européenne considère qu'il s'étend à une échelle nationale en raison des différences en matière d'habitude de consommation, de logistique, de réseau de distribution, de stratégie marketing, *etc.* (« *due to differences in consumption patterns, logistics and distribution networks, marketing strategies, etc.* », Décision de la Commission du 21 décembre 2016 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration, aff. M.8244, en cause *Coca-Cola Company*).

En l'espèce, il ne saurait être considéré que des contraintes spécifiques au niveau belge tendent à restreindre l'ampleur géographique du marché des protocoles au niveau national.

a. La langue

S'agissant de messages codés envoyant des signaux entre des unités d'accueil et des plateformes, la langue entre l'opérateur de téléassistance et le fournisseur de protocoles est peu relevante.

Le juge des cessations relève par ailleurs que, dans les relations entre TELE-SECOURS et TUNSTALL, l'usage de l'anglais était communément admis, tant pour les communications commerciales (p. ex. pièce n° C.3 des défenderesses, matérialisant l'expression des difficultés de l'implémentation de plateforme PCN 7) que techniques (pièce n° D.17 des défenderesses, constituant la brochure d'utilisation « *STMF protocol, GSM/Next Generation Network and telecare home units*).

La langue n'est dès lors pas une spécificité nationale pour ce qui concerne le marché des protocoles.

b. Considérations techniques

À l'estime de TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN, un indice du caractère national du marché des protocoles résiderait dans les conditions techniques d'utilisation du réseaux des services de téléassistance. Les réseaux utiles au passage des informations codées varieraient en fonction des Etats (la France étant, ainsi, peu dépendante des protocoles brevetés dans la mesure où la communication est essentiellement assurée par les réseaux GSM, à l'inverse de la Belgique). De même, la numérisation de l'information dans un certain nombre de pays accentuerait le caractère national du marché.

TUNSTALL réplique que, si les conditions d'accès au réseau varient, il n'en reste pas moins que les plateformes et les unités d'accueil sont interopérables avec différents réseaux et protocoles (en France, où la communication s'effectue par réseau GSM, TUNSTALL vend les mêmes plateformes et unités d'accueil qu'en Belgique).

D'emblée, il convient de constater que, face à l'impossibilité de TUNSTALL d'implémenter la plateforme PNC7 chez TELE-SECOURS entre 2014 et 2018, cette dernière a recouru aux services de VICTRIX SOCSAN (de nationalité espagnole). Il en va de même en ce qui concerne le marché public lancé par CSD, laquelle a consulté indifféremment des entreprises installées en Belgique et à l'étranger (en France et en Espagne ; pièce n° D.3 des défenderesses).

Cette démarche démontre que, nonobstant les différences existant au niveau européen en matière d'utilisation du réseau des services de téléassistance, tout opérateur peut s'adresser à un acteur européen pour se fournir.

La circonstance que, dans certains Etats, la technologie STMF soit davantage nécessaire que la technologie DTMF, ou encore qu'une numérisation du réseau soit accrue, ne modifie pas en soi l'essence de la demande des fournisseurs d'un service de téléassistance en matière d'utilisation des protocoles au niveau européen. Les opérateurs ont en effet besoin d'assurer une liaison entre leur plateforme et les unités de téléassistance.

De surcroît, l'étude BERG INSIGHT indique que l'ensemble des pays européens – les anciens 28 Etats-membres de l'Union européenne, plus la Suisse et la Norvège – connait une présence des services de téléassistance (avec, certes, un taux de pénétration qui y diffère), avec au total 5.220.000 consommateurs finaux (pièce n° E.7 des défenderesses, p. 28).

Si cette étude relève que des différences nationales subsistent dans l'adoption des solutions de téléassistance (p. 27), il n'en reste pas moins que, comme déjà relevé ci-dessus, le marché européen des équipements de téléassistance est fortement intégré (« *the European market for telecare equipement is highly consolidated* », p. 33).

Il n'existe *a fortiori* aucune préférence nationale ou d'habitude particulière dans le chef des consommateurs belges, qui permettrait de déceler l'existence d'un marché national.

Il découle de ce qui précède que les conditions de concurrence pour la commercialisation des protocoles sont suffisamment homogènes dans l'Union européenne.

Le marché géographique pertinent est, partant, européen.

B. Position de TUNSTALL sur le marché des protocoles

22. Il convient à présent de déterminer si TUNSTALL détient une position dominante sur le marché des protocoles.

La charge de la preuve de l'éventuelle dominance de TUNSTALL sur ce marché incombe à TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN.

Dans le cadre de cette analyse du pouvoir de marché de TUNSTALL, le juge des cessations relève que le risque de produire une éviction anticoncurrentielle permet d'apprécier l'existence d'une position dominante.

Il s'impose méthodologiquement d'identifier un scénario d'atteinte à la concurrence, ce qui se traduit par une comparaison de la situation actuelle (ou la situation susceptible de prévaloir à l'avenir sur le marché en cause sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante) avec un scénario contrefactuel adéquat (c'est-à-dire, un scénario sans le comportement reproché, ou avec un autre scénario réaliste eu égard aux pratiques commerciales établies) (N. Neyrinck, *op. cit.*, pp. 330-331).

C'est ainsi que :

« *En tant que standard de preuve, le ''risque'' d'éviction suppose que l'entreprise dominante puisse être sanctionnée malgré qu'il subsiste une certaine ambiguïté quant aux conséquences de son comportement. Il est en effet fréquent que les données présentées par les parties ne permettent pas d'évaluer avec certitude l'incidence d'une pratique sur le marché. Confrontées à cette réalité, les juridictions tenteront de faire preuve de bon sens et d'exercer leur pouvoir d'appréciation dans un monde dont les contours exacts sont incertains et dans lequel l'évaluation prospective est plus incertaine encore* » (*ibid.*, p. 331).

C'est à la lumière de ces principes probatoires qu'il convient d'analyser le comportement de TUNSTALL.

B.i. Absence d'un marché distinct des protocoles brevetés de TUNSTALL

23. Partant du postulat que la preuve d'un abus de position dominante est difficile à rapporter, TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN rappellent qu'en ce qui concerne le degré de preuve, celle-ci doit être rapportée avec un degré raisonnable de certitude (article 8.5 du Code civil) et, en outre, que la preuve par vraisemblance est admise pour les faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine.

Sur le fond, TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN soutiennent que, dans la mesure où le marché des protocoles brevetés de TUNSTALL constitue en soi un marché distinct de celui des autres protocoles existants, cette dernière est en position de monopole. Ce monopole a pour conséquence de restreindre la concurrence en aval, sur le marché des unités d'accueil et des plateformes.

24. TUNSTALL conteste être en position dominante sur le marché pertinent (et, s'il devait être établi qu'elle était en position dominante, elle conteste abuser de cette position).

A son estime, outre qu'aucune preuve concrète n'est avancée par TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN, elle rappelle que des technologies alternatives remplissent les mêmes fonctions que la technologie brevetée de TUNSTALL.

25. C'est à tort que TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN partent du postulat que les protocoles brevetés de TUNSTALL constituent un marché distinct.

En effet, il a été relevé ci-dessus que :

- Une centaine de protocoles assurent la communication entre les unités d'accueil et les logiciels de téléassistance, parmi lesquels figurent les protocoles brevetés (pièce n° 41 des demanderesses) ;
- 70 protocoles émanant de différents fournisseurs sont compatibles avec la plateforme de télévigilance de TUNSTALL (pièce n° 41 des demanderesses) ;
- La plateforme de VICTRIX SOCSAN est « ouverte », ce qui signifie qu'elle est compatible avec « *la plupart des protocoles utilisés sur le marché, y compris les protocoles numériques* », en ce compris les protocoles brevetés (p. 34 des conclusions de TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN) ;
- Un protocole libre de droit (« SCAIP ») est compatible avec la plateforme de VICTRIX SOCSAN.

Ces constats permettent de conclure que les protocoles brevetés de TUNSTALL constituent une technologie disponible parmi d'autres sur le marché des protocoles.

26. Cette conclusion n'empêche toutefois pas d'analyser la position que TUNSTALL occupe sur le marché européen des protocoles.

B.ii. Analyse de la position de TUNSTALL sur le marché des protocoles

27. Ainsi que le fait remarquer l'ABC, conformément aux Lignes directrices en matière d'accords de coopération horizontaux de la Commission européenne (observations de l'ABC, p. 22), dans la mesure où une entreprise, active dans le secteur de la technologie et disposant d'un droit exclusif sur une technologie, peut restreindre la capacité des concurrents d'améliorer leur technologie, il y a lieu de tenir compte de l'effet de la vente des produits et services couverts par la technologie brevetée sur les marchés de produits et services en aval.

À titre exemplatif, un démarreur est considéré comme un composant essentiel à l'utilisation d'un moteur d'avion. Le constructeur de moteur (étant le produit fini), actif sur le marché en aval, est tributaire de la technologie des fabricants de démarreurs. Le comportement adopté par l'entreprise en amont – celle qui fabrique les démarreurs – peut être de nature à limiter ou à perturber les fournitures de démarreurs pour des réacteurs d'avions commerciaux de grande taille (voy. l'affaire T-210/01, *General Electric Company c. Commission européenne*, arrêt du 14 décembre 2005, points 298 à 300 ; affaire évoquée en matière de concentrations d'entreprise mais valable *mutatis mutandis* dans l'appréciation de l'abus de position de dominante). Constitue dès lors une source de préoccupation en matière de concurrence, le verrouillage du marché empêchant l'intrant de pénétrer sur un marché (en aval) de production d'un produit (semi-)fini en raison de la technologie utilisée en amont.

28. C'est la raison pour laquelle, en l'espèce, il convient d'analyser la part de marché de TUNSTALL sur le marché des protocoles en se basant sur la proportion de produits en aval (à savoir, les plateformes et les unités d'accueil) qui sont configurés pour fonctionner principalement avec la technologie brevetée de TUNSTALL par rapport aux produits en aval fonctionnant avec des technologies alternatives.

L'éventuelle dominance de TUNSTALL sur le marché des protocoles doit dès lors être analysée à la lumière des parts de marché des unités d'accueil (***α.***) et des plateformes (***β.***) compatibles avec la technologie brevetée de TUNSTALL sur ces marchés respectifs.

α. Effets de TUNSTALL sur le marché des unités d'accueil

29. TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN relèvent que, sur le marché belge des unités d'accueil de téléassistance, TUNSTALL dispose d'au-moins 50 % des parts de marchés (en se basant sur ses trois clients principaux – TELE-SECOURS, CSD LIEGE et Z-PLUS, lesquels représenteraient 40 % de la demande sur le marché belge et constitueraient un échantillon représentatif).

