

COPIE adressée conformément à l'article
792 de Code judiciaire
EXEMPT du DROIT D'EXPEDITION : art. 280, 2°, C. Enreg. 3135

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

N° C.14.0098.F

1. **SAINT-GOBAIN ISOVER G+H (GRÜNZWEIG + HARTMANN) Aktiengesellschaft (AG)**, société de droit allemand, dont le siège est établi à Ludwigshafen (Allemagne), Bürgermeister-Grünzweig-Straße, 1-47,
2. **SAINT-GOBAIN CONSTRUCTION PRODUCTS NEDERLAND**, société de droit néerlandais, dont le siège est établi à AH Etten-Leur (Pays-Bas), Parallelweg, 20,

demandereses en cassation,

représentées par Maître Johan Verbist, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Anvers, Amerikalei, 187/302, où il est fait élection de domicile,

contre

KNAUF INSULATION, société privée à responsabilité limitée dont le siège social est établi à Visé, rue de Maestricht, 95,

défenderesse en cassation,

représentée par Maître Paul Alain Foriers, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 149, où il est fait élection de domicile.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 19 septembre 2013 par la cour d'appel de Liège.

Le conseiller Martine Regout a fait rapport.

L'avocat général André Henkes a conclu.

II. Le moyen de cassation

Les demanderesses présentent un moyen libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées

- *article 149 de la Constitution ;*
- *articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil ;*
- *articles 26, alinéa 1^{er}, 27, § 1^{er}, et 52, § 1^{er}, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention ;*
- *article 69 de la Convention sur la délivrance des brevets européens, faite à Munich le 5 octobre 1973, approuvée par la loi du 8 juillet 1977, et protocole interprétatif dudit article 69 (articles 1^{er} et 2), joint à cette convention et faisant partie intégrante de celle-ci en vertu de son article 164(1).*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt attaqué décide que la caractéristique relative au diamètre des fibres est la caractéristique essentielle de l'invention brevetée et fait défaut dans les produits de la défenderesse. Sur cette base, il exclut la contrefaçon, tant littérale que par équivalent.

Cette décision est fondée sur les motifs suivants :

« La demande de brevet initialement déposée - et en particulier la revendication 1 - a fait l'objet de plusieurs modifications lors de la procédure de délivrance avant d'aboutir à la version définitive opposée à [la défenderesse].

(...)

Le texte de la revendication 1, seule en cause ici, a évolué comme suit :

- *La demande de brevet A1, déposée à l'origine par la société Bayer AG, porte :*

- *sur un produit de fibres de verre ;*

- *avec une compatibilité biologique élevée ;*

- *caractérisée en ce que les fibres présentent 'einen mittleren Durchmesser' - ce que [la seconde demanderesse] traduit par 'un diamètre médian' et [la défenderesse] par 'un diamètre moyen' - inférieur à 8 μm , de préférence inférieur à 3 μm et une fraction de plus de 10 p.c. avec un diamètre inférieur à 3 μm ;*

- *et en ce que les verres utilisés pour la fabrication des fibres contiennent les composants suivants avec les proportions indiquées en mole p.c. (...).*

- *Avant même qu'une procédure d'opposition ne soit introduite, Bayer modifie la revendication 1 en ce que :*

- *celle-ci porte désormais non plus sur un produit de fibres de verre mais sur l'utilisation de fibres de verre,*

- consistant en un verre à la composition restée identique à celle décrite précédemment,

- les fibres ayant désormais un diamètre inférieur à $8\ \mu\text{m}$ ('die einen Durchmesser von $<8\ \mu\text{m}$ besitzen'), plus de 10 p.c. des fibres de verre ayant un diamètre inférieur à $3\ \mu\text{m}$; il n'est donc plus fait référence à un diamètre 'médián' ou 'moyen' ('mittleren'),

- en tant que fibres de verre 'die kein kanzerogenes Potential zeigen', ce que [la seconde demanderesse] traduit par 'dépourvues de propriétés cancérigènes' et [la défenderesse] par 'qui ne présentent aucun potentiel cancérigène'.

Un premier brevet B 1 est délivré sur cette base à Bayer.

• Ce brevet est frappé d'opposition par [la seconde demanderesse] mais une transaction commerciale intervient entre Bayer et [la seconde demanderesse] aux termes de laquelle Bayer cède le brevet à [la seconde demanderesse]. Cette dernière retire alors son opposition.

La procédure est toutefois poursuivie d'office par la division d'opposition de l'Office européen des brevets et [la seconde demanderesse], désormais titulaire du brevet, amende de nouveau celui-ci en cours de procédure.

Désormais, le texte de la revendication 1 se lit définitivement :

- comme l'utilisation de fibres de verre,

- avec une composition de verre légèrement modifiée en molécules de MgO,

- et ayant un diamètre inférieur à $8\ \mu\text{m}$, plus de 10 p.c. des fibres ayant un diamètre inférieur à $3\ \mu\text{m}$,

- en tant que fibres de verre, soit 'dépourvues de propriétés cancérigènes' selon [la seconde demanderesse], soit 'qui ne présentent aucun potentiel cancérigène' selon [la défenderesse],

- 'les proportions TiO₂, BaO, ZnO, SrO, ZrO₂ étant inférieures à 1 mole p.c.'.

