

Code de distribution interne :

- (A) Publication au JO
(B) Aux Présidents et Membres
(C) Aux Présidents

D E C I S I O N
du 15 juillet 1997

N° du recours : T 0097/94 - 3.3.3

N° de la demande : 86402042.5

N° de la publication : 0239706

C.I.B. : C08G 18/08

Langue de la procédure : FR

Titre de l'invention :

Perfectionnements pour polyuréthanes à deux composants

Demandeur/Titulaire du brevet :

CECA S.A.

Opposant :

01 Bayer AG, Leverkusen Konzernverwaltung RP Patente Konzern
02 Grace GmbH

Référence :

Calendrier de procédure/CECA

Normes juridiques appliquées :

CBE Art. 54, 114(2), 117(1)d)
R. 71bis(1), 72(1), 72(2)

Mot-clé :

"Dénonciation tardive de témoins - demande d'audition refusée"
"Utilisation antérieure accessible au public (non) - force probante insuffisante des moyens de preuve invoqués - lacunes dans l'enchaînement des moyens de preuve invoqués"

Décisions citées :

T 0194/86, T 0093/89, T 0270/90, T 0939/90, T 0207/91,
T 0685/91, T 0713/91, T 0141/92, T 0472/92, T 0848/94,
G 0001/92, G 0004/95, G 0006/95

Sommaire :

I. Si selon la décision G 0006/95 la règle 71bis(1) CBE est pour les chambres de recours facultative dans son application en ce sens qu'elle laisse à celles-ci toute latitude pour la préparation de la procédure orale, elle demeure en revanche pour les parties contraignante dans son exécution. Ainsi, lorsqu'une chambre de recours décide d'adresser aux parties une notification au titre de la règle 71bis(1) CBE, celles-ci sont tenues d'en respecter la teneur, en particulier en ce qui concerne la date limite de réponse (point 3.5.1).

II. En cas de changement de mandataire à un stade tardif de la procédure ne résultant pas d'un cas de force majeure, le nouveau représentant est tenu de poursuivre la procédure en l'état où elle se trouvait au moment où il a assumé la succession de son prédécesseur. En tout état de cause, ce changement ne peut être l'occasion pour une partie, dans la présente affaire une intimée/opposante, de recourir à une nouvelle stratégie de défense basée sur une audition de témoins imprévisible au vu des arguments présentés et des requêtes formulées antérieurement (point 3.5.3).

III. Dans le cas d'une objection d'utilisation antérieure accessible au public le critère de l'appréciation de la probabilité, sur lequel les chambres de recours fondent habituellement leur conviction, est à interpréter selon des normes plus sévères atteignant pratiquement la conviction absolue, autrement dit la certitude allant au-delà de tout doute raisonnable (point 5.1).

Code de distribution interne :

- (A) Publication au JO
(B) Aux Présidents et Membres
(C) Aux Présidents

D E C I S I O N
du 15 juillet 1997

N° du recours : T 0097/94 - 3.3.3
N° de la demande : 86402042.5
N° de la publication : 0239706
C.I.B. : C08G 18/08
Langue de la procédure : FR
Titre de l'invention :
Perfectionnements pour polyuréthanes à deux composants
Demandeur/Titulaire du brevet :
CECA S.A.
Opposant :
01 Bayer AG, Leverkusen Konzernverwaltung RP Patente Konzern
02 Grace GmbH
Référence :
-
Normes juridiques appliquées :
CBE Art. 54, 114(2), 117(1)d)
R. 71bis(1), 72(1), 72(2)
Mot-clé :
"Dénonciation tardive de témoins - demande d'audition refusée"
"Utilisation antérieure accessible au public (non) - force
probante insuffisante des moyens de preuve invoqués - lacunes
dans l'enchaînement des moyens de preuve invoqués"
Décisions citées :
T 0194/86, T 0093/89, T 0270/90, T 0939/90, T 0207/91,
T 0685/91, T 0713/91, T 0141/92, T 0472/92, T 0848/94,
G 0001/92, G 0004/95, G 0006/95

Sommaire suit.



Europäisches
Patentamt

European
Patent Office

Office européen
des brevets

Beschwerdekammern

Boards of Appeal

Chambres de recours

N° du recours : T 0097/94 - 3.3.3

D E C I S I O N
de la Chambre de recours technique 3.3.3
du 15 juillet 1997

Requérante:
(Titulaire du brevet)

CECA S.A.
4-8, Cours Michelet
La Défense 10
F - 92800 Puteaux (FR)

Mandataire :

Haïcour, Philippe
ELF ATOCHEM S.A.
Département Propriété Industrielle
4-8, Cours Michelet
La Défense 10
F - 92091 Paris Cédex 42 (FR)

Adversaires :
(Opposante 01)

Bayer AG, Leverkusen
Konzernverwaltung RP
Patente Konzern
Bayerwerk
D - 51368 Leverkusen (DE)

(Opposante 02) :

Grace GmbH
Erlengang 31
D - 22844 Norderstedt (DE)

Mandataire :

UEXKÜLL & STOLBERG
Patentanwälte
Beselerstr. 4
D - 22607 Hamburg (DE)

Décision attaquée : Décision de la division d'opposition de l'Office européen des brevets du 7 décembre 1993 par laquelle le brevet européen n° 0 239 706 a été révoqué conformément aux dispositions de l'article 102(1) CBE.

Composition de la Chambre :

Président : C. Gérardin
Membres : B. ter Laan
J. A. Stephens-Ofner

Exposé des faits et conclusions

- I. La demande de brevet européen n° 86 402 042.5, déposée le 18 septembre 1986, pour laquelle a été revendiquée la priorité du 20 septembre 1985 fondée sur un dépôt antérieur en France (FR 8513951), a donné lieu le 3 janvier 1990 à la délivrance du brevet européen n° 0 239 706 sur la base de 6 revendications, les revendications indépendantes 1 et 4 s'énonçant comme suit :

"1. Méthode de préparation de polyuréthanes exempts d'inclusion gazeuse, par mélange de deux composants séparément conservables sans variation importante de réactivité, le composant renfermant le réactif hydroxylé contenant un déshydratant constitué par une zéolite, caractérisée en ce que la zéolite, sous sa forme anhydre, répond à la formule générale :



où b est un nombre compris entre 0,1 et 0,5,
c est un nombre compris entre 0,1 et 0,5 ;
où a est un nombre tel que l'on ait

$$a + b + c = 1 ;$$

où m est un nombre compris entre 1,35 et 2,35 ;
où M représente le calcium ou le magnésium."

"4. Composant stable au stockage, pour polyuréthanes exempts d'inclusion gazeuse, constitué d'au moins un réactif organique polyhydroxylé et une zéolite, caractérisé en ce que la zéolite, sous sa forme anhydre, répond à la formule générale :



où b est un nombre compris entre 0,1 et 0,5,
c est un nombre compris entre 0,1 et 0,5 ;
où a est un nombre tel que l'on ait

$$a + b + c = 1 ;$$

où m est un nombre compris entre 1,35 et 2,35 ;
où M représente le calcium ou le magnésium."