Sur le marché européen, à la lecture de l'étude de BERG INSIGHT, TUNSTALL disposerait d'une part de marché consolidée au niveau européen de 38 % qui, combinée avec les autres critères d'analyse, aboutirait au constat d'une position dominante.

Enfin, elles ajoutent que TUNSTALL s'accorde sur les chiffres avancés, basés certes sur des hypothèses dès lors que cette dernière ne livre aucune donnée précise sur son pouvoir de marché.

30. TUNSTALL conteste l'analyse chiffrée de TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN et estime que, faute pour ces dernières d'apporter des éléments chiffrés tangibles, leurs allégations sont purement spéculatives.

S'agissant du marché européen, TUNSTALL rappelle avoir une part de marché de 38 % et faire face à d'autres opérateurs ayant des positions fortes comme LEGRAND (30 %), DORO ou TELEALARM (10 %, respectivement).

31. L'analyse du pouvoir de marché a pour point de départ les parts de marché attribuées aux entreprises du marché pertinent (L. Desaunettes-Barbero et E. Thomas, *op. cit.*, p. 92).

Ainsi, des parts importantes de marché constituent, sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante (en règle, 50 % suffisent à le confirmer, *cfr.* CJUE, 3 juillet 1992, C-62-86, *AkzoChemie/Commission*). De même, l'existence d'un écart important entre la part de marché de l'entreprise en cause et celle des concurrents corrobore l'existence d'une position dominante. Le maintien dans le temps d'une part de marché élevée constitue également un indice de dominance sur un marché.

A l'inverse, des parts de marché modestes sont généralement un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché. Il est ainsi peu probable qu'une entreprise se trouve en position dominante si elle représente moins de 40 % du marché pertinent (L. Desaunettes-Barbero et E. Thomas, *op. cit.*, p. 93).

Ceci dit, même en-deçà de ce seuil, une entreprise peut être considérée comme en position dominante (*ibid.*). Comme le rappelle l'ABC, une part de marché comprise entre 25 et 50 % peut révéler une position dominante si d'autres éléments concourent à la démonstration (observations de l'ABC, p. 23).

32. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, le marché géographique pertinent des protocoles est de portée européenne.

Par identité de motifs, il convient également de retenir une telle portée pour le marché des unités d'accueil. Aucun élément ne saurait énerver ce constat (les critères linguistiques dont se prévalent TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN ne sont pas pertinents dans la mesure où les unités d'accueil peuvent être conçues pour être adaptées à un public linguistique déterminé, TUNSTALL équipant tant des clients francophones que néerlandophones, pp. 48-49 des conclusions de synthèse des demanderesses).

33. D'une part, s'agissant des parts de marché dans le secteur des unités d'accueil, il n'est pas contesté que TUNSTALL occupe 38 % du marché européen (p. 29 des conclusions de synthèses des défenderesses). Ce chiffre est issu de l'étude de BERG INSIGHT qui indique que TUNSTALL a vendu, en 2018, 230 000 unités d'équipements de téléassistance sur 602 000.

TUNSTALL dispose dès lors d'un pouvoir de marché important, étant première sur ce segment. Elle est par ailleurs bien implantée dans tous les principaux pays européens qui ont recours à la téléassistance (Royaume-Uni, Espagne, Allemagne, France, Pays-Bas, Suède, Irlande, Belgique, Norvège, Danemark, Italie, Finlande, Autriche et Suisse ; étude de BERG INSIGHT, pièce n° E.7 des défenderesses, p. 32), ce qui lui confrère un important potentiel d'économie d'échelle et de force de réseau.

Toutefois, l'entreprise LEGRAND, qualifiée par l'étude de BERG INSIGHT comme « *un acteur fort* » (grâce à des acquisitions dans les années précédentes ; pièce n° E.7 des défenderesses, p. 31), a vendu 178 000 unités et dispose ainsi de 30 % des parts de marchés. Aucune des parties ne plaident que les unités d'accueil de LEGRAND fonctionneraient sur la base de la technologie STMF.

Compte tenu de l'écart faible existant entre ces deux leaders européens dans le marché des fournitures d'unité de téléassistance, il n'apparait pas *prima facie* que TUNSTALL disposerait d'un pouvoir de marché plus important que ses concurrents (même si elle est la première au classement).

34. D'autre part, s'agissant de la compatibilité des unités de téléassistance avec les protocoles brevetés, il ressort du schéma n° 1 de TUNSTALL (ses conclusions de synthèse, p. 51), intitulé « *Fournisseurs des unités de téléassistance dans l'UE et protocoles* », que TUNSTALL et NEAT – qui s'est vue octroyer une licence par TUNSTALL (pièce n° D.1 des défenderesses) – utilisent la technologie STMF.

Cette technologie STMF occupe dès lors une place importante du marché. Elle est d'ailleurs implantée dans de nombreuses zones du marché européen (Royaume-Uni, Irlande, Espagne, France, Allemagne, Belgique, Pays-Bas, Danemark, Norvège, Finlande, Suède et Suisse).

Il en ressort qu'un nombre important d'unités de téléassistance, livrées sur le marché européen, sont compatibles et font usage des protocoles brevetés.

Le juge des cessations constate toutefois qu'aucune pièce n'est apportée par les parties lui permettant de déterminer (ou même de déduire) la part exacte de marché des unités de téléassistance fournies par TUNSTALL ou par ses licenciés qui sont compatibles avec les protocoles brevetés.

Plus particulièrement, il y a lieu de relever que l'on ignore :

- la proportion des unités de téléassistance de TUNSTALL qui fonctionnent principalement avec la technologie brevetée (le schéma n° 1 des demanderesses – p. 51 de leurs conclusions de synthèse – montre en effet que TUNSTALL vend des unités d'accueil compatibles avec le réseau digital, ce qui a pour corollaire de réduire la part des unités d'accueil de TUNSTALL compatibles avec la technologie brevetée) ;
- le taux de pénétration de NEAT – licencié de TUNSTALL – sur le marché des unités d'accueil ;
- la proportion d'unités de téléassistance de NEAT qui fonctionnent principalement avec la technologie STMF (pour la même raison que pour TUNSTALL, NEAT étant également active sur le réseau digital).

Compte tenu de ce manque d'informations, il est impossible d'analyser la dominance de TUNSTALL sur le marché des protocoles à la lumière des parts de marché des unités d'accueil compatibles avec la technologie brevetée de TUNSTALL.

35. Néanmoins, les parts de marché ne sont pas le seul élément pertinent permettant d'apprécier une éventuelle dominance dans un marché donné.

Des barrières d'ordre technologique et technique à l'entrée du marché peuvent créer un pouvoir de marché dans le chef d'un acteur (C. Prieto et D. Bosco, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 844).

Il en va ainsi des :
- avancées technologiques. De tels progrès peuvent être révélateurs d'une dominance de l'entreprise sur un marché ;
- effets de réseau. La valeur d'un produit augmente au fur et à mesure qu'un nombre important d'utilisateurs l'utilise, et, incidemment, diminue l'attrait pour d'autres technologies.

36. C'est en ce sens que TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN plaident. Elles estiment que des atouts technologiques renforcent la position de TUNSTALL sur le marché, outre que celle-ci crée un effet de réseau en rendant son matériel irremplaçable.

Elles se prévalent des éléments suivants :

- le brevet détenu par TUNSTALL renforce sa position dominante, notamment en raison du fait que cette dernière oblige ses clients à bloquer les unités dans un mode qui fait exclusivement usage des protocoles brevetés STMF ;
- des clauses d'exclusivité grèvent les contrats proposés par TUNSTALL à TELE-SECOURS ;
- TUNSTALL est indifférente au comportement de ses concurrents puisqu'il existe des barrières à l'entrée du marché, résultant de l'impossibilité pour ses clients – qualifiés de captifs – de changer en toute sécurité de plateforme, compte tenu de l'obligation d'usage des protocoles STMF, seul fiable dans un réseau analogique.

37. TUNSTALL conteste cette position et explique que les protocoles STMF ne sont pas *ipso facto* utilisés par ses clients.

Elle allègue également que ses unités sont programmés par défaut en DTMF. L'usage du STMF ne se ferait qu'à l'occasion d'un passage d'un mode à un autre, lorsque les conditions de réseau requièrent un passage en STMF pour éviter toute difficulté de passage du signal.

38. Il n'est pas contesté que la technologie STMF offre des garanties aux services de téléassistance et à leurs utilisateurs finaux. En cas de défaillance du réseau DTMF, la technologie brevetée est à même d'assurer la transmission du signal entre la plateforme et l'unité d'accueil. Telle est d'ailleurs la raison d'être de cette technologie.

À défaut de pouvoir basculer vers la technologie brevetée, il existe un risque réel et vital pour les utilisateurs finaux dont le signal ne serait tout simplement pas reçu par la plateforme.

La technologie brevetée présente donc des atouts incomparables dans un réseau analogique (lequel est encore majoritaire sur le marché européen).

Les opérateurs de téléassistance, qui sont tenus d'assurer une haute qualité de services à leurs clients finaux et de livrer une technologie extrêmement fiable, ont dès lors un besoin important d'utiliser la technologie brevetée STMF en présence d'un réseau analogique.

Ceci est d'autant plus vrai que, sur instruction de TUNSTALL elle-même, ses unités doivent être paramétrées avec le code de programmation pour communiquer en STMF, comme standard de fonctionnement (pièce n° D.9 des défenderesses). TUNSTALL estime que cette directive est exceptionnelle et repose exclusivement sur un évènement technique isolé, mais n'apporte toutefois aucun élément probant permettant de mettre en échec la circonstance que certains appareils doivent nécessairement fonctionner dans un paramétrage de STMF par défaut.

Ces critères d'analyse secondaires dans l'appréciation du pouvoir de marché tendent à démontrer que, potentiellement, TUNSTALL pourrait être dominante sur le marché des unités d'accueil.

Les avancées technologies dont cette dernière jouit pourraient en effet être de nature à créer une barrière à l'entrée du marché des unités de téléassistance dès lors que la technologie STMF serait nécessaire au fonctionnement desdites unités.

39. Toutefois, le juge des cessations constate que les protocoles brevetés, même s'ils constituent une technologie très fiable, ne sont pas les seuls à assurer la liaison entre des unités d'accueil et des plateformes.