(...)

III. La contrefaçon alléguée

1. La composition du verre pour fabriquer les fibres de verre

(...)

[la défenderesse] n'en discute pas. C'est la seule caractéristique faisant l'objet de la revendication 1 du brevet dont elle ne conteste pas la réalisation.

2. La répartition des diamètres des fibres de verre

(...) [La seconde défenderesse] défend une lecture de la revendication 1 de son brevet qui revient, ni plus ni moins, à délibérément omettre la modification qu'elle y a apportée puisqu'elle y milite pour la réinsertion implicite du terme 'médián' qu'elle a elle-même supprimé en cours de procédure devant l'Office européen des brevets.

(...) La modification apportée à la revendication 1, entre la version A1 et la version définitive du brevet, ne peut être le fruit d'une erreur matérielle ou d'un simple oubli.

Ce n'est en effet pas seulement le terme 'mittleren' qui a disparu mais la rédaction de la revendication qui a été retravaillée à cet égard, passant de fibres de verre qui 'einem mittleren Durchmesser $<8 \mu\text{m}$ (...) aufweisen' à des fibres de verre qui 'einen Durchmesser von $<8 \mu\text{m}$ besitzen', ce que les parties traduisent par 'présenter un diamètre médian $<8 \mu\text{m}$ ' versus 'avoir un diamètre $<8 \mu\text{m}$ '.

L'adaptation du verbe à la suite de la modification opérée témoigne du caractère réfléchi de la modification apportée.

(...) La suppression du terme 'mittleren' à la revendication 1 du brevet a restreint la protection qu'il confère.

En effet :

- Par fibres présentant un diamètre moyen ou médian inférieur à 8 μm , la revendication 1, dans sa version initiale, était susceptible d'englober des populations de fibres ayant, pour certaines, un diamètre inférieur à 8 μm , et pour d'autres, un diamètre supérieur à 8 μm , pour autant que la valeur moyenne ou médiane des diamètres de l'ensemble des fibres reste inférieure à 8 μm .

- En revanche, à la suite de la modification opérée par le breveté, la revendication 1 ne vise plus que des populations de fibres ayant toutes et chacune un diamètre inférieur à 8 μm .

*[La seconde défenderesse] ne peut être admise, sous couvert d'interprétation, à faire marche arrière afin de récupérer le champ de protection qu'elle a perdu de son propre chef : 'La protection accordée par le brevet est déterminée et délimitée par les revendications formulées par le breveté. Ce principe est de doctrine et de jurisprudence anciennes, et résulte de ce que, comme le remarque André, « le breveté se fait à lui-même sa loi ; en conséquence, il n'obtient que ce qu'il a demandé »' (B. Remiche et V. Cassiers, *Le droit des brevets*, p. 120).*

*'Compte tenu du principe d'interprétation restrictive exposé ci-dessus, l'interprète ne peut rien ajouter : il peut expliquer, c'est-à-dire « déplier » ce qui était implicitement contenu dans la revendication en se fondant sur la description et les dessins, mais il ne peut rien apporter qui ne s'y trouve pas au moins en germe' (B. Remiche et V. Cassiers, *op.cit.*, p. 121).*

Dès lors que la version initiale de la revendication 1 se référerait explicitement au caractère - moyen ou médian - du diamètre des fibres et que sa version définitive a tout autant expressément supprimé la référence à ce caractère, il ne peut être soutenu que ce dernier continuerait néanmoins à s'y trouver en germe.

(...)

La revendication 1 du brevet ne peut se lire que comme visant des fibres de verre ayant toutes un diamètre inférieur à 8 μm .

2.2 [La seconde défenderesse] soutient que, même en ce cas, le fait qu'une petite proportion des fibres ait un diamètre supérieur à 8 μm n'exclut pas la contrefaçon. Elle rappelle que 'la contrefaçon n'exige pas une reproduction à l'identique de l'invention ; il faut mais il suffit que les caractéristiques essentielles de l'invention brevetée se retrouvent dans le procédé ou le produit du tiers. Les différences secondaires ou superficielles ne sont pas de nature à exclure la contrefaçon. Ces règles s'appliquent également lorsque les revendications du brevet consistent en une ou plusieurs valeurs chiffrées' (Cass., 3 février 2012, IRDI, 2012/3, p. 255).

La différence n'est toutefois ici ni secondaire ni superficielle :

- D'une part, elle concerne une caractéristique essentielle de l'invention brevetée. [La seconde demanderesse] elle-même expose que 'la revendication 1 du brevet accordé porte sur des fibres de verre d'une certaine composition et ayant un diamètre inférieur à 8 μm , parmi lesquelles plus de 10 p.c. des fibres doivent présenter un diamètre inférieur à 3 μm '.

La caractéristique essentielle de fibres de verre ayant un diamètre inférieur à 8 μm ne se retrouve pas dans les produits incriminés de [la défenderesse].

