



| |
|--|
| Numéro d'ordre : |
| Numéro du répertoire : 2015/ 588 |
| Date du prononcé : 09 février 2015 |
| Numéro du rôle : 2013/RG/915 |

Expédition

| Délivrée à | Délivrée à | Délivrée à |
|----------------|----------------|----------------|
| le € CIV | le € CIV | le € CIV |

Non communicable au
receveur

Cour d'appel Mons Arrêt

Première Chambre

| |
|-------------------|
| Présenté le |
| Non enregistrable |

COVER 01-00000093350-0001-0021-01-01-1



Rôle général numéro : 2013/RG/915

EN CAUSE DE :

1. la société de droit anglais **MALVERN INSTRUMENTS LTD**, dont le siège social est sis au ROYAUME-UNI GRANDE BRETAGNE à MALVERN WORCESTERSHIRE WR14 1 XZ, Enigma Business Park, Grovewood,

appelante au principal,
intimée sur incident,

représentée à l'audience par Maître VANDERMEULEN Bruno et Maître DUPUIS Isabelle, avocats dont le cabinet est sis à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise, 235, boîte 1, ses conseils,

2. La société anonyme **SYSMEX BELGIUM**, dont le siège social est établi à 1560 HOEILAART, Terhulpesteenweg 6A, inscrite à la Banque-Carrefour des Entreprises sous le numéro 0413.137549,

appelante au principal,
intimée sur incident,

représentée à l'audience par Maître VANDENDIJK Marc, avocat dont le cabinet est sis à 1180 UCCLE, rue Edith Cavell, 66, son conseil,

CONTRE :

1. La société anonyme **OCCHIO**, dont le siège social est établi à 4031 LIEGE (ANGLEUR), Parc Scientifique du Sart-Tilman, rue des Chasseurs ardennais, inscrite à la Banque-Carrefour des Entreprises sous le numéro 0476.187.747,

intimée au principal,
appelante sur incident,

représentée à l'audience par Maître BERWETTE Martine, avocat dont le cabinet est sis à 1000 BRUXELLES, Boulevard de l'Empereur, 3, et par Maître BUYDENS Mireille, avocat dont le cabinet est sis à 1170 BRUXELLES, Chaussée de la Hulpe, 187, ses conseils,

2. La société anonyme **LOGISTIQUE SPATIALE WALLONNE-WALLONIA SPACE LOGISTICS SA**, dont le siège est sis à 4031 LIEGE (ANGLEUR), Parc Scientifique du Sart-Tilman, rue des Chasseurs ardennais, inscrite à la Banque-Carrefour des Entreprises sous le numéro 0466.071.439,

intimée au principal,

PAGE 01-00000093390-0002-0021-01-01-4



appelante sur incident,

représentée à l'audience par Maître BERWETTE Martine, avocat dont le cabinet est sis à 1000 BRUXELLES, Boulevard de l'Empereur, 3, et par Maître BUYDENS Mireille, avocat dont le cabinet est sis à 1170 BRUXELLES, Chaussée de la Hulpe, 187, ses conseils.

*
* * *

La cour, après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

Vu les pièces de la procédure légalement requises et notamment :

- La copie certifiée conforme du jugement entrepris prononcé le 06 août 2013 par le tribunal de commerce de Mons ;
- La requête d'appel déposée au greffe de la cour le 23 octobre 2013 ;
- Les conclusions et les dossiers des parties ;

1. Les faits et antécédents de la procédure.

1. Pour rappel, la SA OCCHIO (ci-après dénommée « OCCHIO ») est une société active dans le domaine des analyses granulo-morphométriques de poudres et de matières granulaires. Elle propose à ses clients des solutions d'analyse de poudres par analyse d'images depuis novembre 2001.

La SA LOGISTIQUE SPATIALE WALLONNE – WALLONIA SPACE LOGISTICS (ci-après dénommée « WSL ») est une société créée sous l'impulsion de la Région Wallonne pour servir d'incubateur d'entreprises de haute technologie.

MALVERN INSTRUMENTS LTD (ci-après dénommée « MALVERN ») est une société anglaise qui développe et commercialise une gamme étendue d'outils de caractérisation et de mesure de matériaux. Son champ d'activité comprend notamment l'étude et la caractérisation des poudres, tout comme OCCHIO.

La SA SYSMEX BELGIUM (ci-après dénommée « SYSMEX ») est le distributeur exclusif des produits de MALVERN en Belgique. Elle est une filiale de SYSMEX NEDERLAND.

OCCHIO et WSL sont titulaires de la partie belge du brevet européen n°EP 1 754 040 B1 relatif à un procédé et dispositif de dispersion de poudres sèches, tel que délivré le 23 avril 2008.



Le 3 décembre 2007, le conseil de brevet d'OCCHIO et WSL avertit MALVERN qu'elles estiment que la machine MORPHOLOGY 3 G ou 3 GS, développée par MALVERN, constituait une contrefaçon de leur brevet (à l'époque le brevet belge, puisque le brevet européen n'était pas encore délivré).

Le conseil en brevet de MALVERN demande des précisions complémentaires et cet échange de correspondance reste sans lendemain.

2. En 2009, l'institut de recherche INISMA à Mons lance un appel d'offres en vue de l'acquisition d'un appareil de caractérisation des poudres, auquel MALVERN répond.

Par requête déposée le 11 février 2009, OCCHIO et WSL demandent à la présidente du tribunal de commerce de Mons l'autorisation de pratiquer une saisie description de la machine présentée par MALVERN. Cette mesure est autorisée par ordonnance du 16 février 2009, désignant l'expert M. HECQ.

Le 10 mars 2009, OCCHIO et WSL font procéder à une saisie description, lors d'une démonstration de l'appareil de MALVERN dans les locaux de l'INISMA.

Le 19 mars 2009, l'expert communique son rapport de saisie description.

Par citation signifiée le 17 avril 2009, OCCHIO et WSL assignent MALVERN et son distributeur belge, SYSMEX, devant le tribunal de commerce de Mons.

3. Parallèlement, MALVERN apprend que OCCHIO et SYSMEX font courir le bruit que des actes de contrefaçon sont posés par MALVERN en violation de leur droit de brevet. MALVERN assigne ces parties en cessation devant le président du tribunal de commerce de Liège, par citation signifiée le 6 avril 2009. Un jugement prononcé le 12 novembre 2009 par la présidente du tribunal de commerce de Liège déclare la demande téméraire et vexatoire à l'encontre de WSL et constate qu'en contactant les clients actuels et/ou potentiels de MALVERN, dans le but de les informer ou insinuer que MALVERN – et notamment les produits «Morphologi G3» ou «Morphologi G3s» portent atteinte au brevet, OCCHIO s'est rendue coupable d'actes dénigrants contraires aux pratiques honnêtes de commerce. Elle en a ordonné la cessation pour l'avenir, sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR par communication non autorisée découverte. Elle ordonne à OCCHIO d'adresser à SYSMEX, Umicore, INISMA et UCB Pharma un courrier les informant que les informations de contrefaçon ont été formulées à tort dans la mesure notamment où aucune décision coulée en force de chose jugée quant à l'existence de la contrefaçon alléguée n'a été rendue.

4. Le 17 juin 2009, sur base volontaire, un amendement et une limitation audit brevet ont été apportés par OCCHIO et WSL suite à une revendication de la société HORIBA LTD titulaire d'un brevet n° JP 2001-242062, déposé le 28 février 2000, qui antécédent leur brevet.



La procédure s'est ainsi poursuivie devant le tribunal de commerce de Mons sur la base de cet amendement, en particulier sur les deux revendications 1 et 5 déposées. OCCHIO et WSL ont dès lors demandé au tribunal de commerce de Mons de déclarer la nullité partielle du brevet 040 et d'entériner les revendications modifiées. Mais, selon elles, cette limitation du brevet ne changeait rien à la contrefaçon commise par MALVERN et SYSMEX.

Un jugement prononcé par le tribunal de commerce de Mons le 3 juin 2010 juge que les amendements proposés par OCCHIO et WSL sont admissibles en ce qu'ils n'étendent pas la portée du brevet au-delà de la demande originale, au sens de l'article 49 de la Loi relative aux Brevets et de l'article 123(2) de la *Convention sur le Brevet Européen (ci-après CBE)*.

Pour le surplus, le même jugement, avant de statuer, a désigné Madame Marie-Paule Vandenberg, en qualité d'expert judiciaire, avec la mission notamment de:

- Déterminer si le procédé et le mécanisme décrits dans le brevet européen n° EP I 754 040 B I délivré à OCCHIO et WSL, amendé dans le cadre de la présente procédure,
 - peuvent être considérés comme nouveaux, notamment au regard de la demande de brevet japonais n° JP 2001-242062 et de tout autre élément de la technique antérieure,
 - peuvent être considérés comme impliquant une activité inventive, notamment au regard de la demande de brevet japonais n° JP 2001-242062 et de tout autre élément de la technique antérieure,
- Déterminer si le procédé et le mécanisme décrits dans le brevet européen n° EP I 754 040 B I délivré à OCCHIO et WSL, amendé dans le cadre de la présente procédure, apparaissent suffisamment précis pour être appliqués par un homme de l'art,
- Déterminer si le procédé et le mécanisme décrits dans le brevet européen n° EP I 754 040 B I délivré à OCCHIO et WSL, amendé dans le cadre de la présente procédure, à supposer qu'ils puissent être interprétés comme visant des mécanismes de rupture d'une membrane par surpression,
 - peuvent être considérés comme nouveaux, notamment au regard du brevet US 5.240.606 LAPIDUS STANLEY et de tout autre élément de la technique antérieure,
 - peuvent être considérés comme impliquant une activité inventive, notamment au regard du brevet US 5.240.606 LAPIDUS STANLEY, de la machine SPD commercialisée par Pharmavision, du brevet US 3.472.202 HOYT, et de tout autre élément de la technique antérieure,
- Déterminer si la machine Morphologi G3S commercialisée par MALVERN entre dans le champ de revendications amendé du brevet de OCCHIO et WSL,
 - notamment, indiquer si l'homme de l'art peut comprendre le brevet EP I 754 040 B I comme visant également des mécanismes de rupture de la membrane par surpression,
 - notamment, indiquer si l'homme de l'art peut considérer que la machine Morphologi G3S remplit les mêmes fonctions et produit les mêmes effets que le procédé et le dispositif décrits dans le brevet EP I 754 040 B I,
 - notamment, indiquer si l'homme de l'art peut comprendre le concept de «milieu environnant» décrit dans ce brevet comme englobant également un fluide comprimé



injecté sur la membrane par un conduit isolé du milieu ambiant.

L'expert judiciaire a déposé son rapport d'expertise final le 1er avril 2011.

5. Par requête déposée au greffe de la cour d'appel de Mons le 28 avril 2011, MALVERN a demandé à la cour d'appel de Mons de réformer le jugement déféré du 3 juin 2010, en ce qu'il a déclaré recevables les revendications amendées proposées par les intimées aux pages 21 à 23 de leur conclusions du 1^{er} décembre 2009 alors que ces modifications étendent l'objet du brevet au-delà du contenu de la demande du brevet (article 49 § 1 LBI). Elle demande par conséquent de prononcer la nullité totale du Brevet EP 040.

A titre subsidiaire, elle demandait de dire pour droit que les modifications proposées par les intimées ne sont pas admissibles comme telles, et que le brevet peut seulement être maintenu moyennant des précisions apportées aux parties caractérisantes des revendications 1 et 5.

A titre plus subsidiaire encore, elle demandait de déclarer le jugement entrepris nul, en ce qui concerne la formulation de la mission de l'expert Vandenberg, dès lors que la mission telle que formulée excède ce que le juge est autorisé à déléguer et demande à un expert judiciaire non pas de rendre un avis d'ordre technique mais de répondre à des questions juridiques et ce, en contravention avec les articles 11 et 962 du Code judiciaire. Par conséquent, elle demande de déclarer le rapport d'expertise final déposé le 1er avril 2011 par Madame l'expert Vandenberg nul dans son entièreté et en prononcer l'écartement des débats.

OCCHIO et SYSMEX avaient conclu au non-fondement de l'appel, et demandé la confirmation du jugement déféré et le renvoi de la cause au Tribunal de commerce de Mons en application de l'article 1068 alinéa 2 du Code judiciaire, ainsi que la condamnation de Malvern au paiement de dommages et intérêts pour appel téméraire et vexatoire évalués ex aequo et bono à 50.000 €, soit 35.000 € pour OCCHIO et 15.000 € pour WSL.

6. Par un arrêt prononcé le 12 janvier 2012, la 16ème chambre de la cour d'appel de Mons a jugé que les amendements apportés aux revendications n'étendent pas la protection du brevet et qu'il n'y a pas de violation de l'article 123(2)CBE. La cour juge également qu'il n'y a pas d'obligation d'ajouter dans la formulation de la revendication I la référence au vide partiel créé, comme le souhaitait Malvern. Quant à la mission confiée à l'expert, la cour décide qu'elle est à l'évidence de procéder à des constatations de fait et de donner un avis sur des questions d'ordre technique devant permettre au juge d'apprécier le bien-fondé des demandes et que, en aucun cas, l'expert n'a été chargé de déterminer si le brevet est valide et si la contrefaçon est avérée. Rappelant que l'avis de l'expert ne tranche rien et ne lie pas le juge du fond, la cour rejette la demande en annulation de la mission d'expertise et du rapport final de l'expert. La cour estime enfin que la demande reconventionnelle pour appel téméraire et vexatoire n'est pas fondée.

Par conséquent, la cour reçoit l'appel, le dit non fondé, en déboute l'appelante et confirme le jugement dont appel. Elle reçoit la demande reconventionnelle, la dit non fondée, et en



déboute les intimées. Elle renvoie les suites de la cause au Tribunal de commerce de Mons en application de l'article 1068 alinéa 2 du Code judiciaire.

7. L'affaire a été renvoyée devant le tribunal de commerce de Mons dans le cadre de la demande de contrefaçon.

Un jugement prononcé le 21 février 2013 par le tribunal de Mons a jugé que le brevet tel qu'amendé est valide. Il a par conséquent débouté Malvern et Sysmex de leurs demandes reconventionnelles notamment sur la validité du brevet.

Il a également jugé que la contrefaçon est établie et a, par conséquent, fait interdiction à Malvern et à Sysmex de vendre, offrir en vente, utiliser, importer et détenir aux fins d'offre, de commercialisation et d'utilisation en Belgique le dispositif objet du brevet et de vendre, d'offrir en vente ou d'utiliser le procédé objet du brevet en Belgique, sous peine d'une astreinte de 10.000,00 EUR par infraction constatée après la signification du jugement.

Le tribunal a en outre réservé à statuer sur la question du dommage et ordonné la réouverture des débats sur ce point pour permettre à Malvern de s'expliquer sur les machines éventuellement vendues en Belgique.

Le jugement a été signifié à Malvern et Sysmex en dates des 30 avril et 3 mai 2013. Ce jugement est donc définitif et coulé en force de chose jugée.

Malvern expose qu'elle « n'a pas jugé utile d'introduire un appel contre cette décision. En effet, le marché belge est particulièrement petit et Malvern avait en outre développé une nouvelle version (non contrefaisante) de l'unité de dispersion, intégrée dans la nouvelle gamme de produits Morphologi, à savoir les produits "Morphologi G3SE(-ID)"» (voyez ses conclusions, page 19).

8. L'affaire est revenue devant le tribunal de commerce de Mons pour statuer sur le dommage subi par OCCHIO et WSL du fait de la contrefaçon.

Devant le tribunal de commerce de Mons, OCCHIO et WSL réclament diverses indemnités:

- une indemnité raisonnable de 50.000 EUR par défenderesse pour la période séparant le dépôt de la demande de brevet de l'octroi de celui-ci (art 29 LBI);
- une indemnité de 500.000 EUR pour atteinte au monopole de OCCHIO;
- une indemnité de 132.474,05 EUR à titre de frais de poursuite de la contrefaçon;
- une indemnité de 500.000 EUR à titre de redevance manquée par OCCHIO;
- une indemnité de 25.000 EUR par machine vendue à titre de bénéfice manqué par OCCHIO;
- une indemnité de 500.000 EUR à titre de perte d'une chance, par OCCHIO, de développer son marché.

Se basant sur la mauvaise foi de MALVERN, OCCHIO et WSL demandent la confiscation des machines contrefaisantes en Belgique et du prix des machines vendues.



A titre de mesures correctrices, OCCHIO sollicite des informations concernant la distribution des machines contrefaisantes ainsi que la publication du jugement.

9. Un jugement prononcé le 6 août 2013 par le tribunal de commerce de Mons condamne in solidum MALVERN et SYSMEX à payer les sommes de:

- 100.000 € du chef de l'atteinte au monopole d'OCCHIO,
- 132.474,05 € en remboursement des frais exposés pour la poursuite de la contrefaçon (dont 41.373,72 € pour WSL),
- 200.000 € du chef des redevances manquées à OCCHIO,
- 10.000 € au titre de bénéfice manqué à OCCHIO.

Il rejette les autres demandes, étant:

- la demande d'indemnité raisonnable au sens de l'article 29 LBI,
- la demande pour perte d'une chance de développer son marché,
- la demande de confiscation des machines contrefaisantes en Belgique et du prix des machines vendues,
- la demande de communication des informations relatives à la distribution des machines contrefaisantes.

Il ordonne la publication de la décision dans trois journaux ou magazines au choix d'OCCHIO et WSL, aux frais de MALVERN et SYSMEX.

Il condamne in solidum MALVERN et SYSMEX aux dépens, fixés à la somme de 33.000 EUR.

Il réserve à statuer sur la demande incidente en garantie dirigée par SYSMEX contre MALVERN.

Le jugement a été signifié à MALVERN et SYSMEX en date des 24 et 27 septembre 2013.

10. Par requête conjointe déposée au greffe de la cour d'appel de Mons le 23 octobre 2013, MALVERN et SYSMEX ont formé un appel limité contre cette décision.

Elles ont payé volontairement une somme non contestée de 175.474,05 EUR correspondant à:

- la condamnation pour frais de poursuite de la contrefaçon: 132.474,05 EUR;
- la condamnation pour bénéfice manqué: 10.000 EUR;
- la condamnation à l'IP: 33.000 EUR.

Elles forment appel contre trois chefs de condamnation:

- la condamnation à une somme de 100.000 EUR ex aequo et bono pour l'atteinte au monopole d'OCCHIO;
- la condamnation à une somme de 200.000 EUR pour la redevance manquée par OCCHIO;

PAGE 01-00000093390-0008-0021-01-01-4



- la publication dans les trois journaux.

Elles estiment que le tribunal a mal jugé en ce que:

- il a méconnu le principe de l'équivalence du dommage et de la réparation car les indemnités allouées sont sans correspondance avec le préjudice subi, lequel n'est en outre pas prouvé;
elles s'en expliquent au niveau factuel;
- il ne peut y avoir d'atteinte à un monopole inexistant dans le chef d'OCCHIO car MALVERN démontre qu'il existe des offres concurrentes;
- il ne peut y avoir de condamnation pour une perte de redevance si le titulaire du brevet exploite lui-même l'invention, ce qui est le cas en l'espèce; à titre subsidiaire, le montant alloué est hors de proportion avec le dommage subi;
- la mesure de publication est disproportionnée en l'espèce.

Dans leurs dernières conclusions, elles offrent à titre subsidiaire des montants minimums.

OCCHIO et WSL forment un appel incident et demandent une majoration des condamnations qu'elles ont obtenues.

OCCHIO demande la réformation du jugement entrepris en tant que:

- il a rejeté sa demande d'indemnité raisonnable formée sur pied de l'article 29 LBI pour les exploitations de l'invention faites par Malvern et Sysmex avant la délivrance du brevet mais alors qu'elles en avaient connaissance,
- il n'a fait droit à sa demande du chef de l'atteinte au monopole qu'à concurrence de 100.000 € alors que la contrefaçon s'est étalée sur plus de 5 ans,
- il n'a fait droit à sa demande du chef des redevances manquées qu'à concurrence de 200.000 €, ce qui est insuffisant vu les circonstances de l'espèce,
- il n'a fait droit à sa demande de bénéfice manqué par machine vendue qu'à concurrence de 10.000 € alors que le bénéfice d'Occhio par machine est de 43.200 € (le bénéfice manqué est donc au moins de 43.200€ puisqu'il est incontestable qu'Occhio a au moins perdu une vente en raison de la vente du « kit » par Malvern)
- il a rejeté la demande de confiscation des machines contrefaisantes en Belgique et du prix de la machine vendue par Malvern alors que des machines contrefaisantes sont bien en fonction (ou démonstration) en Belgique et que Malvern a vendu un kit ayant permis l'upgrade d'une Morphologi G2S en G3S.

Par conséquent, elles demandent la condamnation solidaire ou in solidum au paiement à titre de dommages et intérêts pour le préjudice causé par la contrefaçon:

- d'un montant évalué à 50.000 EUR chacune à titre d'indemnité raisonnable pour l'exploitation du brevet faite entre le 3 décembre 2007 et la délivrance du brevet le 23 avril 2008;
- d'un montant évalué ex aequo et bono à la somme de 500.000 EUR pour l'atteinte au monopole d'OCCHIO;



- d'un montant évalué ex aequo et bono à 330.000 EUR et 99.000 EUR pour les redevances manquées par OCCHIO;
- d'un montant de 43.2000 EUR pour bénéfice manqué;
- d'un montant de 500.000 EUR ex aequo et bono pour la perte de chance pour OCCHIO de développer l'exploitation de sa machine à hauteur de ce qu'elle pouvait raisonnablement espérer.

Elles demandent aussi à la cour de dire pour droit que la contrefaçon a été commise de mauvaise foi par MALVER et en conséquence ordonner la confiscation des machines Morphology G3 ou kits contrefaisants qui sont encore en possession de MALVERN en Belgique et, pour le kit déjà vendu à UCB Pharma, ordonner la confiscation du prix reçu, soit 15.300 EUR.

Elles demandent la confirmation du jugement pour le surplus, y compris pour la publication.

2. La recevabilité des appels principal et incident.

Les appels, réguliers en la forme, sont recevables. Leur recevabilité n'est du reste pas contestée.

3. Discussion.

1. Eléments factuels et de principes.

1. Sur un plan factuel, en résumé, les points suivants doivent être retenus:

- le brevet amendé porte sur les revendications 1 et 5, qui ont trait à un instrument permettant la dispersion d'un échantillon de poudre sèche dans une chambre de dispersion et au procédé mis en oeuvre dans cette chambre ou unité de dispersion; la contrefaçon ne porte que sur l'unité de dispersion;
- MALVERN a développé des systèmes d'imagerie, dénommés «MORPHOLOGY G2, MORPHOLOGY G3 et G3s». Seul ce dernier comprend une unité de dispersion qualifiée de contrefaisante;
- il semble que ni MALVERN ni SYSMEX n'aient vendu aucune machine MORPHOLOGY G3S en Belgique (voyez pièce 10.a.ii à iv du dossier de Malvern);
- les ventes de système d'analyse d'image sont rares et MALVERN admet avoir vendu 3 systèmes d'imagerie en Belgique au cours de ces 13 dernières années: 2 systèmes Morphology G2 et un système SYSMEX FPIA (voyez pièce 10.h de MALVERN);
- le système MORPHOLOGY G2 ou G3 peut cependant être amélioré par l'ajout d'une unité de dispersion;
- une mise à jour d'une machine MORPHOLOGY G2 vers une machine G3S a été réalisée, au départ de la société mère de SYSMEX aux Pays-Bas. Cette mise à jour a été livrée par la



société hollandaise SYSMEX NEDERLAND pour «upgrader» la machine Morphologi G2 détenue par UCB Pharma. Le prix de la mise à jour s'élevait à la somme de 15.300 EUR.

Par ailleurs, MALVERN se défend d'avoir proposé à la vente d'autres kits contrefaisants. Le dossier révèle cependant qu'il existe d'autres offres:

- lors de l'appel d'offres de l'INISMA, MALVERN a fait une démonstration et une offre de son produit (voyez le rapport d'expertise judiciaire, la procédure de saisie-description ayant été réalisée lorsqu'une démonstration de la machine MORPHOLOGI 3S était en cours de réalisation);
- une démonstration a été faite à UMICORE (pièce IV.6 d'OCCHIO, étant les conclusions déposées par MALVERN devant le président du tribunal de commerce de Liège, spécialement p. 23 – traduction du courriel de Monsieur Boydens d'UMICORE du 8 mai 2009);
- une démonstration et une offre ont été faites à BEKAERT (pièce IV.9).

Enfin, MALVERN soutient que son site malvern.be ne comportait aucune offre pour le produit MORPHOLOGY 3GS car seul le modèle MORPHOLOGY 3G est présenté, l'unité de dispersion de poudre figure simplement dans les spécifications techniques et le formulaire de devis ne permet pas de reprendre cette spécification.

OCCHIO présente deux constats d'huissier: le premier, dressé en 2007 (pièce IV.1 du dossier OCCHIO), n'est pas pertinent. En effet, il est antérieur au brevet dont la cour doit connaître, puisque les revendications du brevet ont fait l'objet de modifications en cours de procédure.