Sur le schéma n° 1 de TUNSTALL (ses conclusions de synthèse, p. 51), intitulé « *Fournisseurs des unités de téléassistance dans l'UE et protocoles* », il apparait en effet que le marché européen accueille des fournisseurs disposés à livrer des unités qui ne se basent pas sur le mode de communication STMF.

Ces acteurs, même s'ils sont de tailles plus modestes que TUNSTALL (DORO, TELEALARM, CHUBB et ASCOM, ces deux dernières étant actives sur le marché belge), utilisent la technologie DTMF. Ces acteurs sont cités dans l'étude de BERG INSIGHT et sont les fournisseurs de 144.000 équipements de téléassistance (respectivement : DORO avec 59 000 fournitures ; TELEALARM, avec 55 000 et CHUBB, avec 30 000 ; étude de BERG INSIGHT, pièce n° E.7 des défenderesses, p. 31).

Des unités d'accueil, développées et créées par des acteurs concurrents de TUNSTALL, sont proposées sur le marché européen. Il n'apparait dès lors pas que les protocoles brevetés limitent le développement, en aval, du marché des unités d'accueil au niveau européen.

Il n'est, du reste, pas plaidé par les défenderesses que les autres fournisseurs d'unités d'accueil – utilisant la technologie DTMF, comme CHUBB ou ASCOM actives en Belgique – livreraient un service défaillant à leurs consommateurs finaux.

40. En l'espèce, tant l'impression générale de dominance de TUNSTALL fait défaut (puisqu'elle partage le marché avec d'autres grands acteurs, comme LEGRAND, et ce, sur un ensemble territorial homogène), que l'existence de barrières à l'entrée.

Au regard des données dont dispose le juge des cessations, les acteurs actifs sur ce marché disposent des mêmes conditions d'entrée et d'expansion.

41. En définitive, la preuve de la dominance de TUNSTALL sur le marché des protocoles à la lumière des parts de marché des unités d'accueil compatibles avec la technologie brevetée de TUNSTALL n'est pas établie.

D'une part, il n'est pas démontré que la captation par TUNSTALL de ses parts de marché induirait *ipso facto* une dominance sur ledit marché.

D'autre part, il n'y a pas de barrière d'ordre technologique et technique à l'entrée du marché empêchant les différents acteurs de pénétrer dans le marché des unités d'accueil.

β. Effets de TUNSTALL sur le marché des plateformes

42. Il convient d'analyser la part de marché de TUNSTALL et de ses licenciés sur le marché des protocoles en se basant sur la proportion des plateformes qui sont configurées pour fonctionner principalement avec la technologie brevetée de TUNSTALL par rapport aux plateformes fonctionnant avec des technologies alternatives.

À l'instar de l'analyse effectuée pour le marché des unités de téléassistance, cette analyse s'effectue, d'une part, sur la part de marché de TUNSTALL et de ses licenciés sur le marché des plateformes (fonctionnant principalement avec la technologie brevetée) et, d'autre part, sur les critères secondaires (comme l'existence de barrières technologiques empêchant des acteurs de se développer sur le marché des plateformes).

43. Comme cela l'a été jugé ci-dessus, le marché géographique pertinent des protocoles est de portée européenne.

Par identité de motifs, il convient également de retenir une telle portée pour le marché des plateformes.

Ni les critères linguistiques, ni des particularités nationales ne pourraient conduire à la conclusion que le marché des plateformes serait de portée géographique nationale.

On en veut notamment pour preuve le fait que CSD LIEGE qui entendait acquérir un nouveau « logiciel de centrale d'appel » a fait appel à des acteurs étrangers. Il y a lieu de remarquer à cet égard que :

- dans son cahier des charges, il est précisé : « *description de la solution logiciel → Celle-ci devra être maintenue en Europe* » (pièce n° D.2 des défenderesses, p. 13), démontrant le caractère européen du marché des plateformes ;
- la langue du soumissionnaire n'est pas en soi déterminante dès lors que CSD LIEGE a initialement choisi VICTRIX SOCSAN (espagnole) pour l'implémentation de sa nouvelle plateforme. Ceci s'explique manifestement par le fait que les plateformes peuvent être conçues pour être adaptées à la langue de l'opérateur (à l'instar des unités de téléassistance).

De même, l'étude de BERG INSIGHT démontre que des fournisseurs de « *monitoring software plateforms* » existent au niveau européen, comme TUNSTALL, LEGRAND, DORO, TELEALARM ou CHUBB (lecture combinée des figures 2.4 et 2.6 de l'étude, pp. 30 et 32).

44. S'agissant des parts de marché, TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN allèguent que 5 des 8 opérateurs majeurs – non cités – en Belgique utiliseraient la plateforme de TUNSTALL, et que les 3 autres opérateurs – ENOVATION, MEXTAL et T2i – seraient licenciés de TUNSTALL.

TUNSTALL aurait ainsi une emprise directe et indirecte sur la totalité du marché belge des plateformes. L'ensemble des connexions transiteraient par une plateforme de TUNSTALL ou de ses licenciés.

Les défenderesses n'apportent toutefois aucun éclaircissement sur la part de marché, au niveau européen, des plateformes compatibles avec les protocoles brevetés de TUNSTALL.

45. TUNSTALL soutient quant à elle que les chiffres avancés par les défenderesses sont des spéculations et fait remarquer que deux licenciés de TUNSTALL – à savoir MEXTAL et T2i – n'ont aucune présence en Belgique (étant respectivement actives au Pays-Bas et en France).

46. L'absence d'informations chiffrées quant à la part de marché des plateformes – de portée européenne – compatibles avec les protocoles brevetés de TUNSTALL et de ses licenciés empêche toute analyse probante.

Au même titre que pour l'analyse relative aux unités d'accueil compatibles avec les protocoles, le juge des cessations ignore :

- la proportion des plateformes de TUNSTALL qui fonctionnent principalement avec la technologie brevetée ;
- le taux de pénétration des licenciés de TUNSTALL sur le marché des plateformes ;
- la proportion des plateformes de licenciés de TUNSTALL qui fonctionnent principalement avec la technologie STMF.

Il n'est dès lors pas possible d'analyser l'éventuelle dominance de TUNSTALL sur le marché des protocoles à la lumière des parts de marché des plateformes compatibles avec la technologie brevetée de TUNSTALL.

47. Néanmoins, les parts de marché ne sont pas le seul élément d'analyse permettant d'apprécier une éventuelle dominance dans un marché pertinent.

D'autres critères peuvent être pris en compte. Ainsi en va-t-il des barrières à l'entrée du marché, résultant d'avancées technologiques ou d'un effet de réseau (*cfr.* ci-dessus).

48. TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN plaident en ce sens.

Tout comme pour le marché des unités d'accueil, elles estiment en substance que (qu') :

- à l'exception de ses licenciés, aucun intrant n'a pu se faire une place sur le marché des plateformes ce qui démontre que la technologie brevetée a pour effet de verrouiller ce marché ;
- l'utilisation répandue des protocoles crée un effet de réseau, notamment grâce à la fiabilité garantie par les protocoles STMF ;
- TUNSTALL est indifférente au comportement de ses concurrents puisqu'il existe des barrières à l'entrée du marché, résultant de l'impossibilité pour ses clients – qualifiés de captifs – de changer en toute sécurité de plateforme compte tenu de l'obligation d'usage des protocoles STMF, seul fiable dans un réseau analogique.

49. TUNSTALL conteste cette position et explique que la popularité de ses produits ne permet pas de déduire l'existence d'un effet de réseau (puisque, par exemple, TELE-SECOURS ne tire pas plus de valeur de sa plateforme lorsqu'un opérateur de téléassistance concurrent adopte la même plateforme).

Elle constate par ailleurs qu'il n'y a pas de barrière à l'entrée dans la mesure où la société SKY RESPONSE a pu acquérir une présence significative sur le marché des plateformes depuis 2012 sur les marchés nordique et britannique.

50. Ainsi que le juge des cessations l'a rappelé, la technologie brevetée présente des atouts incomparables.

Elle ne semble toutefois pas s'imposer comme une référence dans le milieu de la téléassistance et n'empêche *a priori* pas de nouveaux intrants de s'installer et de se développer sur le marché des plateformes.

Ainsi, le schéma n° 3 déposé par les demanderesses (p. 62 de leurs conclusions de synthèse) atteste que des fournisseurs de plateformes (ayant des clients sur l'ensemble du territoire européen) utilisent la technologie DTMF à l'exclusion de la technologie STMF (comme CHUBB ou JONTEK, qui sont actives dans des pays où le réseau analogique domine encore).

Une concurrence effective sur le marché des protocoles est dès lors possible sans pour autant disposer d'une licence de la technologie brevetée.

En ce sens, l'exemple du développement de la société de SKY RESPONSE – dont le *core business* est de développer des plateformes – est d'ailleurs assez éloquent. Celle-ci est en effet parvenue à développer un marché au sein du Royaume-Uni et de l'Irlande où le secteur de la téléassistance est encore dominé par le réseau analogique. Il ressort d'ailleurs de la pièce n° 36 des demanderesses que celle-ci fournit près de 700 clients en Europe, travaillant avec près de 15 partenaires intermédiaires dans 9 pays européens.

Ceci démontre *a fortiori* qu'il n'existe pas de barrière à l'entrée du marché des plateformes, qui serait induite par l'existence des protocoles brevetés.

51. La circonstance qu'un nombre important d'opérateurs – chiffre qui demeure inconnu – utilise des plateformes compatibles avec la technologie brevetée ne permet pas non plus de conclure à l'existence d'un effet de réseau.

En effet, un tel effet se rencontre lorsque « *l'utilité d'un bien pour un agent dépend du nombre des autres utilisateurs. Ainsi, l'usage de ce réseau suscite une satisfaction croissante avec le nombre d'usagers, d'où l'importance accrue d'agir le plus rapidement possible sur ce type de marché* » (L. Leblond, *Pratiques anticoncurrentielles et brevets*, 1ère éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 208-209).

Comme le fait remarquer TUNSTALL, le fait que la technologie brevetée soit davantage utilisée que d'autres protocoles libres de droit n'a pas pour effet d'apporter une satisfaction supplémentaire aux acteurs qui utilisent d'ores et déjà la technologie brevetée. Ces derniers sont en réalité indifférents au fait qu'un concurrent utilise une plateforme fonctionnant avec les protocoles brevetés ou avec d'autres protocoles.

De même, il ne se décèle pas dans l'attitude commerciale de TUNSTALL d'avoir tenté d'agir rapidement pour que la technologie brevetée s'impose comme une norme en manière telle que celle-ci deviendrait incontournable pour l'utilisation des plateformes.