- D'autre part, elle n'est pas superficielle, concernant de 11,1 à 14,1 p.c. des fibres des échantillons examinés.

Pareil ordre de grandeur peut d'autant moins être minimisé en l'espèce qu'il se constate que la caractéristique essentielle suivante de la revendication 1- 'plus de 10 p.c. des fibres doivent présenter un diamètre inférieur à 3 μm ' - porte précisément sur une proportion du même ordre.

Un écart de plus de 10 p.c. en ce domaine est donc pleinement significatif.

2.3 À titre très subsidiaire, [la seconde demanderesse] se prévaut à tout le moins d'une contrefaçon par équivalent.

Elle avance que le fait qu'un nombre limité de fibres ait un diamètre supérieur à 8 μm ne produirait pas d'effet technique nouveau dès lors que ces fibres sont trop grandes pour être inhalées par l'organisme et qu'elles sont donc insignifiantes pour l'invention ; malgré leur présence, l'effet technique relatif à l'absence de potentiel cancérigène resterait donc bien présent.

Le problème est que la théorie des équivalents ne peut servir à récupérer ce à quoi le breveté a lui-même renoncé dans la procédure en délivrance du brevet.

Or en l'occurrence, tel est précisément l'exercice auquel se livre [la seconde demanderesse].

Les données du rapport de saisie-description sont telles que les produits incriminés de [la défenderesse] auraient répondu à la caractéristique essentielle relative au diamètre moyen ou médian des fibres inférieur à 8 μm , si cette caractéristique n'avait pas été modifiée par les soins du breveté en cours de procédure. C'est en raison de ce que ce dernier a lui-même limité le champ de protection du brevet, aux termes de la version définitive de la revendication 1, à des fibres ayant un diamètre inférieur à 8 μm , que cette caractéristique ne se retrouve désormais plus dans les produits de [la défenderesse] dont un pourcentage non négligeable possède un diamètre supérieur. Au motif que cette proportion ne produirait pas d'effet technique différent, [la seconde demanderesse] n'est pas admissible à prétendre maintenant à une contrefaçon par équivalent là où elle a elle-même exclu qu'il puisse y avoir contrefaçon.

On ne se trouve pas en l'espèce face à des facteurs techniques différents mais équivalents en ce qu'ils remplissent les mêmes fonctions. On est au contraire confronté à des facteurs techniques qui étaient initialement visés par la demande de brevet mais qui ont été exclus par le breveté avant l'enregistrement du brevet ; on est donc clairement, par la volonté même du breveté, en dehors du champ du brevet.

IV. Conclusions

À partir du moment où une des caractéristiques essentielles de la revendication 1 du brevet fait défaut, il ne peut y avoir contrefaçon ».

Griefs

Première branche

Les demanderesses avaient soutenu dans leurs dernières conclusions d'appel :

« 06. Le potentiel cancérigène était mis en rapport avec l'effet combiné de la forme de la fibre, la durée de persistance dans les poumons, et les possibilités d'une évacuation hors des poumons (§§ [0004] et [0005]). Ces trois facteurs étant eux-mêmes influencés par la composition et la dimension des poussières fibreuses :

'La stabilité des FMA dépend essentiellement de leur composition chimique. La durée de persistance dans les poumons dépend de la composition et de la dimension des poussières fibreuses' (§ [0005] du brevet).

07. L'invention (...) vise un choix approprié de fibres de verre répondant à certaines caractéristiques (...).

Ce but a été atteint par l'utilisation de fibres de verre possédant les caractéristiques de composition du verre et les caractéristiques de diamètre indiquées dans la revendication indépendante 1 (...).

C'est surtout la présence de fines fibres (respirables) qui importe (à partir d'un certain diamètre, les fibres sont trop grandes pour être inhalées par l'organisme et ne sont donc pas dangereuses) (...).

08. (...)

C'est le breveté qui, pour la première fois, a identifié la composition appropriée des fibres permettant d'éviter un potentiel cancérigène.

(...)

10. (...) Le produit tel que visé dans la version B2 du brevet, invoquée en l'espèce, n'était pas connu. La composition chimique spécifique de la fibre était nouvelle et n'avait jamais été identifiée comme un facteur critique permettant d'éviter un potentiel cancérigène.

(...)

93. Conformément à l'invention, le problème technique a été résolu par une composition de verre précisée dans la revendication 1, les fibres devant en outre satisfaire à la condition supplémentaire selon laquelle 'les proportions, de TiO₂, BaO, ZnO, SrO et ZrO₂ sont < à 1 mole p.c.'.

En d'autres termes, le cœur de l'invention revendiquée est la reconnaissance d'un domaine de composition d'oxydes avec une limite maximale pour les proportions en TiO₂, BaO, ZnO, SrO et ZrO₂ lorsque l'on veut éliminer le potentiel cancérigène des fibres ; cette limite est '< 1 mole p.c.' ».