Les revendications 2 et 3 sont des revendications dépendantes concernant des modalités de mise en oeuvre particulières de la méthode selon la revendication 1.

Les revendications 5 et 6 sont des revendications dépendantes portant sur des composants préférés du composant pour polyuréthane selon la revendication 4.

II. Le 2 octobre 1990, deux oppositions ont été formées par les Sociétés Bayer (opposante 1) et Grace (opposante 2) à l'encontre du brevet européen précité, dans lesquelles la révocation du brevet était requise au titre des motifs énoncés à l'article 100(a) CBE.

i) Les objections de défaut de nouveauté pour utilisation antérieure accessible au public et de défaut d'activité inventive s'appuyaient en particulier sur les documents suivants :

B1 : brochure commerciale "Baylith L-Pulver und Baylith-Paste" portant la référence AC 14836, D 41-821/847336, publiée le 1er décembre 1980 ;

B2 : rapport d'analyses de produits "Zeolith-L-Pulver" effectuées dans les laboratoires Bayer Leverkusen et Bayer Uerdingen les 4 janvier 1977, 31 octobre 1983 et 16 février 1984 ;

- B3 : bulletin d'expédition n° A109/094818H31 d'un produit "Baylith L Pulver" à la Société "Giessharzwerk Frechen GmbH & Co KG" le 5 avril 1983 (annexe 3a) ; et bulletins d'expédition n° A109/392758L31 et n° A109/072393F41 de produits "Baylith L Paste" à la Société "Rütgerswerke" le 2 janvier 1984 et le 9 mars 1984 (annexe 3b) ;
- B4 : DE-A-1 905 020 ;
- G2 : brochure commerciale "Bayer Zeolith L-Pulver und Bayer Zeolith L-Paste" portant la référence AC 14836, D 31-727/67778, publiée le 1er janvier 1977 ;
- G3 : brochure commerciale "Baylith Powder and Paste - Drier for plastics and coating systems" portant la référence AC 13586e, E 35-863/851329, publiée le 1er septembre 1981 ; et
- G4 : rapport d'analyses du produit "Baylith L" effectuées dans les laboratoires de l'opposante 2 le 10 mars 1985.

Au support de son allégation de défaut de nouveauté pour utilisation antérieure accessible au public, l'opposante 1 a joint en annexe à son mémoire du 5 septembre 1991 parvenu à l'OEB le 18 septembre 1991

- une déclaration sous la foi du serment en date du 8 août 1991 de M. Mengel, spécialiste des applications des zéolites et auteur du rapport d'analyses B2, selon laquelle (a) le produit Zeolith L avait contenu du calcium au moins durant la période comprise entre 1977 et 1984,

(b) le produit Zeolith L avait été commercialisé à partir de 1980 sous l'appellation Baylith L sans changement de composition,

(c) ceci concernait aussi bien la zéolite sous forme de poudre que de pâte, et

(d) cette zéolite avait été mélangée avec un polyol par ses utilisateurs, en particulier la Société Gießharzwerk Frechen à partir de 1982 et la Société Rütgerswerke à partir de 1981, afin de préparer des compositions de polyuréthanes à deux composants ;

- une déclaration sous la foi du serment en date du 16 septembre 1991 de M. Ulich, responsable du département zéolite auprès de la Société Bayer depuis 1972, selon laquelle
 - (a) le produit Zeolith L avait contenu du calcium à partir de 1975,
 - (b) ceci permettait d'accroître la stabilité des compositions de polyuréthanes contenant cette zéolite comme charge déshydratante,
 - (c) l'appellation commerciale Zeolith L avait été changée en Baylith L en septembre 1980 pour toutes les formes du produit, et
 - (d) la composition du produit Zeolith L/Baylith L était restée inchangée entre 1975 et 1986 ;

- une déclaration sous la foi du serment en date du 4 juin 1991 de M. Krull, responsable de la production et du développement de compositions de polyuréthanes à deux composants auprès de la Société Gießharzwerk Frechen, et une déclaration sous la foi du serment en date du 15 août 1991 de M. Reichwein, responsable de la fabrication de compositions de polyuréthanes auprès de la

Société Rütgerswerke, selon lesquelles à leur connaissance

(a) le produit Baylith L livré par la Société Bayer avait été utilisé exclusivement comme charge déshydratante dans des compositions de polyuréthanes à deux composants,

(b) ceci devait donc également s'appliquer aux produits correspondant aux bulletins d'expédition n° A109/094818H31 d'une part, ainsi que n° A109/392758L31 et A109/072393F41 d'autre part (document B3), et

(c) cette utilisation n'était l'objet d'aucune clause de confidentialité.

Selon les opposantes, certains de ces produits correspondaient aux zéolites telles que définies et mises en oeuvre dans les revendications indépendantes du brevet en litige ; leur commercialisation avant la date de priorité soulevait donc une objection de défaut de nouveauté pour utilisation antérieure accessible au public. De plus, la mise en oeuvre de telles zéolites pour préparer des compositions de polyuréthanes à deux composants n'impliquait pas d'activité inventive.

ii) Pour sa part, la titulaire du brevet a fait référence essentiellement aux documents suivants :

C1 : brochure commerciale "Baylith ^(R)
Information-Baylith L Powder" portant la référence AC 14630e, E 31-8112/850006, publiée le 1er juillet 1982 ;

C2 : brochure commerciale "Baylith ^(R)
Information-Baylith T Powder" portant la référence AC 14631e, E31-8112/850006, publiée le 1er juillet 1982 ; et

C3 : brochure commerciale "Baylith ^(R)
Information-Baylith-the right form of
supply for every application" portant la
référence PK 14598e, E48-837/845622,
publiée en mars 1987. Malgré cette date
de publication tardive, ce document qui
est la brochure commerciale la plus
explicite en ce qui concerne le type et
la forme des divers produits Baylith n'a
pas été écarté comme n'étant pas compris
dans l'état de la technique au titre de
l'article 54(2) CBE pour la raison qui
apparaîtra au point 6.3 ci-dessous.

III. Par décision signifiée le 7 décembre 1993, la Division
d'opposition a révoqué le brevet au motif que l'objet de
toutes les revendications était dépourvu de nouveauté.

Il a été considéré comme établi

- i) que le produit "Baylith L" (ou "Zeolith L")
répondait à la formule donnée dans les
revendications 1, 2, 4 et 5 du brevet contesté,
- ii) que plusieurs clients de l'opposante 1 avaient
acheté ledit produit avant la date de priorité du
brevet en cause en vue de la même application que
celle revendiquée dans celui-ci et sans être liés
par une quelconque obligation de confidentialité,
- iii) qu'il était possible pour un homme du métier
d'analyser ledit produit, ce que les analyses
effectuées par l'opposante 2 confirmaient et ce
que la titulaire n'avait pas contesté,

- iv) que toutes les exigences d'un usage préalable telles que définies dans les Directives à l'examen et dans la décision T 0194/86 du 17 mai 1988 (non publiée au JO OEB) étaient donc satisfaites, et
- v) que, par conséquent, l'invention telle que revendiquée dans le brevet en litige devait être considérée comme relevant du domaine public avant la date de priorité.