52. En définitive, la preuve de la dominance de TUNSTALL sur le marché des protocoles à la lumière des parts de marché des plateformes compatibles avec la technologie brevetée de TUNSTALL n'est pas établie.

Il n'y a, du reste, pas de barrière à l'entrée du marché d'ordre technologique et technique empêchant les acteurs actifs sur le marché des plateformes d'y pénétrer.

C. Conclusion

53. En conclusion, il n'est pas démontré que TUNSTALL occupe une position dominante sur le marché des protocoles et/ou que son attitude crée un quelconque risque d'éviction d'un concurrent

sur ce marché, ou incidemment, sur les marchés en aval des plateformes ou des unités de téléassistance en raison de l'utilisation de la technologie brevetée de TUNSTALL.

Dès lors que la condition de la dominance de la position fait défaut, il n'y a pas lieu d'examiner la condition de l'abus.

4.2. Deuxième moyen : Abus de dépendance économique

54. TELE-SECOURS et VICTRIX SOCSAN soutiennent, à titre subsidiaire, que TUNSTALL abuse de la position de dépendance économique dans laquelle elles se trouvent à son égard, au sens de l'article IV.2/1. CDE.

Elles allèguent en substance que ce comportement résulterait du refus de TUNSTALL de leur accorder une licence, leur permettant d'utiliser la technologie protégée par le brevet européen EP 2 160 038 et les protocoles qui en découlent, ce que cette dernière conteste.

55. Le régime attaché à l'abus de dépendance économique est entré en vigueur le 22 août 2020, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises (consécutivement à l'adoption de l'arrêté royal du 31 juillet 2020 modifiant les livres I^{er} et IV du Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique).

56. L'article IV.2/1. CDE prévoit qu'« *est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position de dépendance économique dans laquelle se trouvent une ou plusieurs entreprises à son ou à leur égard, dès lors que la concurrence est susceptible d'en être affectée sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci* ».

L'infraction d'abus de dépendance économique se distingue de celle d'abus de position dominante, laquelle implique l'analyse d'une situation sur un marché en termes absolus. En revanche, l'abus de dépendance économique concerne « *une position dominante relative résultant d'un rapport de force inégal entre des acteurs économiques déterminés* » (D. Philippe et G. Sorreaux, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *D.A.O.R.*, 2019, n° 131, p. 22).

Cette différence entre les deux régimes est voulue par le législateur. Ce dernier s'est en effet rendu compte que l'arsenal législatif était incomplet dans la mesure où l'infraction d'abus de position dominante est constatée si elle est « *exercée, sur le marché concerné, envers* tous *les clients ou fournisseurs et envers* tous *les concurrents* ». Or, des situations de puissance relative sur le marché peuvent se produire et induire une dépendance économique dans le chef d'entreprises. En effet, « *la dépendance de* certains *clients ou fournisseurs à l'égard d'une* certaine *entreprise ne permet pas de considérer que cette dernière exerce une position dominante ; une entreprise n'exerce pas non plus une position dominante vis-à-vis des petites et moyennes entreprises concurrentes lorsqu'elle est*

elle-même exposée à une concurrence réelle de la part d'une entreprise plus grande » (Prop. de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus de position dominante significative, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-16, n° 1451-001, p. 4).

Dès lors, pour qu'une infraction à la prohibition d'abus de dépendance économique soit constatée, un rapport de force inégal entre des acteurs économiques déterminés – indépendamment de leur dominance sur le marché en général – doit être démontré.

En l'espèce, il convient d'analyser les éventuels rapports de force et de dépendance qui existent entre, d'une part, TELE-SECOURS et TUNSTALL et, d'autre part, entre VICTRIX SOCSAN et TUNSTALL.

57. L'application de l'article IV.2/1. CDE impose de vérifier la réunion des conditions suivantes :

1. La position de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre ;
2. L'abus de cette situation ;
3. L'effet sur la concurrence sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci.

A. Position de dépendance économique

58. L'article I.6, 12°*bis*, CDE définit la position de dépendance économique comme « *la position de sujétion d'une entreprise à l'égard d'une ou plusieurs autres entreprises caractérisée par l'absence d'alternative raisonnablement équivalente et disponible dans un délai, à des conditions et à des coûts raisonnables, permettant à celle-ci ou à chacune de celles-ci d'imposer des prestations ou des conditions qui ne pourraient pas être obtenues dans des circonstances normales de marché* ».

La dépendance économique doit être considérée dans la relation individuelle entre deux entreprises. « *S'il est impossible de changer de partenaire commercial aux mêmes conditions ou si le coût de cette opération est déraisonnablement élevé, il sera question de dépendance économique. Dès qu'il y a des possibilités suffisantes et raisonnables de changer de partenaire commercial aux mêmes conditions, il ne peut être question de dépendance économique* » (Prop. de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus de position dominante significative, *op. cit.*, p. 7).

L'ABC rappelle d'ailleurs que cette définition de la dépendance économique repose sur deux critères intrinsèquement liés et qui doivent être appréciés *in concreto* (observations, p. 36) :

- l'absence d'alternative ;
- le fait qu'une entreprise puisse imposer des prestations ou conditions anormales.

Cet examen ne se confond pas avec celui exigé pour déterminer l'existence d'une dominance sur un marché : « *une entreprise peut être en situation de dépendance économique alors qu'un niveau de concurrence satisfaisant subsiste sur le marché* » (N. Neyrinck, *op. cit.*, p. 441). C'est d'ailleurs la

raison pour laquelle la charge probatoire de l'entreprise qui se plaint d'être dépendante est moins lourde que celle de la preuve à rapporter lorsqu'il est question d'abus de position dominante (Prop. de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus de position dominante significative, *op. cit.*, p. 7).

A.i. Entre TELE-SECOURS et TUNSTALL

59. Dans la relation existant entre TELE-SECOURS et TUNSTALL, la première allègue en substance qu'elle ne dispose d'aucune alternative aux protocoles brevetés de la seconde, alternative qui lui permettrait dans un délai, des conditions et des coûts raisonnables de proposer un service identique à ses abonnés.

TUNSTALL estime que TELE-SECOURS n'est pas dépendante dès lors qu'elle est libre de résilier son contrat et de changer de prestataire.

60. La question est, en l'espèce, de déterminer le degré de dépendance de TELE-SECOURS à l'égard de la technologie brevetée de TUNSTALL (***α.***) et de déterminer si un fournisseur alternatif est capable de lui livrer une plateforme, dans des coûts, des délais et des conditions raisonnables (***β.***).

α. Degré de dépendance

61. La technologie brevetée est nécessaire au bon fonctionnement de TELE-SECOURS et à la qualité des services proposés à ses abonnés.

La technologie brevetée assure, de manière sécurisée, la transmission des informations entre les unités d'accueil des abonnés finaux et des plateformes qui traitent ce signal, dans un réseau analogique. Cette donnée technique s'impose à TELE-SECOURS, qui doit nécessairement en tenir compte.

TELE-SECOURS affirme que l'ensemble de ses activités de télévigilance nécessite à l'heure actuelle l'utilisation de la technologie brevetée (p. 38 des conclusions de synthèse des défenderesses).

Le juge des cessations constate en effet que (pièce D.9 des défenderesses) :

- 13.165 unités (soit 68 % du stock) dépendent de la plateforme PNC 6 de TUNSTALL et sont configurées en DTMF pour basculer en STMF ;
- 4.766 unités (soit 24 % du stock) sont des unités NEAT qui utilisent le protocole STMF et la plateforme PNC 6 ;
- TUNSTALL a émis des instructions techniques visant à paramétrer les unités d'accueil avec le code de programmation pour communiquer en STMF comme standard de fonctionnement (basculement du DTMF en STMF).

Ces chiffres ne sont pas contestés par TUNSTALL. Aussi, si TUNSTALL affirme que la directive technique de basculement de DTMF en STMF de certaines unités serait isolée et reposerait

exclusivement sur un évènement technique, elle n'apporte toutefois aucun élément probant permettant de mettre en échec la circonstance que certains appareils de TELE-SECOURS fonctionnent actuellement avec un paramétrage de STMF par défaut.

62. Il en découle qu'actuellement, un volume extrêmement important de l'activité de TELE-SECOURS dépend de la technologie brevetée.

Sans cette technologie, un volume conséquent de l'activité de TELE-SECOURS perdrait en qualité et en crédibilité vis-à-vis des clients finaux, ce qui n'est pas davantage contesté par TUNSTALL.

63. Ce degré de dépendance se manifeste également dans une forme de poursuite « forcée » de la relation commerciale dans le chef de TELE-SECOURS à l'égard de TUNSTALL.

TELE-SECOURS a en effet commandé à TUNSTALL, le 12 mars 2014, une nouvelle plateforme « PNC 7 » censée remplacer la précédente (« PNC 6 ») (pièce n° C.1 des défenderesses).

Alors que la livraison de cet outil était prévue dans un délai de 12 semaines, TUNSTALL n'est pas parvenue à respecter ses obligations et ce durant plusieurs années, de sorte que TELE-SECOURS a résilié la convention, le 12 mars 2018 (pièce n° C.2 des défenderesses).

TUNSTALL a par ailleurs bien perçu la perte de confiance de TELE-SECOURS à son égard puisqu'en réponse à la dénonciation de la convention, TUNSTALL – qui proposait une solution alternative, avec l'installation de la nouvelle plateforme « PNC 8 » – a indiqué « *comprendre que, après autant de temps d'attente, de beaux mots ou des brochures ne convainquent pas* » (pièce n° C.3 des défenderesses).

Il s'en déduit que la poursuite des relations entre les parties était sérieusement compromise suite aux errements de TUNSTALL dans la non-livraison de la plateforme « PNC 7 ».

Ces difficultés ont contraint TELE-SECOURS à prendre contact avec des concurrents de TUNSTALL. Il appert que, dès le 17 juillet 2018, VICTRIX SOCSAN remettait offre à TELE-SECOURS (soit dans un *momentum* tout à fait cohérent avec la défaillance de TUNTALL et la rupture de confiance vécue dans le chef de TELE-SECOURS ; pièce n° C.5 des défenderesses).

L'attitude de TELE-SECOURS est dépourvue de toute ambiguïté. Celle-ci souhaitait trouver un nouveau fournisseur (forcément concurrent de TUNSTALL) suite à la carence de cette dernière et à la perte de confiance en découlant (ce que, du reste, TUNSTALL ne conteste pas). A cet égard, il n'est pas davantage contesté par TUNSTALL que le changement de plateforme envisagé par TELE-SECOURS dès 2014 était justifié au vu des « bugs » qui s'étaient produits avec la plateforme PNC 6.