Les demanderesses soutenaient ainsi que :

- le cœur de l'invention brevetée réside dans la composition chimique des fibres ; c'est la présence de fines fibres respirables qui importe, les fibres dont le diamètre étant supérieur à 5 µm et donc a fortiori supérieur à 8 µm étant trop grandes pour être inhalées par l'organisme et donc pas dangereuses ;

- c'est donc la composition chimique des fibres dont le diamètre est inférieur à 8 µm qui est critique pour éviter un potentiel cancérigène.

L'arrêt ne répond à aucun de ces moyens.

En effet, en considérant que la caractéristique relative au diamètre est en tant que telle une caractéristique essentielle de l'invention brevetée, sans avoir aucunement égard à la caractéristique de composition, l'arrêt ne répond pas au moyen avancé par les demanderesses selon lequel la caractéristique essentielle pour éviter un potentiel cancérigène est la composition chimique des fibres dont le diamètre est inférieur à 8 µm.

L'arrêt n'est dès lors pas régulièrement motivé et viole l'article 149 de la Constitution.

Deuxième branche

En ce qui concerne la contrefaçon, les demanderesses avaient soutenu dans leurs dernières conclusions d'appel :

« 154. Le fait que la composition des fibres soit reproduite n'a (...) jamais été contesté par (la défenderesse).

(...)

156. (La défenderesse) soutient que pour tomber dans le champ de protection dudit brevet, toutes les fibres utilisées par elle devraient avoir un diamètre inférieur à 8 µm.

(...)

(Si) la (cour d'appel) devait suivre l'interprétation de (la défenderesse), le fait qu'une petite proportion des fibres ait un diamètre supérieur à 8 µm n'exclut pas la contrefaçon.

Lors de l'appréciation de la contrefaçon, il faut s'attacher aux ressemblances portant sur les éléments essentiels, et non aux éventuelles différences. La contrefaçon ne doit être ni complète ni servile. La Cour de cassation a ainsi jugé tout récemment que :

'La contrefaçon n'exige pas une reproduction à l'identique de l'invention ; il faut mais il suffit que les caractéristiques essentielles de l'invention brevetée se retrouvent dans le procédé ou le produit du tiers. Les différences secondaires ou superficielles ne sont pas de nature à exclure la contrefaçon. Ces règles s'appliquent également lorsque les revendications du brevet consistent en une ou plusieurs valeurs chiffrées'.

Dès lors, du moment que (la défenderesse) utilise notamment des fibres dont le diamètre est inférieur à $8\ \mu\text{m}$ - ce qui est sans conteste le cas dès lors que selon le rapport de l'expert, la très grande majorité des fibres (85,9 p.c. selon l'échantillon 2009) ont un diamètre inférieur à $8\ \mu\text{m}$ - il y a contrefaçon. Le fait qu'une très faible proportion de fibres soit supérieure à $8\ \mu\text{m}$ ne permet pas d'exclure la contrefaçon.

(...) À titre très subsidiaire, il y aurait à tout le moins une contrefaçon par équivalent.

Il y a contrefaçon par équivalent dès que la fonction technique revendiquée dans le brevet est reprise dans la contrefaçon, même en présence d'une différence quant aux éléments de l'invention qui ne produit aucun effet technique nouveau. En d'autres termes, si la fonction technique couverte par le brevet est reprise dans la contrefaçon, l'emploi de moyens techniques différents, mais équivalents dans la mesure où ils ne produisent pas un effet technique nouveau, n'exclut pas la contrefaçon [note de bas de page : B. Remiche et V. Cassiers, *op.cit.*, pp.420-421].

En l'espèce, le fait qu'une faible partie des fibres soit supérieure à $8\ \mu\text{m}$ ne produirait pas d'effet technique nouveau dès lors que ces fibres sont trop grandes pour être inhalées par l'organisme et sont donc insignifiantes pour l'invention [note de bas de page : L'Organisation mondiale de la santé a établi en 1985 qu'une fibre, pour avoir un effet sur la santé, doit avoir un diamètre inférieur à $8\ \mu\text{m}$. C'est cette définition que retient le brevet dans sa partie introductive. L'article de Pott cité par [la défenderesse] indique que les matériaux fibreux d'isolation contiennent en grande partie des diamètres de fibre relativement gros ($> 5\ \mu\text{m}$) qui ne peuvent pas arriver dans les bronches, mais il se dégage lors de leur traitement aussi des fragments de fibre qui peuvent être inhalés. La directive européenne sur le marquage des produits dangereux exonère dans sa note R, les particules dont le diamètre moyen géométrique est supérieur à $6\ \mu\text{m}$. Dans son dernier rapport (2002), qui se base sur nombre d'études épidémiologiques retenant cette limite de $3\ \mu\text{m}$ comme objet d'étude, le CIRC est également amené à considérer que les fibres de diamètres de $3\ \mu\text{m}$ ou moins sont actuellement considérées comme les plus probables d'avoir un effet sur la santé humaine].