Le second constat d'huissier a été établi en 2013 et il fait apparaître des spécifications relatives à la 3GS avec l'unité de dispersion (spécialement pièce IV.', annexe 6). Le constat d'huissier est également révélateur du fait que, au départ du site belge, il est possible de passer commande pour le produit litigieux, le consommateur étant à partir de ce moment redirigé sur le site international malvern.com. Il ne peut être dénié qu'il y a donc une possibilité d'offres sur internet.

MALVERN et SYSMEX répondent en déposant des réponses de SYSMEX soulignant que la machine G3S n'est pas disponible sur le marché belge.

La cour doit examiner la portée de la contrefaçon uniquement sur la machine nommée «Morphologi G3S», ou le module de dispersion des poudres proposé en upgrading d'une machine MORPHOLOGI antérieure.

Par ailleurs, la cour est saisie d'actes de contrefaçon commis en Belgique. C'est à l'aune du marché belge que son appréciation du préjudice doit se faire: la circonstance que le fait de pénétrer le marché belge est, compte tenu des particularités du produit et des marchés, un point d'entrée dans d'autres pays ne peut entrer en ligne de compte dans l'appréciation d'un préjudice subi en Belgique.



2. La réparation du dommage subi résulte de l'article 52 de la LBI, selon lequel la partie lésée a le droit à la réparation de tout préjudice qu'elle subit du fait de la contrefaçon. Conformément au droit commun, l'auteur d'un dommage est tenu de réparer tout le dommage subi, mais rien que celui-ci.

La réparation par des dommages et intérêts fixés ex aequo et bono n'est toutefois pas exclue, lorsque l'étendue du préjudice ne peut être déterminée d'aucune autre manière et en l'absence de tout critère objectif permettant de chiffrer le dommage.

Pour la suite, la cour reprend l'ordre des demandes évoquées par le tribunal dans son jugement déféré.

2. L'indemnité raisonnable fondée sur l'article 29 LBI.

1. OCCHIO forme un appel incident car sa demande d'indemnité pour l'exploitation de l'invention faite par MALVERN et SYSMEX entre la date à laquelle la demande de brevet a été portée à la connaissance de MALVERN (3 décembre 2007) et la date de la délivrance du brevet (23 avril 2008) a été rejetée. Elle estime que le tribunal a fait une application étroite de la notion d'exploitation, alors qu'elle démontre que MALVERN et SYSMEX ont fait des offres avant le 23 avril 2008 et que MALVERN avait connaissance du brevet depuis le 3 décembre 2007.

2. L'article 29 LBI disposait qu'«une indemnité raisonnable fixée suivant les circonstances peut être exigée par le demandeur de brevet de tout tiers qui a fait de l'invention, entre la date à laquelle la demande de brevet a été soit rendue accessible au public sur requête du demandeur, soit remise en copie au tiers intéressé, et la date de la délivrance du brevet, une exploitation qui, après cette période, serait interdite en vertu du brevet. (...)».

Une indemnité raisonnable peut ainsi être demandée si deux conditions sont remplies: d'une part, le tiers a fait, avant la délivrance du brevet, une exploitation de l'invention qui aurait constitué une atteinte au brevet si elle avait eu lieu après la délivrance dudit brevet et le tiers avait connaissance de l'existence de la demande de brevet.

3. Dans le jugement dont appel, le tribunal a considéré qu'il est établi qu'OCCHIO et SYSMEX (lire: MALVERN et SYSMEX) «n'ont pas vendu de machines en Belgique durant la période qui a précédé la délivrance du brevet. Il n'y a pas eu à proprement parler 'd'exploitation' à ce moment».

OCCHIO prétend prouver cette exploitation par le constat d'huissier qu'elle a fait établir le 27 novembre 2007: il est antérieur à la date du 3 décembre 2007 et il n'est démontré par aucun élément postérieur, situé dans la période entre le 3 décembre 2007 et le 28 avril 2008,



qu'une offre de vente via le site internet de MALVERN ait été fournie.

Aucun élément objectif ne permet d'apporter cette preuve, l'interprétation des propos de MALVERN contenus dans leurs conclusions présentées devant le président du tribunal de commerce de Liège ne constituant pas à cet égard l'aveu de ce que MALVERN offrait bien en vente le produit litigieux à cette époque.

Il faut donc confirmer le jugement dont appel sur ce point.

3. L'atteinte au monopole.

1. OCCHIO demandait la condamnation de MALVERN à lui payer des dommages et intérêts. Elle estime que le jugement dont appel doit être confirmé en ce qu'il a jugé l'existence d'un monopole mais forme un appel incident pour ce qui concerne le montant des dommages et intérêts. Elle demande à la cour de les fixer à la somme de 500.000,00 EUR ex aequo et bono car elle estime que l'attitude de MALVERN a détruit l'image d'exclusivité que le brevet lui conférait, et ce pendant 5 ans. Elle indique que cette machine représente un tiers de son chiffre d'affaires.

MALVERN conteste l'existence d'un monopole et a formé un appel principal sur ce point. Elle estime en tous cas que l'atteinte à l'image d'exclusivité aurait été réellement affectée par la présence des produits contrefaisants, ce que OCCHIO ne démontre pas. A titre subsidiaire, elle estime qu'il n'y a pas de préjudice ou à tout le moins demande que l'indemnité de ce chef soit limitée à la somme de 10.000 EUR ex aequo et bono.

2. Le tribunal a jugé que le préjudice est réel et doit être indemnisé. En ce qui concerne les machines à caractérisation de poudres, le tribunal a jugé qu'il ne pourrait y avoir de concurrents en Belgique pour le procédé breveté qu'au prix d'une contrefaçon. La cour fait sienne cette argumentation. En effet, l'existence d'un brevet confère en droit un monopole. La contrefaçon y porte atteinte.

Comme devant le tribunal, il n'est pas d'avantage démontré par MALVERN et SYSMEX que d'autres entreprises proposent des produits non contrefaisants permettant d'obtenir des résultats similaires.

L'existence d'une société hollandaise SYMPATEC, qui a répondu et obtenu le marché public lancé par l'INISMA pour la fourniture d'un appareil d'analyse granulométrique et morphologique par analyses d'images de matériaux secs ou granulaires ne démontre pas que celle-ci propose des produits identiques. Le seul fait qu'une autre entreprise soit active sur un marché donné ne signifie pas qu'elle propose des technologies identiques à celle développée par OCCHIO, seul titulaire du brevet pour la technologie protégée et dont il



n'apparaît pas qu'elle aurait agi contre SYMPATEC pour des actes de contrefaçon.

Par contre, en offrant un produit contrefaisant, étant précisément une unité de dispersion de poudre permettant d'améliorer à moindre coût des produits qu'elle a fournis ou distribués précédemment, au détriment d'un nouvel acteur sur le marché qui bénéficie, lui, d'un brevet portant sur les caractéristiques techniques de ladite unité de dispersion protégée par le brevet, MALVERN et SYSMEX ont gravement porté atteinte à l'image d'exclusivité ou d'avant-garde technologique que OCCHIO pouvait légitimement revendiquer.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal a jugé qu'il y avait une atteinte au monopole.

Quant au dommage subi de ce chef, il n'y a pas de méthode purement objective pour déterminer le montant du dommage en l'absence d'éléments précis d'évaluation.

Dans l'appréciation de cette indemnité, la cour aura toutefois égard à un certain nombre d'éléments;

- il faut observer que la mise à jour d'une machine MORPHOLOGI préexistante, par le biais du produit contrefaisant, coûte moins cher que le produit offert par OCCHIO, et procure de ce fait à MALVERN et SYSMEX un avantage auprès de certains clients potentiels, ce qui est de nature à causer à OCCHIO un préjudice particulier;
- le marché visé est très spécialisé et fermé, s'agissant des entreprises pharmaceutiques ou chimiques en Belgique, et s'agissant d'un investissement important pour les clients potentiels qui, ne renouvelant pas rapidement ce type d'appareils, conservent longtemps l'image d'exclusivité ou de monopole de leur partenaire commercial;
- la simultanéité des offres est de nature à faire perdre un crédit particulier à OCCHIO qui, de surcroît, est une entreprise jeune et inconnue, alors que MALVERN est une société importante et connue sur le marché.

Ces circonstances caractérisent l'atteinte au monopole dont pouvait se prévaloir OCCHIO et justifient que l'indemnisation pour ce point soit portée à la somme de 250.000 EUR. L'appel principal sur ce point n'est donc pas fondé, tandis que l'est l'appel incident.

4. Les redevances manquées.

1. MALVERN forme appel contre la décision du tribunal qui a alloué une somme de 200.000 EUR de ce chef. Elle considère que le tribunal ne pouvait à la fois retenir une indemnité correspondant aux bénéfices manqués, justifiés par le fait que OCCHIO exploite et commercialise elle-même son invention, et lui accorder dans le même temps une indemnité pour redevances manquées, qui ne sont allouées que si le breveté n'exploite pas lui-même son brevet, quod non.

Devant le tribunal, OCCHIO faisait observer que si MALVERN avait voulu agir dans la légalité,



elle lui aurait été redevable de redevances pour prospecter le marché et vendre la machine. Elle fait grief au tribunal de ne pas avoir adéquatement estimé les redevances manquées, consistant dans ce que le contrefacteur aurait dû payer en terme de royalties pour produire ce qu'il a produit.

2. La directive 2004/48 énonce plusieurs règles relatives à l'évaluation des dommages et intérêts.

L'article 13 de la directive prévoit que :

« 1) Les Etats membres veillent à ce que, à la demande de la partie lésée, les autorités judiciaires compétentes ordonnent au contrevenant qui s'est livré à une activité contrefaisante en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir de verser au titulaire du droit des dommages et intérêts adaptés au préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'atteinte.

» Lorsqu'elles fixent les dommages et intérêts, les autorités judiciaires :

» a) prennent en considération tous les aspects appropriés tels que les conséquences économiques négatives, notamment le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans des cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, comme le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte;

» ou

» b) à titre d'alternative, peuvent décider, dans des cas appropriés, de fixer un montant forfaitaire de dommages-intérêts sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question.

Ainsi, en principe, il y a lieu de distinguer si le titulaire du droit commercialise lui-même les produits ou services concernés ou si ce titulaire n'exploite pas lui-même son droit mais le donne en licence à des tiers. Dans le premier cas, l'indemnisation de son préjudice consiste dans la perte du bénéfice qu'il aurait pu réaliser, dans le second, ce sera la perte des redevances qui permettra de calculer cette indemnité.

Il reste qu'il ne peut être exclu, selon les circonstances propres à l'espèce, qu'un titulaire d'un droit exploite à la fois lui-même le produit ou service breveté et que, compte tenu d'une capacité de production limitée, il doive en outre faire appel à un tiers auquel il confère une licence pour commercialiser le produit ou service.

En ce cas, la masse contrefaisante se compose de deux masses distinctes. « *D'une part, la part de la masse contrefaisante qui aurait effectivement pu être produite et vendue par le titulaire compte tenu de ses capacités (de production et de vente) et des circonstances de marché (masse servant de base de calcul à la détermination des bénéfices manqués); d'autre part, la part de la masse contrefaisante qui n'aurait pas pu être produite et vendue par le*



titulaire, soit parce qu'il n'exploite pas le droit en cause (comme c'est le cas par exemple d'une université titulaire d'un brevet), soit parce que ses capacités de vente ou de production sont plus faibles (masse servant de base de calcul à la détermination des redevances manquées)» (en ce sens, M. BUYDENS, «La réparation du dommage en droit de la propriété intellectuelle » in Droits intellectuels : le contentieux, Commission Université-Palais, Anthémis 2012, pt. 9)

Si l'argument ne paraît pas s'opposer à la Directive, en soi, il doit néanmoins être vérifié au regard du principe selon lequel l'auteur de l'atteinte au brevet doit réparer tout le dommage, mais rien que le dommage.

Il y aurait dès lors lieu de vérifier si, concrètement, le breveté n'aurait effectivement pas pu produire plus et lesquelles des activités contrefaisantes, dépassant ainsi ses capacités de production, lui auraient fait perdre des redevances.

Le tribunal de commerce de Mons a jugé que compte tenu de la taille limitée d'OCCHIO, celle-ci aurait très certainement dû passer par l'octroi d'une licence à un tiers pour développer sa commercialisation.

A cet égard, le marché décrit n'a pas été cerné avec précision. De même, la capacité de production d'OCCHIO n'est pas démontrée.

Il est acquis que le marché en cause concerne uniquement la vente ou l'exploitation d'appareils d'analyse de poudres, par analyse d'images, dans le secteur pharmaceutique ou chimique, en Belgique. Les parties doivent bien convenir qu'il est relativement limité – si on le restreint au marché belge. Rien ne démontre donc, de manière objective, qu'OCCHIO n'aurait pas été en mesure de commercialiser son procédé breveté elle-même, compte tenu de l'étroitesse relative du marché belge. A cet égard, l'argument d'OCCHIO selon lequel l'achat du procédé, par une entreprise belge, lui aurait ouvert les portes du marché étranger, ne peut être retenu puisque la réparation ne peut porter que sur le dommage établi en Belgique.

Compte tenu de ces limites, il n'est pas démontré que OCCHIO n'aurait pas été en mesure de commercialiser elle-même suffisamment de produits pour couvrir le marché belge et qu'elle aurait dû, en outre, faire appel à des tiers auxquels elle aurait consenti une licence. La perte de redevances ne constitue pas un élément certain du préjudice de OCCHIO.

Le jugement dont appel doit être réformé sur ce point, l'appel principal étant fondé à cet égard. Il n'y a pas lieu d'allouer une indemnité pour redevances manquées.

Par conséquent, l'appel incident formé par OCCHIO, qui tendait à une majoration de l'indemnisation obtenue, doit être déclaré non fondé.



5. Bénéfice manqué par machine vendue.

1. OCCHIO forme appel contre le jugement en ce qu'il a alloué une somme de 10.000 EUR pour le bénéfice manqué suite à la vente de la machine contrefaisante.

Elle rappelle que le bénéfice manqué se calcule en multipliant la masse contrefaisante par la marge perdue par le titulaire du brevet. Ainsi, il n'y a pas lieu de tenir compte de la valeur de l'«upgrade» vendu par MALVERN et SYSMEX à UCB Pharma mais du bénéfice qu'elle aurait pu retirer de la vente de son propre produit.

2. C'est effectivement à tort que le tribunal a jugé qu'il n'est pas démontré que l'acheteur aurait effectivement acquis une nouvelle machine, dans la mesure où il disposait déjà du dispositif MORPHOLOGI G2. Si le procédé contrefaisant n'avait pas été présenté, OCCHIO disposait d'un procédé technique tout à fait innovant et protégé qui aurait sans aucun doute conduit UCB PHARMA à l'acquérir, d'autant qu'il n'est pas démontré qu'elle se soit intéressée à d'autres produits de substitution offerts par SYMPATEC par exemple.

Dans ces conditions, le bénéfice manqué par OCCHIO s'élève bien à la somme de 43.200 EUR, ce montant n'étant pas contesté par MALVERN et SYSMEX, et il y a lieu de réformer le jugement dont appel sur ce point. L'appel incident est fondé sur ce point.

6. Perte d'une chance de développer le marché.

1. OCCHIO forme un appel incident car elle considère qu'elle a perdu une chance de voir son exploitation se développer en raison de la présence de MALVERN, qui est un opérateur important et qui l'a empêché, par sa présence, de percer le marché belge. Elle estime que, vu l'innovation qu'elle représentait pour le secteur concerné, la machine d'OCCHIO avait des chances très raisonnables de voir son exploitation se développer et l'offre d'une contrefaçon par Malvern dès la délivrance du brevet a sérieusement entravé les chances pour la jeune OCCHIO de développer l'exploitation de sa machine. Inversement, Malvern a profité de la contrefaçon pour conquérir des parts de marché qu'elle n'aurait pas eues sans cette technologie innovante. Elle souligne en outre que Malvern est un géant par rapport à Occhio et était déjà, en 2008, bien implantée sur le marché et connue du milieu concerné.

2. Eu égard au principe déjà rappelé de l'équivalence du dommage et de la réparation, il convient d'apporter la preuve d'un préjudice bien réel, à savoir l'effet que la contrefaçon a sur les parts de marché du titulaire de droits intellectuels, en permettant indûment au contrefacteur de conquérir une clientèle par l'offre d'un produit technologique qu'il n'aurait en principe pas pu offrir.

C'est à bon droit et pour des motifs que la cour adopte que le tribunal a considéré que « le



préjudice, dans le cas présent, est très hypothétique parce que MALVERN n'a rien vendu, mise à part la mise à jour de la machine G2, durant toute la période de la procédure. OCCHIO aurait pu profiter précisément de la réserve observée par MALVERN pour tenter d'occuper le marché. La simple «présence menaçant» de MALVERN n'apparaît donc pas comme un élément suffisant pour justifier une indemnisation».

L'appel incident n'est pas fondé sur ce point.

7. Confiscation des machines et des bénéfices réalisés sur la vente pour contrefaçon de mauvaise foi.

1. OCCHIO et WSL forment un appel incident du jugement qui n'a pas estimé que MALVERN est de mauvaise foi dans le cas présent. Elles considèrent qu'en l'espèce, Malvern a contrefait de mauvaise foi car, dès le 3 décembre 2007, elles ont adressé une lettre de mise en demeure à la société Malvern l'informant notamment de ce qu'elles étaient titulaires d'une demande internationale de brevet et d'une demande de brevet européen sur le point de déboucher sur la délivrance d'un brevet européen couvrant un « procédé et dispositif de dispersion de poudres sèches». Était jointe au courrier de mise en demeure une copie de la demande de brevet européen ainsi qu'un jeu de revendication en anglais. Le courrier du 3 décembre 2007 faisait également état du brevet belge n°BE 1015883.

Elles soulignent que le 3 juin 2010, un premier jugement a déjà débouté Malvern de l'argument de nullité du brevet qu'elle avait soulevé et ordonné une expertise, qui a abouti, le 31 mars 2011, à un rapport totalement défavorable à Malvern. Malgré ces éléments, Malvern a néanmoins vendu en décembre 2011 en Belgique (mais via Sysmex Nederland ...) à UCB Pharma un kit qui constitue une contrefaçon du brevet.

Elles rappellent en outre que Malvern a par ailleurs continué à contrefaire en maintenant son offre de la machine contrefaisante sur son site Malvern.be jusqu'en juin 2013, alors même que le brevet avait été reconnu entièrement valable et la contrefaçon établie par jugement du 21 février 2013, contre lequel ni Malvern ni Sysmex n'ont fait appel.

MALVERN et SYSMEX demandent la confirmation du jugement dont appel, qui ne les a pas jugées de mauvaise foi.

2. L'article 52 § 6 LBI prévoyait que «en cas de mauvaise foi, le juge peut prononcer au profit du demandeur la confiscation des biens contrefaisants, ainsi que, dans les cas appropriés, des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication de ces biens, et qui sont encore en possession du défendeur. Si les biens, matériaux et instruments ne sont plus en possession du défendeur, le juge peut allouer une somme égale au prix reçu pour les biens, matériaux et instruments cédés. La confiscation ainsi prononcée absorbe, à



concurrence de la valeur de la confiscation, les dommages et intérêts».

3. En l'espèce, après le courrier de mise en demeure et pendant le cours de la procédure, les revendications du brevet ont été amendées par OCCHIO et WSL. Certes, au terme de la procédure, leur brevet a été validé mais après avoir subi des modifications, suite notamment à l'antériorité du brevet d'HORIBA, qui justifient que, dans les circonstances de l'espèce, MALVERN et SYSMEX aient pu, jusqu'au bout, croire à la faiblesse du brevet de OCCHIO et de WSL.

C'est dès lors à bon droit, et pour des motifs que la cour adopte, que le tribunal n'a pas estimé que MALVERN aurait agi de mauvaise foi.

L'appel incident n'est pas fondé sur ce point.

8. Les mesures de publicité.

1. MALVERN et SYSMEX forment un appel et demandent que la mesure de publication ordonnée par les premiers juges soit réformée. Elles estiment que la mesure n'est pas pertinente compte tenu des limites de la contrefaçon (un «upgrade» et pas d'offres sérieuses en Belgique) et qu'un article paru dans L'Echo à l'initiative d'OCCHIO a déjà rempli l'objectif de la mesure.

OCCHIO conteste être à l'origine de cet article et estime qu'il ne peut remplacer la mesure de publication ordonnée, dont ils demandent la confirmation.

2. Le jugement dont appel a adéquatement jugé que le dossier établit que des entreprises et universités ont demandé, récemment, des informations relatives la machine de MALVERN. Il a ainsi pu décider que cette circonstance démontre l'urgence de dissiper, dans l'esprit du public, tout doute à ce sujet.

Le jugement dont appel a dit cette demande fondée et il faut le confirmer. L'appel principal n'est pas fondé sur ce point.

9. Les dépens.

1. L'indemnité de procédure de base, pour un litige de cette valeur, est fixée à la somme de 16.500 EUR. MALVERN et SYSMEX demandent de la réduire si elles succombent, compte tenu du caractère déraisonnable de la procédure. A l'inverse, OCCHIO considère que le litige est lié à l'attitude mensongère de MALVERN et demande que l'indemnité de procédure soit portée à son maximum.



Aucun motif ne justifie de s'écarter de cette indemnité de base.

2. Chaque partie succombe en partie. Il y a dès lors lieu de délaisser à chacune d'elle ses propres dépens en cette instance.

La cour n'est pas ailleurs pas saisie d'un recours au sujet de la décision du tribunal de commerce de réserver à statuer sur la demande de garantie, faisant l'objet d'un renvoi au rôle, de telle sorte qu'elle a complètement vidé sa saisine.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement, dans les limites de sa saisine,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire,

Dit les appels principal et incidents recevables;

Les dit partiellement fondés et réforme le jugement entrepris dans la mesure suivante:

- dit l'appel incident formé par OCCHIO fondé quant à l'atteinte portée au monopole d'OCCHIO, et par conséquent, condamne MALVERN et SYSMEX à une indemnité de 250.000 EUR en lieu et place d'une indemnité de 100.000 EUR de ce chef;
- dit l'appel principal formé par MALVERN et SYSMEX fondé quant au redevances manquées; dit pour droit que OCCHIO n'est pas en droit de percevoir une indemnité au titre de redevances manquées et l'en déboute sur ce point;
- dit l'appel incident formé par OCCHIO fondé quant au bénéfice manqué et par conséquent, condamne MALVERN et SYSMEX à une indemnité de 43.200 EUR en lieu et place d'une indemnité de 10.000 EUR de ce chef;

Confirme les dispositions déférées du jugement entrepris pour le surplus.

Ordonne qu'une copie de l'arrêt à intervenir soit envoyée au Service de la Propriété Intellectuelle auprès du SPF des Affaires Economiques.

Délaisse à chaque partie ses dépens en cette instance.

Ainsi jugé par la cour d'appel de Mons, première chambre, où siégeaient :

Monsieur Jean MATAGNE, président,

Madame Bénédicte INGHELS, conseiller,

Monsieur Maxime MARCHANDISE, conseiller,



Monsieur Maxime MARCHANDISE, conseiller étant dans l'impossibilité de signer l'arrêt au délibéré duquel il a participé, celui-ci est signé, conformément à l'article 785 alinéa 1 du Code judiciaire, par les autres membres du siège qui l'ont délibéré.

Ainsi signé par Monsieur Jean MATAGNE, président, et Madame Bénédicte INGHELS, conseiller, qui ont délibéré de la cause et par le greffier Eddy GUERET,


GUERET


MATAGNE


INGHELS

Prononcé en audience publique civile de la première chambre de la cour d'appel de Mons, le NEUF FEVRIER DEUX MILLE QUINZE par et en la présence de Monsieur Jean MATAGNE, président, avec l'assistance du greffier Eddy GUERET.



Copie conforme

Délivrée à : SERVICE PUBLIC FEDERAL ECONOMIQUE

art. 74 loi 28.3.1984

Exempt du droit de greffe - art. 280,2° C.Enr.



Mons, le 10-02-2015

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Isabelle De Neve", is written over a large, faint circular stamp.

Isabelle DE NEVE
Greffier des rôles

N° 1164

LE TRIBUNAL DE COMMERCE DE MONS

Province de Hainaut, a prononcé en audience publique du JEUDI 21 février 2013, deuxième chambre, le jugement suivant :

En cause de :A/09/663

SA OCCHIO, BCE n° 0476.187.747, dont le siège social est établi à 4031 LIEGE, Parc scientifique du Sart-Tilman, rue des Chasseurs Ardennais, dénommée ci-après « OCCHIO »,

SA LOGISTIQUE SPATIALE WALLONNE – WALLONIA SPACE LOGISTICS, BCE n° 0466.071.439, dont le siège social est établi à 4031 LIEGE, Parc scientifique du Sart-Tilman, rue des Chasseurs Ardennais, dénommée ci-après « WSL »,

Parties demandereses au principal, défenderesses sur reconvention, représentées par Mes M. BUYDENS et M. BERWETTE, avocats à Bruxelles,

société de droit anglais MALVERN INSTRUMENTS LTD, dont le siège social est établi à MALVERN WR14 1XS (Worcestershire – Royaume-Uni), Enigma Business Park, Grovewood Road, dénommée ci-après « MALVERN »,

Partie défenderesse au principal et sur incident, demanderesse sur reconvention, représentée par Mes B. VANDERMEULEN et I. DUPUIS, avocats à Bruxelles,

SA SYSMEX BELGIUM, BCE n° 0413.137.549, dont le siège social est établi à 1560 HOEILAART, Terhulpesteenweg, 6A, dénommée ci-après « SYSMEX »,

Partie défenderesse au principal, demanderesse sur reconvention et sur incident, représentée à l'audience par Me G. DEJARDIN loco Me D. DE RAYMAEKER, avocat à Keerbergen.