IV. Le 1er février 1994, la requérante (titulaire du brevet) a formé un recours à l'encontre de cette décision en acquittant simultanément la taxe prescrite. Les arguments présentés dans le mémoire de recours déposé le 21 mars 1994 et dans un mémoire de réponse reçu ultérieurement mettaient l'accent sur la divergence entre les compositions annoncées dans les brochures commerciales et les rapports d'analyse produits par les opposantes.

- i) Il n'était pas acceptable de tenir compte d'indications de composition figurant sur des documents privés, en l'occurrence B1 à B3, pour compléter une information incomplète des documents destinés au public, en l'occurrence C1 à C3. En particulier, dans le document C3 le produit Baylith L était clairement défini comme une zéolite Na-K.
- ii) Le produit analysé dans le document B2 n'était qu'un produit expérimental, c'est-à-dire un précurseur de zéolite du type Na-K-Ca destiné à être rebaptisé commercialement plus tard ou à remplacer les zéolites conventionnelles du type Na-K sans changement d'appellation commerciale.

- iii) Le document G4 apportait tout au plus la preuve que des échantillons de zéolites Na-K-Ca et Na-K-Mg avaient été analysés ; leur utilisation dans la préparation de polyuréthanes n'avait en revanche pas été démontrée.
- iv) La question à trancher se ramenait finalement à la question de savoir si la mise dans le commerce d'un produit d'une composition donnée, accompagné d'une notice le décrivant avec une autre composition, pouvait être destructrice de la nouveauté de la composition commercialisée.
- v) Au vu du document C3 qui informait le public de la composition du produit Baylith L, il n'y avait non seulement pas d'incitation particulière à analyser celui-ci, mais plutôt de bonnes raisons de ne pas le faire. Cette situation était différente de celles existant dans les affaires T 0093/89 (JO OEB 92, 718), où le public était censé avoir une raison suffisante pour analyser le produit mis sur le marché, et G 0001/92 (JO OEB 93, 277), où la possibilité d'analyser le produit était une des conditions pour qu'il y ait utilisation antérieure.

En conclusion de ces arguments, la requérante a "suggéré" que, le cas échéant, soit soumise "à l'approbation de la Grande Chambre de recours la proposition amendée suivante" :

"La composition chimique d'un produit fait partie de l'état de la technique dès lors que ce produit en tant que tel est accessible au public et qu'il peut être analysé et reproduit par l'homme du métier, indépendamment de la question de savoir s'il est possible de déceler des raisons particulières pour analyser cette composition. Cette disposition n'est

applicable en tout état de cause que s'il n'existe pas de raison particulière pour détourner l'homme du métier d'une telle analyse."

- V. Dans ses réponses du 2 août 1994 et 21 février 1995, l'intimée 1 (opposante 1) a fait valoir en riposte que
- i) le produit "Zeolith L" spécifiquement conçu comme charge à fonction déshydratante pour compositions de polyuréthanes à deux composants, qui était à l'origine du type Na-K, avait contenu en plus des ions Ca à partir de 1975. La composition de ce produit, qui avait été commercialisé aussi bien sous forme de poudre que de pâte, n'avait pas été modifiée entre 1975 et 1986. Les documents B1 à B3 et les diverses déclarations sous la foi du serment produites devant la première instance montraient clairement que l'appellation "Baylith L" utilisée à partir de 1980 ne correspondait pas en fait à une nouvelle formulation,
 - ii) l'absence de toute référence au calcium dans les documents C1 à C3 ne pouvait s'interpréter comme l'absence de cet élément dans le produit lui-même. Il s'agissait en l'espèce de fiches techniques destinées aux utilisateurs qui sont traditionnellement davantage intéressés par les propriétés et les domaines d'utilisation des matériaux que par la nature exacte de ceux-ci, et
 - iii) conformément à la décision G 0001/92 (susmentionnée), la composition chimique d'un produit faisait partie de l'état de la technique dès lors que ce produit en tant que tel était accessible au public et pouvait être analysé et

reproduit par l'homme du métier, indépendamment de la question de savoir s'il était possible de déceler des raisons particulières pour analyser cette composition.

- VI. La citation à la procédure orale qui devait avoir lieu le 15 juillet 1997 a été adressée aux parties le 13 février 1997. Elle a été suivie d'une notification en date du 18 mars 1997 dans laquelle la Chambre avait défini les critères qu'elle entendait utiliser pour juger du bien-fondé de l'objection d'utilisation antérieure en se référant à la décision T 0472/92 du 20 novembre 1996 (doit être publiée au JO OEB).

Quant à l'organisation de la procédure orale, la Chambre avait explicitement invité les représentants des diverses parties, au cas où ils entendaient se faire accompagner ou assister par d'autres personnes, d'en informer la Chambre et les autres parties au moins un mois avant la date de l'audience.

- VII. Par lettre du 10 juin 1997, la requérante a révélé l'identité de ses deux représentants. De même, l'intimée 2 qui n'avait pas répondu en substance au mémoire de recours (lettre du 19 juillet 1994 : demande de prorogation du délai de réponse ; lettre du 6 juin 1995 : demande conditionnelle de procédure orale) a précisé l'identité de son représentant par lettre du 9 juin 1997.

Par lettre du 30 juin 1997 l'intimée 1 a fait part de son intention de recourir lors de la procédure orale à une audition de témoins, dont elle a communiqué l'identité le 7 juillet 1997 :

- M. Mengel de la Société Bayer,
- M. Ulich de la Société Bayer, et
- M. Cullmann de la Société Gießharzwerk Frechen
(devait corroborer le contenu de la déclaration sous la foi du serment de M. Krull, décédé).

VIII. A la suite d'une lettre de la requérante en date du 9 juillet 1997 s'élevant contre la dénonciation tardive de témoins, le représentant de l'intimée 1 a justifié le jour même le non-respect du calendrier de procédure fixé par la Chambre en se référant à la règle 71bis(1) CBE, en invoquant la décision G 0006/95 (JO OEB 96, 649) et en faisant valoir qu'il venait seulement d'être mandaté par la Société Bayer pour la représenter lors de l'audience.

IX. Au début de la procédure orale la requérante a demandé à titre de requête préliminaire que les éventuelles interventions des personnes censées accompagner à titre de témoins les représentants de l'intimée 1 ne soient pas retenues. Quant au fond, elle a concentré ses arguments sur la divergence entre la composition du produit Baylith L selon le document C3 et celle du produit mis en oeuvre dans le brevet en litige. En ce qui concernait la livraison du produit Baylith L et la fabrication de polyuréthanes, elle s'est cantonnée, en l'absence prévisible de tout moyen de preuve contraire, dans un rôle purement passif.