64. TELE-SECOURS affirme par ailleurs se voir imposer des prestations et des conditions anormales compte tenu, notamment, du prix déraisonnable payé à TUNSTALL pour ses prestations. Elle relève à cet égard que, tant ESI FRANCE que VICTRIX SOCSAN proposent des tarifs nettement moins onéreux pour un même niveau de prestation.

TUNSTALL ne nie pas cet état de fait et considère avoir traité TELE-SECOURS comme tous les opérateurs de téléassistance.

65. Dans des conditions normales de marché, TELE-SECOURS aurait dû pouvoir définitivement s'émanciper de TUNSTALL et contracter avec un autre fournisseur de plateforme. Il s'avère toutefois que TELE-SECOURS reste captive de TUNSTALL dès lors que seule cette dernière dispose de la technologie brevetée utile à assurer la connexion entre la grande majorité des unités d'accueil des abonnés de TELE-SECOURS et la future plateforme à implémenter.

ß. Existence d'alternatives

66. Il est indéniable que TELE-SECOURS est dépendante de la technologie de TUNSTALL.

Cette dépendance doit toutefois être corroborée par l'impossibilité pour TELE-SECOURS de trouver un fournisseur alternatif capable de lui livrer une plateforme susceptible d'offrir des services équivalents, et ce, dans des coûts, des délais et des conditions raisonnables.

67. TELE-SECOURS affirme ne disposer d'aucune alternative à l'utilisation de la technologie brevetée dès lors que ni TUNSTALL, ni ses licenciés ne sont capables de proposer une plateforme concurrente, répondant aux besoins spécifiques de TELE-SECOURS (grâce notamment à un outil de gestion des tâches permettant un suivi proactif des abonnés).

TUNSTALL conteste l'analyse de TELE-SECOURS et souligne, au contraire, qu'un fournisseur de plateforme – à savoir, ESI FRANCE – lui a d'ores et déjà fourni une offre.

68. À cet égard, au terme de la lecture de la pièce D.6 des défenderesses, il appert qu'ESI FRANCE, informée des difficultés de VICTRIX SOCSAN dans l'implémentation de sa plateforme pour le marché public de CSD LIEGE, a contacté TELE-SECOURS aux fins de lui proposer ses services (la *sales manager* d'ESI FRANCE a ainsi approché TELE-SECOURS, le 31 janvier 2022, et « *se demandait si Télé-Secours ne se trouvait pas dans la même situation que CSD Liège et proposait, le cas échéant, qu'ESI offre ses services en lieu et place que Victrix* »).

Il faut dès lors en déduire qu'ESI FRANCE est capable de livrer une solution avec une plateforme de téléassistance à TELE-SECOURS.

Toutefois, sans être contredite par TUNSTALL, TELE-SECOURS affirme qu'ESI FRANCE est une des licenciées de TUNSTALL (« *au moins un autre concurrent de Victrix, et licencié de TUNSTALL, soit l'entreprise ESI* », p. 14, des conclusions de synthèse des défenderesses).

L'entreprise alternative pointée par TUNSTALL est en réalité une de ses licenciées, qui utilise dès lors la technologie brevetée. La seule offre crédible émise (hormis celle de VICTRIX SOCSAN) par un fournisseur de plateforme repose donc sur l'utilisation de la technologie brevetée.

Dans le même sens, le marché lancé par CSD LIEGE – qui est dans une situation comparable à celle de TELE-SECOURS, laquelle est majoritairement équipée du matériel de TUNSTALL – n'a pas pu être honoré par VICTRIX SOCSAN puisque cette dernière s'est vue interdire l'usage de la technologie brevetée par TUNSTALL (p. 14 des conclusions des défenderesses).

Force est de constater que les fournisseurs de plateformes capables de satisfaire TELE-SECOURS ou CSD LIEGE (étant dans une situation comparable), doivent disposer de la technologie brevetée pour assurer un même niveau de services à leurs abonnés. Il a d'ailleurs été démontré ci-dessus le degré particulièrement important de dépendance de TELE-SECOURS à l'égard de la technologie brevetée.

69. Par ailleurs, ainsi que le relève l'ABC (p. 37 des observations), l'existence concrète de fournisseur alternatifs est étroitement liée à la possibilité technique pour ce fournisseur alternatif de reconfigurer les unités d'accueil placées chez les abonnés de TELE-SECOURS.

A cet égard, les parties sont parfaitement contraires en fait quant à la faisabilité et au coût de cette reconfiguration.

Le juge des cessations relève toutefois que, sans être contredite, TELE-SECOURS affirme qu' « *aucun opérateur belge n'a pu migrer vers un logiciel autre que celui de Tunstall sans que le nouveau prestataire ne dispose d'une licence d'utilisation des Protocoles Litigieux* » (p. 33 des conclusions des défenderesses).

En outre, il ressort des explications de TUNSTALL que selon elle, la reconfiguration des unités d'accueil afin de les connecter à une autre plateforme que celle de TUNSTALL, implique, dans un premier temps, de faire basculer (ou re-basculer) toutes les unités en protocole DTMF. Elle soutient que cette migration vers le DTMF pourrait se faire en bloc et n'est pas du tout coûteuse, alors que TELE-SECOURS soutient, au contraire, qu'il faudrait effectuer ce basculement de manière individuelle afin de s'assurer que chaque abonné reste bien connecté. Elle explique qu'ayant un grand nombre d'abonnés se trouvant dans une situation de santé délicate, le risque de non-connexion pourrait avoir de conséquences vitales, ce qui n'est pas contesté. Elle expose qu'elle ne pourrait courir ce risque et doit dès lors viser un processus de basculement offrant 100% de garantie. De son côté, tout en vantant la facilité du basculement en bloc qu'elle préconise, TUNSTALL se garde toutefois bien d'affirmer qu'un basculement « en bloc » fournirait la garantie que tous et chacun des abonnés de TELE-SECOURS est resté connecté.

A juste titre, TELE-SECOURS écrit en conclusions que « *aucun opérateur de télévigilance responsable, ne peut basculer automatiquement un abonné vers un protocole sans être absolument certain que ce basculement ne causera pas une perte de connexion.* » (p 20 de ses conclusions). Elle ajoute qu'à l'évidence, si elle pouvait se passer des protocoles litigieux pour faire basculer tout son parc d'unités d'accueil vers un autre protocole, elle l'aurait déjà fait et la présente procédure n'aurait aucune raison d'exister.

Il se comprend dès lors que la position de TELE-SECOURS est de vouloir conserver la technologie brevetée pour s'assurer que tous les signaux envoyés par ses abonnés seront bien reçus par la nouvelle plateforme à implémenter.

En outre, à ce jour, il ne ressort ni des explications de TUNSTALL, ni de TELE-SECOURS, ni de VICTRIX SOCSAN qu'*in casu*, la technologie DTMF serait de nature à assurer une connexion continue et sûre entre la plateforme de TELE-SECOURS et ses abonnés (alors même que les protocoles brevetés sont utilisés dans une proportion particulièrement importante de l'activité de TELE-SECOURS).

Ainsi que le reconnaissent les trois parties, la technologie STMF est considérée comme étant plus fiable que les protocoles DTMF dans un réseau analogique. Il n'y a, partant, aucune alternative à cette technologie brevetée, dont est dépendante TELE-SECOURS (ce que n'ignore pas TUNSTALL) au regard de son type d'abonnés.

70. Enfin, ainsi que cela l'a été rappelé ci-dessus, la dépendance économique n'est pas avérée « *s'il y a des possibilités suffisantes et raisonnables de changer de partenaire commercial aux mêmes conditions* ».

En l'espèce, la seule possibilité pour TELE-SECOURS de se détourner de TUNSTALL est de faire appel à l'un de ses licenciés (comme ESI FRANCE). Toutefois, ni TUNSTALL, ni ses licenciés ne sont capables de livrer une plateforme conforme aux attentes de TELE-SECOURS (ce que ne conteste pas TUNSTALL ; *cfr.* ci-dessus, concernant l'outil de gestion des tâches).

En d'autres termes, TELE-SECOURS est nécessairement tributaire de TUNSTALL ou de ses licenciés. A l'heure actuelle, seules deux options s'offrent à elle :

- soit elle maintient sa relation avec TUNSTALL, mais dans ce cas TELE-SECOURS ne disposerait pas d'une plateforme présentant toutes les fonctionnalités nécessaires pour fournir les services proposés à ses abonnés ;
- soit elle rompt ses relations avec TUNSTALL (ou ses licenciés), mais dans ce cas TELE-SECOURS ne disposerait plus de la technologie brevetée, et donc plus d'une plateforme opérationnelle, ce qui lui serait particulièrement préjudiciable.

71. À cet égard, la doctrine enseigne que les critères de « *l'absence d'alternatives et du ''taux de menace'' [peuvent] être déterminants* » dans l'appréciation de la dépendance économique (Ch. Binet, « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B ? », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019, p. 853).

Le taux (ou seuil) de menace est la circonstance que la perte d'un client (ou d'un fournisseur) constitue une menace pour l'existence-même du fournisseur (ou du client).

Ces critères sont rencontrés en l'espèce : TELE-SECOURS risque de perdre un nombre important d'abonnés si elle renonce à la technologie brevetée, outre que les seules alternatives possibles en matière de fourniture de plateforme dépendent de TUNSTALL ou de ses licenciés (lesquels, pour rappel, ne proposent pas de plateforme capable de répondre aux besoins de TELE-SECOURS).

Il n'y a donc pas d'alternatives suffisantes ou raisonnables dans le chef de TELE-SECOURS permettant à celle-ci de changer de fournisseur de plateforme aux mêmes conditions techniques que celles proposées par des concurrents qui ne disposent pas de la technologie brevetée.

72. Il découle de ce qui précède que TELE-SECOURS est dépendante économiquement de TUNSTALL.

A.ii. Entre VICTRIX SOCSAN et TUNSTALL

73. Dans la relation entre VICTRIX SOCSAN et TUNSTALL, la première allègue qu'elle ne peut pas pénétrer sur le marché des plateformes sans disposer d'une licence de la technologie brevetée, ce qui suffirait à démontrer sa dépendance économique.

En réponse, TUNSTALL se prévaut de l'avis de l'ABC, laquelle estime qu'en principe, la situation envisagée par l'article IV.2/1. CDE suppose l'existence d'une relation contractuelle entre les entreprises. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce.