Même en présence d'un nombre limité de fibres supérieures à 8 µm, l'effet technique relatif à l'absence de potentiel cancérigène resterait donc bien présent. Le tribunal de grande instance de Paris a ainsi correctement relevé que :

'Même en présence d'un nombre limité de fibres supérieures à 8 µm, l'effet technique relatif à l'absence de potentiel cancérigène, comme dans le cas de l'utilisation de fibres correspondant aux fibres revendiquées dans le brevet, resterait donc bien présent et dans la mesure où la caractéristique relative aux proportions de TiO₂, BaO, ZnO, SrO et ZrO₂ est l'élément caractéristique de la revendication 1, il est clair que la légère variation du diamètre de 14 p.c. des fibres ne fait pas sortir les fibres litigieuses de la contrefaçon' ».

Les demanderesses soutenaient ainsi que :

- le cœur de l'invention brevetée réside dans la composition chimique des fibres dont le diamètre est inférieur à 8 µm qui est critique pour éviter un potentiel cancérigène ;

- il n'était pas contesté que la défenderesse utilise notamment des fibres dont le diamètre est inférieur à 8 µm et reproduisant la composition chimique revendiquée dans le brevet ;

- le fait que la défenderesse utilise en outre des fibres avec un diamètre supérieur à 8 µm ne produit aucun effet technique parce que ces fibres sont trop grandes pour être inhalées par l'organisme et sont donc insignifiantes pour l'invention ;

- il y a donc contrefaçon par équivalent parce que la défenderesse reproduit de manière équivalente la fonction technique revendiquée dans le brevet en utilisant les fibres revendiquées dans la revendication 1 en combinaison avec d'autres fibres, ayant certes un diamètre supérieur à 8 µm, mais qui sont sans effet technique.

L'arrêt ne répond pas à ce moyen.

En effet, en considérant que la théorie des équivalents ne peut servir à récupérer ce à quoi le breveté a renoncé lors de la procédure en délivrance du brevet, et qu'on ne se trouve en l'espèce pas face à des facteurs techniques différents mais équivalents en ce qu'ils remplissent la même fonction dès lors qu'on est confronté à des facteurs techniques qui étaient initialement visés par la demande de brevet mais qui auraient été exclus par le breveté avant l'enregistrement du brevet, l'arrêt ne répond pas au moyen soulevé.

Les demanderesses n'ont pas invoqué qu'en application de la théorie des équivalents, elles estimaient que l'utilisation de fibres ayant un diamètre supérieur à 8 µm constituait le moyen technique équivalent.

Les demanderesses n'ont pas invoqué non plus qu'en application de la théorie des équivalents, elles estimaient que l'utilisation de fibres ayant un diamètre moyen ou médian supérieur à 8 µm constituait le moyen technique équivalent.

Les demanderesses ont par contre invoqué que l'utilisation de fibres dont le diamètre est inférieur à 8 µm et reproduisant la composition chimique revendiquée, en combinaison avec des fibres de diamètre supérieur mais sans effet technique, constitue le moyen technique équivalent.

En considérant que les demanderesses, en se basant sur la théorie des équivalents, ont souhaité récupérer ce qui aurait été abandonné lors de la procédure de délivrance, à savoir l'utilisation de fibres ayant un diamètre moyen ou médian supérieur à 8 µm, l'arrêt ne répond donc pas à ce moyen.

Il n'est dès lors pas régulièrement motivé et viole l'article 149 de la Constitution.

À tout le moins, si la cour d'appel a interprété le moyen des demanderesses comme signifiant qu'en application de la théorie des équivalents l'usage de fibres ayant un diamètre moyen ou médian de 8 µm constituerait une contrefaçon par équivalent, l'arrêt viole la foi due aux conclusions des demanderesses en donnant de celles-ci une interprétation inconciliable avec leurs termes (violation des articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil).

Troisième branche

Aux termes de l'article 17, § 2, première phrase, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, la ou les revendications du brevet définissent l'objet de la protection demandée. De même, selon l'article 26, alinéa 1^{er}, de cette loi, « l'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par la teneur des revendications ».

Aux termes de l'article 52, § 1^{er}, de cette même loi, constitue une contrefaçon engageant la responsabilité de son auteur, toute atteinte portée aux droits du titulaire visés à l'article 27.

Ces dispositions sont applicables aux brevets européens en vertu de l'article 64 de la Convention sur la délivrance des brevets européens du 5 octobre 1973, approuvée par la loi du 8 juillet 1977, disposition en vertu de laquelle le brevet européen confère à son titulaire, à compter de la date de publication de sa délivrance et dans chacun des États contractants pour lesquels il a été délivré, les mêmes droits que lui conférerait un brevet national délivré dans cet État.

L'article 69 (1) de cette convention énonce la même règle que celle inscrite à l'article 26, alinéa 1^{er}, de la loi précitée, et rappelée ci-dessus.

Aux termes de l'article 2 du protocole interprétatif de cet article 69, du 5 octobre 1973, joint à la convention susdite, tel que révisé par l'acte portant révision de la Convention sur le brevet européen du 29 novembre 2000, « pour la détermination de l'étendue de la protection conférée par le brevet européen, il est dûment tenu compte de tout élément équivalent à un élément indiqué dans les revendications ».