Pour leur part, les intimées ont d'abord présenté divers arguments pour justifier la dénonciation tardive et la présence de témoins (intimée 1), puis suggéré le report de la procédure orale afin de permettre formellement leur audition (intimée 2). Quant au fond, elles se sont attachées à établir qu'il y avait un enchaînement sans failles des preuves concernant (i) la nature du produit Zeolith L/Baylith L, (ii) la correspondance entre le produit analysé et le produit commercialisé ainsi que

(iii) la correspondance entre le produit livré et le produit mis en oeuvre dans la préparation de polyuréthanes. A cette fin, l'original du bulletin d'expédition n° A109/094818H31 (document B3, annexe 3a) a été présenté par l'intimée 1.

X. La requérante conclut à l'annulation de la décision attaquée et au maintien du brevet sans modifications.

Les intimées conclurent au rejet du recours.

Motifs de la décision

1. Le recours est recevable.

Dénonciation tardive de témoins

2. Il est courant aussi bien en procédure ex parte qu'inter partes pour une partie de recourir à une procédure orale pour développer des arguments déjà présentés par ailleurs par écrit (article 116(1) CBE).

2.1 Cette présentation orale du cas peut prendre la forme d'explications relatives à certains aspects techniques de l'invention, d'une déclaration relative à ce qu'un homme du métier aurait ou n'aurait pas mis en oeuvre à une certaine époque afin de résoudre un problème particulier, ou d'un exposé des difficultés qu'un homme du métier aurait ou n'aurait pas rencontrées lors de la mise en oeuvre de l'invention.

2.2 Une telle mesure d'instruction correspond à une procédure relativement souple laissée à l'initiative des parties jusqu'à un stade avancé de la procédure de recours. En pratique, afin d'assurer une procédure juste et équilibrée (articles 113(1) et 125 CBE), chaque partie est normalement tenue d'informer dans un délai

raisonnable les autres parties de son intention de recourir à un expert lors de la discussion de telle ou telle question à trancher (G 0004/95, JO OEB 96, 412 ; motifs de la décision, point 10). Ceci est particulièrement le cas lorsque, comme dans la présente affaire, un calendrier de procédure a été fixé par la Chambre dans une notification adressée aux parties en préparation de la procédure orale invitant expressément celles-ci à faire part de leurs intentions en la matière.

- 2.3 Alternativement, la Convention prévoit à l'article 117(1)d) CBE parmi diverses mesures d'instruction l'audition de témoins qui impose la mise en oeuvre d'une procédure relativement rigide et complexe prévue aux règles 72 à 76 CBE et à laquelle il est pour cette raison rarement recouru. Cette mesure d'instruction a lieu en particulier si l'OEB estime nécessaire d'entendre lesdits témoins ou si une partie en fait explicitement la demande
- 2.4 Selon la règle 72(1) CBE, "Lorsque l'Office européen des brevets estime nécessaire d'entendre des parties, des témoins ou des experts ou de procéder à la descente sur les lieux, il rend à cet effet une décision qui énonce la mesure d'instruction envisagée, les faits pertinents à prouver, les jour, heure et lieu où il sera procédé à ladite mesure d'instruction. Si l'audition de témoins ou d'experts a été demandée par une partie, la décision de l'Office européen des brevets fixe le délai dans lequel la partie requérante doit déclarer à cet Office les noms et adresses des témoins et experts qu'elle désire faire entendre."

La règle 72(2) CBE, première phrase, dispose en plus que "La citation des parties, des témoins ou des experts doit comporter un délai minimum de deux mois, à moins que les intéressés ne conviennent d'un délai plus bref."

3. Dans le cas de l'espèce, la dénonciation une semaine avant la date de l'audience de trois témoins devant accompagner le représentant de l'intimée 1 soulève un problème de procédure.

3.1 L'étude préliminaire du dossier ayant montré que les arguments présentés par les parties dans leurs mémoires respectifs n'appelaient pas de commentaires particuliers allant au-delà des contre-arguments déjà apportés par l'autre partie/les autres parties, voire déjà considérés par la première instance, la Chambre s'est contentée d'adresser aux parties le 18 mars 1997 une notification, dans laquelle était

- rappelé que la seule question à examiner lors de la procédure orale était l'objection d'utilisation antérieure accessible au public ;
- signalé que les critères que la Chambre entendait utiliser pour juger du bien-fondé de ladite objection avaient été exposés dans la décision T 0472/92 (susmentionnée) ;
- explicitement mentionné en conclusion qu'au cas où les représentants des diverses parties entendaient se faire accompagner ou assister par d'autres personnes lors de la procédure orale, ils étaient priés d'en informer la Chambre et les autres parties au moins un mois avant la date de l'audience.

Cette formulation était à dessein suffisamment large pour inclure toutes les personnes susceptibles de contribuer à une clarification des points controversés, c'est-à-dire non seulement les personnes ayant déposé des déclarations sous la foi du serment en procédure d'opposition, mais aussi, compte tenu d'une éventuelle

discussion et interprétation des résultats d'analyses présentés par les deux intimées, des experts dans la préparation des zéolites ainsi que les inventeurs eux-mêmes.

3.2 Comme indiqué dans le résumé des faits et conclusions (voir point VII ci-dessus),

- par lettre du 9 juin 1997 l'intimée 2 a précisé l'identité de son représentant,
- par lettre du 10 juin 1997 la requérante a indiqué l'identité de ses deux représentants,
- par lettre du 30 juin 1997 l'intimée 1 a simplement signalé qu'elle s'efforcerait de communiquer l'identité d'éventuels témoins avant la procédure orale, ce qu'elle a fait le 7 juillet 1997.

3.3 Indépendamment de la date de la citation à la procédure orale adressée aux parties le 13 février 1997, il était évident depuis plus de deux ans au vu des requêtes formulées en ce sens par les trois parties (requérante : 21 octobre 1994 ; intimée 1 : 2 août 1994 ; intimée 2 : 6 juin 1995) qu'une procédure orale aurait effectivement lieu et qu'il appartenait donc à l'intimée 1 de prendre, pour ce qui la concernait, les mesures préliminaires propres à faciliter le moment venu la présence à l'audience des personnes ayant déposé des déclarations sous la foi du serment. Il lui incombait en particulier, au cas où elle avait effectivement l'intention de recourir à une audition de témoins telle que prévue à l'article 117(1)d) CBE, de se prononcer en ce sens sans même attendre la citation à la procédure orale afin que la Chambre de son côté rende une décision à cet effet et fixe le délai dans lequel l'intimée 1 serait tenue de déclarer à l'OEB les noms et adresses desdits témoins (règle 72(1) CBE). La réponse de l'intimée 1 du 21 février 1995, qui était le dernier mémoire déposé par les parties avant la citation à la procédure orale et

dans laquelle l'intimée 1 réitérait en conclusion sa requête en procédure orale en souhaitant que celle-ci eût bientôt lieu, offrait le cadre idéal pour demander l'audition des témoins. En fait, le calendrier de procédure fixé par la Chambre permettait encore dès réception de la citation à la procédure orale que fussent mises en oeuvre les mesures prévues à cette fin dans la CBE.