TUNSTALL relève par ailleurs que la dépendance économique suppose que VICTRIX SOCSAN doive démontrer l'impossibilité de disposer d'une solution alternative pour poursuivre ses activités sans la licence. Elle estime que VICTRIX pourrait fournir ses clients en utilisant une technologie différente de la technologie brevetée.

74. L'existence d'un lien contractuel entre entreprises semble constituer un postulat à l'application à l'article de IV.2/1., CDE. L'ABC considère d'ailleurs que « *la situation envisagée par l'article IV.2/1 CDE est généralement celle d'une relation contractuelle existante ou passée dans le cadre de laquelle l'un des cocontractants est devenu dépendant* » (observations, p. 37).

La jurisprudence – encore rare – parait aller en ce sens. La Cour d'appel d'Anvers a ainsi considéré que *« Il ne peut être question d'abus de dépendance économique que lorsqu'il est question d'une relation contractuelle de longue durée entre les entreprises. »* (trad.) (Anvers, 20 octobre 2021, *NjW*, 2022, p. 466).

Cette décision a toutefois fait l'objet d'un commentaire critique. E. Van Heddeghem relève que *«En son second alinéa, l'article IV.2/1 CDE énumère un nombre d'indications d'abus qui se situent clairement dans la phase précontractuelle»* (trad.) (E. Van Heddeghem, « Misbruik van economische afhankelijkheid », note sous Anvers, 20 octobre 2021, *NjW*, 2022, p. 466).

Le juge des cessations relève que la condition d'existence d'un lien contractuel n'est pas prévue par la loi et ne semble pas découler des travaux préparatoires. Il convient toutefois d'établir un lien suffisant entre les entreprises pour établir l'existence d'une dépendance qui, par essence, requiert un rapport de force entre celles-ci.

75. En l'espèce, le lien existant entre VICTRIX SOCSAN et TUNSTALL réside dans le fait que cette dernière empêcherait VICTRIX SOCSAN de pénétrer sur le marché des plateformes en refusant de lui octroyer une licence de son brevet.

Lors de l'analyse de la position dominante éventuelle de TUNSTALL, il a été constaté, ci-dessus, que d'autres acteurs ont pu se constituer une place sur le marché des plateformes, sans pour autant disposer de la technologie brevetée.

Toutefois, l'analyse d'un éventuel abus de position de dépendance économique postule que le juge vérifie la situation particulière d'une entreprise vis-à-vis d'une ou plusieurs autres entreprises.

L'examen de la dépendance économique suppose donc que VICTRIX SOCSAN puisse démontrer *in concreto* en quoi elle ne disposerait pas d'alternative et en quoi elle se verrait imposer par TUNSTALL des conditions anormales.

VICTRIX SOCSAN démontre au moyen de sa pièce D8 qu'en Belgique, le marché des logiciels est exclusivement constitué de TUNSTALL et de ses licenciés. Si VICTRIX veut pénétrer sur le marché des plateformes en Belgique, elle n'a pas d'autre alternative que d'obtenir une licence de la part de TUNSTALL. Le fait que ni le contrat avec le CSD à Liège, ni le contrat avec TELE-SECOURS ne peuvent pour l'instant être exécutés fournissent la preuve de cette absence d'alternative.

S'agissant de l'imposition de conditions anormales, c'est à juste titre que VICTRIX SOCSAN stigmatise l'attitude de TUNSTALL, laquelle a accordé des licences de son brevet à tous les concurrents de VICTRIX SOCSAN présents sur le marché belge, mais refuse d'en faire autant vis-à-vis de cette dernière.

Vainement, TUNSTALL soutient qu'elle pourrait justifier ce refus de licence car VICTRIX SOCSAN aurait utilisé son invention brevetée en violation de ses droits. Le fait pour VICTRIX SOCSAN d'affirmer que la plateforme qu'elle offre soutient la technologie brevetée n'emporte pas la preuve d'un usage de cette technologie. En outre, la saisie-description que TUNSTALL a fait diligenter en avril 2021 a démontré sans aucune ambiguïté que VICTRIX SOCSAN n'avait pas utilisé les protocoles brevetés. Ainsi, TUNSTALL soutient que VICTRIX SOCSAN se serait rendue coupable de contrefaçon de son brevet mais cette affirmation n'est pas établie.

TUNSTALL ne fournit pas d'autre justification à ce refus de licence. Elle impose donc à VICTRIX SOCSAN des conditions anormales de refus, alors que celle-ci lui offre de payer le prix du marché pour obtenir cette licence.

VICTRIX SOCSAN souligne d'autre part le fait que l'ensemble des activités de télévigilance de deux de ses clients, à savoir TELE-SECOURS et CSD Liège nécessite à l'heure actuelle l'utilisation des protocoles brevetés de TUNSTALL. Comme elle ne possède pas cette licence, elle ne peut développer ses affaires en Belgique avec ces deux clients. Elle est donc dépendante économiquement de TUNSTALL.

L'attitude de TUNSTALL contraint VICTRIX SOCSAN à rester en dehors du marché des plateformes en Belgique. Cela lui cause un dommage commercial et une atteinte à sa réputation. Elle se trouve complètement dépendante du bon vouloir de TUNSTALL pour pouvoir exécuter deux contrats importants sur le marché belge.

76. La dépendance économique au sens de l'article I.6, 12°*bis* CDE dans le chef de VICTRIX SOCSAN vis-à-vis de TUNSTALL est démontrée.

B. Abus de cette dépendance

77. Il convient par ailleurs d'établir que l'entreprise qui crée la dépendance abuse de pareille situation.

B.i. S'agissant de TELE-SECOURS

78. TELE-SECOURS soutient que TUNSTALL abuse de la dépendance économique qu'elle a créée, la rendant captive de sa technologie brevetée et, incidemment, de l'offre de plateforme émanant de TUNSTALL elle-même ou de ses licenciés.

Elle reproche à TUNSTALL de ne pas l'avoir informée pleinement des conséquences résultant de l'utilisation de ses produits. Notamment, elle fait grief de ce que TUNSTALL l'a invitée à bloquer les unités en mode « STMF only », ce qui *ipso facto* l'oblige contre son gré à utiliser la plateforme de TUNSTALL.

Elle lui reproche également les clauses d'exclusivité grevant les contrats de vente d'unités d'accueil de TUNSTALL, de sorte qu'elle n'a pas pu s'adresser à d'autres concurrents pendant plus de 10 années.

Enfin, elle ne comprend pas le refus de TUNSTALL de ne pas accorder une licence à VICTRIX SOCSAN, alors même que cette dernière offre d'en payer le prix du marché.

79. TUNSTALL conteste cette analyse et se prévaut, en substance, des observations de l'ABC, qui a considéré que « *Il ne semble donc pas que TUNSTALL se rende coupable d'un comportement éventuellement abusif vis-à-vis de TELE-SECOURS. Cette dernière subit seulement les conséquences de l'attitude de TUNSTALL vis-à-vis de VICTRIX* » (p. 39).

Elle soutient également n'avoir jamais dissimulé le caractère breveté de la technologie et se prévaut notamment d'une brochure marketing pour démontrer que cette information est communiquée à ses clients (pièce n° 5a, des demanderesses).

Elle ajoute que la clause d'exclusivité a fait l'objet d'un consentement entre les parties, outre que les contrats étaient valables pendant 2 années et qu'ils étaient tacitement renouvelés, sans critique de la part de TELE-SECOURS.

80. Le législateur a indiqué que l'existence d'un abus de dépendance économique peut « *être appréciée en comparant la situation résultant du comportement outrancier ou la situation susceptible de prévaloir à l'avenir (sous l'effet du comportement de l'entreprise qui tient son partenaire sous sa dépendance économique) avec un scénario contrefactuel adéquat, comme l'absence du comportement en question, ou avec un autre scénario réaliste eu égard aux pratiques commerciales établies* » (Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus de position dominante significative, Amendement n° 6 de Mmes. Smaers et consorts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 1451/003, p. 12).

Concrètement, il convient de comparer un scénario dans lequel la dépendance économique est maintenue et celui dans lequel l'opérateur créant la dépendance n'adopte pas un tel comportement.

81. L'abus dont se plaint TELE-SECOURS résulte tout d'abord du comportement adopté par TUNSTALL vis-à-vis d'elle durant toute leur relation contractuelle. Quoiqu'en dise TUNSTALL, il ressort en effet des pièces déposées que jamais, l'attention de TELE-SECOURS n'a été attirée sur le fait que la technologie fournie par TUNSTALL était couverte par un brevet. TUNSTALL conteste ce fait, mais ne dépose à son dossier qu'une simple brochure de marketing, datant de 2012 et dont rien ne dit qu'elle ait jamais été remise à TELE-SECOURS. Au contraire, il peut être relevé que, dans les contrats de fourniture des unités d'accueil conclus entre parties, aucune mention n'est faite du caractère breveté de la technologie mise en œuvre par TUNSTALL dans les produits vendus.

Ensuite, c'est également à bon droit que TELE-SECOURS souligne le fait qu'à de nombreuses reprises, TUNSTALL a fait valoir que les protocoles DTMF étaient moins fiables et qu'il convenait de privilégier la technologie STMF.

Les explications de TELE-SECOURS illustrent qu'au fil des années, sans s'en apercevoir, elle a été rendue captive du comportement de TUNSTALL.

Enfin, le refus opposé à VICTRIX SOCSAN d'obtenir une licence de la technologie brevetée pour implémenter sa plateforme, a empêché TELE-SECOURS de migrer vers la plateforme de VICTRIX SOCSAN, ce qui rend TELE-SECOURS captive de TUNSTALL.

C'est à la lumière de ce scénario qu'il convient d'apprécier l'abus allégué par TELE-SECOURS.

82. D'une part, l'abus n'est pas défini dans la loi. L'interprétation de cet abus est laissée à l'appréciation du juge (Prés. Trib. Entr. Nl. Bruxelles, 16 mars 2021, *Competitio*, p. 187).

D'autre part, les travaux parlementaires indiquent qu'« est *constitutif d'un abus de position de dépendance économique, tout comportement qu'une entreprise peut mettre en œuvre grâce au fait qu'elle tient précisément son partenaire sous sa dépendance économique* » (Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus de position dominante significative, Amendement n° 6 de Mmes. Smaers et consorts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 1451/003, p. 12).

83. En l'espèce, l'analyse de l'abus de dépendance économique implique de s'interroger sur l'interdiction opposée par TUNSTALL à VICTRIX SOCSAN de disposer de la technologie brevetée pour implémenter sa plateforme auprès de TELE-SECOURS.

Au regard de ce qui précède, le juge des cessations ne partage pas l'avis de l'ABC lorsqu'elle estime qu'il ne peut y avoir d'abus de dépendance économique dans une telle configuration.