Selon la doctrine des équivalents, un brevet est également contrefait si le mode de réalisation contesté reproduit la fonction technique revendiquée, avec des moyens techniques différents mais équivalents, au sens où ils ne produisent pas d'effet technique nouveau.

La cour d'appel a considéré que les demanderesse avaient limité le champ d'application de la revendication 1 du brevet au cours de la procédure de délivrance de celui-ci, et que l'application de la théorie des équivalents ne peut servir à récupérer ce à quoi le breveté a lui-même renoncé lors de la procédure en délivrance du brevet. La cour d'appel a estimé que c'est précisément l'exercice auquel s'est livrée la première demanderesse.

Conformément à l'article 26, alinéa 1^{er}, de la loi sur les brevets d'invention et de l'article 69 (1) de la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973, cette modification aura un impact sur la teneur des revendications. Par contre elle n'impliquerait aucunement une renonciation à l'application de la doctrine des équivalents.

La cour d'appel a considéré en ce qui concerne la modification apportée à la revendication 1 que :

« La suppression du terme 'mittleren' à la revendication 1 du brevet a restreint la protection qu'il confère.

En effet :

- Par fibres présentant un diamètre moyen ou médian inférieur à 8 μm , la revendication 1, dans sa version initiale, était susceptible d'englober des populations de fibres ayant, pour certaines, un diamètre inférieur à 8 μm , et pour d'autres, un diamètre supérieur à 8 μm , pour autant que la valeur moyenne ou médiane des diamètres de l'ensemble des fibres reste inférieure à 8 μm .

- En revanche, à la suite de la modification opérée par le breveté, la revendication 1 ne vise plus que des populations de fibres ayant toutes et chacune un diamètre inférieur à 8 μm ».

pour en conclure que :

« La revendication 1 du brevet ne peut se lire que comme visant des fibres de verre ayant toutes un diamètre inférieur à 8 μm ».

En ce qui concerne l'application de la théorie des équivalents, il ressortait clairement de leurs conclusions que les demanderesse ont soulevé que l'utilisation de fibres ayant un diamètre inférieur à 8 μm et reproduisant la composition chimique revendiquée, donc des fibres correspondant à celles revendiquées, en combinaison avec des fibres de diamètre supérieur mais sans effet technique, constitue le moyen technique équivalent.

Ainsi, il n'était aucunement question de récupérer une revendication portant sur des fibres ayant un diamètre médian ou moyen inférieur à 8 μm , comme le sous-entend la cour d'appel.

En d'autres termes, les demanderesse ne prétendaient pas, au moyen de la doctrine des équivalents, récupérer une protection pour toute population de fibres répondant à la caractéristique de composition et ayant un diamètre médian ou moyen de 8 μm . Elles invoquaient par contre que la défenderesse utilisait précisément la composition chimique revendiquée pour toutes ses fibres dont le diamètre est inférieur à 8 μm et que l'utilisation de fibres ayant un diamètre supérieur à 8 μm en sus de cela n'avait pas d'impact quant au caractère cancérigène des fibres et ne produisait donc aucun effet technique nouveau.

Il n'y a donc aucun lien comme l'a établi la cour d'appel entre, d'une part, la soi-disant limitation lors de la procédure de délivrance et, d'autre part, ce qui constituerait une contrefaçon de la revendication telle que modifiée en application de la doctrine des équivalents. Il n'y a aucune contradiction dans le fait d'invoquer une contrefaçon par équivalent d'une revendication telle que délivrée suite à un amendement intervenu lors d'une procédure de délivrance ou d'opposition.

Par conséquent, en considérant que « la théorie des équivalents ne peut servir à récupérer ce à quoi le breveté a lui-même renoncé dans la procédure en délivrance du brevet ; or, en l'occurrence, tel est précisément l'exercice auquel se livre [la seconde demanderesse] », sans examiner in concreto si les conditions de la doctrine des équivalents étaient en l'espèce satisfaites pour conclure à la contrefaçon de la revendication 1 telle que délivrée à l'issue de la procédure d'opposition, alors que :

- la prétendue renonciation lors de la procédure en délivrance portait uniquement sur l'utilisation de fibres ayant un diamètre médian ou moyen de 8 μm , de sorte que « la revendication 1 du brevet ne peut se lire que comme visant des fibres de verre ayant toutes un diamètre inférieur à 8 μm », et que

- les demanderessees n'invoquaient pas qu'en application de la théorie des équivalents, l'utilisation de fibres ayant un diamètre médian ou moyen de 8 μm constituait une contrefaçon, mais que l'utilisation de fibres ayant toutes un diamètre inférieur à 8 μm et reproduisant la composition chimique revendiquée, donc des fibres correspondant à celles revendiquées, en combinaison avec des fibres de diamètre supérieur mais sans effet technique, constitue le moyen technique équivalent, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision.

Ce faisant, l'arrêt viole les articles 17, § 2, première phrase, 26, alinéa 1^{er}, 27, § 1^{er}, et 52, § 1^{er}, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention ainsi que l'article 69 de la Convention sur la délivrance des brevets européens et les articles 1^{er} et 2 du protocole interprétatif dudit article 69.