- 3.4 Il va de soi que la dénonciation de trois témoins une semaine avant la procédure orale a pris la Chambre au dépourvu en ne lui permettant plus de se conformer aux dispositions de la règle 72(1) et, compte tenu de la requête préliminaire de la requérante visant à ne pas considérer les éventuelles interventions desdits témoins, de la règle 72(2) CBE. Elle a également rendu matériellement impossible pour la requérante de s'organiser de manière correspondante en appuyant sa propre défense sur des interventions d'experts techniques et/ou des explications des inventeurs, voire même de produire des témoins contraires. Un tel déséquilibre dans la qualité de la représentation est manifestement contraire aux principes de procédure généralement admis dans les Etats contractants (article 125 CBE), selon lesquels chaque partie doit être en mesure d'assurer sa défense de la manière la plus équitable possible.
- 3.5 Les arguments invoqués par l'intimée 1 pour justifier le non-respect du délai de réponse fixé par la Chambre ne sont pas acceptables pour les raisons exposées ci-après.
- 3.5.1 Comme l'a expliqué la Chambre lors de la procédure orale, l'allusion à la règle 71bis(1) CBE et la référence à la décision G 0006/95 (susmentionnée) dans la lettre du 9 juillet 1997 de l'intimée 1 ne sont pas appropriées. Dans cette décision, qui portait uniquement sur la question de savoir si les chambres de recours

étaient tenues d'envoyer une notification au titre de la règle 71bis(1) CBE lorsqu'elles citaient les parties à une procédure orale, la Grande Chambre de recours a statué que les dispositions à caractère obligatoire contenues dans cette règle en matière de procédure étaient applicables aux services de première instance de l'OEB, mais pas aux chambres de recours (motifs de la décision, point 5). Si, selon la décision de la Grande Chambre de recours, la règle 71bis(1) CBE est pour les chambres de recours facultative dans son application, en ce sens qu'elle laisse à celles-ci toute latitude pour la préparation de la procédure orale, elle demeure en revanche pour les parties contraignante dans son exécution, au même titre que les autres règles du règlement d'exécution. Ainsi, lorsqu'une chambre de recours, comme dans la présente affaire, décide d'adresser aux parties une notification au titre de la règle 71bis(1) CBE, celles-ci sont tenues d'en respecter la teneur, en particulier en ce qui concerne le calendrier de procédure.

3.5.2 Concernant la référence à la décision G 0006/95 (susmentionnée), il convient encore de relever que la règle 71bis(1) CBE n'est pas le seul texte en relation avec l'appréciation de la recevabilité de nouvelles preuves présentées à un stade tardif de la procédure. Ainsi, la décision prise lors de la procédure orale par la présente Chambre de ne pas procéder à l'audition des témoins n'est pas fondée sur cette règle, mais sur l'article 114(2) CBE qui dispose qu'il peut ne pas être tenu compte des preuves que les parties n'ont pas produites en temps utile. La jurisprudence des chambres de recours a en effet établi que des preuves produites tardivement peuvent ne pas être admises faute de pertinence (cf. par exemple les décisions T 0207/91 du 2 février 1993, T 0713/91 du 26 janvier 1993 et T 0141/92 du 29 juillet 1993, toutes non publiées au JO OEB) ou pour non-respect des exigences de l'équité

(cf. par exemple les décisions T 0939/90 du 16 décembre 1993 et T 0685/91 du 5 janvier 1993, non publiées au JO OEB, ainsi que T 0270/90, JO OEB 93, 725).

3.5.3 L'autre explication du représentant de l'intimée 1, selon laquelle il aurait communiqué l'identité des témoins dès qu'il a été mandaté par la Société Bayer pour la représenter lors de la procédure orale et qu'il lui a été matériellement impossible d'agir plus tôt, ne saurait davantage être retenue. En effet, la Chambre relève qu'il n'a pas été démontré que le changement de mandataire à un stade aussi tardif de la procédure résultait d'un cas de force majeure. Ce changement, dû à la simple volonté du mandant, ne peut permettre d'écarter les considérations du point 3.5.2 ci-dessus. Le nouveau représentant était donc tenu de poursuivre la procédure en l'état où elle se trouvait au moment où il a assumé la succession de son prédécesseur. En tout état de cause, la désignation d'un nouveau représentant par la Société Bayer environ deux semaines avant la procédure orale ne pouvait pas être l'occasion pour l'intimée 1 de définir à bref délai une nouvelle stratégie de défense tout à la fois imprévisible au vu des arguments présentés et des requêtes formulées antérieurement, incompatible avec le calendrier de procédure fixé par la Chambre et contraire aux dispositions mêmes de la CBE.

3.6 Etant dans l'impossibilité de considérer les personnes accompagnant le représentant de l'intimée 1 comme des témoins au titre de l'article 117(1)d) CBE, la Chambre a finalement décidé après délibération intermédiaire que ces personnes resteraient à sa disposition, mais à l'extérieur de la salle où se déroulait la procédure orale, afin que leurs éventuelles déclarations ne puissent être influencées par le contenu des débats antérieurs. Les arguments des intimées au cours de

l'audience, qui se sont appuyés sur les résultats d'analyses et les déclarations sous la foi du serment produits antérieurement, n'ont cependant pas apporté un éclairage nouveau sur les éléments déjà présents au dossier, rendant inutile l'intervention de ces personnes ; celle-ci n'a d'ailleurs plus été souhaitée par l'intimée 1 au cours des débats ayant suivi la délibération intermédiaire.

- 3.7 La solution inverse, qui avait été préconisée par l'intimée 2 et qui consistait à reporter la procédure orale de manière à pouvoir procéder ultérieurement à une audition formelle des témoins, n'a pas été retenue par la Chambre pour deux raisons.

La première est que l'étude des dossiers d'opposition et de recours ne mettait pas a priori en évidence la nécessité de compléter les informations écrites par de tels témoignages, ce que la suite de la procédure orale a d'ailleurs confirmé.

La deuxième est que la dénonciation de témoins une semaine avant la procédure orale est un détournement de procédure dont l'effet dilatoire aurait uniquement pénalisé la requérante en prolongeant la procédure de recours et, par là-même, l'incertitude pour le public concernant la nouveauté de l'objet des revendications du brevet en cause. Face à une telle situation, la Chambre a estimé que les intérêts de la requérante en tant que propriétaire du brevet devaient clairement prévaloir.