Après en avoir délibéré,

Vu les pièces de la procédure légalement requises, régulièrement produites en la forme,

Vu l'ordonnance 747§2 CJ du 26/03/2012 aménageant les délais pour conclure et fixant les plaidoiries au 24/01/2013,

Entendu les parties à l'audience du 24 janvier 2013,

ordonnance décernée
en exécution de
l'art. 112 C.L.
à l'audience de
ce 21 février 2013

Vu les dossiers des parties.

I. Exposé des faits

Le tribunal se réfère à l'exposé figurant dans le jugement du 3 juin 2010.

L'expert a déposé son rapport le 5 avril 2011.

MALVERN a interjeté appel du jugement du 3 juin 2010.

Par arrêt du 12 janvier 2012, la cour d'appel de Mons a confirmé cette décision. La cour décide que la mission conférée à l'expert n'était pas illégale. Elle considère également que la limitation des revendications du brevet effectuée par OCCHIO et WSL est licite. Elle décide enfin que la rupture de la membrane par dépression n'est qu'un des procédés décrits pour le brevet et que celui-ci concerne également les procédés de rupture de la membrane par surpression.

II. Objet de la demande

1. - Dans le cadre de la dernière version de la **demande principale**, OCCHIO et WSL sollicitent :

- la limitation des revendications de la partie belge du brevet européen, comme indiqué dans leurs conclusions,
- la constatation de la contrefaçon du brevet par MALVERN et SYSMEX et l'interdiction de toute commercialisation, sous n'importe quelle forme, du dispositif objet du brevet et de toute utilisation du procédé breveté, sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR par violation,
- la condamnation solidaire ou *in solidum* de MALVERN et SYSMEX à payer à OCCHIO les sommes de 1.591.373,52 EUR et à WSL la somme de 19.888,78 EUR, augmentées d'une indemnité de 50.000 EUR à titre d'indemnité raisonnable,
- la condamnation de MALVERN et SYSMEX à communiquer toute information concernant la distribution des machines contrefaisantes en Belgique,
- le constat de la mauvaise foi de MALVERN et la confiscation des machines contrefaisantes en sa possession et du prix des machines déjà vendues,
- la publication de la décision dans trois journaux, au choix d'OCCHIO et WSL, aux frais de MALVERN et SYSMEX, ainsi que la communication de la décision aux sociétés déjà contactées par MALVERN.

Elles souhaitent également que l'exécution provisoire avec exclusion du cantonnement soit accordée et la condamnation de MALVERN et SYSMEX aux frais.

2. - Dans le cadre de la **demande reconventionnelle formée par MALVERN**, celle-ci sollicite l'annulation complète du brevet délivré à OCCHIO et WSL, même après limitation,

3. - Dans le cadre de la **demande reconventionnelle et de la demande incidente formées par SYSMEX**, celle-ci sollicite :

A titre principal,

- l'annulation partielle du brevet,
- la condamnation d'OCCHIO et WSL à payer la somme de 25.000 EUR pour procédure téméraire et vexatoire, augmentée des intérêts et des frais.

A titre subsidiaire,

- la condamnation de MALVERN à garantir contre toute condamnation prononcée au bénéfice d'OCCHIO et WSL.

III. Discussion

A. Position des parties (exposé succinct des moyens)

1. Position de OCCHIO et WSL

OCCHIO et WSL ont limité les revendications de leur brevet suite à la communication du document HORIBA. Moyennant cette annulation partielle de leur brevet européen, ce brevet est parfaitement valable et rencontre les exigences de nouveauté, d'activité inventive et de précision. En effet, il existe des différences substantielles entre le document HORIBA et le brevet 040. En outre, les concepts utilisés par le brevet sont suffisamment précis pour être appliqués par un homme de l'art.

OCCHIO et WSL estiment que MALVERN et SYSMEX ont contrefait le brevet en offrant en vente la machine MORPHOLOGI G3S.

Il s'agit d'une contrefaçon littérale, parce que la machine de MALVERN provoque une entrée de fluide composant le milieu environnant dans la chambre de dispersion et que la dispersion est réalisée par la mise en mouvement de l'échantillon de manière dispersée, homogène et non ordonnée. La machine de MALVERN constitue une application du procédé et une reproduction du dispositif décrits dans le brevet. Les différences entre la machine et le procédé ou le dispositif ne sont pas significatives ou représentent des améliorations constitutives de contrefaçon. OCCHIO et WSL considèrent que le rapport CASPUS produit par MALVERN est une approximation théorique, qui ne correspond pas à la réalité. Elles considèrent également que la présence d'un col sur la chambre de dispersion est sans incidence sur le procédé.

Subsidiairement, il s'agit d'une contrefaçon par équivalent, parce que la rupture de la membrane par surpression remplit les mêmes fonctions et produit les mêmes effets que la rupture par dépression.

OCCHIO et WSL demandent la condamnation de MALVERN et SYSMEX (son distributeur) à des dommages-intérêts. Elles demandent aussi la publication de la décision et la confiscation des machines contrefaisantes et du prix de vente de ces machines.

2. Position de MALVERN

MALVERN met tout d'abord en doute la qualité du rapport d'expertise, au motif que l'expert ne disposait pas des qualifications requises et s'est exprimé sur des questions juridiques. MALVERN demande dès lors l'écartement du rapport.

MALVERN conteste la légalité du brevet, considérant que celui-ci est dépourvu d'activité inventive, du fait de la divulgation des éléments des documents HORIBA et HOYT. Elle considère également que les concepts utilisés dans le brevet (dispersion homogène, non ordonnée et turbulente) sont peu clairs et trop imprécis pour permettre une application industrielle.

Elle rejette toute accusation de contrefaçon.

En effet, dans sa machine, la rupture de la membrane ne fait pas pénétrer l'échantillon dans la chambre de dispersion mais dans le col situé au-dessus de cette chambre. En outre, le rapport de son conseil technique CASPUS démontre que le flux qui pénètre dans la chambre de dispersion est partiellement ordonné.

Elle conteste également l'existence d'une contrefaçon par équivalent parce que les procédés utilisés ne sont pas des équivalents techniques.

Elle soutient que le préjudice subi par OCCHIO et WSL est inexistant, puisqu'aucune machine n'a été vendue par MALVERN et SYSMEX en Belgique et que les demanderessees n'ont elles-mêmes commercialisé aucun appareil durant la même période.

MALVERN demande l'annulation complète du brevet d'OCCHIO et WSL.

En ce qui concerne la demande en garantie de SYSMEX, elle demande que le tribunal réserve à statuer.

3. Position de SYSMEX

SYSMEX n'a pas déposé de nouvelles conclusions depuis le précédent jugement.

Elle calque son argumentation sur celle de MALVERN.

Elle demande des dommages-intérêts pour procédure téméraire et vexatoire et, subsidiairement, demande à être garantie par MALVERN.

B. Examen par le tribunal

1. La validité du rapport d'expertise

1.1 - MALVERN met en cause la validité du rapport d'expertise, au motif que l'expert est sorti de sa mission et s'est livré à des considérations d'ordre juridique.

1.2 - Au niveau des principes, il est indiscutable que l'expert doit se limiter à des considérations techniques et que les questions de droit relèvent de la compétence du tribunal.

Cela étant, lorsque l'expert émet un avis sur des questions juridiques, la seule sanction réside dans l'écartement de la partie du rapport qui sort de la mission de l'expert. Ce n'est que dans des cas graves que le rapport devra être intégralement écarté. Cela vise des hypothèses où l'avis de l'expert est à ce point pollué par des considérations juridiques qu'il devient impossible d'en retirer des éléments pertinents sur le plan technique¹.

1.3 - Dans le cas présent, MALVERN épingle certains passages du rapport qui lui paraissent relever de l'appréciation de points en droit.

Le tribunal constate que, pour l'essentiel, l'avis de l'expert est purement technique et ne fait qu'exprimer l'opinion d'un homme de l'art. Même si l'expert se prononce sur des notions clefs de la loi sur les brevets (nouveau, activité inventive, suffisance de description), le tribunal est dans l'incapacité d'appliquer ces concepts au cas d'espèce sans l'avis d'un technicien. Pour rappel, « il peut advenir que la question à laquelle l'expert est chargé de répondre d'un point de vue technique se confonde avec celle que doit trancher le juge sur le plan juridique. »²

Il y a effectivement quelques considérations d'ordre juridique dans le rapport. Il en va ainsi des explications de l'expert sur la clarté et la suffisance de description (page 4) ou la sécurité juridique des tiers (page 6). Ces appréciations sont limitées et n'apparaissent que dans la réponse de l'expert à certaines questions formulées par MALVERN et non dans la réponse de l'expert aux points de la mission confiée par le tribunal.

Le tribunal considère donc que la pertinence des conclusions de l'expert n'en est pas altérée. Il fera abstraction des quelques considérations juridiques émises par l'expert.

2. La validité du brevet 040, tel que limité par OCCHIO et WSL

2.1 L'annulation partielle du brevet 040 et les revendications modifiées

2.1.1 - Suite à la communication par MALVERN du document HORIBA en cours de procédure, OCCHIO et WSL ont spontanément limité les revendications de leur brevet, comme le permettent les articles 138 § 2 de la convention sur le brevet européen (CBE) et l'article 49 § 2 de la loi belge sur le brevet d'invention (LBI).

¹ O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 125 ; P. TAELEMAN, « Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken », in *L'expertise judiciaire – le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, La Chartre, 2003, p. 61 s., n°116 ; G. BLOCK, « Nullité, inopposabilité et écartement des débats du rapport d'expertise », in *L'expertise*, Bruxelles, Fac. Univ. Saint-Louis, 1994, p. 195 s., n° 38 s.

² Cass., 15 novembre 2012, R.G. C.11.0579.F.

Le tribunal renvoie au libellé des revendications repris dans le précédent jugement et reproduits ci-après dans la discussion sur la contrefaçon.

2.1.2 - MALVERN soutient que, malgré cette modification, le brevet 040 est toujours intégralement nul pour les motifs suivants :

- les revendications ne sont pas claires et le brevet modifié n'est pas suffisamment clair et complet pour permettre à un homme de l'art de l'exécuter,
- les revendications 1 et 5 modifiées ne font pas preuve d'activité inventive.

Pour rappel, la question de l'extension illégale du brevet d'origine a été tranchée par la cour d'appel. Il en va de même de l'équivalence entre les mécanismes de rupture de la membrane par surpression et dépression. En outre, MALVERN a renoncé à son argumentation relative à l'absence de nouveauté de l'invention.

2.2 L'argument de l'absence de clarté des revendications

2.2.1 - MALVERN relève que le brevet fait référence à des concepts imprécis : dispersion turbulente, homogène et non ordonnée. Elle estime dès lors que les revendications du brevet manquent de clarté. Elle reconnaît que l'absence de clarté n'est pas une cause de nullité du brevet. Elle soutient toutefois que, puisque OCCHIO et WSL demandent la limitation du brevet, la juridiction nationale qui doit statuer sur la validité du brevet limité se retrouve dans la situation d'un examinateur, qui doit examiner la clarté des revendications (art. 84 CBE et 17 § 2 LBI).

2.2.2 - Le tribunal relève que l'absence de clarté des revendications n'est pas, en tant que telle, une cause de nullité. Elle ne pourra affecter la validité du brevet que si elle se traduit par une impossibilité d'exécution par l'homme de métier, résultant du caractère insuffisamment clair et complet du brevet (art. 83 CBE et 49 § 1^{er} LBI)³.

Par ailleurs, la loi belge, dans son état actuel, ne prévoit aucune procédure d'examen des revendications modifiées par requête volontaire. Comme le relèvent à juste titre OCCHIO et WSL, une telle procédure ne sera introduite que lors de l'entrée en vigueur de la loi du 10 janvier 2011⁴. Cette entrée en vigueur reste indéterminée pour l'instant. Dès lors, le tribunal doit juste vérifier si les revendications limitées par le titulaire du brevet sont soit valides soit nulles. Il n'a donc pas à jouer le rôle d'un examinateur.

³ F. DE VISSCHER et P. CAMPOLINI (« La réforme du droit belge des brevets d'invention par la loi du 10 janvier 2011 : une première analyse », *R.D.C.*, 2011, pp. 453 et s. n° 37), pourtant cités par MALVERN à l'appui de sa thèse, ne disent pas autre chose lorsqu'ils exposent que la cause de nullité visée à l'article 49 § 1^{er} 2 LBI recouvre en réalité à la fois le défaut de clarté des revendications (art. 17 § 2) et l'impossibilité d'exécution du brevet pour insuffisance de la description (art. 17 § 1). On peut en déduire que le manque de clarté des revendications est un des paramètres à examiner lorsqu'on vérifie si l'homme de l'art est en mesure d'exécuter le brevet.

⁴ F. DE VISSCHER et P. CAMPOLINI, *op. cit.*, n° 29 et s.

2.3 L'argument d'absence de description suffisante de l'invention

2.3.1 - MALVERN reproduit à ce niveau les mêmes critiques concernant l'indétermination des concepts d'homogénéité, d'absence d'ordre et de turbulence. Le brevet, selon elle, ne définit aucun seuil à partir duquel la dispersion pourra être considérée comme homogène, non ordonnée et turbulente. Ces concepts ne sont pas non plus précisés dans la littérature.

2.3.2 - Pour répondre à cette critique, il convient tout d'abord de rappeler que, si les revendications du brevet sont essentielles pour déterminer la validité du brevet et sa portée, les termes des revendications peuvent être interprétés à la lumière de la description⁵.

2.3.3. - Or la description du brevet indique à ce sujet :

« [0015] Cette dispersion est réalisée en séparant et en mettant en mouvement l'échantillon de poudre sèche 5 sans réaliser de mouvement ordonné des grains constitutifs de la poudre sèche 6, dans la chambre de dispersion 11. Cette condition de ne pas générer de mouvement ordonné de la matière (un flux) est essentielle dans la mesure où un flux génère des ségrégations au sein des matériaux granulaires dispersés, ce qui est très pénalisant dans le cadre des analyses ultérieures.

[0018] (...) Les grains constitutifs de l'échantillon de poudre sèche 5 ont tendance à se repousser les uns les autres et à former un nuage homogène de matière au sein de la chambre de dispersion 11.

[0019] L'échantillon de poudre sèche 5 est récupéré à des fins d'analyse par un processus de sédimentation naturelle des grains dans la chambre de dispersion 11 sur la surface à traiter 12 ».

En outre, comme l'indique l'expert, il faut prendre en considération les antériorités décrites dans le brevet pour comprendre les concepts utilisés :

« La description de l'invention commence par décrire l'antériorité US 4,868,128. Ce procédé provoque une dispersion ordonnée à cause de l'existence d'un flux qui provoque des ségrégations au sein des matériaux dispersés, empêchant une certaine homogénéité de dispersion des grains sur une surface (voir [0004]). A l'opposé, une dispersion sera non ordonnée en absence d'un flux (col. 3, 1. 2-6). La mise en mouvement sera homogène dès lors que la dispersion sur la plaque inférieure est homogène et qu'il n'y a aucun obstacle dans la chambre de dispersion. En effet, l'échantillon de poudre sédimente de manière naturelle après l'explosion de la membrane (voir [0028]) ».

Il ajoute (page 9) :

« La mise en mouvement de l'échantillon « de manière dispersée, homogène et non ordonnée, par un remplissage turbulent » demande à être interprétée à la lumière de la description. A la lecture de la description, l'homme du métier pouvait comprendre qu'il ne peut avoir une tubulure qui s'introduit dans la chambre de dispersion

⁵ M. SINGER et D. STAUDER, *European patent convention*, vol. 1, 3^e éd., Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2003, p. 380.

(la dispersion serait alors dirigée, donc ordonnée) et qu'il ne peut y avoir d'obstacle dans la chambre qui entraverait la dispersion homogène (et la sédimentation aléatoire) de la poudre ».

Le tribunal estime dès lors que, contrairement à ce qu'affirme MALVERN, le brevet contient des éléments qui permettent de comprendre les concepts qu'il utilise.

Enfin, il est exact que la description du brevet n'indique pas ce qu'est un écoulement turbulent.

L'expert comprend cette notion comme désignant un écoulement non laminaire (rapport, page 16).

Le tribunal considère donc que cette notion est suffisamment familière au technicien pour ne pas devoir être décrite avec précision dans le brevet.

2.3.4 - L'expert en conclut, concernant le caractère clair et la description suffisante de l'invention :

« Les revendications ne me semblent pas poser de problème de clarté à un homme du métier, lorsqu'elles sont lues à la lumière de la description. (...) Reproduire un dispositif et un procédé tels que définis dans le brevet ne pose pas de problème particulier à l'homme du métier. Les deux exemples de réalisation donnent à l'homme du métier suffisamment d'éléments précis pour reproduire l'invention ».

Même si l'expert VANDEBERG n'a certainement pas les connaissances des conseils techniques consultés par les parties dans le domaine considéré, elle est ingénieur et mandataire européen en brevet. A ce titre, elle dispose d'une expérience importante, probablement supérieure à celle d'un académique ou d'un technicien pur, concernant les questions d'applicabilité concrète d'un brevet. On ne peut donc balayer son avis d'un revers de la main, comme semble le suggérer MALVERN. Dès lors qu'elle estime en sa qualité d'expert en savoir assez pour pouvoir reproduire sans difficulté l'invention décrite dans le brevet, cet avis constitue un élément d'appréciation important pour le tribunal.

Enfin, le tribunal rappelle la considération reprise dans le précédent jugement, selon laquelle le premier conseil technique de MALVERN avait parfaitement compris la description du procédé et du dispositif figurant dans le brevet. C'est d'ailleurs ce qui lui avait permis de le critiquer.

Le tribunal estime donc les explications de l'expert suffisantes et convaincantes et en déduit la suffisance de clarté du brevet permettant son exécution par l'homme de métier.

2.4 L'argument de l'absence d'activité inventive

2.4.1 - MALVERN soutient que le brevet 040 amendé manque d'activité inventive, en ce que les modifications apportées aux revendications d'origine découlent de façon évidente de l'état de la technique, tel qu'il ressort du document HORIBA et du brevet HOYT, ainsi que la machine SPD⁶.

⁶ Le tribunal renvoie à la description de ces procédés figurant dans le précédent jugement.

2.4.2 - L'appréciation de l'activité inventive suppose que l'on se place dans l'optique d'un homme de l'art, technicien du secteur concerné, ayant une bonne connaissance de la technique et de toutes les antériorités existantes, suffisamment intelligent pour procéder aux aménagements nécessaires pour répondre aux problèmes courants posés dans son secteur mais dépourvu du génie créatif lui permettant d'effectuer une véritable invention⁷.

2.4.3 - L'expert a donné son avis sur ce point.

Il commence par préciser que l'état de la technique le plus proche est le document HORIBA. Il s'en explique de la manière suivante :

« Par rapport au document HORIBA, les deux caractéristiques qui distinguent les revendications 1 et 5 modifiées sont :

1°) la rupture de la membrane entraîne une ouverture dans la chambre de dispersion ;

2°) la rupture de la membrane entraîne une mise en mouvement de l'échantillon de poudre sèche de manière dispersée, homogène et non ordonnée par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion.

Par rapport au document HOYT, les caractéristiques qui distinguent les revendications 1 et 5 sont :

1°) la présence d'une chambre de dispersion avec fermeture étanche où la dispersion de la poudre sèche a lieu ;

2°) le diaphragme 36 apte à se rompre sous l'effet d'un fluide sous pression peut être assimilé à la membrane (4) ; mais l'échantillon de poudre n'est posé sur ce diaphragme 36 ;

3°) la membrane qui se rompt sert de moyen d'introduction de la poudre sèche dans la chambre ;

4°) la membrane 4 engendre une ouverture dans la chambre de dispersion ;

5°) la dispersion est réalisée par la mise en mouvement de l'échantillon de poudre sèche de manière dispersée, homogène et non ordonnée, par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion.

De plus, le but du document HOYT est plus éloigné du but de l'invention décrite dans le brevet en question que le but du document HORIBA. Le dispositif du document HOYT est adapté à la dispersion de poudres présentant des forces cohésives importantes. Une onde de choc puissante disperse l'échantillon de poudre et provoque la défloculation des agglomérats. »

Le tribunal constate effectivement que les divergences décrites par l'expert sont plus importantes entre le brevet 040 et le brevet HOYT qu'entre le brevet 040 et le document HORIBA. En outre, le brevet HOYT décrit un procédé moins polyvalent puisqu'il est essentiellement adapté aux poudres métalliques (rapport, page 10).

⁷ P. DE JONG, O. VRINS et C. RONSE, « Evolutes in het octrooirecht – Overzicht van rechtspraak 2003-2006 », R.D.C., 2007, p. 430 et les références citées ; B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 110.

Pour ces motifs, le tribunal considère également que le document HORIBA reflète l'état antérieur le plus proche du brevet 040.

2.4.4 - L'expert poursuit en exposant le problème à résoudre :

« - éviter la ségrégation des matériaux granulaires à analyser et obtenir une répartition homogène et aléatoire des grains sur la surface de récolte. Dans HORIBA, le diffuseur 16 va provoquer la formation d'une ombre sur la surface de récolte.

- éviter les fortes collisions des grains à analyser qui endommagerait leur intégrité (taille et forme originelle). Dans HORIBA, [0024], les agglomérats de particules existants dans la poudre sont cassés par la collision du jet de poudre sur le diffuseur 16 ».

2.4.5 - MALVERN soutient que l'homme de l'art, désireux de simplifier le dispositif décrit dans HORIBA et en éviter les inconvénients, se tournera vers HOYT pour en retirer le procédé de rupture d'une membrane.

Le tribunal retient sur ce point l'explication de l'expert, selon qui le technicien ne sera pas incité à chercher la solution dans le document HOYT :

« L'homme du métier voulant résoudre les 2 problèmes mentionnés ci-dessus n'aurait pas été incité à chercher une solution dans le document HOYT car avec le dispositif décrit dans ce document, le risque d'endommager les particules est encore plus grand. Les dispositifs d'HORIBA et de HOYT ont tous deux pour effet de détruire les agglomérats de particules.

De plus, le document HOYT ne décrit pas la solution trouvée par l'invention en question.

La solution trouvée par l'invention en question est que

- la dispersion de la poudre doit être réalisée par la mise en mouvement de l'échantillon de poudre sèche de manière dispersée, homogène et non ordonnée par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion, c'est-à-dire sans générer de mouvement ordonné (flux) (col. 3, l. 2-5) et sans générer de collision des particules mais provoquant un nuage homogène de matière qui se dépose par sédimentation naturelle (col. 3, l. 24-25 et col. 4, l. 29-30) ;

- l'échantillon est posé sur une membrane dont la rupture entraîne une ouverture dans la chambre de dispersion.

Cette solution ne se trouve pas décrite dans le document HOYT, ni dans aucun des autres documents connus de l'art antérieur ».

OCCHIO et WSL ajoutent à juste titre que le dispositif HOYT est complexe et coûteux et ne constitue pas une simplification du procédé HORIBA.

2.4.6 - MALVERN relève également que, depuis que la cour d'appel a décidé que les mécanismes de rupture de la membrane par surpression sont également concernés par le brevet, le document HOYT, qui décrit un procédé de rupture de la membrane par onde de choc, doit également être pris en considération pour l'appréciation de l'activité inventive.

Elle considère que le principal problème posé par HOYT était le risque de dispersion des particules sur la plaquette par des courants d'air dans le laboratoire. L'utilisation d'une chambre de dispersion, présente dans la machine SPD, permettait de résoudre ce problème. La combinaison des deux procédés devait conduire naturellement au procédé décrit par le brevet.

L'expert répond :

« Par rapport à HOYT, la solution proposée par le brevet en question ne consiste pas simplement à ajouter une chambre de dispersion mais également à prévoir la bonne position de la membrane de manière telle que sa rupture entraîne une ouverture dans la chambre de dispersion et que la dispersion de la poudre soit réalisée sans générer de flux ni de collision des particules.

La combinaison avec la machine SPD ne donne pas plus la solution au problème à la base de l'invention car la machine SPD ne fonctionne pas selon le principe de la rupture d'une membrane ».