Sur le plan des principes applicables, le comportement d'une entreprise en amont à l'égard d'un intermédiaire peut être constitutif d'un abus sur une entreprise dépendante. Une telle configuration se rencontre en l'espèce : il n'est en effet pas exclu que TELE-SECOURS subisse un abus de dépendance économique résultant du comportement de TUNSTALL opposé à VICTRIX SOCSAN (laquelle se trouve alors contrainte de refuser ses services à TELE-SECOURS).

84. La condition de l'abus suppose que « *seule l'exploitation abusive de cette situation est en effet susceptible d'affecter, non seulement les entreprises, mais également le fonctionnement et la structure de la concurrence* » (Ch. Binet, « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B ? », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019, p. 853).

Une entreprise ne peut ainsi « *adopter des comportements qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence* » (*ibid.*).

L'alinéa 2 de l'article IV.2/1. CDE vise des exemples d'abus. Il prévoit que :

« *Peut être considérée comme une pratique abusive :*
1° le refus d'une vente, d'un achat ou d'autres conditions de transaction;
2° l'imposition de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
3° la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs;
4° le fait d'appliquer à l'égard de partenaires économiques des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
5° le fait de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires

économiques, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

Toutefois, outre ces exemples, il est admis que les clauses abusives et les pratiques de marché déloyales visées dans le Livre VI, CDE peuvent constituer d'autres exemples de pratiques susceptibles de constituer une exploitation abusive au sens de l'article IV.2/1, CDE.

Pour le dire autrement, « *une pratique considérée comme déloyale au sens de l'article VI.104. du CDE pourrait également se muer en une exploitation abusive au sens de l'article IV.2/1. du CDE si elle est la conséquence d'une situation de dépendance économique et qu'elle est susceptible de restreindre ou de fausser la libre concurrence. A cet égard, on pense en particulier aux pratiques déloyales agressives qui sont susceptibles d'altérer la liberté de choix ou de conduite d'une entreprise et d'amener cette dernière à prendre une décision relative à une transaction qu'elle n'aurait pas prise autrement* » (*ibid.*, p. 854).

En ce sens, le Président du Tribunal de l'Entreprise néerlandophone de Bruxelles a jugé que le refus pour un prestataire de fournir des services bancaires à une entreprise, sans raison apparente, alors même que cette entreprise ne dispose d'aucune alternative, viole l'article VI.104. CDE et, partant, remplit la condition de l'abus visé à l'article IV.2/1. CDE (Prés. Trib. entr. Nl. Bruxelles, 16 mars 2021, *Competitio*, p. 187).

85. En l'espèce, TELE-SECOURS allègue que la totalité de son stock d'unités d'accueil dépend de la technologie brevetée et qu'il ne se comprend pas que TUNSTALL refuse de concéder une licence à VICTRIX SOCSAN (qui est pourtant prête à payer le prix du marché).

Ce constat est renforcé par la circonstance que TUNSTALL a concédé des licences à des concurrents de VICTRIX SOCSAN (comme ESI FRANCE ou NEAT).

TUNSTALL rétorque avoir adopté un comportement normal vis-à-vis de TELE-SECOURS et dénie l'avoir rendue captive.

86. TELE-SECOURS et TUNSTALL entretiennent des relations commerciales depuis 2006 (p. 6, des conclusions de synthèse de défenderesses). TELE-SECOURS s'est ainsi approvisionnée en unités de téléassistance jusqu'en 2019 (représentant la quasi-totalité de son stock) et dispose d'une plateforme – devenue obsolète à son estime – développée par TUNSTALL.

Cette relation était, de surcroit, exclusive, ainsi que l'impose le contrat entre les parties.

Il ne peut être nié que cette relation contractuelle s'inscrit dans la stratégie d'entreprise de TUNSTALL, qui a eu à cœur de développer une solution « *end-to-end* » à TELE-SECOURS (ce qu'elle a d'ailleurs fait jusqu'au bout, en proposant à TELE-SECOURS l'implémentation de la plateforme « PNC 8 », suite à l'échec d'implémentation de la plateforme « PNC 7 »).

Eu égard à la longueur de la relation qui s'est nouée entre les parties et à l'ensemble des services prestés par TUNSTALL (allant de la fourniture des unités de téléassistance à la fourniture de la plateforme, impliquant incidemment l'utilisation de ses protocoles brevetés), le modèle commercial de TELE-SECOURS s'est développé sur la base du matériel et de la technologie qui lui ont été fournis par TUNSTALL. Plus particulièrement, l'usage de la technologie brevetée s'est imposé à la poursuite du modèle commercial de TELE-SECOURS (dès lors qu'il a été démontré qu'elle en était dépendante et qu'il n'existait aucune alternative, et ce, d'autant plus que sa clientèle est dominée par le réseau analogique).

Outre l'éventuelle dissimulation par TUNSTALL du caractère breveté de la technologie, l'historique et l'intensité de la relation entre ces deux entreprises ont eu l'effet insidieux de placer le développement commercial de TELE-SECOURS à la merci de TUNSTALL.

À cet égard, la longévité de la relation peut constituer l'indice d'une dépendance économique. La jurisprudence de la Cour d'appel d'Anvers déjà citée est en ce sens.

Outre la longueur et l'intensité de la relation, la technologie brevetée de TUNSTALL induit des effets sur des marchés en aval, dans lesquels elle se trouve favorisée. TELE-SECOURS n'est en effet pas libre de pouvoir choisir son fournisseur de plateforme. Ce service dépend, pour l'heure, de TUNSTALL et cette dépendance est appelée à perdurer tant qu'aucune solution viable n'aura été trouvée pour assurer le maintien d'une connexion sûre et continue entre TELE-SECOURS et tous ses abonnés.

En définitive, TUNSTALL est capable de bouleverser l'équilibre financier de sa partenaire et peut pratiquer des prix élevés à l'égard de TELE-SECOURS.

Ceci semble d'ailleurs être le cas puisqu'à l'estime de TELE-SECOURS, pour la fourniture de la plateforme, TUNSTALL pratique des prix 50 % plus élevés que VICTRIX SOCSAN ou 15 % plus élevés qu'ESI FRANCE (pp. 37-38 des conclusions de synthèse des défenderesses). Cette affirmation n'est pas contredite par TUNSTALL.

Ce comportement démontre que TUNSTALL abuse de la dépendance économique de TELE-SECOURS. Cette dernière est tenue de payer le prix fort pour la fourniture d'une plateforme qu'elle juge obsolète, et ce, pour la raison qu'aucun fournisseur alternatif de plateforme viable à ses yeux ne dispose du droit d'utiliser la technologie brevetée de laquelle elle se trouve captive.

87. Surabondamment, il y a lieu de rappeler que « *l'article VI.104, CDE est l'application de la norme générale de diligence de l'article 1382 du Code civil à la vie commerciale, avec quelques nuances. La faute peut concerner à la fois un comportement contraire à l'éthique et une violation d'une norme légale. La loyauté fait référence à une norme minimale de fair-play. S'agissant du préjudice et du lien de causalité, il suffit en principe que l'acte soit de nature à porter atteinte aux intérêts professionnels d'une autre entreprise, sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve que le comportement déloyal a effectivement causé un préjudice* » (Gand, 4 novembre 2019, *Annuaire Pratiques du marché*, 2019, p. 571- souligné par le tribunal).

L'éthique et le fair-play revêtent un caractère particulier dans l'appréciation des pratiques honnêtes de marché. Ainsi que le juge des cessations l'a rappelé ci-dessus, la violation de ces principes, et plus généralement de la notion de loyauté visée à l'article VI.104. CDE, peut constituer une exploitation abusive au sens au sens de l'article IV.2/1. CDE.

TELE-SECOURS soutient, en ce sens, qu'elle ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le brevet litigieux soit utilisé contre elle. Ce à quoi TUNSTALL répond, mais à tort, que TELE-SECOURS devait s'attendre à une réaction dès lors qu'un fournisseur tiers fait un usage illicite de sa technologie brevetée (ce qui n'est pas le cas en l'espèce).

TELE-SECOURS est contrainte d'utiliser sa plateforme au moyen de la technologie brevetée pour maintenir la qualité de ses services à ses abonnés. Cette situation résulte de la nature même des relations qui se sont nouées entre les parties et, particulièrement, de la confiance que TELE-SECOURS a accordée à TUNSTALL, celle-ci ayant été sa partenaire pendant de nombreuses années.

TUNSTALL ne peut ignorer cet état de fait et ne peut, sous prétexte de la liberté contractuelle de TELE-SECOURS, faire fi de la circonstance que cette dernière ne dispose pas d'autre alternative à la technologie brevetée dans le cadre de l'implémentation d'une nouvelle plateforme.

C'est à bon droit que TELE-SECOURS soutient qu'elle ne pouvait présager l'usage qui serait fait de la technologie brevetée contre elle, allant jusqu'à l'empêcher de changer de fournisseur de plateforme (et ce, dans un contexte où TUNSTALL a elle-même échoué à livrer la plateforme « PNC 7 » malgré la patience dont a fait preuve TELE-SECOURS dans l'implémentation de cette plateforme).

88. Il découle de ce qui précède que TUNSTALL abuse de la position de dépendance économique de TELE-SECOURS.

B.ii. S'agissant de VICTRIX SOCSAN

89. Ainsi que cela l'a été développé ci-dessus, le caractère abusif du comportement de TUNSTALL vis-à-vis de VICTRIX SOCSAN est également démontré.

C'est sur la base d'un faux prétexte de contrefaçon de brevet que TUNSTALL refuse à VICTRIX SOCSAN la licence de brevet qu'elle sollicite. Ce refus est dès lors abusif. En outre, le comportement de TUNSTALL envers VICTRIX SOCSAN est également abusif en ce que tous les concurrents de celle-ci sur le marché belge ont, eux, reçu de TUNSTALL une licence de son brevet, ce que TUNSTALL ne conteste pas.

Le refus de licence injustifié et discriminatoire est constitutif d'un abus de la position de dépendance économique dans laquelle VICTRIX SOCSAN se trouve vis-à-vis de TUNSTALL.

C. Effet sur la concurrence

90. Enfin, l'article IV.2/1. CDE impose de démontrer que « *la concurrence est susceptible d'être affectée sur le marché ou une partie substantielle de celle-ci* ».

91. TELE-SECOURS allègue, à cet égard, qu'elle est l'un des acteurs les plus importants du marché belge de la télévigilance et se prévaut d'un arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 2018 qui a déclaré que cette condition était remplie – certes dans le cadre de l'abus de position dominante – dans la mesure où un ou plusieurs pharmaciens se sont vus imposer des restrictions à la concurrence.