Arrière plan technologique

4. Aussi bien dans l'introduction de son mémoire du 2 juin 1992 en procédure d'opposition que dans le mémoire de recours (pages 2/3, paragraphe "Rappel de l'état de la technique") la requérante s'est attachée à

situer le brevet attaqué dans une ligne de perfectionnements de compositions de polyuréthanes à deux composants caractérisée par les étapes techniques suivantes :

- (a) utilisation d'un desséchant,
- (b) sélection d'une zéolite 4A de type Na,
- (c) utilisation d'une zéolite 3A partiellement échangée Na-K pour éliminer la décharge d'azote préadsorbé dans le desséchant, et
- (d) utilisation d'une zéolite 3A partiellement échangée Na-K-Ca pour éliminer les effets de vieillissement des composants pour polyuréthanes ; c'est l'objet du brevet en litige.

Invitées par la Chambre à se prononcer lors de la procédure orale sur cette présentation des développements technologiques, les deux intimées ont simplement donné leur assentiment sans ajouter de commentaires.

Critères d'appréciation des preuves fournies par les intimées

5. Les conditions pour faire valoir une utilisation antérieure accessible au public ont été définies dans de nombreuses décisions des chambres de recours, p. ex. dans la décision T 0194/86 (susmentionnée). Ainsi, pour déterminer si une invention a été rendue effectivement accessible au public par utilisation antérieure, il y a lieu de fournir les indications suivantes :

- a) la date de l'utilisation antérieure ;
- b) l'objet exact de l'utilisation antérieure ;
- c) les circonstances de l'utilisation antérieure.

5.1 Dans sa notification du 18 mars 1997 la Chambre a fait référence à la décision T 0472/92 (susmentionnée) pour préciser le degré de conviction qu'elle entendait utiliser lors de la procédure orale pour apprécier les éléments de preuve produits par les intimées. Selon cette décision, dans la mesure où ce sont les opposantes qui disposent pratiquement de la totalité des moyens de preuve, le critère de l'appréciation de la probabilité, sur lequel les chambres de recours fondent habituellement leur conviction, était à interpréter selon des normes plus sévères atteignant pratiquement la conviction absolue, autrement dit la certitude allant au-delà de tout doute raisonnable. Cette approche pour juger du bien-fondé d'une objection d'utilisation antérieure accessible au public, qui a été récemment confirmée dans la décision T 0848/94 du 3 juin 1997 (non publiée au JO OEB), n'a pas été contestée par les parties, en particulier par les intimées.

5.2 Transposées au contexte de la présente affaire ces considérations ont conduit la Chambre, afin d'établir qu'il y avait un enchaînement sans failles des moyens de preuve relatifs à la nature des zéolites jusqu'à la préparation des polyuréthanes, à articuler les débats lors de la procédure orale autour des points suivants :

- composition de la zéolite fabriquée par l'intimée 1 ;
- correspondance entre le produit fabriqué et le produit commercialisé ;
- correspondance entre le produit commercialisé et le produit mis en oeuvre.

Utilisation antérieure accessible au public

6. Les résultats des rapports d'analyse fournis par les deux intimées mettent en évidence la présence des oxydes Na_2O , K_2O et CaO dans des proportions correspondant aux

valeurs imposées séparément aux paramètres a, b et c dans les revendications indépendantes du brevet en cause. Ce fait a été admis d'emblée par la requérante. En revanche, la question de savoir si la somme $a + b + c$ était ou non égale à 1 a été longuement débattue au cours de la procédure orale.

6.1 Les analyses effectuées sur divers produits Zeolith L par l'intimée 1 ont donné les résultats suivants (document B2) :

- Produits analysés le 4 janvier 1977 :

Echantillon	764	972/80	988
a + b + c	0,925	0,948	0,931

- Produits analysés le 31 octobre 1983 :

Echantillon	793	142	114	119
a + b + c	0,895	0,929	0,956	0,955

- Produit analysé le 16 février 1984 :

Echantillon	477
a + b + c	0,92

Sans nier que les sommes des paramètres s'échelonnaient entre 0,895 et 0,956, l'intimée 1 a fait valoir que la condition requise dans le brevet en litige, à savoir $a + b + c = 1$, correspondait à une valeur idéale ou théorique qui ne pouvait pas être atteinte en réalité et qu'il convenait par conséquent d'interpréter ces résultats comme gravitant autour de 1.

6.2 Les résultats des deux rapports d'analyses effectuées dans les laboratoires de l'intimée 2 le 10 mars 1985 sur des échantillons de Baylith L reçus le 28 février 1985 sont les suivants (document G4) :

Echantillon	N13.85	N14.85
a + b + c	1,02	0,99

Compte tenu des marges d'erreurs expérimentales, ces valeurs ne pouvaient, selon l'intimée 2, que s'interpréter comme égales à 1.

6.3 La première remarque qui s'impose est d'ordre qualitatif dans la mesure où les zéolites analysées n'ont pas toutes la même dénomination commerciale (intimée 1 : Zeolith L ; intimée 2 : Baylith L).

Il ressort clairement des déclarations sous la foi du serment de M. Mengel et M. Ulich que

- les deux appellations ne désignent pas des produits différents, mais un seul et même produit appelé Zeolith L de 1977/1975 à 1980, puis Baylith L à partir de 1980,
- la composition est restée inchangée au moins jusqu'en 1986 et que, en particulier, les zéolites ont contenu du calcium dès 1977 selon M. Mengel ou 1975 selon M. Ulich,
- ces zéolites ont été commercialisées sous les deux appellations aussi bien sous forme de poudre que de pâte.

Il ne fait donc aucun doute aux yeux de la Chambre qu'entre 1977 au plus tard et 1985, qui est la période au cours de laquelle les divers échantillons ont été analysés, il y a bien eu continuité dans la composition des zéolites, en ce que celles-ci ont effectivement contenu du calcium. C'est en raison de cette continuité que le document C3, bien que publié tardivement, a été pris en considération.

6.4 Les informations techniques relatives à la composition des zéolites Baylith L contenues dans les brochures commerciales produites par les trois parties ne sont qu'en contradiction apparente avec cette conclusion.

6.4.1 Certes, il est exact qu'aucune de ces brochures ne fait état de la présence de calcium et qu'il peut être tentant, comme l'a fait la requérante dans son mémoire de réponse du 25 février 1991 en procédure d'opposition (page 6, point III) et dans le mémoire de recours (pages 2/3), d'établir un parallèle entre les zéolites qui y sont décrites et les étapes du développement technologique rappelé au point 4 ci-dessus :

G3, C2, C3, C4 : Baylith T, zéolite 4A : étape (b)
B1, G2, G3, C1, C3 : Zeolith L/Baylith L, zéolite 3A :
étape (c).

Soucieuse à la fois d'interpréter de manière restrictive la composition des zéolites Baylith L décrites dans le document C3 et de mettre en exergue l'avancée technologique que représente l'utilisation de zéolites 3A de type Na-K-Ca comme charge déshydratante selon les conditions définies dans le brevet en cause, la requérante a étendu ce parallèle au document B4 qui décrit de telles zéolites mixtes correspondant donc à l'étape (d).