A juste titre, l'expert considère que le principal problème posé par le document HOYT n'est pas l'absence de chambre de dispersion. Le risque de dispersion de la poudre par l'effet d'un courant d'air est illusoire, compte tenu de la violence de l'onde de choc dirigée contre la membrane (42 bars) et la faible distance entre la membrane et la plaquette. Le vrai problème de HOYT est la dégradation des particules à analyser.

2.4.6 - Pour ces différents motifs, le tribunal estime que les documents HOYT et HORIBA ne fournissaient pas à l'homme de l'art les bases lui permettant d'aboutir au dispositif et au procédé décrits dans le brevet 040. De ce fait, le brevet démontre une réelle activité inventive et ne peut être annulé pour ce motif.

2.5 Conclusion de cette partie du jugement

Le tribunal a rejeté les arguments soulevés par MALVERN pour contester la validité du brevet, limité par OCCHIO et WSL.

Dans ces conditions, en application des articles 138 § 2 CBE et 49 § 2 LBI, il y a lieu de limiter les revendications de la partie belge du brevet 040 comme indiqué dans les conclusions de OCCHIO et WSL.

3. La contrefaçon

3.1 La contrefaçon de la revendication 1

3.1.1 Exposé du problème

3.1.1.1 - La revendication 1, amendée par OCCHIO et WSL, s'énonce comme suit :

1. Procédé de dispersion d'un échantillon de poudre sèche (5) dans une chambre de dispersion (11) comprenant :
 - a. une fermeture étanche de ladite chambre de dispersion (11),

- b. un placement de l'échantillon (5) dans des moyens d'introduction de poudre sèche (4) dans la chambre de dispersion (11),
- c. une mise sous dépression de la chambre (11) par rapport à un milieu environnant (13).
- d. une explosion d'une membrane (4) avec rupture de celle-ci, cette membrane (4) servant de moyens d'introduction susdits et étant intercalée entre ledit milieu environnant (13) et l'intérieur de ladite chambre de dispersion (11),
- e. un passage d'un fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane (4) rompue,
- f. un entraînement par ce fluide de la poudre sèche (5) placée sur la membrane (4) à l'intérieur de la chambre de dispersion et
- g. une dispersion de la poudre sèche (5) dans la chambre (11) par une aspiration de celle-ci à l'intérieur,

Caractérisé en ce que

- h. ladite rupture de la membrane (4) engendre une ouverture dans la chambre de dispersion (11) et une entrée du fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane rompue,
- i. et en ce que ladite dispersion est réalisée en séparant et en mettant en mouvement l'échantillon de poudre sèche (5) de manière dispersée, homogène et non ordonnée, par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion (11) par le milieu environnant (13).

3.1.1.2 - OCCHIO et WSL considèrent, en s'appuyant sur le rapport d'expertise, ainsi que sur le rapport de saisie – description, que la revendication 1 fait l'objet d'une contrefaçon littérale.

3.1.1.3 - MALVERN ne conteste pas que les points a à f de la revendication 1 sont reproduits par sa machine.

A défaut de contestation, ces points sont considérés comme acquis et ne seront pas examinés par le tribunal.

Les trois autres points sont contestés par MALVERN, pour les motifs suivants :

- le point g vise une introduction du milieu environnant par aspiration, alors que sa machine ne produit aucune aspiration,
- le point h vise l'introduction de l'échantillon dans la chambre de dispersion alors que, dans sa machine, l'échantillon n'est pas introduit dans la chambre de dispersion mais dans un col situé au-dessus de celle-ci,
- le point i vise l'introduction de l'échantillon de manière turbulente, homogène et non ordonnée, alors que, dans sa machine l'introduction de l'échantillon se fait de manière partiellement ordonnée ; en effet, la modélisation numérique démontre l'existence d'une ségrégation entre particules dues à leurs différences de taille ; cette ségrégation est accentuée par la différence d'accélération entre particules de tailles différentes induite par le col situé au-dessus de la chambre de dispersion.

3.1.1.4 - En ce qui concerne, les points h et i, il s'agit d'une argumentation nouvelle, non reproduite dans les conclusions de MALVERN antérieures au précédent jugement. Pour rappel, l'argumentation invoquée antérieurement par MALVERN pour démontrer l'absence de contrefaçon était :

- l'utilisation d'un mécanisme de surpression pour rompre la membrane, alors que le brevet décrivait un mécanisme de dépression,
- l'absence d'entrée du milieu environnant dans la chambre de dispersion dans la mesure où, dans la machine de MALVERN, cette chambre était connectée non pas à l'air environnant mais à un tuyau injectant de l'air comprimé.

L'arrêt de la cour d'appel de Mons, qui considère que le brevet ne se limite pas aux mécanismes de rupture de la membrane par dépression mais concerne également les mécanismes de rupture par surpression, ne permet plus la reproduction de cette argumentation.

OCCHIO et WSL déduisent de la nouveauté de cette argumentation son absence de caractère déterminant : si les points actuellement avancés par MALVERN étaient réellement décisifs, ils auraient été défendus dès le début de la procédure.

MALVERN répond qu'elle a dû modifier son argumentation suite à la modification des revendications par OCCHIO et WSL.

Le tribunal constate qu'il y a eu un changement important dans la procédure. Mais celui-ci n'est pas induit par la modification des revendications, déjà connue avant le précédent jugement, mais par l'arrêt de la cour d'appel. Cet arrêt, en rejetant l'argumentation antérieure de MALVERN, a obligé celle-ci à concentrer son attention sur d'autres points du brevet.

Le tribunal estime qu'on ne peut rien déduire de la modification de l'argumentaire d'une partie. Rien n'empêche qu'elle avance des moyens décisifs pour la première fois en cours de procédure. Ce n'est que l'examen de ces moyens qui permettra d'en déduire le caractère déterminant.

3.1.2 Le problème de la dispersion par aspiration (point g)

3.1.2.1 - MALVERN relève que sa machine ne procède pas par aspiration mais par pulsion contrôlée.

3.1.2.2 – Aussi bien dans le brevet que dans la machine de MALVERN, la rupture de la membrane est provoquée par un différentiel de pression, dans lequel la pression au-dessus de la membrane est supérieure à celle qui règne dans la chambre de dispersion⁸. Il s'ensuit une aspiration qui va dans le sens de la plus haute vers la plus basse pression.

Cette caractéristique est présente dans la machine de MALVERN, tant selon l'expert HECK que l'expert VANDEBERG.

La machine MORPHOLOGI G3S reproduit donc la revendication 1 g.

⁸ Peu importe que ce différentiel soit créé par une surpression sur la membrane ou une dépression dans la chambre de dispersion.

3.1.3 Le problème de l'introduction de l'échantillon par l'intermédiaire d'un col (point h)

3.1.3.1 - MALVERN relève la présence d'un col cylindrique en haut de la chambre de dispersion de sa machine. Elle considère dès lors que, lors de la rupture de la membrane, l'échantillon est introduit dans le col en question et pas dans la chambre de dispersion elle-même.

3.1.3.2 - Le tribunal constate que le col en question fait 3 cm de long sur 2 cm de diamètre (rapport d'expertise, page 17). Il ne constitue pas un espace séparé du reste de la chambre de dispersion. L'expert a également relevé que ce col ne peut être assimilé à la tubulure du document HORIBA.

L'expert a relevé que la forme de la chambre de dispersion n'était pas décrite dans le brevet (page 17). Il faut donc considérer la présence de ce col comme une caractéristique de la forme générale de la chambre de dispersion et non comme un volume à part.

Il s'ensuit que le fait d'introduire l'échantillon dans la chambre de dispersion au travers d'un col n'empêche pas que cette introduction se réalise dans la chambre de dispersion directement, parce que le col fait partie intégrante de la chambre de dispersion⁹.

La caractéristique h de la revendication est donc reproduite.

3.1.4 La dispersion homogène et non ordonnée (point i)

3.1.4.1 - Le brevet parle de mise en mouvement de l'échantillon de manière dispersée, homogène et non ordonnée, par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion.

MALVERN ne conteste pas que, dans sa machine, le remplissage de la chambre soit « turbulent ».

Elle soutient, modélisation numérique à l'appui, que des formes de ségrégations de particules en fonction de leur taille sont observées dans sa machine. Elle relève que le conseil technique de OCCHIO et WSL (OPEN ENGINEERING) ne le conteste pas et considère même que ce phénomène coule de source et ne devait pas être démontré. Dès lors que le brevet décrit des mécanismes qui évitent toute ségrégation des particules, elle en déduit que sa machine n'est pas concernée par le brevet.

MALVERN relève également que, dans leurs conclusions, OCCHIO et WSL décrivent le processus « non ordonné » comme excluant totalement toute forme d'ordre. Puis, dans les mêmes conclusions, OCCHIO et WSL précisent qu'il faut entendre que le nuage formé par l'échantillon ne doit pas être globalement ordonné mais que des ordres locaux peuvent apparaître. MALVERN en déduit une contradiction dans la position de OCCHIO et WSL.

MALVERN critique donc la position de l'expert qui a admis la reproduction de la caractéristique i du brevet par la machine MORPHOLOGI, sans procéder à aucune expérimentation scientifique. MALVERN soutient que la modélisation numérique constitue une forme d'expérimentation

⁹ Personne ne songerait à dire que, lorsque l'on remplit une bouteille, on ne verse que dans le goulot et pas dans la bouteille.

valide, à laquelle l'expert aurait pu recourir et qui aurait démontré la fausseté de sa position.

3.1.4.2 - Pour répondre à cette critique, il convient de rappeler que la contrefaçon s'apprécie plus par les ressemblances que par les différences, qui peuvent masquer la fraude¹⁰. Les différences sont sans incidence lorsqu'elles sont secondaires ou superficielles¹¹.

Il convient dès lors de vérifier si les études scientifiques poussées produites par MALVERN n'ont pas en réalité pour but de détourner l'attention de l'observateur de l'essentiel pour la concentrer sur des caractéristiques accessoires de la machine, qui ne feraient pas une véritable différence par rapport au brevet.

3.1.4.3 - L'expert écrit à ce sujet :

« La caractéristique « dispersée » est-elle reproduite ?

Dans la machine de Malvern, l'explosion des deux membranes en aluminium provoque inmanquablement une séparation et dispersion des particules.

La caractéristique « homogène » est-elle reproduite ?

Si la dispersion des particules sur la plaque est aléatoire et homogène, la mise en mouvement des particules dans la partie supérieure de la chambre ne pouvait être que homogène puisque les particules se déposent simplement sous l'effet de la gravité et qu'aucun mouvement, ni obstacle ne perturbe leur dépôt.

Les caractéristiques « non ordonné et remplissage turbulent » sont-elles reproduites ?

Dans le procédé de Malvern, un flux d'air comprimé est envoyé sur la capsule porte-membrane. La base de la capsule est perforée par 8 trous disposés sur la périphérie et un trou central destiné à recevoir la poudre. A sa partie supérieure la capsule est fermée par une plaquette également perforée de 8 trous en périphérie. L'emboîtement de la plaquette supérieure est réalisé avec 2 encoches non opposées, qui empêchent la rotation de la plaquette. Il s'ensuit que les 8 trous de la base de la capsule ne peuvent pas être à la verticale des 8 trous de la plaquette supérieure mais seront décalés (voir photos jointes en annexe).

Cette disposition implique que le flux d'air comprimé ne peut pas passer dans la capsule en un flux droit et dirigé mais le flux doit en quelque sorte passer par une chicane, ce qui cause inmanquablement une turbulence. Ce flux d'air ne peut donc entraîner les particules en un mouvement dirigé ou laminaire. Le mouvement sera donc non-ordonné et turbulent, au sens du brevet ».

Il conclut donc au remplissage homogène et non ordonné de la chambre de dispersion.

¹⁰ B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 422, n° 503 ; Civ. Liège, 6 décembre 2007, *I.R. D.I.*, 2008, p. 162 ; Anvers, 6 décembre 2007, *ICIP*, 2008, p. 118 ; Civ. Huy, 28 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 938.

¹¹ M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention*, Bruxelles, Larcier, 1999, n° 385 ; P. DE JONG, O. VRINS et C. RONSE, « Evoluties in het octrooirecht – Overzicht van rechtspraak 2003-2006 », *R.D.C.*, 2007, p. 444.

3.1.4.4 - Il ressort tant du rapport CASPUS que du rapport d'OPEN ENGINEERING que la distribution des particules variera suivant leur taille.

Mais le tribunal relève que, quand le brevet décrit le caractère aléatoire de la trajectoire des particules, cela ne signifie pas que cette trajectoire pourrait s'affranchir des règles de base de la physique. L'homme de métier qui lit le brevet est supposé comprendre que ces trajectoires pourront être influencées par les caractéristiques propres de ces particules et l'interaction de ces particules entre elles¹² ou avec les parois de la chambre de dispersion. Mais, dans le procédé décrit par le brevet, ce sont les seuls facteurs qui jouent un rôle, au contraire des antériorités où la répartition des particules est en outre influencée par la forme du dispositif qui introduit l'échantillon (la tubulure de HORIBA) ou l'existence d'un flux laminaire qui accompagne l'introduction de l'échantillon dans la chambre. L'influence des caractéristiques propres des particules ne porte donc pas atteinte au caractère désordonné du phénomène.

De même, MALVERN déclare pouvoir tirer du rapport CASPUS la preuve d'une forme d'ordre – limitée mais réelle. Ceci serait révélé par le fait que des formes de ségrégations existent puisque les particules d'une taille donnée suivent des trajectoires similaires. Il y a lieu de rappeler que CASPUS n'a travaillé qu'avec trois tailles de particules. Ce rapport démontre que chaque particule suit une trajectoire particulière en fonction de sa taille¹³. Dans la réalité, il y a aura une infinité de tailles de particules et donc une infinité de trajectoires possibles. A nouveau, on y voit la preuve du caractère désordonné de la dispersion de l'échantillon. On pourrait difficilement soutenir qu'il en va de même dans HORIBA, où le nombre possible de trajectoires des particules est limité par la tubulure qui les introduit dans la chambre et où ce n'est que le diffuseur qui provoque l'éclatement du flux de particules.

3.1.4.5 – Lors de la réunion du 1^{er} septembre 2010, l'expert a constaté que le dépôt sur la plaquette réalisé par la machine de MALVERN était homogène et non ordonné. MALVERN lui reproche actuellement de ne pas avoir analysé le dépôt au microscope et de ne pas pouvoir déduire de conclusion scientifiquement valable de son examen. En fait, le rapport de réunion ne permet pas de préciser si l'expert a ou non utilisé un microscope. Le tribunal constate d'une part que, lors de cette réunion d'expertise, le représentant de MALVERN n'a pas contesté l'état homogène et non ordonné du dépôt¹⁴ et, d'autre part, que personne n'a demandé à l'expert de procéder à des examens plus approfondis du dépôt. Les critiques de MALVERN sont donc tardives et irrecevables. Le tribunal retient dès lors du rapport que l'expert a constaté l'état homogène et non ordonné du dépôt sur la plaque, lors de l'utilisation de la machine de MALVERN.

¹² L'interaction entre les particules ne paraît pas avoir été prise en compte par CASPUS (« les particules ne se connaissent pas »). Or ce phénomène est décrit comme déterminant dans le brevet : « [0018] (...) Les grains de l'échantillon de poudre sèche 5 ont tendance à se repousser les uns les autres et à former un nuage homogène de matière au sein de la chambre de dispersion 11. » Il n'est donc pas démontré que le rapport CASPUS décrit un phénomène conforme à la réalité.

¹³ Le tribunal rappelle que, l'interaction entre particules n'ayant pas été étudiée, l'influence de cette interaction sur les trajectoires des particules n'est pas connue.

¹⁴ Bien au contraire, Mme HUCK, préposée de MALVERN chargée de procéder à l'expérimentation, a confirmé que le but était bien d'avoir une dispersion aléatoire de la poudre (rapport de la réunion du 1/9/2010, page 3).

Or, l'expert en déduit que la répartition des particules dans la chambre de dispersion est nécessairement homogène et non ordonnée, sans quoi elles ne se déposeraient pas dans cet état sur la plaquette. Ce raisonnement est qualifié de simpliste et de non-scientifique par MALVERN. Et pourtant, il apparaît comme une évidence pour le tribunal. Sous réserve de mouvements induits par le choc des particules contre la lame, la disposition des particules sur la plaquette constitue l'empreinte de l'état des particules avant le dépôt. Si les particules ont pu se déposer de manière homogène et non ordonnée c'est parce qu'elles étaient déjà dans cet état lors du processus de dépôt. Et si elles se sont retrouvées dans cet état, ce n'est pas par l'effet d'un accessoire, comme le diffuseur du document HORIBA, mais uniquement par l'effet du remplissage turbulent de la chambre de dispersion par le milieu environnant. MALVERN ne fait rien d'autre que ce qui est décrit par le brevet.

3.4.1.6 - Reste le problème du comportement des particules lors de l'introduction dans la chambre et l'incidence du col sur la répartition des particules.

L'expert dit (page 17) :

« L'encolure de 3 cm ne me semble pas jouer d'effet et ne peut pas empêcher le mouvement turbulent des particules. L'effet de l'explosion de deux membranes en aluminium et l'effet de chicane, expliqué ci-dessus, empêchant le flux d'être dirigé, sont bien plus prépondérants.

Une encolure de 3 cm de long sur 2 cm de diamètre ne permet pas de diriger le flux d'air. Pour comparaison, dans le document Horiba, où l'on souhaite diriger le flux d'air, c'est une tubulure de 2 à 3 mm de diamètre terminée par un orifice de 0.7-1 mm qui sont utilisés. La tubulure ayant une longueur estimée à plusieurs centimètres voir près d'une dizaine de centimètres ».

MALVERN soutient que le rapport CASPUS démontre le contraire.

Intuitivement, on pourrait répondre que le col de la chambre de dispersion n'a aucune influence significative sur la dispersion homogène et non ordonnée des particules, sans quoi MALVERN n'aurait pas conçu sa chambre de dispersion ainsi. Il est admis par toutes les parties que le résultat recherché par l'industrie est la dispersion homogène et non ordonnée de la poudre à analyser sur une lame de microscope. MALVERN n'aurait dès lors pas ajouté à sa machine une caractéristique particulière susceptible de contrarier cette démarche. Le tribunal convient toutefois volontiers que ce raisonnement est insuffisant.

Le rapport CASPUS n'analyse pas la totalité du processus jusqu'au dépôt des particules sur la lamelle. Il limite l'examen à une durée de 0,4 secondes de temps réel. En ce qui concerne la position des particules, il précise expressément que l'échelle de temps des variations décrites est de quelques millisecondes, ce qui est beaucoup plus court que le temps de dépôt des particules (3.2.2, page 27). C'est d'ailleurs un des reproches qui lui est adressé par OPEN ENGINEERING.

Le brevet parle de « mise en mouvement » de l'échantillon de manière dispersée, homogène et non ordonnée. C'est ce qui a amené MALVERN à concentrer son analyse sur ce qui se passe au moment où

l'échantillon pénètre dans la chambre, dans la partie supérieure de celle-ci. Toutefois, le tribunal constate que le brevet ne décrit pas

- ce qui se passe dans un intervalle de temps donné,
- ce qui se passe dans un espace précis de la chambre de dispersion.

Il convient de rappeler que, selon le brevet, la dispersion constitue un processus¹⁵ : « [0018] (...) Les grains de l'échantillon de poudre sèche 5 ont tendance à se repousser les uns les autres et à former un nuage homogène de matière au sein de la chambre de dispersion 11. » Il est donc important, pour analyser le matériel prétendument contrefaisant, de prendre en compte la totalité de ce processus jusqu'à la formation du nuage. Limiter l'examen à un intervalle de temps prédéfini peut donner une image tronquée du mécanisme qui se réalise dans la chambre.

Par ailleurs, l'expert a relevé que le brevet ne décrit aucune forme particulière de la chambre. Rien n'empêche que le haut de la chambre présente une forme d'entonnoir ou un col, comme dans la machine de MALVERN. Or, il est évident pour l'homme de métier que la forme influence la trajectoire des particules. Ne fut-ce que parce que le mouvement des particules est limité par les parois de la chambre. Si, pour pénétrer dans la chambre, les particules doivent passer par un volume étroit, comme c'est le cas dans la chambre de dispersion de MALVERN, les particules vont conserver une disposition concentrée parce qu'elles sont limitées par les parois de la chambre. Ces différences de forme, autorisées par le brevet, peuvent induire des différences locales dans la répartition des particules, qui pourraient être mises en lumière par une modélisation numérique. Toutefois ces différences restent accessoires tant qu'elle ne contrarient pas la formation d'un nuage homogène et non ordonné par le seul fait l'introduction turbulente du milieu environnant dans la chambre, toutes autres conditions du brevet étant respectées.

Le tribunal considère dès lors que les éléments de preuve produits par MALVERN ne suffisent pas à contredire l'opinion de l'expert, selon qui la machine MORPHOLOG1 crée, dans la chambre de dispersion, par la seule introduction turbulente du milieu environnant, un nuage homogène et non ordonné, qui se dépose par sédimentation naturelle.

3.4.1.7 - La caractéristique 1 i est contrefaite par la machine de MALVERN.

3.3 La contrefaçon de la revendication 5

3.3.1 Exposé du problème

3.3.1.1 - La revendication 5 porte sur un dispositif et s'énonce comme suit :

5. Dispositif de dispersion d'un échantillon de poudre sèche (5) dans une chambre de dispersion (11) comprenant :

¹⁵ Ce processus est certainement très rapide, tellement rapide qu'il a été qualifié « d'instantané » dans le rapport établi par le bureau GEVERS pour OCCHIO et WSL et dans les conclusions de celles-ci déposées avant le premier jugement. Il n'en reste pas moins qu'il y a un déplacement des particules, d'un état concentré (sur la membrane avant l'explosion) à un état dispersé dans la chambre.

- a. une chambre de dispersion (11) reliée à une source de dépression (1) et située dans un milieu environnant (13),
- b. des moyens d'ouverture et/ou de fermeture étanche (7, 8, 9, 10) de ladite chambre de dispersion (11), et
- c. des moyens d'introduction de l'échantillon (4) de poudre sèche (5) dans ladite chambre de dispersion (11), qui comprennent
- d. une membrane (4) qui est intercalée entre ledit milieu environnant (13) et l'intérieur de ladite chambre de dispersion (11) et sur laquelle est disposé l'échantillon,
- e. ladite membrane (4) étant agencée pour se rompre à une différence de pression prédéterminée entre ledit milieu environnant (13) et ledit intérieur de la chambre de dispersion (11),

Caractérisé en ce que

- f. la membrane (4) supportant l'échantillon est agencée de manière à engendrer, à sa rupture, une ouverture dans la chambre de dispersion, une entrée du fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane rompue (4) et une mise en mouvement de l'échantillon de poudre sèche (15) de manière dispersée, homogène et non ordonnée par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion (11) par le milieu environnant (13).

3.3.1.2 - OCCHIO et WSL soutiennent que la machine de MALVERN réalise une contrefaçon littérale ou, à tout le moins, par équivalent de cette revendication.

MALVERN ne conteste pas la reproduction des caractéristiques b à e. Elle conteste en revanche la réalisation des caractéristiques a et f.

3.3.2 Le problème de la source de dépression (a)

3.3.2.1 - MALVERN soulève que, dans sa machine, la chambre de dispersion n'est pas reliée à une source de dépression.

3.3.2.2 - Cette remarque est exacte.

Toutefois, dans son arrêt du 12 janvier 2012, la cour d'appel a décidé que :

« La création d'un « vide au moins partiel » dans la chambre de dispersion n'a pas vocation à s'appliquer à tous les modes de réalisation de l'invention et l'argument de Malvern, qui cherche à obtenir une nouvelle définition de la première revendication taillée sur mesure pour que sa machine Morphologi G3S (qui fonctionne par un procédé de surpression) ne soit pas couverte par le brevet des intimées, doit être rejeté ».

Il s'ensuit que les dispositifs qui provoquent une rupture de la membrane par dépression ne constituent qu'un mode de réalisation du brevet et qu'on ne peut donc soutenir par principe qu'un dispositif agissant par surpression n'est pas concerné par le brevet.

3.3.2.3 - Par ailleurs, il n'est pas contesté que, dans la machine de MALVERN, la rupture de la membrane est réalisée par une surpression.

Cette surpression a pour seul but de générer un différentiel de pression qui entraîne l'explosion de la membrane.

L'expert HECK a relevé, dans le rapport de saisie-description, que le différentiel de pression peut être créé soit en augmentant la pression au-dessus de la membrane, soit en abaissant la pression au-dessous de la membrane (page 15).

De ce fait, le dispositif de MALVERN utilise un équivalent technique de la dépression pour produire le même effet, à savoir le différentiel de pression.

Dès lors, il y a lieu de conclure que, si la revendication 5a ne vise expressément que les dispositifs où la chambre de dispersion est reliée à une source de dépression, un dispositif provoquant la rupture de la membrane par surpression doit être considéré comme une contrefaçon par équivalent.