Elle rapporte également que le comportement de TUNSTALL affecte d'autres acteurs présents sur le marché de la télévigilance et que la technologie STMF est nécessaire pour tous ces acteurs.

TUNSTALL n'a pas conclu sur cette question.

92. Selon la doctrine, cette troisième condition de la dépendance économique est la plus ambiguë (N. Neyrinck, *op. cit.*, p. 449), à tel point qu'une partie de la doctrine admet qu'il n'est pas utile de l'examiner dans le cadre d'une action judiciaire (et, à plus forte raison, lorsque l'abus découle d'une violation de la norme générale de loyauté visée à l'article VI.104. CDE) (J. Léonard et E. Pieters, « L'abus de dépendance économique en droit belge de la concurrence. Aperçu de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique », *Competitio*, 2019, p. 16).

Les auteurs considèrent que cette condition doit s'interpréter largement pour lui conférer un effet utile. L'objectif du législateur est en effet de protéger les petites et moyennes entreprises, et non la concurrence. C'est ainsi que l'affectation de la concurrence peut être réelle ou potentielle (D. Philippe et G. Sorreaux, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *D.A.O.R.*, 2019, n° 131, p. 27).

Pratiquement, « *il y aura donc lieu d'établir que la pratique en cause n'affecte pas uniquement la ou les entités dépendante(s) économiquement mais est susceptible d'entraîner des effets plus larges de nature à restreindre ou à fausser la concurrence, que ce soit sur le marché où cette (ces) entreprises opère(nt) ou sur celui où l'entreprise à l'origine de la pratique litigieuse est active* » (Ch. Binet, *op. cit.*, p. 854).

93. En l'espèce, comme le rappelle TELE-SECOURS, la condition de l'affectation de la concurrence peut se rencontrer lorsque l'entreprise dépendante – quoique faible vis-à-vis de l'entreprise « forte » – occupe une position significative sur son marché pertinent (N. Neyrinck, *op. cit.*, p. 451).

TELE-SECOURS affirme que 20.000 abonnés sont reliés à sa centrale d'appel (p. 5 des conclusions de synthèse des défenderesses). En 2018, la Belgique comprenait environs 80.000 utilisateurs des solutions de téléassistance (p. 28, de l'étude de BERG INSIGHT, pièce n° E.7, des défenderesses). Ces chiffres, encore récents, permettent d'établir que TELE-SECOURS occupe environ 25 % du marché belge de la téléassistance. Elle représente dès lors un acteur de taille dans le secteur.

Ainsi, si TELE-SECOURS se trouvait privée de la possibilité de proposer à ses abonnés un service fiable (grâce à la technologie brevetée installée par TUNSTALL), cet acteur perdrait potentiellement une partie substantielle de sa clientèle et pourrait, le cas échéant, disparaitre (ou, à tout le moins, connaître de graves difficultés financières l'obligeant à revoir son *business model*).

Une telle situation démontre, à suffisance, que la concurrence est substantiellement affectée par l'abus de dominance économique.

94. Par ailleurs, Ch. Binet estime que l'abus se manifeste également en cas de comportement de *self-preferencing*. Elle indique que « *dans les cas où une entreprise entre également en concurrence sur un marché en aval avec des entités qui sont économiquement dépendantes d'elle sur un marché en amont, toute pratique adoptée à l'égard de ces entités qui est susceptible de renforcer la position de l'entreprise en cause sur le marché en aval concerné ne saurait être vue comme relevant d'une concurrence normale* » (Ch. Binet, *op. cit.*, p. 855).

Tel est précisément le cas en l'espèce. L'usage de la technologie brevetée oblige TELE-SECOURS à utiliser la plateforme de TUNSTALL (ou de son licencié).

Il en découle que TUNSTALL favorise sa position :

- d'une part, sur le marché des protocoles vis-à-vis de TELE-SECOURS puisqu'aucun autre acteur (hormis les licenciés de TUNSTALL) ne peut fournir la technologie brevetée ;
- d'autre part, sur le marché des plateformes vis-à-vis de TELE-SECOURS, puisqu'il n'existe aucun fournisseur capable de développer une plateforme utilisant la technologie brevetée (plateforme devant répondre à des conditions précises).

TUNSTALL est, partant, en mesure d'accroitre sa position sur les marchés dans lesquels TELE-SECOURS cherche précisément davantage de concurrence.

95. En définitive, le comportement de TUNSTALL est susceptible d'affecter la concurrence sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci.

D. Conséquence

96. Il a été démontré que le comportement de TUNSTALL viole l'article IV.2/1. CDE.

Il convient de faire cesser cette infraction et, partant, de faire droit à la demande reconventionnelle des défenderesses.

La Cour de cassation a jugé que : « *En ordonnant la cessation d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, le juge peut contraindre l'auteur de l'acte à accomplir les mesures nécessaires à la cessation de l'acte incriminé (art. 95 L.P.C.C.). L'entreprise qui commet un abus de position dominante en refusant d'indiquer les conditions auxquelles elle subordonne la fourniture*

d'un service peut être condamnée à formuler une offre précisant le mode de calcul du prix demandé sous peine d'astreinte ». (Cass. (1re ch.) RG C.04.0186.F, 23 juin 2005 (Telekom Austria A.G. / Kapitol), Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence 2005, 630).

En l'espèce, il convient d'ordonner à TUNSTALL de concéder à VICTRIX SOCSAN et à TELE-SECOURS une licence non exclusive d'utilisation de son brevet européen, leur permettant de faire usage, sur le territoire belge et aussi longtemps que les redevances seront payées, au plus tard jusqu'à l'expiration du brevet, des protocoles de communication « TT92 ST », « SMTF TT92 » ainsi que tout autre protocole de communication utilisé par les unités de télévigilance mises sur le marché par TUNSTALL et tombant sous le champ de protection du brevet.

97. Par ailleurs, les modalités de négociation de la licence à concéder doivent être arrêtées :

- S'agissant du délai :

Le délai de 10 jours sollicité par les parties défenderesses pour aboutir à un accord de principe parait fort court et peu réaliste.

Les parties disposeront d'un délai de 3 mois pour se mettre d'accord sur les termes de la licence.

- S'agissant du prix :

Le prix de la licence doit être convenu entre parties et conforme à la valeur du marché. Sans préjudice pour les parties de trouver un accord, il doit être égal au prix moyen payé par les autres licenciés de TUNSTALL pour la licence sur le territoire belge.

Dès lors qu'il n'est pas fait droit à la demande des défenderesses d'obtenir un accord de principe sur la licence avant que les conditions financières ne soient définitivement arrêtées, il n'y a pas lieu de donner acte à VICTRIX SOCSAN de son engagement de mettre en séquestre une provision de 10.000 €.

- S'agissant des demandes complémentaires sollicitées par les défenderesses :

Les défenderesses sollicitent que toute la documentation permettant de faire usage du brevet lui communiquée. TUNSTALL conteste cette demande, affirmant que toutes les informations nécessaires pour utiliser les protocoles sont publiquement accessibles dans son brevet. Cette affirmation paraît un peu courte.

Il convient que l'utilisation par les défenderesses des protocoles brevetés soit garantie, une fois les redevances payées. TUNSTALL sera donc condamnée à fournir aux défenderesses les informations nécessaires à l'usage des protocoles.

98. S'agissant, enfin, de l'action en cessation introduite par TUNSTALL pour l'atteinte à son brevet, dès lors que celle-ci se trouve, par le présent jugement, condamnée à concéder aux défenderesses une

licence de son brevet, elle ne peut poursuivre son action en contrefaçon de brevet à l'égard des mêmes parties.

Il y a dès lors lieu de déclarer la demande principale non-fondée.

99. Les parties s'accordent sur le montant de l'indemnité de procédure. Il y a lieu en conséquence de la fixer à la somme de 13.000 €.

PAR CES MOTIFS,

Nous, Françoise Jacques de Dixmude, vice-président au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, siégeant en remplacement du Président, assistée de M. Jonathan Ferbus, greffier- chef de service a.i.,

Statuant contradictoirement,

Recevons les demandes,

Disons la demande principale non fondée et en déboutons les demanderesses.

Disons la demande reconventionnelle fondée dans la mesure ci-après précisée et en conséquence :

Constatons qu'en refusant de concéder aux défenderesses une licence d'utilisation de son brevet européen n° EP 2 160 038, Tunstall Group Holdings Limited commet un abus de dépendance économique au sens de l'article IV.2/1. du Code de droit économique ;

En conséquence,

Ordonnons à Tunstall Group Holdings Limited, ou à toute autre société du groupe Tunstall détenant les droits sur le brevet EP'038, de concéder aux défenderesses une licence non exclusive d'utilisation du brevet européen n° EP 2 160 038 leur permettant de faire usage, et de permettre à leurs clients et abonnés de faire usage, sur le territoire belge, pour toute la durée de protection dudit brevet, des protocoles de communication « TT92 ST », « STMF TT92 », ainsi que de tout autre protocole de communication utilisé par les unités de télévigilance mises sur le marché par Tunstall et tombant sous le champ de protection dudit brevet, ce à compter du 90ème jour suivant la signification du présent jugement, sous peine d'une astreinte de 10.000 € par jour de retard mis à se conformer au présent ordre;

Disons pour droit que le prix de cette licence sera égal au prix moyen payé par les autres licenciés de Tunstall pour ladite licence sur le territoire belge et proratisé en fonction de la durée restante de validité du brevet à la date de la conclusion de l'accord de licence ;

Ordonnons à Tunstall de fournir aux défenderesses toutes les informations nécessaires à l'usage des Protocoles Litigieux conformément à la licence qui doit leur être accordée par Tunstall, ce à compter du jour de la conclusion de l'accord de licence, ou à compter du 90ème jour suivant la signification du présent jugement, sous peine d'une astreinte de 10.000 € par jour de retard mis à se conformer au présent ordre;

Disons que les astreintes seront plafonnées à la somme de 1.000.000 € ;

Condamnons solidairement les trois demanderesses aux dépens, liquidés pour les défenderesses à l'indemnité de procédure de 13.000 €.

Les condamnons en outre solidairement au paiement des droits de mise au rôle de 165 €.

Ce jugement a été rendu par la Chambre des actions en cessation du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, siégeant en vacations, bd de Waterloo, 70, salle E, et prononcé à l'audience publique et extraordinaire du 26 juillet 2022.

Jonathan Ferbus

F. Jacques de Dixmude