6.4.2 La Chambre ne peut cependant souscrire à une telle interprétation du document C3. Comme l'a fait valoir l'intimée 1 à plusieurs reprises, le tableau qui constitue ce document ne divulgue pas des résultats d'analyses des diverses zéolites produites par la Société Bayer, mais plus généralement indique pour chaque produit commercial la taille des pores, le type et la forme sous laquelle ce produit est mis en vente ; l'indication "forme Na-K" en face de Baylith L est manifestement destinée à souligner la différence avec le

produit Baylith T "forme Na" présenté conjointement et ne peut pas, au vu des éléments de preuve apportés par les intimées, être interprétée comme une indication limitative de composition. Autrement dit, l'indication "forme Na-K" s'applique non seulement aux zéolites caractérisées par la présence de sodium et de potassium seulement, mais également aux zéolites dérivées qui contiennent en plus un autre métal, p. ex. alcalino-terreux, et à ce titre elle doit être considérée comme une définition générique tout à fait compatible avec le contenu des déclarations sous la foi du serment de M. Mengel et M. Ulich.

- 6.5 En ce qui concerne l'aspect quantitatif de la composition, il va de soi que si la Chambre peut se rallier sans hésitation à la conclusion de l'intimée 2 quant à l'interprétation de ses résultats d'analyses, selon laquelle les échantillons N13.85 et N14.85 satisfont à la condition $a + b + c = 1$ requise dans le brevet en litige, il n'en est pas de même des explications proposées par l'intimée 1.

En particulier, l'argument selon lequel les résultats expérimentaux seraient en fait des valeurs par défaut qu'il conviendrait d'interpréter comme égales à 1, car cette valeur ne pourrait être atteinte en pratique, n'est pas acceptable pour les raisons suivantes. D'une part, il est en contradiction avec les résultats obtenus par l'intimée 2 qui a montré que des valeurs situées autour de 1 peuvent être facilement mesurées moyennant des marges d'erreur de l'ordre de 1 à 2 % au plus. D'autre part, il est également en contradiction avec l'enseignement du document B4 qui décrit des zéolites contenant des oxydes de sodium, de potassium et de calcium ; dans l'exemple 4 la méthode de préparation par échange et la technique d'analyse sont tellement précises que la somme $a + b + c$ est donnée comme égale à 1,00. Enfin, il ne ressort pas des déclarations de

M. Mengel et de M. Ulich, qui portaient plutôt sur l'aspect qualitatif de la composition des zéolites, que dans le produit Baylith L fabriqué à partir de 1977/1975 la somme $a + b + c$ devait être, aux erreurs expérimentales près, égale à 1.

6.6 Afin de donner une interprétation cohérente des éléments de preuve acceptés par la Chambre (déclarations de M. Mengel et M. Ulich relatives à la présence de calcium) et des résultats d'analyse apparemment contradictoires fournis par les intimées (document B2 : valeurs échelonnées entre 0,895 et 0,956 ; document G4 : valeurs égales à 1), auxquels il convient cependant d'attribuer une égale valeur probante, il faut admettre que le produit Baylith L était un produit commercial ayant contenu du calcium sans doute dès 1975, au plus tard à partir de 1977, et ayant une composition susceptible de varier entre des limites relativement étroites telles que la somme $a + b + c$ soit comprise entre environ 0,9 et environ 1. Ceci semble d'ailleurs admis par M. Mengel qui évoque explicitement dans sa déclaration les écarts habituels de composition mis en évidence lors d'analyses de routine effectuées à partir de 1977.

7. Il convient à présent d'examiner le maillon (produit vendu - produit livré) à la lumière des bulletins d'expédition de la Société Bayer (document B3, annexes 3a et 3b), d'une part, et des déclarations sous la foi du serment de M. Krull de la Société Gießharzwerk Frechen du 4 juin 1991 et M. Reichwein de la Société Rütgerswerke du 15 août 1991, d'autre part.

7.1 L'annexe 3a est le bulletin d'expédition n° A109/094818H31 correspondant à une commande de 63 fûts de 40 kg de Baylith L en poudre par la Société Gießharzwerk Frechen. Sur la page 2 figurent la date de

sortie de la marchandise du dépôt central (31 mars 1983), la date d'expédition (5 avril 1983) et les numéros des lots sous forme d'annotation manuscrite (793 et 798). Il n'y a aucune trace de la réception de la marchandise par le destinataire dans le document, p. ex. sous forme de cachet avec date d'arrivée.

Pour sa part, M. Krull a déclaré : "A ma connaissance, le produit Baylith L en poudre livré par la Société Bayer est ajouté par la Société Gießharzwerk Frechen au composant polyol de compositions de polyuréthanes à deux composants uniquement et exclusivement à titre d'agent de déshydratation. Le produit Baylith L en poudre du 31 mars 1983 selon l'expédition n° 109/094818H31 a donc été utilisé de cette manière." (Traduction par la Chambre).

- 7.2 L'annexe 3b comprend les bulletins d'expédition n° A109/392758L31 et n° A109/072393F41 correspondant chacun à une commande de 50 fûts de 100 kg de Baylith L en pâte par la Société Rütgerswerke. Ces documents comportent également les dates de sortie de la marchandise du dépôt central et les dates d'expédition (2 janvier 1984 resp. 9 mars 1984) ainsi que les numéros des lots sous forme d'annotation manuscrite (885 resp. 899). Comme ci-dessus, il n'y a aucune trace de la réception de la marchandise par le destinataire.

Pour sa part, M. Reichwein a déclaré : "A ma connaissance ... le produit Baylith L en pâte livré par la Société Bayer est utilisé uniquement et exclusivement en tant qu'agent de déshydratation dans le composant polyol de compositions de polyuréthanes à deux composants. Ceci concerne donc également les livraisons de Baylith L en pâte de janvier 1984 et mars 1984 ...

Les bulletins d'expédition n° A109/392758L31 et A109/072393F41 que m'a transmis la Société Bayer sont joints à la présente déclaration." (Traduction par la Chambre).

7.3 L'appréciation de ces divers éléments de preuve appelle les réserves suivantes :

7.3.1 Alors que l'expédition de fûts de Baylith L est documentée de manière adéquate, il n'y a aucune trace de l'arrivée de la marchandise permettant de conclure que les produits tels qu'identifiés par la Société Bayer ont effectivement été réceptionnés par les Sociétés Gießharzwerk Frechen et Rütgerswerke. Ceci est une lacune majeure dans la démonstration des intimées.

7.3.2 Les déclarations faites par M. Krull et M. Reichwein ne permettent pas de compenser cette lacune. En effet, s'il ressort de ces déclarations que tous deux étaient à l'époque chefs de production dans les unités spécialisées dans la fabrication de polyuréthanes et qu'il ne saurait donc y avoir le moindre doute quant à la force probante de leurs déclarations relatives à l'utilisation de Baylith L dans des polyols en vue de fabriquer ces polyuréthanes, en revanche, il est douteux que M. Krull et M. Reichwein aient eu qualité pour évoquer les détails d'une livraison particulière, p. ex. la date de la réception et la nature exacte de la marchandise. Cette réserve va d'ailleurs dans le sens de la remarque faite par l'intimée 1 dans son mémoire déposé le 5 août 1994 (pages 10/11), selon laquelle les utilisateurs sont davantage concernés par les aspects pratiques de mise en oeuvre des zéolites que par les résultats d'éventuelles analyses de ces zéolites. La terminologie utilisée au début du paragraphe critique des déclarations de M. Mengel et de M. Ulich, "à ma connaissance", qui suggère que l'information à venir n'est pas de première main, est également révélatrice.