Le fait que l'injection d'air comprimé permette en outre un contrôle des conditions de dispersion n'est qu'une amélioration du dispositif décrit dans le brevet. En effet, celui-ci est muet concernant le contrôle des conditions de dispersion et ne dit pas que l'introduction du milieu environnant ne peut être contrôlée. La reproduction des revendications d'un brevet, en ajoutant des caractéristiques qui l'améliorent, est une forme de contrefaçon¹⁶.

3.3.3 - Le problème de la mise en mouvement de l'échantillon de manière dispersée, homogène et non ordonnée (f)

Le tribunal renvoie sur ce point à la discussion reprise au point 3.1.4.

3.3.4 L'argument Gillette

La « Gillette defense » soulevée par MALVERN consiste à dire qu'il ne peut y avoir contrefaçon lorsque le matériel prétendument contrefaisant est en réalité conforme à la technique antérieure.

Dans le cas présent, le tribunal a déjà abordé la question de l'art antérieur dans la discussion sur la validité du brevet. Il est démontré que le brevet est valable parce qu'il se démarque de la technique antérieure, qu'il fait preuve de nouveauté et d'activité inventive.

Il a également été démontré que la machine de MALVERN reproduisait le procédé et le dispositif décrits dans le brevet 040. Dès lors, cette machine est nécessairement différente de l'art antérieur.

Cette défense est donc sans pertinence. Le tribunal estime que la revendication 5 est également reproduite par la machine de MALVERN.

3.4 Autres conditions de la contrefaçon

Il est établi par le dossier que MALVERN et SYSMEX ont offert la machine MORPHOLOGI G3S en vente en Belgique. En particulier, la machine a été présentée en démonstration à l'INISMa le 10 mars 2009. Le

¹⁶ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 2012, n° 389.

dossier établit également une autre démonstration à l'intention de UMICORE.

En agissant ainsi, MALVERN et SYSMEX ont méconnu l'article 27 LBI.

4. Conséquences de la contrefaçon

4.1 Interdiction de vendre ou offrir en vente la machine MORPHOLOGI G3S

4.1.1 - OCCHIO et WSL demandent que le tribunal interdise l'importation, l'offre en vente et la vente de la machine MORPHOLOGI G3S.

4.1.2 - Une telle demande est une conséquence logique du constat de contrefaçon.

Il y a lieu d'y faire droit.

4.2 Paiement d'indemnités et réparation du préjudice

4.2.1 - OCCHIO et WSL réclament :

- une indemnité raisonnable (art. 29 LBI) de 50.000 EUR à charge de chacune des deux défenderesses pour exploitation de l'invention entre le 3 décembre 2007 et le 23 avril 2008,
- la réparation du préjudice subi du fait de la contrefaçon (art. 52 § 4 LBI), soit 1.591.373,52 EUR pour OCCHIO et 41.373,52 EUR pour WSL.

OCCHIO et WSL demandent également que MALVERN soit déclarée contrefacteur de mauvaise foi. Ils demandent la confiscation du prix des machines vendues.

4.2.2 - Avant de statuer sur ces demandes, le tribunal souhaite avoir une idée plus précise de l'étendue de la contrefaçon. Celle-ci conditionnera en effet l'importance du préjudice subi par OCCHIO et WSL.

Or, il avait déjà été relevé dans le précédent jugement que MALVERN prouvait qu'elle n'avait vendu aucune machine en Belgique jusqu'au 31 décembre 2009.

Elle soutient qu'il en est toujours de même aujourd'hui mais qu'elle ne pourrait obtenir une attestation d'actualisation de KPMG qu'à partir du mois d'avril 2013, pour des raisons de date de clôture d'exercice comptable.

Le tribunal estime que cette information est décisive pour l'appréciation des demandes de OCCHIO et WSL. Il souhaite dès lors que MALVERN produise une telle attestation, s'il est vrai que, comme elle le soutient, elle n'a toujours vendu aucune machine en Belgique.

Le tribunal ordonne dès lors la réouverture des débats pour inviter MALVERN à produire une telle attestation.

4.3 Mesures correctives et publication

4.3.1 - OCCHIO et WSL sollicitent la condamnation de MALVERN et SYSMEX à fournir toutes informations utiles concernant la distribution de machines contrefaisantes. Elles sollicitent également la publication de la décision dans trois journaux et l'information des sociétés contactées par MALVERN de l'existence de la contrefaçon.

4.3.2 - La demande d'information sur les circuits de distribution suppose que des ventes de la machine en Belgique soient établies. Il y a donc lieu d'attendre les explications de MALVERN à ce sujet avant de statuer.

4.3.3 - Pour ce qui est de la publication dans la presse, le tribunal souhaite également de disposer des informations sur les ventes avant de statuer.

4.3.4 - Enfin OCCHIO et WSL rappellent que, suite à une décision du juge des cessations du tribunal de commerce de Liège du 12 novembre 2009, elles ont été obligées de préciser à différentes sociétés qu'elles n'étaient pas autorisées à soutenir que la machine MORPHOLOGI G3S était contrefaisante. Elles demandent dès lors à être autorisées à communiquer copie de la présente décision à ces sociétés.

Il y a lieu, dès à présent, de faire droit à cette demande, pour la bonne information des sociétés en question et la protection des droits de OCCHIO et WSL. La communication se limitera toutefois au dispositif du présent jugement et devra mentionner que la présente décision est susceptible d'appel, sauf si, d'ici le moment de cette communication, MALVERN y avait acquiescé ou n'avait pas formé d'appel dans le mois de sa signification. OCCHIO et WSL seraient alors autorisées à indiquer que la décision est coulée en force de chose jugée.

5. Demande reconventionnelle

Les demandes reconventionnelles de MALVERN et SYSMEX tendent à l'annulation totale du brevet. SYSMEX demande en outre des dommages-intérêts pour procédure téméraire et vexatoire.

Dès lors que la demande principale de OCCHIO et WSL est déclarée fondée, pour les motifs exposés ci-dessus, ces demandes reconventionnelles doivent être rejetées.

IV. Décision du tribunal

Le Tribunal,

Renseignements relatifs à la procédure

Statuant contradictoirement, conformément à l'article 747§2 CJ,

Ayant fait application des articles 1, 30,34, 36, 37 et 38 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Décision sur la demande principale

Dit la demande principale recevable et fondée dans la mesure ci-après,

Limite les revendications de la partie belge du brevet européen n° EP 1 754 040 comme suit :

Revendication n° 1

Procédé de dispersion d'un échantillon de poudre sèche (5) dans une chambre de dispersion (11) comprenant :

- j. une fermeture étanche de ladite chambre de dispersion (11),
- k. un placement de l'échantillon (5) dans des moyens d'introduction de poudre sèche (4) dans la chambre de dispersion (11),
- l. une mise sous dépression de la chambre (11) par rapport à un milieu environnant (13).
- m. une explosion d'une membrane (4) avec rupture de celle-ci, cette membrane (4) servant de moyens d'introduction susdits et étant intercalée entre ledit milieu environnant (13) et l'intérieur de ladite chambre de dispersion (11),
- n. un passage d'un fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane (4) rompue,
- o. un entraînement par ce fluide de la poudre sèche (5) placée sur la membrane (4) à l'intérieur de la chambre de dispersion et
- p. une dispersion de la poudre sèche (5) dans la chambre (11) par une aspiration de celle-ci à l'intérieur,

Caractérisé en ce que

- q. ladite rupture de la membrane (4) engendre une ouverture dans la chambre de dispersion (11) et une entrée du fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane rompue,
- r. et en ce que ladite dispersion est réalisée en séparant et en mettant en mouvement l'échantillon de poudre sèche (5) de manière dispersée, homogène et non ordonnée, par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion (11) par le milieu environnant (13).

Revendication n° 5

Dispositif de dispersion d'un échantillon de poudre sèche (5) dans une chambre de dispersion (11) comprenant :

- g. une chambre de dispersion (11) reliée à une source de dépression (1) et située dans un milieu environnant (13),
- h. des moyens d'ouverture et/ou de fermeture étanche (7, 8, 9, 10) de ladite chambre de dispersion (11), et
- i. des moyens d'introduction de l'échantillon (4) de poudre sèche (5) dans ladite chambre de dispersion (11), qui comprennent
- j. une membrane (4) qui est intercalée entre ledit milieu environnant (13) et l'intérieur de ladite chambre de dispersion (11) et sur laquelle est disposé l'échantillon,
- k. ladite membrane (4) étant agencée pour se rompre à une différence de pression prédéterminée entre ledit milieu environnant (13) et ledit intérieur de la chambre de dispersion (11),

Caractérisé en ce que

- I. la membrane (4) supportant l'échantillon est agencée de manière à engendrer, à sa rupture, une ouverture dans la chambre de dispersion, une entrée du fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane rompue (4) et une mise en mouvement de l'échantillon de poudre sèche (15) de manière dispersée, homogène et non ordonnée, par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion (11) par le milieu environnant (13).

Dit que MALVERN et SYSMEX ont contrefait le brevet belge issu du brevet européen EP 1 754 040 relatif à un « procédé et dispositif de dispersion de poudres sèches », dont OCCHIO et WSL sont titulaires,

Interdit à MALVERN et SYSMEX de vendre, offrir en vente, utiliser, importer et détenir aux fins d'offre, de commercialisation et d'utilisation, en Belgique le dispositif objet des brevets précités et de vendre, d'offrir en vente ou d'utiliser le procédé, objet des brevets précités, en Belgique, sous peine d'une astreinte de 10.000,00 EUR par infraction constatée après la signification du présent jugement,

Autorise OCCHIO et WSL à communiquer le dispositif du présent jugement, assorti des mentions précisées au point 4.3.4 ci-dessus, aux sociétés auxquelles elles ont été condamnées à fournir un correctif, suite au jugement du juge des cessations du tribunal de commerce de Liège du 12 novembre 2009,

Réserve à statuer sur le surplus,

Ordonne la réouverture des débats pour permettre à MALVERN de s'expliquer sur le nombre de machines éventuellement vendues en Belgique,

Fixe la cause à l'audience du **jeudi 20 juin 2013 à 12 heures 10** (pour 20 minutes) au lieu habituel des audiences du Tribunal de Commerce de Mons, sis à 7000 MONS, Cours de Justice, rue des Droits de l'Homme (salle H).

Décision sur la demande reconventionnelle de MALVERN et SYSMEX

Dit cette demande recevable mais non fondée,

En déboute MALVERN et SYSMEX

Décision sur la demande incidente en garantie dirigée par SYSMEX contre MALVERN

Réserve à statuer sur cette demande.

Exécution provisoire

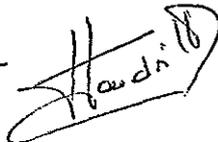
Ordonne l'exécution provisoire du jugement, même en cas de recours,

Ont rendu le jugement, prononcé par le président de la chambre :

Monsieur Dominique MOUGENOT, Juge, président de chambre,
Monsieur Pierre BATTARD et Monsieur François GOUDAILLEZ, juges
consulaires,
Madame Sylvie LETARD, greffier assumé.



S. LETARD



F. GOUDAILLEZ



D. MOUGENOT



P. BATTARD

COUR D'APPEL DE MONS

SEIZIEME CHAMBRE

Répertoire n° :

2011/195

Cour d'Appel de Mons
Greffe
7000 MONS

NUMERO : 2011/RG/402

EN CAUSE DE

Société de droit anglais MALVERN INSTRUMENTS LTD,
faisant élection de domicile chez son conseil Me
VANDERMEULEN, 1050 BRUXELLES, Avenue Louise, 235 Bte 1,

partie appelante, défenderesse sur reconvention,
représentée par Maître DUPUIS Isabelle ET Maître
VANDERMEULEN Bruno, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue
Louise, 235 bte 1

CONTRE :

S.A. OCCHIO, Parc scientifique du Sart-Tilmant, 4031
ANGLEUR, Rue des Chasseurs ardennais, inscrite à la
Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro
0476.187.747,

S.A. LOGISTIQUE SPATIALE WALLONNE, Parc scientifique du
Sart-Tilmant, 4031 ANGLEUR, Rue des Chasseurs ardennais,
inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le
numéro 0466.071.439,

parties intimées, demanderesses sur reconvention
représentées par Maître DE LE COURT Valentin ET Maître
BUYDENS Mireille, avocats à 1000 BRUXELLES, Boulevard de
l'Empereur, 3

EN PRÉSENCE DE :

S.A. SYMSEX BELGIUM, anciennement GOFFIN MEYVIS
ANALYTICAL dont le siège social est établi à 1560
HOELLAART, Terhulpesteenweg 6A, inscrite à la Banque
Carrefour des Entreprises sous le numéro 0413.137.549,
Partie appelée à la cause en degré d'appel,

représentée par Maître DEJARDIN G. loco Maître
DERAYMAEKER Daisy, avocat à 3140 KEERBERGEN,
Leeuwerikweg, 34

97 (2011)

La cour, après avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

Cour d'Appel de Mons
Greffe
7000 MONS

Vu, régulièrement produites, les pièces de la procédure et notamment la copie certifiée conforme du jugement entrepris prononcé contradictoirement le 3 juin 2010 par la deuxième chambre du tribunal de commerce de Mons, jugement dont aucun exploit de signification n'est produit.

Vu la requête d'appel déposée au greffe le 28 avril 2011 ainsi que les conclusions déposées par les parties appelante et intimées.

Entendu les conseils de celles-ci en leurs explications à l'audience publique du 1er décembre 2011.

I. FAITS ET RETROACTES

Le premier juge a résumé les faits de la cause comme il suit.

1. - La SA OCCHIO (ci-après dénommée « OCCHIO ») est une société active dans le domaine des analyses granulo-morphométriques de poudres et de matières granulaires. Elle propose à ses clients des solutions d'analyse de poudres par analyse d'images depuis novembre 2001.

La SA LOGISTIQUE SPATIALE WALLONNE - WALLONIA SPACE LOGISTICS (ci-après dénommée « WSL ») est une société créée sous l'impulsion de la Région Wallonne pour servir d'incubateur d'entreprises de haute technologie. Son soutien peut passer par la participation à la délivrance de brevets, comme dans le cas d'espèce.

MALVERN INSTRUMENTS LTD (ci-après dénommée « MALVERN ») est une société anglaise qui développe et commercialise une gamme assez étendue d'outils de caractérisation et de mesure de matériaux. Son champ d'activité est vaste mais comprend notamment l'étude et la caractérisation des poudres, tout comme OCCHIO. Sur ce point, OCCHIO et MALVERN sont concurrentes.

La SA SYSMEX BELGIUM (ci-après dénommée « SYSMEX ») est le distributeur exclusif des produits de MALVERN en Belgique.

2. - OCCHIO et WSL sont co-titulaires d'un brevet européen n° EP I 754 040 B I relatif à un « procédé et dispositif de dispersion de poudres sèches » (ci-après dénommé « le brevet 040 »), avec priorité au 8 juin 2004 et délivré le 23 avril 2008.

La procédure de délivrance n'a donné lieu à aucune opposition de qui que ce soit. La délivrance de ce brevet européen fait suite à la délivrance d'un brevet belge BE 1015883, portant sur le même procédé et le même dispositif.

3. - De manière très succincte et en termes simplifiés, on peut dire que ce brevet a trait à une méthode et un dispositif permettant l'examen et la caractérisation d'un échantillon de poudre ou de matière granulaire. L'idée est de projeter un échantillon de poudre, de manière homogène et aléatoire, sur une lame de microscope, placée dans un réceptacle appelé « chambre de dispersion » (identifiée par le numéro 11 dans le schéma ci-après).

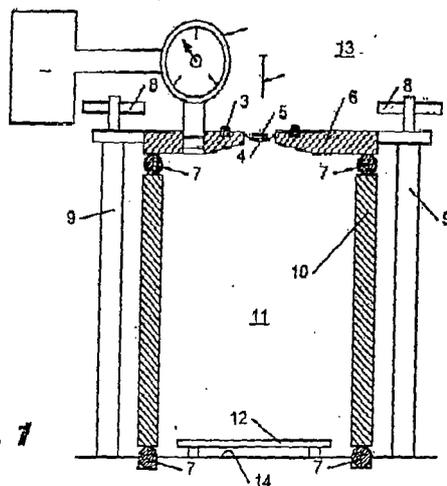


Fig. 1

Cour d'Appel de Mons
Greffe
7000 MONS

La poudre (5) est déposée sur une membrane (4), placée sur un orifice situé sur la face supérieure de la chambre de dispersion. Cette poudre est projetée dans la chambre par la rupture de cette membrane, occasionnée par une différence de pression entre le fluide présent dans la chambre de dispersion et celui présent au-dessus de la membrane. Après cette projection, la poudre se répand de manière homogène dans la chambre de dispersion et va se déposer sur la lame (12) située au fond de la chambre, permettant son examen ultérieur au microscope.

Cour d'Appel de Mons
Greffé
7000 MONS

En ce qui concerne la méthode à suivre pour provoquer la différence de pression à l'origine de la rupture de la membrane, la partie descriptive du brevet fait référence à une dépression, c'est-à-dire à la création d'un vide partiel dans la chambre de dispersion, située sous la membrane (voir la pompe à vide connectée à la chambre de dispersion dans le schéma).

MALVERN a développé, dans le cadre de son activité, un appareil de mesure dénommé « Morphologi G3S », qui intègre un microscope et un logiciel d'analyse de poudres mais aussi un appareil de dispersion, permettant de répandre la poudre à analyser sur une lame de microscope. Cet appareil utilise également le principe de la rupture d'une membrane, sur laquelle l'échantillon de poudre à analyser est déposé. La rupture est toutefois provoquée par une surpression, provenant de l'injection d'air comprimé au-dessus de la membrane.

Cette machine était présentée sur le site internet de MALVERN, ainsi que des documents publicitaires distribués lors d'une foire en novembre 2007.

4. - Le 3 décembre 2007, OCCHIO et WSL avertirent MALVERN qu'elles estimaient que cette machine constituait une contrefaçon de leur brevet (à l'époque le brevet belge, puisque le brevet européen n'était pas encore délivré).

Le mandataire de MALVERN demanda des précisions complémentaires et cet échange de correspondance resta sans lendemain.

5. - En 2009, l'institut de recherche INISMa à Mons lança un appel d'offres en vue de l'acquisition d'un appareil de caractérisation des poudres.

Le 11 février 2009, OCCHIO et WSL demandèrent à la présidente du tribunal de commerce de Mons l'autorisation de pratiquer une saisie description. Cette saisie description fut autorisée par ordonnance du 16 février 2009. L'expert désigné était M. HECQ.

Le 10 mars 2009, OCCHIO et WSL firent procéder à une saisie description, lors d'une démonstration de l'appareil de MALVERN dans les locaux de l'INISMA.

Le 19 mars 2009, l'expert communiqua son rapport de saisie description.

Le 17 avril 2009, OCCHIO et WSL assignèrent MALVERN et son distributeur belge, SYSMEX, devant le tribunal de commerce de Mons.

6. - Entretiens, par citation du 6 avril 2009, MALVERN assigna OCCHIO et WSL en cessation devant le président du tribunal de commerce de Liège, en vue de faire cesser des actes de dénigrement auprès de sa clientèle.

Le jugement fut prononcé le 12 novembre 2009.

Le président déclara la demande téméraire et vexatoire à l'encontre de WSL. Toutefois il fit droit à la demande à l'encontre de OCCHIO. Le problème de la contrefaçon a été évoqué dans le cadre de cette procédure mais n'est pas abordé dans la décision.

7. - Le 17 juin 2009, MALVERN communiqua à OCCHIO et WSL l'existence d'une demande de brevet japonais n° JP 2001-242062, déposée le 28 février 2000 par la société japonaise HORIBA Ltd (ci-après dénommé « le brevet HORIBA »). MALVERN estimait que ce brevet anticipait les revendications du brevet de OCCHIO et WSL, rendant celui-ci nul.

Suite à cette communication, OCCHIO et WSL modifièrent les revendications de leur brevet et demandèrent, par conclusions, de déclarer la nullité partielle du brevet 040 et d'entériner les revendications modifiées. Cette limitation du brevet ne changeait rien, selon les demanderesses, à la contrefaçon commise par MALVERN et SYSMEX.

1. - Dans le cadre de la **demande principale**, OCCHIO et WSL sollicitaient :

A titre principal,

- la limitation des revendications de la partie belge du brevet européen, comme indiqué dans leurs conclusions,
- la constatation de la contrefaçon du brevet par MALVERN et SYSMEX et l'interdiction de toute commercialisation, sous n'importe quelle forme, du dispositif objet du brevet et de toute utilisation du procédé breveté, sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR par violation,
- la condamnation solidaire ou *in solidum* de MALVERN et SYSMEX à payer à OCCHIO les sommes de 1.519.888,70 EUR et 19.888,78 EUR et à WSL la somme de 19.888,78 EUR, augmentées d'une indemnité provisionnelle d'un euro à titre d'indemnité raisonnable,
- la désignation d'un expert pour examiner la comptabilité de MALVERN et SYSMEX afin de déterminer le nombre de machines vendues en Belgique et le prix des machines vendues,
- la condamnation de MALVERN et SYSMEX à communiquer toute leur comptabilité et offres commerciales à l'expert, sous peine d'astreinte, ainsi qu'à produire toute information concernant la distribution des machines contrefaisantes en Belgique,
- le constat de la mauvaise foi de MALVERN et la confiscation des machines contrefaisantes en sa possession et du prix des machines déjà vendues,
- la publication de la décision dans trois journaux, au choix d'OCCHIO et WSL, aux frais de MALVERN et SYSMEX,

A titre subsidiaire

- la désignation d'un expert mandataire européen en brevet, chargé de donner un avis sur la validité du brevet de OCCHIO et WSL et l'existence de la contrefaçon.

2. - Dans le cadre de la **demande reconventionnelle formée par MALVERN**, celle-ci sollicitait :

A titre principal,

- l'annulation complète du brevet délivré à OCCHIO et WSL, même après limitation,

A titre subsidiaire

- l'annulation partielle du brevet, et l'adjonction dans les revendications de la mention que le procédé et le dispositif brevetés supposent la création d'un vide partiel dans la chambre de dispersion,
- la condamnation solidaire ou *in solidum* d'OCCHIO et WSL à payer la somme de 50.000 EUR pour procédure téméraire et vexatoire, augmentée des intérêts et des frais.

3. - Dans le cadre de la **demande reconventionnelle et de la demande incidente formées par SYSMEX**, celle-ci sollicitait :

A titre principal,

- l'annulation partielle du brevet,
- la condamnation d'OCCHIO et WSL à payer la somme de 25.000 EUR pour procédure téméraire et vexatoire, augmentée des intérêts et des frais.

A titre subsidiaire,

- la condamnation de MALVERN à la garantir contre toute condamnation prononcée au bénéfice d'OCCHIO et WSL.