III. La décision de la Cour

Sur la fin de non-recevoir opposée au moyen par la défenderesse et déduite de son défaut d'intérêt pour la première demanderesse :

L'arrêt attaqué dit la demande de la première demanderesse irrecevable au motif que celle-ci n'est ni titulaire ni usufruitière du brevet et qu'elle ne bénéficie pas d'une licence.

Dans la mesure où il est invoqué par la première demanderesse, le moyen, qui ne critique pas cette décision, est dénué d'intérêt.

La fin de non-recevoir est fondée.

Sur le fondement du moyen :**Quant à la première branche :**

La seconde demanderesse reproche à l'arrêt attaqué de ne pas répondre à son moyen selon lequel la caractéristique essentielle de son brevet pour éviter un potentiel cancérigène est la composition chimique des fibres dont le diamètre est inférieur à 8 μm .

Les demanderesses faisaient valoir dans leurs conclusions de synthèse d'appel que :

« Afin de déterminer si la contrefaçon est établie, il s'agit de vérifier les trois points suivants :

- si la composition des fibres de verre fabriquées par [la défenderesse] entre dans la composition relatée dans la première colonne de la revendication [du brevet] ;

- si la distribution des diamètres des fibres correspond à la caractéristique 'ayant un diamètre inférieur à 8 μm , plus de 10 p.c. de fibres de verre ayant un diamètre inférieur à 3 μm ' ;

- si l'utilisation des fibres se fait dans le contexte 'en tant que fibres de verre dépourvues de potentiel cancérigène' par [la défenderesse] ».

L'arrêt énonce, à propos de « la composition du verre pour fabriquer les fibres de verre », que « le rapport définitif de saisie-description [...] conclut que '[...] la correspondance entre la composition chimique du verre pour fabriquer les fibres de verre de [la défenderesse] depuis 2000 avec celle figurant dans la revendication 1 du brevet de la [seconde demanderesse] peut [...] être considérée comme établie' » et que la défenderesse « n'en discute pas ; c'est la seule caractéristique faisant l'objet de la revendication 1 du brevet dont elle ne conteste pas la réalisation ».

Il considère, à propos de « la répartition des diamètres des fibres de verre », que « la revendication 1 du brevet ne peut se lire que comme visant des fibres de verre ayant toutes un diamètre inférieur à 8 μm » et qu'« un pourcentage non négligeable [des produits de la défenderesse] possède un diamètre supérieur ».

Il conclut qu'« à partir du moment où une des caractéristiques essentielles de la revendication 1 du brevet fait défaut, il ne peut y avoir contrefaçon, sans qu'il soit dès lors utile de poursuivre l'examen de la cause ».

Il répond ainsi aux conclusions de la seconde demanderesse quant aux éléments constitutifs de la contrefaçon.

L'arrêt énonce ensuite que : « De même n'y a-t-il pas lieu de rencontrer la problématique de la validité de la partie belge de ce brevet européen puisque [la défenderesse] n'invoquait celle-ci qu'à titre subsidiaire, exposant faire le choix, dans un souci d'économie de procédure, de dénier d'emblée tout fondement à la demande en contrefaçon, avant, le cas échéant, d'entrer dans le débat technique extrêmement complexe de la validité de ce brevet, laquelle ne présente plus guère d'intérêt en soi dès lors que l'invention protégée est maintenant dans le domaine public ».

Dès lors qu'il ne se prononce pas sur la validité du brevet, l'arrêt n'était pas tenu de répondre au passage des conclusions reproduit au moyen qui concernait la nouveauté et l'inventivité de celui-ci.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

Quant à la deuxième branche :

Ainsi que cela ressort de la réponse à la première branche du moyen, l'arrêt attaqué admet que la défenderesse a reproduit la composition chimique revendiquée par la seconde demanderesse et considère que la revendication 1 du brevet ne peut se lire que comme visant des fibres de verre ayant toutes un diamètre inférieur à 8 μm .

Il constate que la seconde demanderesse soutient « que, même en ce cas, le fait qu'une petite proportion des fibres ait un diamètre supérieur à 8 μm n'exclut pas la contrefaçon ». Il répond à ce passage des conclusions de la seconde demanderesse, dont il reproduit fidèlement les termes, en considérant que la différence entre les caractéristiques essentielles de l'invention brevetée et les produits de la défenderesse n'est « ni secondaire ni superficielle ».

L'arrêt énonce ensuite qu'« à titre très subsidiaire, [la seconde demanderesse] se prévaut à tout le moins d'une contrefaçon par équivalent ; [qu']elle avance que le fait qu'un nombre limité de fibres ait un diamètre supérieur à 8 μm ne produirait pas d'effet technique nouveau dès lors que ces fibres sont trop grandes pour être inhalées par l'organisme et qu'elles sont donc insignifiantes pour l'invention : malgré leur présence, l'effet technique relatif à l'absence de potentiel cancérigène resterait donc bien présent ». L'arrêt ne donne pas ainsi des conclusions de la seconde demanderesse une interprétation inconciliable avec leurs termes et, partant, ne viole pas la foi qui leur est due.