De plus, le fait que la Société Bayer a transmis les bulletins d'expédition n° A109/392758L31 et A109/072393F41 pour qu'ils soient joints à la déclaration de M. Reichwein montre bien que l'information relative à ces expéditions n'émane pas de la société à qui les marchandises étaient destinées.

Ces diverses réserves quant à la valeur probante des déclarations de M. Krull et M. Reichwein ont pesé pour une bonne part dans la décision de la Chambre de ne pas reporter la procédure orale, comme l'avait suggéré l'intimée 2.

7.3.3 Les annotations manuscrites des numéros des lots sur les bulletins d'expédition suggèrent qu'il ne s'agit pas d'une indication d'origine, mais d'un ajout effectué ultérieurement, sans qu'il soit possible de préciser par qui et à quelle date. Cette incertitude apparaît encore plus clairement sur le document d'origine du bulletin d'expédition n° A109/094818H31 présenté lors de la procédure orale, où il est manifeste que les annotations 793 et 798 n'ont pas été écrites par la personne qui a visé la sortie de la marchandise du dépôt central. En l'absence d'explication convaincante de la part de l'intimée 1 sur l'origine de ces annotations, il existe donc un certain doute sur la correspondance entre ces lots et les bulletins d'expédition, donc sur l'identité des zéolites livrées.

7.3.4 Parmi les lots expédiés, seul le numéro 793 correspond à un échantillon analysé antérieurement ($a + b + c = 0,895$). Aucune information relative à la composition des lots n° 798, 885 et 899 n'est par contre présente au dossier, ni en tant que produit Zeolith L, ni en tant que produit Baylith L.

7.4 En ce qui concerne les échantillons N 13.85 et N 14.85, il ressort clairement de la déclaration accompagnant l'acte d'opposition de l'intimée 2 (point II et analyses) qu'ils faisaient partie des échantillons de produit Baylith L acquis régulièrement entre 1979 et 1985 par l'intimée 2 auprès de l'intimée 1 afin de les analyser et d'en étudier les propriétés. Bien que les résultats d'analyse montrent que ces deux échantillons correspondent en tous points aux zéolites mises en oeuvre dans le brevet en cause, aucune preuve n'a été apportée de leur utilisation dans des compositions de polyuréthanes à deux composants, telle que revendiquée, ni de leur livraison aux Sociétés Gießharzwerk Frechen et Rütgerswerke.

8. Pour démontrer l'identité entre le produit commercialisé et le produit mis en oeuvre dans la synthèse de polyuréthanes (troisième maillon de la chaîne) les intimées se sont appuyées sur les déclarations sous la foi du serment de M. Mengel, d'une part, et de M. Krull et M. Reichwein, d'autre part.

Au vu des fonctions exercées par les auteurs de ces déclarations, on peut considérer comme établi sans ambiguïté que des produits Baylith L ont effectivement été utilisés par la Société Gießharzwerk Frechen et la Société Rütgerswerke comme charge déshydratante dans les conditions requises dans le brevet en litige. Aucune information n'a cependant été fournie par les utilisateurs quant à la composition exacte des produits mis en oeuvre.

Conclusion

9. Il a donc été successivement établi que

- le produit Baylith L est un produit commercial dont la composition est susceptible de varier dans des limites telles que la somme $a + b + c$ est comprise, aux erreurs expérimentales de mesure près, entre environ 0,9 et environ 1. Seuls les échantillons N13.85 et N14.85 analysés par l'intimée 2 sont des produits tels que mis en oeuvre dans le brevet en litige ($a + b + c = 1$) (premier maillon) ;
- il n'y a aucune évidence qu'un produit tel qu'analysé par l'intimée 2 a été adressé à la Société Gießharzwerk Frechen ou à la Société Rütgerswerke et il n'y a aucune trace de réception par les destinataires des produits Baylith L, tels qu'identifiés par la Société Bayer, de sorte qu'aucune conclusion ne peut être tirée quant à la nature des zéolites commercialisées, donc disponibles pour utilisation ultérieure (deuxième maillon) ;
- même si l'utilisation de produits Baylith L dans les conditions requises a effectivement été démontrée (troisième maillon), il s'agit de produits de composition indéterminée ne permettant de tirer aucune conclusion.

Outre l'incertitude quant à la nature exacte des zéolites commercialisées, il ressort de ces conclusions partielles que la dénomination commune Baylith L pour désigner à la fois le produit analysé, le produit commercialisé et le produit mis en oeuvre n'est pas un gage d'identité en ce qui concerne la composition de ces diverses zéolites, ni par conséquent de continuité dans l'enchaînement des moyens de preuve invoqués par les intimées. Il en résulte que la force probante des

diverses déclarations sous la foi du serment et des documents produits est tout à fait insuffisante pour démontrer avec le degré de conviction défini dans la décision T 0472/92 (susmentionnée) que des produits tels que mis en oeuvre dans le brevet en litige en tant que charge déshydratante du composant polyol étaient disponibles auprès des Sociétés Gießharzwerk Frechen et Rütgerswerke pour fabriquer des polyuréthanes par mélange de deux composants. Il s'ensuit que l'allégation d'utilisation antérieure accessible au public est sans fondement et que, par conséquent, l'exigence de nouveauté est satisfaite pour l'objet de toutes les revendications.

Au vu de cette conclusion il n'y a pas lieu de considérer les arguments échangés par les parties sur la base des décisions T 0093/89 et G 0001/92 (susmentionnées) à propos de l'incitation à analyser un produit accessible au public, ni la "proposition" que la requérante a suggéré de soumettre "à l'approbation de la Grande Chambre de recours".

10. Bien que l'exigence de nouveauté soit satisfaite, il ne peut être fait droit à la requête de la requérante que le brevet soit maintenu sans modifications, étant donné que le défaut d'activité inventive avait également été invoqué dans les notices d'opposition, explicitement par l'intimée 1 (alors opposante 1) et par le biais de l'article 100 a) CBE par l'intimée 2 (alors opposante 2). Afin que les parties puissent bénéficier de l'examen de cette question par deux instances, l'affaire est renvoyée à l'instance du premier degré conformément aux dispositions de l'article 111(1) CBE pour suite à donner.

Dispositif

Par ces motifs, il est statué comme suit :

1. La décision attaquée est annulée.
2. L'affaire est renvoyée à l'instance du premier degré afin de poursuivre la procédure.

Le Greffier :



P. Martorana

Le Président :



C. Gérardin