Aux termes du dispositif de son jugement, le premier juge, avant de statuer sur les demandes, a désigné Madame Marie-Paule Vandenberg, Avenue Wolfers, 32 à 1310 La Hulpe, en qualité d'expert judiciaire, avec la mission suivante :

- Convoquer les parties en tout lieu qui lui paraîtra opportun,
- Prendre connaissance de leur dossier et les entendre en leurs explications,
- Etablir avec elles un planning du déroulement de l'expertise et leur donner à connaître l'intégralité de son barème de frais et honoraires,
- Déterminer si le procédé et le mécanisme décrits dans le brevet européen n° EP I 754 040 B I délivré à OCCHIO et WSL, amendé dans le cadre de la présente procédure,
 - o peuvent être considérés comme nouveaux, notamment au regard de la demande de brevet japonais n° JP 2001-242062 et de tout autre élément de la technique antérieure,
 - o peuvent être considérés comme impliquant une activité inventive, notamment au regard de la demande de brevet japonais n° JP 2001-242062 et de tout autre élément de la technique antérieure,
- Déterminer si le procédé et le mécanisme décrits dans le brevet européen n° EP I 754 040 B I délivré à OCCHIO et WSL, amendé dans le cadre de la présente procédure, apparaissent suffisamment précis pour être appliqués par un homme de l'art,
- Déterminer si le procédé et le mécanisme décrits dans le brevet européen n° EP I 754 040 B I délivré à OCCHIO et WSL, amendé dans le cadre de la présente procédure, à supposer qu'ils puissent être interprétés comme visant des mécanismes de rupture d'une membrane par surpression,

Cour d'Appel de Mons
Greffe
7000 MONS

9

RECEVU

- o peuvent être considérés comme nouveaux, notamment au regard du brevet US 5.240.606 LAPIDUS STANLEY et de tout autre élément de la technique antérieure,
- o peuvent être considérés comme impliquant une activité inventive, notamment au regard du brevet US 5.240.606 LAPIDUS STANLEY, de la machine SPD commercialisée par Pharmavision, du brevet US 3.472.202 HOYT, et de tout autre élément de la technique antérieure,

Cour d'Appel de Mons
Greffe
7000 MONS

- Déterminer si la machine Morphologi G3S commercialisée par MALVERN entre dans le champ de revendications amendé du brevet de OCCHIO et WSL,
 - o notamment, indiquer si l'homme de l'art peut comprendre le brevet EP I 754 040 B I comme visant également des mécanismes de rupture de la membrane par surpression,
 - o notamment, indiquer si l'homme de l'art peut comprendre le concept de « milieu environnant » décrit dans ce brevet comme englobant également un fluide comprimé injecté sur la membrane par un conduit isolé du milieu ambiant,
 - o notamment, indiquer si l'homme de l'art peut considérer que la machine Morphologi G3S remplit les mêmes fonctions et produit les mêmes effets que le procédé et le dispositif décrits dans le brevet EP I 754 040 B I,

L'appel principal interjeté le 28 avril 2011 a pour objet :

1. Quant au jugement a quo

De réformer le jugement déféré du 3 juin 2010,

1.1 A titre principal

en ce qu'il a déclaré recevables les revendications amendées proposées par les intimées aux pages 21 à 23 de leur conclusions du 1^{er} décembre 2009 alors que ces modifications étendent l'objet du brevet au-delà du contenu de la demande du brevet (article 49 § 1 LBI) ;

en conséquence, prononcer la nullité totale du Brevet EP 040 ;

et ordonner que la décision de nullité totale à intervenir, une fois coulée en force jugée, sera inscrite dans le registre des brevets conformément à l'article 51, §1 de la loi belge sur les brevets ;

(Arrêt de la Cour d'Appel de Mons
Orléans
7000 MONS

1.2 A titre subsidiaire

A défaut, de prononcer la nullité partielle de la partie belge du Brevet et dire pour droit que les modifications proposées par les intimées ne sont pas admissibles comme telles, et que le brevet peut seulement être maintenu si les parties caractérisantes des revendications 1 et 5 sont respectivement rédigées comme suit :

Revendication n° 1

« caractérisé en ce que ladite rupture de la membrane (4) engendre une ouverture dans la chambre de dispersion (11) et une entrée du fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane rompue, et en ce que ladite dispersion est réalisée en séparant et en mettant en mouvement l'échantillon de poudre sèche (5) de manière dispersée, homogène et non ordonnée par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion (11) dans laquelle un vide au moins partiel a été préalablement établi, par le milieu environnant (13) »

Revendication n° 5 :

« caractérisé en ce que la membrane (4) supportant l'échantillon est agencée de manière à engendrer, à sa rupture, une ouverture dans la chambre de dispersion (11), une entrée du fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane rompue (4) et une mise en mouvement de l'échantillon de poudre sèche (5) de manière dispersée, homogène et non ordonnée, par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion (11) dans laquelle un vide au moins partiel a été préalablement établi par le milieu environnant (13) »

Cour d'Appel de Mons

Grain

7000 MONS

- de retenir la cause afin qu'il soit statué sur les autres causes de nullité du brevet et sur la contrefaçon et convoquer les parties à une audience de mise en état ;

1.3 A titre plus subsidiaire

De déclarer le jugement entrepris nul, en ce qui concerne la formulation de la mission de l'expert Vandenberg, dès lors que la mission telle que formulée excède ce que le juge est autorisé à déléguer et demande à un expert judiciaire non pas de rendre un avis d'ordre technique mais de répondre à des questions juridiques et ce, en contravention avec les articles 11 et 962 du Code judiciaire ;

- en conséquence, de déclarer également le rapport d'expertise final déposé le 1er avril 2011 par Madame l'expert Vandenberg nul dans son entièreté et en prononcer l'écartement des débats ;

- de retenir la cause afin qu'il soit statué sur les autres causes de nullité du brevet et sur la contrefaçon et convoquer les parties à une audience de mise en état.

Les intimées concluent au non fondement de l'appel, à la confirmation du jugement déféré et au renvoi de la cause au Tribunal de commerce de Mons en application de l'article 1068 alinéa 2 du Code judiciaire.

Elles introduisent une demande reconventionnelle tendant à la condamnation de Malvern au paiement de dommages et intérêts pour appel téméraire et vexatoire évalués ex aequo et bono à 50.000 €, soit 35.000 € pour OCCHIO et 15.000 € pour WSL.

Malvern conclut à l'absence de fondement de cette demande.

Elle demande d'ordonner qu'une copie de l'arrêt à intervenir soit envoyée au Service de la Propriété industrielle auprès du ministère des Affaires Economiques en vertu de l'article 74 de la LBI

Cour d'Appel de Mons
Greffe
7000 MONS

II. DECISION DE LA COUR

A. Recevabilité de l'appel et de la demande reconventionnelle

L'appel et la demande reconventionnelle sont recevables.

B. Fondement de l'appel

1. Quant à l'argumentation tirée de l'extension illicite du brevet d'origine.

1.1. les principes

Pour rappel, le 17 juin 2009 OCCHIO et WSL ont appris, après la date de la citation originale en contrefaçon, signifiée le 17 avril 2009, l'existence d'une demande de brevet japonais n° JP 2001-242062, déposée le 28 février 2000 par la société japonaise Horiba qui, d'après Malvern, anticipait les revendications du brevet de OCCHIO et WSL et le rendait nul.

Elles ont dès lors fait usage de leur droit de limiter un brevet délivré par le biais d'une modification de ses revendications qui découle de l'article 138 (2) de la Convention sur le Brevet Européen (ci-après CEB ») et de l'article 49§2 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention (ci-après « LBI ») lequel dispose : « Si les motifs de nullité n'affectent le brevet qu'en partie, la nullité est prononcée sous la forme d'une limitation correspondante du brevet. La limitation peut être effectuée sous la forme d'une modification des revendications, de la description et des dessins ».

(Les revendications

Ordon

7000 MONS

Il suit de ces dispositions que :

- lorsque le titulaire d'un brevet fait face à des accusations d'invalidité de son brevet mais que celles-ci ne sont pas de nature à affecter l'entièreté du titre, le titulaire est autorisé, pour sauver son brevet, à en proposer une version amendée pour répondre aux allégations de nullité. Il est donc indispensable que demeure une base brevetable en dépit des allégations de nullité ;

- ces modifications ne sont, en outre, admises que si elles constituent une réelle limitation du brevet tel que délivré originalement. Autrement dit, il n'est pas admis que le titulaire essaye par le biais d'amendements d'étendre l'objet ou l'enseignement de son brevet au-delà de ce qui était initialement revendiqué (article 123 (2) de la CBE et article 49 §1, 3 de la LBI : « le brevet est déclaré nul si/.../ son objet s'étend au-delà du contenu de la demande initiale telle qu'elle a été déposée »

- la limitation d'un brevet peut aussi bien être effectuée sous la forme d'un ajout, d'une modification ou de la suppression de certaines caractéristiques dans les revendications.

Malvern observe que s'il est d'avis que la limitation proposée par le titulaire de brevet est insatisfaisante, le juge peut limiter davantage le brevet ou le déclarer nul dans son entièreté.

Ainsi, si la cour devait constater qu'un ou plusieurs amendements proposés par les intimées étendent l'objet du Brevet au-delà de ce qui était originellement revendiqué, le brevet devrait être déclaré nul.

L'article 123 (2) de la CBE dispose qu'un brevet européen (ou une demande de brevet européen) « ne peut être modifié de manière que son objet s'étende au-delà du contenu de la demande telle qu'elle a été déposée ».

L'idée sous-jacente de cette disposition est d'interdire au titulaire de brevet d'améliorer sa position par l'ajout d'éléments non divulgués dans la demande telle que déposée, ce qui lui procurerait un avantage injustifié et pourrait porter préjudice à la sécurité juridique des tiers qui se fondent sur le contenu de la demande initiale.

Le titulaire de brevet ne peut bénéficier de la protection du droit au brevet que pour ce qu'il a divulgué à la société et ce à partir du moment où cette divulgation a eu lieu. Ainsi, les concurrents du demandeur de brevet qui connaissent la demande de brevet telle que déposée initialement dans sa forme publiée, devraient être en mesure d'évaluer avant même la délivrance du brevet, l'étendue de la protection du brevet auquel ils pourraient être confrontés. Le public a le droit de ne pas être confronté à une étendue de la protection, résultant du brevet délivré, qui n'aurait pas pu être déterminée par l'homme de l'art qui aurait étudié l'intégralité de la divulgation technique comprise dans la demande originale.

La ratio legis de cette interdiction se comprend également à la lecture de l'article 69 de la CBE. Cet article sert à déterminer l'étendue de la protection d'un brevet (ou d'une demande de brevet) et prévoit que la portée d'un brevet est déterminée par ses revendications. Toutefois, la description et les dessins peuvent également servir à interpréter les revendications. La portée d'un brevet doit être prévisible pour garantir la sécurité juridique aux tiers qui en prennent connaissance dès sa première publication. C'est ce souci de sécurité juridique qui fait le pont entre la question de la validité d'un brevet et de sa contrefaçon (articles 123(2) et 69).

15^e

L'article 123 (2) de la CBE est pertinent à plusieurs niveaux pour la pratique belge du droit des brevets, dès lors qu'il est question, comme dans le cas d'espèce, de l'amendement du volet belge d'un brevet européen. En premier lieu, cette disposition est importante pour toute reformulation des revendications de brevet (dans le cadre d'une procédure ou non). Conformément à l'article 49 §1 de la LBI, elle fonctionne également comme motif de nullité du brevet au côté et au même titre que les autres causes de nullité (manque de nouveauté, d'activité inventive, etc.). L'interdiction d'extension de l'objet du brevet vaut aussi bien avant qu'après l'octroi du brevet. Dès lors, au cours des procédures nationales en nullité, il faut non seulement tenir compte de l'interdiction d'étendre la portée/le champ de protection du brevet délivré (article 123 (3) de la CBE) mais également veiller à ce que les modifications n'introduisent pas des caractéristiques qui ne peuvent pas être déduites directement et sans ambiguïté de la demande originale selon l'homme de l'art.

La question de savoir si une modification introduit des éléments s'étendant au-delà de la demande originale doit être évaluée sur base de tous les composants de la demande de brevet et au travers desquels l'invention est divulguée, i.e. les revendications, la description et les dessins.

Une modification doit être considérée comme introduisant des éléments qui s'étendent au-delà du contenu de la demande telle que déposée si la modification globale du contenu de la demande (que ce soit par ajout, modification ou suppression) est telle que les informations présentées à l'homme du métier ne découlent pas directement et sans ambiguïté de celles que la demande contenait précédemment, même en tenant compte d'éléments implicites pour l'homme du métier.

La question à trancher est donc de savoir si les modifications proposées peuvent être déduites directement et sans ambiguïté de la demande telle que déposée. Il est, par conséquent, interdit d'ajouter des informations techniques que l'homme du métier n'aurait pas déduit de façon objective du contenu de la demande originale.

La question de l'extension illégale de l'objet du brevet est donc appréciée depuis le point de vue de l'homme de l'art, qui est en mesure et en droit d'interpréter la terminologie employée et de tenir compte de ce qui est implicitement divulgué dans la demande originale.

L'article 123 (2) de la CBE interdit également de modifier une revendication par le biais de l'introduction d'une caractéristique technique tirée isolément de son contexte, c'est-à-dire de la description d'un mode de réalisation spécifique de l'invention, si, pour l'homme du métier, il ne ressort pas sans le moindre doute de la demande telle que déposée que le contenu des revendications ainsi modifiées fournit une solution complète au problème technique identifiable sans ambiguïté à partir de la demande.

L'article 123 (2) ne permet pas non plus une modification qui vise à remplacer une caractéristique spécifique divulguée par un terme plus général et introduit ainsi des équivalents non divulgués dans le contenu de la demande telle que déposée. Ainsi, lorsque la description décrit uniquement une forme particulière de réalisation, il n'est pas permis d'extraire des termes tirés ou une caractéristique de la description pour les généraliser, dès lors que rien dans la description n'indique qu'ils peuvent être généralisés (interdiction des généralisations).

1.2. Examen des revendications proposées.

Les intimées ont limité les revendications initialement délivrées du brevet EP 040 en proposant les revendications amendées ci-après :

I. Procédé de dispersion d'un échantillon de poudre sèche (5) dans une chambre de dispersion (I I) comprenant :

- une fermeture étanche de ladite chambre de dispersion (11),
- un placement de l'échantillon (5) dans des moyens d'introduction de poudre sèche (4) dans la chambre de dispersion (11),
- une mise sous dépression de la chambre (11) par rapport à un milieu environnant(13),

- une explosion d'une membrane (4) avec rupture de celle-ci, cette membrane (4) servant de moyens d'introduction susdits et étant intercalée entre ledit milieu environnant (13) et l'intérieur de ladite chambre de dispersion (11),
- un passage d'un fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane (4) rompue,
- un entraînement par ce fluide de la poudre sèche (5), placée sur la membrane (4), à l'intérieur de la chambre de dispersion, et
- une dispersion de la poudre sèche (5) dans la chambre (11) par une aspiration de celle-ci à l'intérieur,

Cour d'appel de Mons
01985
7000 MONS

caractérisé en ce que:

- ladite rupture de la membrane (4) engendre une ouverture dans la chambre de dispersion (11) et une entrée du fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane rompue, et que
- ladite dispersion est réalisée en séparant et en mettant en mouvement l'échantillon de poudre sèche (5) de manière dispersée, homogène et non ordonnée, par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion (11) par le milieu environnant (13).

2. Procédé selon la revendication I, caractérisé en ce que la mise sous dépression comprend une augmentation graduelle de différence de pression entre l'intérieur de ladite chambre de dispersion (11) et le milieu environnant (13) et une mise sous tension de ladite membrane (4) et en ce que l'explosion est provoquée par une rupture de la membrane due au dépassement d'un seuil de résistance de celle-ci.

3. Procédé selon l'une des revendications I et 2, caractérisé en ce que l'explosion est initiée par une perforation de la membrane (4).

4. Procédé selon l'une des revendications 1 à 3, caractérisé en ce qu'il comprend en outre une ionisation dudit fluide composant le milieu environnant.

5. Dispositif de dispersion d'un échantillon de poudre sèche (5) dans une chambre de dispersion (11) comprenant :

-une chambre de dispersion (11) reliée à une source de dépression (1) et située dans un milieu environnant (13),

- des moyens d'ouverture et/ou de fermeture étanche (7, 8, 9, 10) de ladite chambre de dispersion (11), et

- des moyens d'introduction de l'échantillon (4) de poudre sèche (5) dans ladite chambre de dispersion (11), qui comprennent une membrane (4) qui est intercalée entre ledit milieu environnant (13) et l'intérieur de ladite chambre de dispersion (11) et sur laquelle est disposé l'échantillon, ladite membrane (4) étant agencée pour se rompre à une différence de pression prédéterminée entre ledit milieu environnant (13) et ledit intérieur de la chambre de dispersion (11),

caractérisé en ce que la membrane (4) supportant l'échantillon est agencée de manière à engendrer, à sa rupture, une ouverture dans la chambre de dispersion, une entrée du fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane rompue (4) et une mise en mouvement de l'échantillon de poudre sèche (5) de manière dispersée, homogène et non ordonnée, par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion (11) par le milieu environnant (13).

6. Dispositif de dispersion selon la revendication 5, caractérisé en ce que ladite membrane (4) est dimensionnée pour se rompre automatiquement au-delà d'une valeur prédéterminée de ladite différence de pression.

7. Dispositif de dispersion selon la revendication 5, caractérisé en ce qu'il comprend un moyen de poinçon capable de rompre ladite membrane (4) à une valeur prédéterminée de différence de pression.

8. Dispositif de dispersion suivant l'une des revendications 5 à 7, caractérisé en ce qu'il comprend une capsule tubulaire amovible, agencée de manière étanche au travers d'un orifice de la chambre de dispersion, de manière à faire saillie à l'intérieur de celle-ci, cette capsule présentant, à une première extrémité, une ouverture vers le milieu environnant et, à une deuxième extrémité opposée à la première et située à l'intérieur de la chambre de dispersion, ladite membrane, l'échantillon supporté par celle-ci étant ainsi contenu dans la capsule amovible.

9. Dispositif de dispersion suivant l'une des revendications 7 et 8, caractérisé en ce qu'il comprend des moyens automatisés de déplacement linéaire du moyen de poinçon vers et à l'écart de la membrane.

10. Dispositif suivant l'une des revendications 5 à 9, caractérisé en ce qu'il comprend des moyens d'ionisation d'un fluide composant le milieu environnant qui est situé du côté extérieur de la membrane. »

Les intimées exposent que :

Dans le jeu de revendications modifié, la revendication I correspond à la revendication I, telle que initialement délivrée, mais des caractéristiques de la partie caractérisante ont été déplacées dans le préambule (en conformité avec la règle de rédaction des revendications en deux parties R43 (I) CBE)¹ et d'autres caractéristiques ont été reprises de la description:

1 La Règle 43 « Forme et contenu des revendications » du Règlement d'exécution de la convention sur la délivrance de brevets européens stipule que (I) « Les revendications doivent définir, en indiquant les caractéristiques techniques de l'invention, l'objet de la demande pour lequel la protection est recherchée. S'il y a lieu, les revendications doivent contenir :

- a) un préambule mentionnant la désignation de l'objet de l'invention et les caractéristiques techniques qui sont nécessaires à la définition de l'objet revendiqué mais qui, combinées entre elles, font partie de l'état de la technique ;
- b) une partie caractérisante introduite par l'expression « caractérisé » ou « caractérisé par » et exposant les caractéristiques techniques pour lesquelles, en liaison avec les caractéristiques indiquées à la lettre a), la protection est recherchée.

90

• Le passage ajouté à la partie caractérisante « la rupture de la membrane engendre une ouverture dans la chambre de dispersion » se trouve déjà au §0026 du brevet EP 040 ainsi qu'à la page 5, ligne 27 à 31 de la demande telle qu'initialement déposée. Le §0026 précise que « La rupture de la membrane 4 de support de l'échantillon engendre une ouverture dans la chambre de dispersion 11 (...) ».

• Le passage « une entrée du fluide composant le milieu environnant (12) à travers la membrane rompue » se trouvait déjà dans la partie caractérisante de la revendication I telle que déposée.

• En outre, les termes « ladite dispersion est réalisée en séparant et en mettant en mouvement l'échantillon de poudre sèche de manière dispersée, homogène et non ordonnée par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion par le milieu environnant » ont également été ajoutés à la revendication I.

Ces termes sont supportés par les paragraphes [00 15]34² et [00 17]³ du brevet EP 040 et par la revendication I telle que délivrée pour les termes «dispersée, homogène » ainsi que par le texte de la page 3 ligne 28 à la page 4 ligne 14 de la demande telle que déposée et sa revendication I.

L'expression au § 0017 « par l'air ambiant ou par n'importe quel gaz » a été reprise sous la formulation « par le milieu environnant » pour des raisons de cohérence avec le préambule de la revendication I. Cette substitution est autorisée puisqu'il est clair que ces expressions signifient la même chose (elles portent le même numéro de référence).

² [0015] Cette dispersion est réalisée en séparant et en mettant en mouvement l'échantillon de poudre sèche 5 sans réaliser de mouvement ordonné des grains constitutifs de la poudre sèche 5, dans la chambre de dispersion 11. Cette condition de ne pas générer de mouvement ordonné de la matière (un flux) est essentielle dans la mesure où un flux génère des ségrégations au sein des matériaux granulaires dispersés, ce qui est très pénalisant dans le cadre des analyses ultérieures.

³ [0017] La mise en mouvement non ordonnée de l'échantillon de poudre sèche 5 se fait pas un remplissage turbulent de la chambre de dispersion 11 par l'air ambiant 13 ou par n'importe quel gaz. Ce gaz à air ambiant 13 est alors utilisé comme vecteur de la matière au sein de la chambre de dispersion 11.

Les revendications 2 à 4 correspondent aux revendications 2 à 4 telles que délivrées. Malvern ne les conteste pas.

La revendication 5 a été modifiée conformément à la manière dont la revendication I a été modifiée.

Les revendications 6 à 10 correspondent aux revendications 6 à 10 telles que délivrées.

Sur la base de ces constatations, le premier juge a estimé que les amendements proposés n'introduisaient aucun élément étranger au brevet d'origine et n'étendaient donc pas la portée du brevet tel que délivré à l'origine.

Malvern oppose à cette décision plusieurs arguments :

1. Argumentation principale.

Elle fait valoir que les intimées ont essentiellement ajouté trois éléments à leurs revendications de procédé et de produit.

Premièrement, elles ont ajouté que la « rupture de la membrane engendre une ouverture dans la chambre de dispersion et une entrée du fluide composant le milieu environnant à travers la membrane rompue »;

Ensuite, elles ont ajouté la notion de « mise en mouvement de l'échantillon de poudre sèche de manière dispersée, homogène, et non ordonnée » :

Et enfin, la notion de « remplissage turbulent de la chambre de dispersion par le milieu environnant » a été introduite.

Selon elle, lorsque, comme en l'espèce, le brevet est amendé avec des nouveaux termes exclusivement puisés dans la description du brevet (et n'apparaissant dans aucune des revendications originales), une telle situation, qui ne rend pas en soi les amendements inadmissibles crée cependant un risque plus élevé, voire une présomption (réfragable) que les éléments introduits constituent de la « matière ajoutée » (« added matter ») interdite par les articles 123 (2) CBE et 49 LBI ».

Elle soutient que la position qu'elle défend est confirmée par la doctrine belge et notamment par Nele d'Halleweyn ⁴.

En réalité, la doctrine belge soutient la thèse inverse, à savoir que l'examen du respect de l'article 49§ I, al.3 LBI et de l'interdiction de « matière ajoutée » qu'il consacre doit se faire « sur base de toutes les parties de la demande de brevet qui comprennent une divulgation de l'invention, à savoir les revendications, la description et les dessins »⁵.

(*Sur la base de la doctrine*
Grande
7010 MONS) Les amendements « rupture de la membrane engendre une ouverture dans la chambre de dispersion et une entrée du fluide composant le milieu environnant à travers la membrane rompue » et « remplissage turbulent de la chambre de dispersion par le milieu environnant » comportent des termes qui étaient déjà mentionnés dans le préambule des revendications d'origine ou dans la description du brevet. Ils sont donc admissibles.

En ce qui concerne l'amendement relatif à la « mise en mouvement de l'échantillon de poudre sèche de manière dispersée, homogène, et non ordonnée », Malvern soutient que les adjectifs « dispersée », « homogène » et « non ordonnée » introduisent un élément différent de ce qui était écrit dans la demande et sont, dès lors, inadmissibles.

Les termes « dispersée homogène » figuraient déjà dans la partie caractérisante de la revendication 1 de la demande originale de brevet, qui précisait que le procédé de dispersion était « caractérisé en ce qu'il comprend en outre » « un entraînement par ce fluide de la poudre sèche (5), placée sur la membrane (4), à l'intérieur de la chambre de dispersion d'une manière dispersée homogène ».

⁴ N. D'Halleweyn, "Over de zin van afhankelijke octrooiconclusies en over het herformuleren van octrooiconclusies na verlening", I.R.D.I., 2008, p. 330)

⁵ Ph. De Jong, O. Vrins, Ch. Ronse, « Evolüties in het octrooirecht, Overzicht van rechtspraak 2007-2010 », R.D.C. 2011/5, p.409, n°50; dans le même sens Commerce Anvers, 11 juin 2010, RDC-TBH 05/2011 Netarresten/Arrêts; TGI de Paris,, réf. 128 juin 2011 rf 2011/55030 ; B20110118)PID n° 948 du 15.10.2011, p. 606. qui admettent qu'un brevet peut valablement être modifié en intégrant dans la revendication modifiée des éléments contenus dans la description.

Les termes « non ordonnée » sont issus du paragraphe [0015] de la description de la demande de brevet d'origine où ils sont utilisés pour qualifier la mise en mouvement des grains, le paragraphe [0015] précisant qu'il s'agit d'une condition « essentielle » de la mise en mouvement :

«[0015] Cette dispersion est réalisée en séparant et en mettant en mouvement l'échantillon de poudre sèche 5 sans réaliser de mouvement ordonné des grains constitutifs de la poudre sèche 5, dans la chambre de dispersion 11. Cette condition de ne pas générer de mouvement ordonné de la matière (un flux) est essentielle dans la mesure où un flux génère des ségrégations au sein des matériaux granulaires dispersés, ce qui est très pénalisant dans le cadre des analyses ultérieures ».

Ces termes étaient donc clairement utilisés dans la description de la demande de brevet qui en parle comme d'une condition essentielle de l'invention.

Ce qui précède est confirmé par le paragraphe [0017] de la description de la demande de brevet qui se réfère expressément à la « mise en mouvement non ordonné de l'échantillon de poudre sèche » et par le paragraphe [0004] qui décrit le problème technique à résoudre par l'invention objet de la demande de brevet. Ce paragraphe [0004] se réfère à l'état de la technique antérieur constitué par un brevet US 4 868 128 qui se rapporte à un procédé de dispersion d'un échantillon de poudre sèche dans une chambre de dispersion et précise que «[0004]. Malheureusement ce procédé et ce dispositif provoquent une dispersion ordonnée des grains constituant la poudre sèche à cause de l'existence d'un flux et ceci implique des ségrégations au sein des matériaux granulaires dispersés, empêchant une certaine homogénéité de dispersion des grains sur une surface ».