L'arrêt considère qu'« au motif qu'[un pourcentage non négligeable des fibres utilisées par la défenderesse possède un diamètre supérieur à 8 μm] ne produirait pas d'effet technique différent, [la seconde demanderesse] n'est pas admissible à prétendre maintenant à une contrefaçon par équivalent là où elle a elle-même exclu qu'il puisse y avoir contrefaçon ; [qu']on ne se trouve pas en l'espèce face à des facteurs techniques différents mais équivalents en ce qu'ils remplissent les mêmes fonctions ; [qu']on est au contraire confronté à des facteurs techniques qui étaient initialement visés par la demande de brevet mais qui ont été exclus par le breveté avant l'enregistrement du brevet : on est donc clairement, par la volonté même du breveté, en dehors du champ du brevet ».

Par ces considérations selon lesquelles la combinaison de fibres d'un diamètre supérieur à 8 μm avec des fibres de moindre dimension sort du champ du brevet tel que déterminé clairement par la seconde demanderesse, l'arrêt répond aux conclusions de celle-ci en tant qu'elles invoquaient l'existence d'une contrefaçon par équivalent de ce brevet.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

Quant à la troisième branche :

Aux termes de l'article 26, alinéa 1^{er}, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, applicable aux brevets européens, l'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par la teneur des revendications. Toutefois, la description et les dessins servent à interpréter les revendications.

Le brevet étant un monopole qui déroge au principe de la liberté d'entreprendre, il est d'interprétation restrictive. Il doit cependant être tenu compte, pour déterminer l'étendue de la protection conférée par le brevet, de tout élément équivalent à un élément indiqué dans les revendications.

Après avoir rappelé que la demande de brevet initialement déposée prévoyait que les fibres de verre utilisées étaient caractérisées en ce qu'elles présentaient un diamètre médian ou moyen inférieur à 8 μm , de préférence inférieur à 3 μm , et une fraction de plus de 10 p.c. de ces fibres avec un diamètre inférieur à 3 μm , l'arrêt attaqué considère que, dans sa version définitive, « la revendication 1 du brevet ne peut se lire que comme visant des fibres de verre ayant toutes un diamètre inférieur à 8 μm » et que « la caractéristique essentielle de fibres de verre ayant un diamètre inférieur à 8 μm ne se retrouve pas dans les produits incriminés de [la défenderesse] ».

Il énonce ensuite que « les données du rapport de saisie-description sont telles que les produits incriminés de [la défenderesse] auraient répondu à la caractéristique essentielle relative au diamètre moyen ou médian des fibres inférieur à 8 μm , si cette caractéristique n'avait pas été modifiée par les soins du breveté en cours de procédure ; [que] c'est en raison de ce que ce dernier a lui-même limité le champ de protection du brevet, aux termes de la version définitive de la revendication 1, à des fibres ayant un diamètre inférieur à 8 μm , que cette caractéristique ne se retrouve désormais plus dans les produits de [la défenderesse], dont un pourcentage non négligeable possède un diamètre supérieur ».

Par ces énonciations, et celles reproduites en réponse à la deuxième branche du moyen, l'arrêt, qui interprète la revendication 1 du brevet de la seconde demanderesse comme excluant de son champ d'application les produits qui ne comportent pas uniquement des fibres de verre ayant un diamètre inférieur à 8 μm , justifie légalement sa décision que la défenderesse n'a pas commis de contrefaçon en fabriquant des produits comportant des fibres de verre d'un diamètre supérieur à 8 μm en combinaison avec des fibres de verre d'un diamètre inférieur à cette mesure.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

Par ces motifs,

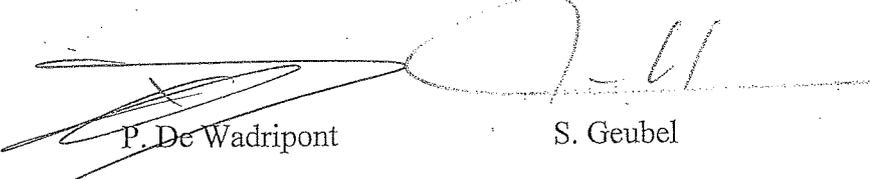
La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne les demanderesses aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de huit cent dix-huit euros quatre-vingt-huit centimes envers les parties demanderesses et à la somme de deux cent vingt et un euros dix-huit centimes envers la partie défenderesse.

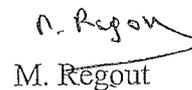
Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Albert Fettweis, les conseillers Martine Regout, Mireille Delange, Marie-Claire Ernotte et Sabine Geubel, et prononcé en audience publique du douze mars deux mille quinze par le président de section Albert Fettweis, en présence de l'avocat général André Henkes, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.


P. De Wadripont


S. Geubel


M.-Cl. Ernotte


M. Delange


M. Regout


A. Fettweis