Autrement dit, l'état de la technique antérieure divulguait déjà un procédé de dispersion d'un échantillon de poudre sèche dans une chambre de dispersion mais le résultat de la dispersion n'était pas optimal en raison des moyens de dispersion utilisés: les grains de poudre finalement dispersés (les «matériaux granulaires dispersés») présentaient des «ségrégations» dues au fait que la mise en mouvement des grains dans la chambre de dispersion était «ordonnée» à cause de l'existence d'un flux.

Pour résoudre ce problème technique, la description du brevet précise expressément en son paragraphe [0015] qu'il est « essentiel » que les grains constitutifs de la poudre sèche soient mis en mouvement « sans réaliser de mouvement ordonné » (donc de manière « non ordonnée»).

Préciser cette caractéristique dans la nouvelle revendication I n'entraîne donc pas une extension de la portée du brevet.

Il suit qu'un homme du métier peut déduire directement et sans ambiguïté l'amendement « mise en mouvement de l'échantillon de poudre sèche de manière dispersée, homogène et non ordonnée » de la demande originale qui le divulgue explicitement, et que l'argument de l'extension de portée du brevet soulevé par Malvern dans sa requête d'appel n'est pas fondé.

Malvern soutient que les adjectifs «dispersée», « homogène » et « non ordonnée » de la revendication I du brevet EP 040 amendé, étaient exclusivement utilisés dans la demande de brevet d'origine pour qualifier un résultat (qui n'est pas brevetable), c'est-à-dire la manière dont les grains sont dispersés sur la plaque située au fond de la chambre de dispersion. Or dans le brevet amendé ces termes sont utilisés pour caractériser la mise en mouvement de la poudre en haut de la chambre de dispersion, juste après la membrane qui se rompt sous l'effet de la dépression créée dans la chambre de dispersion.

Or les intimées font observer que ces adjectifs «dispersée», « homogène » et « non ordonnée » étaient déjà utilisés, dans la demande de brevet d'origine, pour décrire la mise en mouvement.

En effet, la partie caractérisante de la revendication originale précise que le procédé de dispersion est « caractérisé en ce qu'il comprend en outre (...) un entraînement par ce fluide de la poudre sèche (5), placée sur la membrane (4), à l'intérieur de la chambre de dispersion d'une manière dispersée homogène ». Ces termes visaient donc bien « l'entraînement » et donc la « mise en mouvement » de la poudre sèche dans la chambre de dispersion, ce qui est dépourvu de toute ambiguïté pour un homme du métier.

Les termes « dispersée homogène » peuvent donc valablement qualifier la mise en mouvement dans la revendication I amendée (puisque c'était déjà le cas dans la revendication de la demande d'origine) et le moyen d'extension de portée doit être écarté.

Concernant les termes « non ordonnée », il a déjà été constaté qu'ils sont utilisés dans la description de la demande de brevet d'origine pour qualifier la mise en mouvement des grains :

En conclusions, les trois adjectifs précités ne se rapportaient pas à un résultat à atteindre mais à une étape du procédé breveté, à savoir la mise en mouvement de la poudre. En amendant en ce sens les revendications, les intimées n'ont pas étendu la protection du brevet et n'ont pas violé l'article 123(2) CBE.

Enfin, Malvern fait grief à l'expert judiciaire d'avoir considéré, sans en apporter la preuve scientifique, que les caractéristiques revendiquées (dispersée homogène et non ordonnée) étaient reproduites dans la chambre de dispersion et d'avoir ainsi conclu à une contrefaçon par déduction.

Une telle argumentation ne pourrait cependant être examinée que par le juge qui aurait à connaître des suites de l'expertise et la cour n'y reviendra, dans la suite du présent arrêt, que s'il apparaissait que la cause ne devait pas être renvoyée au tribunal de commerce de Mons en application de l'article 1068 alinéa 2 du Code judiciaire.

2. Argumentation à titre subsidiaire.

Malvern fait valoir que les amendements proposés par les intimées procèdent d'une généralisation non admise et qu'ils doivent être rédigés de façon plus complète et plus cohérente.

En effet, l'article 123 (2) de la CBE interdit d'amender une revendication par le biais de l'introduction d'une caractéristique technique tirée isolément de son contexte pour la généraliser .

Selon elle, les intimées soutiennent que les amendements trouvent du support dans les paragraphes (0015] et (0017] de la description, ce qui est une demi-vérité. Les éléments introduits dans les nouvelles revendications se retrouvent en effet dans ces paragraphes de la description mais les intimées ont omis de mentionner le paragraphe (0016] de la description, qui ne peut pourtant pas en être dissocié, et qui enseigne ce qui suit : "Pour réaliser l'opération de dispersion, une explosion de faible intensité est générée. Cette explosion est produite par la rupture de la membrane porte-échantillon 4, la membrane 4 étant intercalée entre un milieu environnant 13 et la chambre de dispersion 11 dans laquelle un vide au moins partiel a été préalablement établi » (Malvern souligne).

En omettant les termes « dans laquelle un vide au moins partiel a été préalablement établi » dans les amendements proposés, les intimées ont, dit-elle, illégalement étendu la portée des revendications et généralisé les termes dans la description. L'enseignement du brevet ne peut pas être scindé de cette manière. Les paragraphes (0015] à (0017] de la description forment en effet un tout et décrivent une installation particulière comme illustré dans le dessin n° 1 du Brevet. Ils ne peuvent faire l'objet d'une généralisation en omettant le texte souligné ci-dessus comme les intimées l'ont fait. En effet, lorsque la description décrit uniquement une forme particulière de réalisation, comme en l'espèce, il n'est pas permis d'extraire des termes tirés ou une caractéristique de la description pour les généraliser.

La nullité des amendements proposés et, à leur suite, de la totalité du brevet doit ainsi être prononcée. A défaut, les amendements proposés doivent à tout le moins être complétés avec l'ensemble du texte de la description.

Ainsi la deuxième nouvelle caractéristique (marquée i dans les conclusions de Malvern) proposée par les intimées dans la revendication 1 doit être complétée de la manière suivante: « par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion (11) dans laquelle un vide au moins partiel a été préalablement établi, par le milieu environnant (13) ». La caractéristique (marquée f dans les conclusions de Malvern) de la revendication 5 doit également être modifiée de la même manière.

Cour d'Appel de Mons
Greffe
7000 MONS

Ces ajouts s'imposent, selon elle, d'autant plus que cette caractéristique d'« un vide au moins partiel préalablement établi » constitue un élément essentiel du brevet ainsi qu'il apparaît de l'utilisation d'une série importante de mots et termes utilisés dans le brevet, et qui ont été recensés en ses conclusions sous la forme d'un tableau, et qui suggèrent et enseignent l'utilisation d'une dépression dans la chambre de dispersion: « mise sous dépression, source de dépression, pompe à vide, vide partiel, aspiration etc. »).

Les intimées rétorquent qu'il est totalement faux de soutenir que « les paragraphes n° 15 à 17 du brevet forment un tout et décrivent une installation particulière » et que dès lors la caractéristique « dans laquelle un vide au moins partiel a été préalablement établi » du paragraphe 16 devrait nécessairement être reprise dans la revendication I du brevet EP040 amendé. Il est inexact de soutenir que cette caractéristique ne peut être dissociée de la caractéristique « la membrane étant intercalée entre un milieu environnant 13 et la chambre de dispersion 11 ».

En effet, contrairement à ce que soutient Malvern, ces deux caractéristiques ne sont pas toujours associées dans le texte du brevet EP 040 tel que déposé. Ainsi, à plusieurs reprises la caractéristique « la membrane étant intercalée entre un milieu environnant 13 et la chambre de dispersion 11 » apparaît seule dans la demande telle que déposée (ce qui prouve donc qu'elle ne forme pas un « tout » avec la caractéristique relative au vide partiel), et notamment :

- Dans la revendication n° I d'origine où la caractéristique « la membrane étant intercalée entre un milieu environnant 13 et la chambre de dispersion 11 » est clairement dissociée de toute référence à un vide partiel créé : « 1. Procédé de dispersion d'un échantillon de poudre sèche (5) dans une chambre de dispersion (11) (...) caractérisé en ce qu'il comprend en outre: - une explosion d'une membrane (4) qui se rompt, cette membrane (4) servant de moyens d'introduction susdits et étant intercalée entre ledit milieu environnant (13) et l'intérieur de ladite chambre de dispersion (11), - une entrée d'un fluide composant le milieu environnant (13) à travers la membrane (4) rompue, et - un entraînement par ce fluide de la poudre sèche (5), placée sur la membrane (4), à l'intérieur de la chambre de dispersion d'une manière dispersée homogène ».

- La page 2, lignes 4 à 6 et lignes 17 à 21 de la description de la demande de brevet telle que déposée mentionne également la caractéristique de la membrane intercalée entre un milieu environnant 13 et la chambre de dispersion 11 sans qu'elle ne soit associée à un vide partiel créé : « une explosion de la membrane qui se rompt, cette membrane servant de moyen d'introduction susdits et étant intercalée entre ledit milieu environnant et l'intérieur de ladite chambre de dispersion ».

Puisque la caractéristique « la membrane étant intercalée entre un milieu environnant 13 et la chambre de dispersion 11 » est mentionnée seule à différentes reprises dans le brevet initialement délivré (description et revendication I), elle ne doit pas nécessairement être liée à la référence au vide partiel créé. On ne peut donc déduire du brevet EP040 amendé une extension illégale de la portée des revendications.

En outre, le paragraphe [0017] est une précision du paragraphe [0015] qui, à lui seul, expose une des caractéristiques essentielles de l'invention (dès lors que la condition est qualifiée d'essentielle, elle a vocation à s'appliquer à toutes les formes de réalisation). Le paragraphe [0017] aurait tout aussi bien pu être placé à la suite du paragraphe [0015], avant le [0016]. En effet, les paragraphes [0015] et [0017] définissent la mise en mouvement de l'échantillon selon l'invention (la mise en mouvement doit être non ordonnée) alors que le [0016] se rapporte à un mode de réalisation de l'opération de dispersion (une « explosion est produite par la rupture de la membrane porte-échantillon » en créant un vide au moins partiel dans la chambre de dispersion). Ceci confirme pour autant que de besoin que ces paragraphes ne forment pas un tout :

-les paragraphes [0015] et [0017] caractérisent la mise en mouvement :

- paragraphe (00 15] : « Cette dispersion est réalisée en séparant et en mettant en mouvement l'échantillon de poudre sèche 5 sans réaliser de mouvement ordonné des grains constitutifs de la poudre sèche 5, dans la chambre de dispersion 11. Cette condition de ne pas générer de mouvement ordonné de la matière (un flux) est essentielle dans la mesure où un flux génère des ségrégations au sein des matériaux granulaires dispersés, ce qui est très pénalisant dans le cadre des analyses ultérieures »;

- paragraphe [0017] : « La mise en mouvement non ordonné de l'échantillon de poudre sèche 5 se fait par un remplissage turbulent de la chambre de dispersion 11 par l'air ambiant 13 ou par n'importe quel gaz. Ce gaz ou l'air ambiant 13 est alors utilisé comme vecteur de la matière au sein de la chambre de dispersion 11 »,

- le paragraphe [0016] précise une étape d'un mode de réalisation de l'opération de dispersion: « [0016] Pour réaliser l'opération de dispersion, une explosion de faible intensité est générée. Cette explosion est produite par la rupture de la membrane porte-échantillon 4, la membrane 4 étant intercalée entre un milieu environnant 13 et la chambre de dispersion 11 dans laquelle un vide au moins partiel a été préalablement établi ».

On voit donc que le paragraphe [0017] aurait pu être placé à la suite du paragraphe [0015] sans que cela modifie la compréhension de l'invention telle qu'elle est décrite dans la description de la demande de brevet d'origine. Les paragraphes [0016] et [0017] ne sont donc pas liés.

Les intimées insistent sur le fait que le paragraphe [0015], même s'il est inséré dans la description d'un mode de réalisation particulier de l'invention, précise une caractéristique commune à tout mode de réalisation puisqu'il définit une caractéristique « essentielle » de l'invention (à savoir « une mise en mouvement de l'échantillon de poudre sèche 5 sans réaliser de mouvement ordonné des grains constitutifs de la poudre sèche 5, dans la chambre de dispersion 11. Ceci ne vaut pas pour le paragraphe [0016] qui se rapporte à un mode de réalisation particulier, décrit à cet endroit de la description, et qui ne décrit pas une condition essentielle de l'invention.

Ces explications sont convaincantes.

Partant, la création d'un « vide au moins partiel » dans la chambre de dispersion n'a pas vocation à s'appliquer à tous les modes de réalisation de l'invention et l'argument de Malvern, qui cherche à obtenir une nouvelle définition de la première revendication taillée sur mesure pour que sa machine Morphology G3S (qui fonctionne par un procédé de suppression) ne soit pas couverte par le brevet des intimées, doit être rejeté.

Il découle de ce qui précède qu'il n'y a pas d'obligation d'ajouter dans la formulation de la revendication I la référence au vide partiel créé comme le soutient à tort Malvern. La reformulation proposée par Malvern doit, par conséquent, être écartée.

2. Quant à la demande d'annulation de la mission d'expertise et, par voie de conséquence, du rapport d'expertise judiciaire.

Malvern soutient que la formulation de la mission d'expertise dépasse les limites autorisées par les articles 11, alinéa 1er du Code judiciaire, en vertu duquel les juges ne peuvent déléguer leur juridiction et 962, alinéa 1^{er} du même Code, selon lequel le juge peut charger des experts de procéder à des constatations ou de donner un avis technique.

Selon elle, la tâche confiée par le premier juge à l'expert Vandenberg dépasse largement le simple avis ou constat technique puisque la mission a chargé l'expert de « déterminer » si la machine et le procédé revendiqué dans le brevet des intimées peuvent être considérés comme suffisamment nouveaux, et comme impliquant une activité inventive et suffisamment précis pour être appliqués par un homme de l'art et si la machine Morpholgy G3S de Malvern entre dans le champ de revendications amendé du brevet d'OCCHIO et de WSL.

Pour l'appelante en effet, cette mission s'analyse en une tâche juridique qui requiert que l'expert se prononce sur le bien fondé des demandes, à savoir les questions de validité du brevet et de l'existence d'une contrefaçon.

Pour apprécier si le juge charge l'expert de procéder à des constatations ou de donner un avis d'ordre technique, ou s'il délègue sa juridiction en ce qui concerne l'appréciation du bien-fondé du litige, il y a lieu d'examiner la formulation de la mission dans son ensemble et de tenir compte de tous les éléments comme les motifs, la technicité et le contexte dans lesquels l'expert est chargé de la mission.

Le simple usage de la terminologie de la loi dans la formulation de la mission ne suffit pas, en règle, pour conclure à la délégation de la juridiction⁶.

En l'espèce, en utilisant dans la formulation de la mission, le verbe « déterminer », le premier juge n'a pas marqué sa volonté de déléguer sa juridiction. Dans l'espèce qui a donné à l'arrêt précité de la Cour suprême du 1er octobre 2010, la mission conférée par le juge à l'expert en tant qu'elle avait pour objet de « de déterminer le préjudice résultant de la fin du contrat/.../ » ne fut pas critiquée.

Bon nombre de missions d'expertise confient aux experts judiciaires le soin de « déterminer » (des malfaçons ou des taux d'incapacités en matière de préjudice corporel, ou la valeur de parts sociales par exemple), de « fixer » (une date de la consolidation des lésions), d'« évaluer » (un dommage) etc., sans que cette façon de s'exprimer puisse s'analyser en une délégation de juridiction, puisque de telles missions n'ont d'autre but que de faire des constatations et de fournir un avis d'ordre purement technique.

Par ailleurs, l'utilisation de la terminologie propre à la matière des brevets (telle celle qui concerne les concepts d'« invention nouvelle » et d'« activité inventive » figurant à l'article 2 de la LBI) se justifie en l'espèce par le caractère technique de la réglementation et le fait que l'homme de métier doit donner un avis technique pertinent qui tienne compte de cette terminologie spécifique.

6 Cass. 1er octobre 2010, c.09.0384.N/1, www.cass.be; voir également Cass. 10 juin 2010, C.09.0081.N/1.

230

La mission confiée à l'expert Vandenberg est à l'évidence de procéder à des constatations de fait et de donner un avis sur des questions d'ordre technique devant permettre au juge d'apprécier le bien fondé des demandes.

Le premier juge l'a d'ailleurs précisé dans les motifs de son jugement, page 16 :

« 4.1.1 - OCCHIO et WSL demandent que l'expert vérifie la légalité de leur brevet, au regard des dispositions de la CBE.

Cette mission apparaît inadéquate. En effet, le juge ne peut déléguer son pouvoir de juridiction à l'expert. Il ne pourrait donc lui demander, ne fût-ce qu'un avis, sur une question juridique. Or, la légalité d'un brevet est indiscutablement une question juridique.

rapport de l'expert
CBE
7000 NIGAS

Il convient donc de préciser la mission de l'expert, en l'invitant à donner exclusivement l'avis d'un homme de métier sur les questions techniques que pose le dossier.

La mission sera donc précisée comme indiqué au dispositif du présent jugement ».

En aucun cas l'expert n'a été chargé de déterminer si le brevet est valide et si la contrefaçon est avérée.

En outre, l'avis de l'expert ne tranche rien et ne lie pas le juge du fond.

La demande en annulation de la mission d'expertise et du rapport final de l'expert n'est dès lors pas fondée.

C. Fondement de la demande reconventionnelle

Les intimées réclament, du chef d'appel téméraire et vexatoire, des dommages et intérêts évalués à 35.000 € pour OCCHIO et à 15.000 € pour la WSL.

Le jugement dont appel ordonnant une expertise a été rendu le 3 juin 2010 et il était revêtu de l'exécution provisoire.

L'expert a envoyé son rapport d'expertise définitif le 1er avril 2011 au greffe du Tribunal de commerce Mons qui en a acté le dépôt le 5 avril 2011.

L'appel a été interjeté le 28 avril 2011.

Les intimées estiment cet appel tardif et abusif.

Il ne peut être fait grief à l'appelante d'avoir attendu que l'expert dépose son rapport avant d'interjeter appel.

34
L'Appel de Mons
Greffe
7000 MONS

Son appel est, en effet, recevable, même si elle a collaboré à l'expertise, et les intimées auraient pu éviter le retard de procédure qu'elles déplorent en demandant à l'appelante d'acquiescer au jugement et, à défaut, en lui faisant signifier la décision déférée afin de la contraindre à prendre position plus rapidement.

Par ailleurs, il ne peut être décidé que les griefs de Malvern à l'encontre du jugement a quo étaient « manifestement » mal fondés puisque que la réponse à y apporter a nécessité une étude approfondie des faits de la cause et de la législation applicable (les conclusions d'appel de l'appelante comportent 59 pages et celles des intimées 75 pages).

Cette demande de dommages et intérêts n'est pas fondée.

D. Quant aux dépens d'appel.

Les intimées, parties gagnantes, ont droit à une indemnité de procédure d'appel. Elles sollicitent l'allocation d'une indemnité de procédure de base de 16.500 €.

Cette demande est fondée.

L'appelante qui succombe supportera ses propres dépens d'appel.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement, dans les limites de sa saisine,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 relative à l'emploi des langues en matière judiciaire,

Reçoit l'appel et le dit non fondé, en déboute l'appelante.

Confirme le jugement dont appel.

Reçoit la demande reconventionnelle, la dit non fondée,

En déboute les intimées.

Condamne la société de droit anglais Malvern Instruments Ltd à payer à la SA OCCHIO et à la SA Logistique Spatiale Wallonne la somme de 16.500 € à titre d'indemnité de procédure d'appel.

Lui délaisse ses propres dépens d'appel non liquidés.

Renvoie les suites de la cause au Tribunal de commerce de Mons en application de l'article 1068 alinéa 2 du Code judiciaire.

Ordonne qu'une copie du présent arrêt soit envoyée au Service de la Propriété Industrielle auprès du Ministère des Affaires Economiques, en vertu de l'article 74 de la LBI ;

36
et de
[Stamp]

COUR D'APPEL DE MONS

SEIZIEME CHAMBRE

Ainsi jugé, prononcé et signé par
Madame Cécile LEFEBVE, Président,
et signé par Madame Martine DUCROTOIS, Greffier,

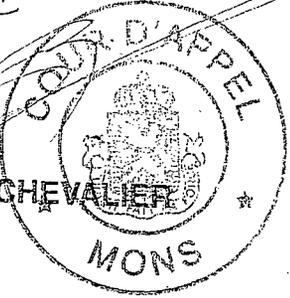
à l'audience publique civile de la seizième chambre de
la Cour d'appel de Mons, le **DOUZE JANVIER DEUX MILLE
DOUZE.**

Cour d'Appel de Mons
Greffier
7000 MONS

[Signature]
M. DUCROTOIS

[Signature]
C. LEFEBVE

Copie conforme délivrée en vertu de l'art. 74 de la loi du 15.7.70
Exempt des droits de greffe
(pièce de procédure)



CI. CHEVALIER

MONS

Rép. 9715

TRIBUNAL DE COMMERCE DE LIÈGE**Jugement de la présidente du 12 novembre 2009**

Copie exempte du droit de greffe
art. 792 C.J. - art. 230, 3° du Code
des droits de greffe.

EN CAUSE :

La société de droit anglais MALVERN INSTRUMENTS LTD, dont les bureaux sont établis à Malvern, Worcestershire WR 14 1 XZ, Enigma Business Park, Grovewood Road, demanderesse, comparaisant par Maître B. VANDERMEULEN, avocat à 1040 BRUXELLES, avenue D'Auderghem, 22-28 bte 9

CONTRE :

1. La SA OCCHIO, dont le siège social est établi à 4031 LIEGE, ANGLEUR, rue des Chasseurs Ardenais, BCE : 0476.187.747,
2. La SA LOGISTIQUE SPATIALE WALLONNE (dénomination commerciale W.S.L., inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0466.071.439, dont le siège social est établi rue des Chasseurs Ardenais, 4,

défenderesses comparaisant par maître V. DELECOURT loco Maître M. BUYDENS, avocat à 1000 BRUXELLES, boulevard de l'Empereur, 3.

* * *

Vu le dossier de la procédure et en particulier la citation introductive d'instance signifiée le 6 avril 2009 ;

Vu l'ordonnance de mise en état du 9 avril 2009 ;

Vu les notifications adressées aux parties le 9 avril 2009 ;

Vu les conclusions et les dossiers des parties ;

Entendu à l'audience du 15 septembre 2009 les conseils des parties en leurs explications, dires et moyens les débats ayant été ensuite déclarés clos ;

I. PRESENTATION DES PARTIES ET OBJET DU LITIGE

1. La société LTD MALVERN INSTRUMENTS (ci-après dénommée MALVERN) est une société de droit anglais qui développe et commercialise une gamme d'outils de caractérisation et de mesure des

matériaux, elle est donc active dans le domaine des analyses granulomorphométriques des poudres et matières granulaires.

2. Parmi les produits qu'elle commercialise, existe une gamme de différents instruments d'analyse automatique d'images dont la dernière génération est constituée par la gamme « morphologi G3 ». Parmi les produits de cette gamme existe la série des machines « morphologi G3S » qui est la seule qui intègre en un seul appareil, d'une part, un microscope et un logiciel d'analyse des poudres et, d'autre part, un instrument de dispersion des mêmes poudres. La particularité de ce dernier produit par rapport à la gamme de base est que celle-ci comporte une unité de dispersion que les propriétaires de la machine *morphologi G3* sont susceptibles d'obtenir afin de procéder à un *upgrade* de l'appareil initial.

3. La SA OCCHIO (ci-après dénommée OCCHIO) est une société directement concurrente à la société MALVERN puisqu'elle est également active dans le domaine des analyses granulomorphométriques des poudres et matières granulaires. Elle conçoit et fabrique également des appareils de caractérisation des poudres.

4. La SA LOGISTIQUE SPATIALE WALLONNE - WALLONIA SPACE LOGISTICS SA (ci-après dénommée WSL) est quant à elle une société émanant de la région wallonne et qui a pour mission de favoriser la *création d'entreprises ou d'activités par la prise en charge de la maturation économique de tout objet scientifique à vocation industrielle (...) présenté par un centre de recherches, des entreprises existantes ou à constituer ou encore par des personnes physiques* (pièce 13 dossier OCCHIO).

OCCHIO ET WSL sont co-titulaires d'un brevet européen n° EP I 754 040 B I relatif à *un procédé et dispositif de dispersion de poudres sèches* (ci-après « EP 040 ») avec priorité au 8 juin 2004 et délivré le 23 avril 2008 (pièce 15 dossier OCCHIO).

Le brevet EP 040 invoque comme priorité le brevet belge n° BE 1015883 (n° de dépôt 2004/0282) qui concerne *un procédé et dispositif de dispersion de poudres sèches*, dont la demande a été déposée le 8 juin 2004 et qui a été délivré le 4 octobre 2005 (pièce 16 dossier OCCHIO). Ce brevet européen a ensuite été validé en Belgique, en Allemagne, en France, en Grande Bretagne, au Luxembourg, aux Pays-bas et en Suisse. Le brevet EP 040 est donc en vigueur en Belgique. Ce même brevet contient deux revendications, une revendication 1 de *procédé de dispersion d'un échantillon de poudre sèche (5) dans une chambre de dispersion*.

le 3 décembre 2007, OCCHIO et WSL ont adressé ensemble, par le biais de leur agent en brevet, le bureau GEVERS, une lettre de mise en demeure à MALVERN l'informant de ce qu'elles la soupçonnent d'actes de contrefaçon (voir pièce 5 dossier Malvern).

Le 21 décembre 2007, MALVERN répond en contestant les chefs d'accusation (pièce 6 de son dossier) invoquant l'absence de preuves tangibles et vérifiables des griefs allégués. OCCHIO et WSL n'ont jamais donné suite à ce courrier.

5. Le 11 février 2009 OCCHIO et WSL demandent au président du tribunal de commerce de Mons l'autorisation de faire procéder à une saisie-description conformément aux articles 1369 bis et suivant du Code judiciaire (pièce 1 dossier OCCHIO).

L'autorisation a été donnée le 16 février 2009 et la saisie description, pratiquée le 10 mars 2009 dans les locaux de INISMA, qui, par le biais du journal officiel, avait fait un appel d'offres en date du 22 janvier 2009 pour l'achat d'un appareil d'analyse granulométrique et morphologique du type fabriqué et produit tant par MALVERN que par OCCHIO.

Lors des opérations de saisie-description, étaient présents tant la société Malvern que le représentant commercial et distributeur exclusif de la machine *morphologi G3* sur le territoire belge à savoir la société SYSMEX BELGIUM représentée par Madame Katrien de Caigny (pièces 1 à 3 dossier OCCHIO).

L'expert judiciaire désigné dans ce cadre a déposé son rapport le 19 mars 2009 (pièce 4 dossier OCCHIO).

6. Sur base des résultats de cette saisie, OCCHIO et WSL ont introduit le 17 avril 2009, une action au fond devant le tribunal de commerce de Mons par citation signifiée tant à MALVERN qu'à la société SYSMEX BELGIUM, en sa qualité de distributeur du produit. (pièce 5 dossier OCCHIO).

7. Dans l'intervalle, soit en date du 6 avril 2009, MALVERN a assigné OCCHIO et WSL devant nous sur pied de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur.

Lors de l'audience d'introduction du 9 avril 2009, les parties se sont mises d'accord sur une déclaration commune par laquelle elles s'engageaient à ne pas communiquer à propos des procédures judiciaires en cours tant aux clients actuels ou potentiels des parties qu'à leurs fournisseurs, et à ne pas formuler d'accusation de contrefaçon de brevet par MALVERN et ce, jusqu'au prononcé de notre décision. Les parties s'étaient toutefois autorisées à communiquer les informations à leurs conseils respectifs et notamment leur conseil en brevet.

8. Par courrier du 24 avril 2009, MALVERN sollicite une nouvelle fixation devant Nous sur base de l'article 19 alinéa 2 du Code judiciaire afin notamment qu'il soit ordonné aux parties de faire renvoyer l'affaire dont est saisi le tribunal de Mons au rôle général dans l'attente de notre décision. Cette demande a été rejetée par décision du 19 mai 2009 tandis qu'il a été donné acte aux parties de l'accord de confidentialité du 7 mai.

II. OBJET DES DEMANDES

II. 1. Les demandes de MALVERN

MALVERN demande, à titre principal :

- qu'il soit donné acte aux parties de leur commun accord à prolonger l'engagement réciproque acté dans le jugement d'avant dire droit du 19 mai 2009 jusqu'à la décision du tribunal de commerce de Mons dans le cadre de la procédure intentée par les défenderesses par citation du 17 avril 2009.
- qu'il soit constaté et prononcé le désistement des parties de leurs demandes respectives en accord avec l'article 820 du Code judiciaire (désistement d'instance), chacune supportant les frais de cette procédure.

A titre subsidiaire, elle sollicite qu'il soit :

- dit pour droit qu'en contactant les clients actuel et/ou potentiels de Malvern dans le but de les informer ou insinuer que Malvern et notamment les produits *Morphologi G3* ou *Morphologi G3S* portent atteinte au brevet européen EP I 754 040 et/ou au brevet belge BE 1015883 de OCCHIO et WSL alors que ces produits ne constituent pas une contrefaçon à l'égard de ces brevets, et que le brevet BE 1015883 est même réputé ne pas exister, ces dernières se sont rendues coupables d'actes déloyaux ou à titre subsidiaire d'actes dénigrants contraires aux pratiques honnêtes de commerce.
- ordonné aux défenderesses de cesser de communiquer et/ou d'insinuer à quelque tiers que ce soit que les produits « Morphologi G3 » ou « Morphologi G3S » et/ou procédé de Malvern portent atteinte au brevet européen EP I 754 040 et/ou au brevet belge BE 1015883, ou de se présenter comme titulaire dudit brevet belge BE 10115883.
- prononcé la condamnation de chacune des défenderesses à payer à MALVERN une astreinte de cent mille Euro (100.000 €) par communication écrite, verbale ou autre en infraction d'une des interdictions faites ci-dessus, et ceci dès la signification du jugement à intervenir.
- ordonné aux défenderesses d'adresser, à leur propres frais, à toutes les personnes (physiques ou morales) qui ont été contactées par elles dans le but de les informer et/ou d'insinuer que les produits ou procédés de MALVERN portent atteinte au brevet européen EP I 754 040 et/ou au brevet belge BE 1015883, un courrier les informant (sans aucun autre commentaire) de ce que ces accusations de contrefaçon ont été formulées à tort et que notre tribunal les a condamnées à cesser ces actes parce qu'ils sont contraires aux pratiques de commerce, sous peine d'une astreinte de 5.000 € par courrier qui ne serait pas envoyé dans un délai de 7 jours ouvrables après signification du jugement sollicité, preuve à fournir par un constat d'huissier dressé aux frais des défenderesses

avec les courriers en annexe et remis aux conseils de la demanderesse dans le délai susmentionné.

- prononcé la condamnation des défenderesses aux dépens.

II. 2. La demande reconventionnelle de WSL

Par voie de conclusions, WSL forme une demande reconventionnelle tendant à entendre déclarer qu'en introduisant la présente procédure contre WSL, MALVERN a exercé son droit d'agir en justice d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente et sollicite une indemnité de 25.000,00 euros pour procédure téméraire et vexatoire.

III. DISCUSSION

III. 1. Les demandes de MALVERN.

III. 1. 1. La demande principale.

Dès lors qu'à l'audience, OCCHIO et WSL ont indiqué ne pouvoir marquer leur accord sur la demande de prolongation de l'accord de confidentialité ni sur celle de désistement d'instance des parties, moyennant la prise en charge par chacune d'elle de leurs frais de procédure, il y a lieu de constater que cette demande est non fondée.

III. 1. 2. La demande subsidiaire fondée sur les pratiques du commerce

a) La demande dirigée par MALVERN contre WSL

WSL prétend que les faits reprochés par MALVERN ne la concerne en aucun cas dès lors qu'elle n'a aucune activité sur le marché de la granulométrie mais n'intervient qu'au titre de *soutien en création et développement d'entreprises*.

Elle en déduit que c'est de manière téméraire et vexatoire qu'elle a été citée par MALVERN.

Il est exact que les éléments produits au dossier de MALVERN ne concerne en aucun cas WSL.

Dès lors que MALVERN ne démontre pas, pièce à l'appui en quoi WSL est concernée par l'attitude reprochée, la demande est non fondée quant à son égard, le seul fait qu'OCCHIO et WSL sont co-titulaires du brevet EP PRIM 040 ne suffisant pas à établir la complicité dans l'accomplissement des actes contraires aux usages commerciaux invoqués.

La même conclusion doit être tirée au départ du constat que WSL et OCCHIO partagent des intérêts financiers en commun.

b) La demande dirigée contre OCCHIO

1) Position des parties

Il est acquis à l'heure actuelle – et après lecture du dispositif des conclusions déposées par MALVERN le 31 juillet 2009, qui constituent le dernier état de la demande - que cette dernière invoque uniquement l'existence de comportements dénigrants dans le chef d'OCCHIO, provenant de propos dont le contenu est faux ou dont le contenu est constitutif lui-même de publicité dénigrante.

Les dispositions de la loi sur les pratiques du commerce ainsi visées sont les articles 94/2 1° et 7° et 94/6.

OCCHIO oppose à cette demande

- le défaut de preuve des éléments constitutifs du dénigrement ou des informations fausses et de leur imputabilité
- le droit d'information du client qui implique qu'elle était légitimée à leur dire qu'une action judiciaire avait été entamée en raison de soupçons de contrefaçon
- l'auto-défense.

2) Position du tribunal

* Il est généralement admis qu'une publicité est trompeuse si elle diffuse une information fausse. A ce stade de l'évolution du litige entre les parties, il n'est pas possible d'affirmer que l'information communiquée par OCCHIO à ses clients ou à des prospects de MALVERN comporte des indications fausses puisque à ce jour rien n'indique que le produit vendu par MALVERN est ou n'est pas une contrefaçon des produits brevetés d'OCCHIO.

Sur ce point il doit être précisé qu'il n'appartient pas au juge des cessations de statuer sur l'existence d'une contrefaçon, cette compétence relevant du juge naturellement compétent pour ce faire à savoir en l'espèce, le tribunal de commerce de Mons d'ailleurs déjà saisi de la question.

Cette conclusion se déduit du caractère restrictif de la compétence du juge siégeant en cessation : *La doctrine a démontré que ce n'est pas le caractère exclusif de la compétence du président statuant comme en référé qui justifie que sa compétence ne puisse s'étendre au-delà de ce que la loi lui a strictement réservé, mais la finalité tout à fait spécifique de l'action « comme en référé », ainsi que la portée que le législateur a entendu donner à une telle action.*

En effet, pour donner pleine efficacité à l'action en cessation qui a vocation à se dérouler selon les formes du référé, et donc offrir rapidement un remède efficace à l'atteinte incriminée, il faut éviter de parasiter la procédure de cessation avec des aspects du litige qui ne

ressortent pas de la compétence du président » (D. KAESMACHER, Les droits intellectuels, Répertoire Notarial, Ed. Larcier, 2007, p. 550)

Or, dès lors que comme en l'espèce, la question de l'existence d'une contrefaçon est encore discutée, il n'est pas exclu que ces discussions engendrent, le cas échéant, qu'une expertise complémentaire soit ordonnée. Or, cette mesure est par principe incompatible avec le souci d'efficacité que revêt pareille action, dont l'urgence est présumée.

Certes, la loi du 10 mai 2007 a ouvert au juge des cessations le droit de prononcer la nullité ou la déchéance d'un droit, d'un dépôt ou d'un enregistrement lorsqu'à l'occasion d'une action en cessation, l'existence du droit de propriété intellectuelle est discuté.

Néanmoins, cette exception à la règle du caractère restrictif de la compétence du juge des cessations ne peut, en l'absence de texte légal exprès, être étendu à d'autres hypothèses, comme par exemple celle de déterminer, in concreto, et à l'occasion de l'action en cessation, s'il existe une contrefaçon.

Il résulte de ce qui précède que la preuve d'une information fautive ne peut être rapportée de sorte qu'il ne peut y avoir de publicité trompeuse au sens de l'article 94/2 1° de la loi sur les pratiques du commerce.

MALVERN prétend par ailleurs à l'existence d'une publicité dénigrante.

Sur ce point, il y a lieu d'examiner si les propos attribués à OCCHIO et relatés par les rédacteurs de deux attestations déposées par MALVERN, à les supposer établis, constituent une publicité dénigrante (au sens de l'article 94/2 7° LPC), le dénigrement étant possible, que l'information diffusée soit vraie ou non. (Comm. Bruxelles, prés., 9 février 1979, J.C.B., 1979, 619 ; Bruxelles, 27 juin 1986, R.D.C., 1987, 217, note A. de Caluwé).

Les principes applicables sont les suivants :

Tout d'abord, il est erroné, comme le fait OCCHIO, d'invoquer l'absence de lettre circulaire ou communication *publique* pour tenter d'écarter la notion de publicité.

Il est en effet admis que *pour être qualifiée de publicité, la communication ne doit pas être adressée au public ou à un grand nombre de destinataires (...) un message adressé à un seul client peut être qualifié de publicité* (Les Pratiques du Commerce, l'information et la protection du consommateur, Ed. Kluwer 2006, p. 16 et 17).

Ensuite, en ce que les propos relatés dans les attestations déposées par MALVERN renferment le contenu d'une communication faite par un vendeur à un client, même potentiel, cette communication doit être analysée comme destinée à promouvoir les ventes et constitue donc une publicité au sens de la loi.

A ce sujet, contrairement à ce que soutient OCCHIO, MALVERN apporte la preuve suffisante des propos reprochés à celle-ci.

En effet, tout d'abord, aucun discrédit ne peut être jeté sur l'attestation de Madame DE CAIGNY au seul motif qu'elle est la représentante de la société SYSMEX, elle-même assignée par OCCHIO en paiement de montants considérables de dommages et intérêts, puisque l'attestation a été rédigée, certes après la réception des conclusions du rapport de saisie-description, mais en tous les cas avant intentement de la procédure au fond dont question ci-dessus.

De la même façon, il ne peut être reproché à MALVERN de ne pas disposer d'un grand nombre d'attestations.

Si l'on envisage déjà mal que des clients déposent spontanément des attestations relatives aux faits reprochés, à fortiori est-il inconcevable d'imaginer que MALVERN sollicite elle-même, et de façon collective, ses propres clients ou prospects afin d'établir davantage les faits qu'elle allègue.

C'est donc sans pertinence qu'OCCHIO se livre à une analyse littérale, voire textuelle, du contenu des attestations pour tenter de démontrer l'absence de preuve suffisante.

Ainsi, et notamment, les reproches liés à une traduction libre tendancieuse du contenu de l'attestation de Monsieur BOYDENS, ou à la prétendue incertitude de Madame DE CAIGNY qui écrit *je suis encline à croire ... ou encore* à l'approximation des termes utilisés et enfin à la prétendue sollicitation envers Monsieur BOYDENS, ne suffisent pas à jeter le doute sur la circonstance, confirmée par chacun des auteurs, que des représentants d'OCCHIO ont, à plusieurs reprises, informé des clients ou prospects de MALVERN que le produit qu'elle vend est une contrefaçon et qu'une procédure allait être entamée à son encontre.

Partant de ce que les propos en question ont été tenus, y a-t-il lieu de considérer que le contenu de cette communication constitue une publicité dénigrante au sens de la loi ?

La publicité dénigrante se définit traditionnellement comme *une communication contenant un élément ou une allégation de nature à porter atteinte dans l'esprit des tiers au crédit ou à la réputation d'un opérateur économique, de ses produits, ou de ses services ou de son activité* (A. De Caluwé, Les Pratiques du Commerce et la Protection et l'Information du Consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991, éd. Du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 52).

Le fait de faire état de l'existence d'une contrefaçon et de ce qu'une procédure va être entamée à l'encontre du concurrent doit être considéré comme un acte de concurrence déloyale en ce que ce type d'information, dévoilée sans réserve au client, et sans précision quant aux incertitudes liées aux résultats, risque d'*accréditer auprès de ce dernier l'idée que l'issue du procès sera nécessairement favorable à celui qui en fait état*

(M. CHAGNY, *Dénonciation d'une action en justice et dénigrement* in revue LAMY DE LA CONCURRENCE, novembre 2004/janvier 2005, n° 1 p. 110 et suivantes).

Enfin, la question de la réalité de l'existence du brevet belge est irrelevante dès lors que, comme le relève OCCHIO, les auteurs des attestations n'identifient pas les brevets litigieux mais se bornent à dire que la machine de MALVERN porte atteinte à *leur* brevet, au singulier, ce qui constitue le terme générique désignant le ou les droits de propriété intellectuelle détenus par OCCHIO.

OCCHIO objecte pour justifier cette communication :

- son droit à l'auto-défense
- son obligation d'information à l'égard du client

Dès lors qu'elle invoque ces deux causes de justification, il lui appartient d'en apporter la preuve.

L'autodéfense ou le droit de riposte

Il est admis qu'un vendeur impliqué dans une controverse soit amené, pour se défendre, à énoncer un certain nombre de faits ou de considérations qui vont fatalement rejaillir sur les tiers. (...) Dans le cadre d'une riposte nécessaire à un acte illicite, qui ne peut attendre une décision judiciaire parfois lente, on admettra cette riposte, mais à la condition expresse qu'elle se limite à une mise au point objective et dans les limites de l'indispensable et surtout, qu'elle s'abstienne d'attaques nouvelles. (Mons, 3 septembre 1986, Prat. Comm., 1986, III 76 ; Bruxelles, 25 septembre 2005, Ann. Part. Comm., 2005, 155).

En l'espèce tout d'abord, le fait d'invoquer auprès des clients l'existence d'une contrefaçon dont la réalité n'est pas encore établie de manière définitive, ne constitue pas une information simplement objective.

Pour qu'elle le fût, il eut fallu qu'OCCHIO expose aux clients les enjeux réels du litige et les possibles incertitudes quant à son issue, ce qu'elle ne prouve pas avoir fait.

Par ailleurs, alors qu'elle soupçonnait déjà la contrefaçon en 2007, elle attendra 2009 pour faire procéder à la saisie description et à l'action au fond subséquente, ce qui ne lui permet pas de prétendre qu'elle ne peut attendre l'issue d'une procédure, puisqu'elle a elle-même tardé à agir.

Il en résulte que les conditions de la légitimité de la riposte ne sont pas rencontrées en l'espèce.

Le droit à l'information du client

Ce droit ne peut davantage fonder la publicité dénigrante commise par OCCHIO.

Tout d'abord, lorsque le vendeur parle à son client de son concurrent, *il n'informe pas réellement celui-ci, une telle communication visant en effet, par contraste, à promouvoir indirectement la vente de ses produits (ce qui est d'ailleurs le but même de toute entreprise). Dès lors, le document en cause est à considérer comme une publicité (...) et non comme une « information » ou une « critique objective ».* (M. BUYDENS, Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire, Création Information Communication, LARCIER, p. 286).

Par ailleurs, pour que l'accomplissement du devoir d'information sorte du cadre du dénigrement, il faut que le vendeur ne fournisse que des informations objectives et qu'il agisse à la demande du client (V. En ce sens de Caluwé, *op cit*, p. 54).

Or, en l'espèce et comme le souligne MALVERN, d'une part OCCHIO ne démontre pas que les clients actuels ou potentiels auraient requis des informations quant à l'éventuelle contrefaçon commise par MALVERN et d'autre part, OCCHIO n'a pas communiqué de manière complète à l'égard des clients notamment en précisant le caractère incertain de l'issue du litige.

Il peut se déduire de ce qui précède que l'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale est établi à suffisance par le fait qu'OCCHIO s'est rendu coupable de publicité dénigrante, qu'aucune exception ne pouvait justifier.

L'ordre de cessation sollicité sera donc prononcé sous les émendations reprises ci-après et déduites de la motivation.

Quant au point 4 du dispositif de sa demande, il y a lieu d'ajouter que le courrier qu'OCCHIO sera condamnée à adresser au client auquel elle a donné l'information dénigrante devra être complété comme suit (voir ce qui est souligné) que ses accusations de contrefaçon ont été formulées et torts, dans la mesure où il n'existe à ce jour aucune décision définitive et coulée en force de chose jugée quant à l'existence de la contrefaçon alléguée.

Il ne sera en outre, faute de précision apportée par MALVERN quant à d'autres destinataires éventuels, envoyé qu'à Madame DE CAIGNY pour SYSMEX et Monsieur BOYDENS pour UNICORE ainsi qu'à l'INISMA et UCB PHARMA.

Quant à l'astreinte, si son principe doit être approuvé, en tant qu'il est de nature à garantir l'effectivité de la mesure ordonnée, le montant sollicité est par contre démesuré et doit être ramené à un montant, certes dissuasif, mais également raisonnablement exécutable.

Un montant de 10.000,00 euros sera octroyé à ce titre.

III. 2. La demande reconventionnelle de WSL

Le fondement de cette demande a été examiné ci-avant.

En introduisant une procédure contre WSL, sans produire quelque pièce que ce soit qui conforte le fondement de la demande, MALVERN a agi avec une légèreté procédurale constitutive d'abus.

Cela étant, les montants de dommages et intérêts réclamés par WSL, à savoir 25.000,00 euros, sont excessifs et ne sont justifiés d'aucune pièce qui permettrait de penser que le préjudice lié au caractère téméraire et vexatoire de la procédure engagée à son encontre – et non le préjudice lié au fait d'avoir été indûment assigné, ce dernier étant adéquatement réparé par l'allocation des dépens – soit justifiable à hauteur des 25.000,00 euros réclamés.

Il en résulte qu'un montant fixé ex aequo & bono à 3.000,00 euros réparera adéquatement le préjudice lié au fait d'avoir été attrait dans une procédure avec autant de légèreté.

III. 3. Les dépens

Compte tenu de ce que l'action de MALVERN est fondée à l'encontre d'OCCHIO, cette dernière doit être condamnée aux dépens que MALVERN liquide à 1.502,64 euros.

Quant aux dépens liés à l'action reconventionnelle, le montant réclamé par WSL sera ramené à l'indemnité de base de 1.200,00 euros, dans la mesure où sa demande a été jugée excessive en son montant et qu'elle succombe donc pour partie.

PAR CES MOTIFS,

Nous, Fabienne BAYARD, présidente du tribunal de commerce de Liège, assistée de Joséphine ZANELLI, greffier,

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

Statuant contradictoirement comme en référé,

Disons la demande de prolongation de l'engagement de confidentialité non fondée,

Disons n'y avoir lieu à constater le désistement d'instance,

Disons la demande de la société de droit anglais MALVERN INSTRUMENTS LTD à l'égard la SA OCCHIO recevable et très largement fondée,

En conséquence :

- Disons pour droit qu'en contactant les clients actuels et/ou potentiels de Malvern dans le but de les informer ou insinuer que Malvern et notamment les produits *Morphologi G3* ou *Morphologi G3S* portent atteinte au brevet européen EP I 754 040 et/ou au brevet belge BE 1015883 de OCCHIO et WSL, OCCHIO s'est rendue coupable d'actes dénigrants contraires aux pratiques honnêtes de commerce.
- Ordonnons à la SA OCCHIO de cesser de communiquer et/ou d'insinuer à quelque tiers que ce soit que les produits « Morphologi G3 » ou « Morphologi G3S » et/ou procédé de Malvern portent atteinte à son (ses) droit(s) de propriété intellectuelle.
- Condamnons la SA OCCHIO à payer à MALVERN une astreinte de dix mille Euro (10.000 €) par communication écrite, verbale ou autre en infraction d'une des interdictions faites ci-dessus, et ceci dès la signification du jugement à intervenir.
- Ordonnons à la SA OCCHIO d'adresser, à leur propres frais, à SYSMEX (Madame DE CAIGNY), UMICORE (Monsieur BOYDENS), INISMA et UCB PHARMA, un courrier les informant (sans aucun autre commentaire) de ce que ces accusations de contrefaçon ont été formulées à tort dans la mesure où il n'existe à ce jour aucune décision définitive et coulée en force de chose jugée quant à l'existence de la contrefaçon alléguée et que notre tribunal a condamné à cesser ces actes parce qu'ils sont contraires aux pratiques honnêtes de commerce, sous peine d'une astreinte de 5.000 € par courrier qui ne serait pas envoyé dans un délai de 7 jours ouvrables après signification du jugement sollicité, preuve à fournir par un constat d'huissier dressé aux frais avec les courriers en annexe et remis aux conseils de la SA OCCHIO dans le délai susmentionné.

Déboutons la société de droit anglais MALVERN INSTRUMENTS LTD du surplus de ses demandes,

Condamnons la SA OCCHIO à payer à la société de droit anglais MALVERN INSTRUMENTS LTD la somme de 1.502,64 euros au titre de dépens,

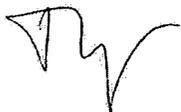
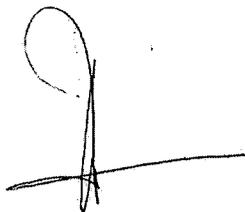
Disons la demande de la société de droit anglais MALVERN INSTRUMENTS LTD à l'égard de la SA LOGISTIQUE SPATIALE WALLONNE recevable mais non fondée,

Disons la demande reconventionnelle de la SA LOGISTIQUE SPATIALE WALLONNE recevable et très partiellement fondée,

Condamnons la société de droit anglais MALVERN INSTRUMENTS LTD à payer à la SA LOGISTIQUE SPATIALE WALLONNE :

- 1.200,00 euros au titre d'indemnité de procédure
- 3.000,00 euros au titre de dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire.

Fait et prononcé en langue française à l'audience publique des référés du tribunal de commerce de Liège, le 12 novembre 2009.

A handwritten signature consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.A handwritten signature featuring a large, prominent loop at the top, followed by a vertical stroke and a long horizontal stroke extending to the right.