

Copie
art. 792 C.J.
Exempt du droit de greffe - art. 280,2° C.Enr.



Numéro d'ordre :
Numéro du répertoire : 2017/ 1385
Date du prononcé : 03 avril 2017
Numéro du rôle : 2016/RG/263

Expédition

Délivrée à	Délivrée à	Délivrée à
le € CIV	le € CIV	le € CIV

Non communicable au
receveur

**Cour d'appel
de
Mons

Arrêt**

Première Chambre

Présenté le
Non enregistrable

COVER 01-00000826336-0001-0027-01-01-1



Rôle général numéro : 2016/RG/263

EN CAUSE DE :

1. La société de droit suisse **NOUVAG AG**, dont le siège social est sis en SUISSE, à 9403 GOLDACH, St. Gallerstrasse 23-25,

2. La société de droit allemand **NOUVAG DENTAL-UND MEDIZINTECHNIK GMBH**, dont le siège social est sis en ALLEMAGNE à 78462 KONSTANZ, Schulthaibstrasse 15,

appelantes au principal,
intimées sur incident,

toutes les deux représentées aux audiences par Maître de VISSCHER Fernand et par Maître CAMPOLINI Philippe, avocats dont le cabinet est sis à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise, 149 /20, leur conseil,

CONTRE :

domicilié à

intimé au principal,
appelante sur incident,

comparaissant en personne aux audiences assisté de Maître DE HAAN Tanguy, avocat du barreau de Bruxelles, loco Maître PETERS Philippe, avocat dont le cabinet est sis à 1000 BRUXELLES, Chaussée de la Hulpe, 120, son conseil.

* * * * *

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

Vu les pièces de la procédure légalement requises et notamment :

- la copie conforme du jugement entrepris, prononcé contradictoirement le 24 décembre 2015 par le tribunal de commerce du Hainaut, division Mons ;
- la requête d'appel déposée le 5 avril 2016 ;
- les conclusions et les dossiers des parties ;

PAGE 01-00000826336-0002-0027-01-01-4



1. Les faits et antécédents de la procédure.

1. La société de droit suisse Novag AG et la société de droit allemand Novag Dental-Und Medizintechnik GMBH (ci-après Novag ou les sociétés Novag ou les parties appelantes) sont actives dans le domaine médical, chirurgical et dentaire, et ce au niveau mondial.

Elles commercialisent divers appareils et accessoires et notamment, depuis 1996 selon elles, un appareil de liposuction dénommé «Vacuson».

Le docteur _____ est chirurgien, spécialisé dans la liposuction.

Il est titulaire d'un brevet belge pour un appareil de lipoaspiration (n°1011084), fondé sur une demande de brevet déposée le 3 avril 1997 n°BE 9700305. Le brevet belge a cessé de produire ses effets le 30 avril 2002, en raison du non-paiement des taxes annuelles y afférentes selon les parties appelantes.

Il est également titulaire du brevet européen n°EP 0 971 754, dont la demande a été déposée le 2 avril 1998 sous le n°PCT/BE98/00047 (publiée sous le n°WO 98/44966), avec revendication de priorité du 3 avril 1997, fondée sur la demande de brevet belge n°BE9700305.

2. A l'heure actuelle, le débat porte sur ce brevet européen, dont les caractéristiques peuvent être résumées comme suit:

L'appareil de liposuction spécifiquement revendiqué par la revendication 1 du brevet litigieux, seule revendication indépendante dudit brevet présente les caractéristiques techniques suivantes :

- 1 *«Appareil de lipo-aspiration*
- 1.1 *comprenant une canule d'aspiration agencée pour aspirer de la graisse sous-cutanée par un orifice d'entrée,*
- 1.2 *la canule ayant un axe longitudinal et*
- 1.3 *étant montée sur un organe d'entraînement mécanique logé dans un boîtier,*
- 1.4 *ledit organe d'entraînement ayant une entrée pourvue pour y connecter une source d'énergie et agencée pour produire un mouvement et le transmettre à ladite canule et*
- 1.5 *le mouvement de la canule comprenant un composant de translation suivant l'axe de la canule,*
caractérisé en ce que
- 1.6 *le mouvement de la canule est un mouvement de nutation*
- 1.7 *comprenant un composant de vibration perpendiculaire à l'axe de la canule et*
- 1.8 *le composant de translation suivant l'axe de la canule,*
- 1.8.1 *le composant de translation ayant une amplitude entre 2 mm et 1 cm, et*



- 1.9 un espace étant prévu entre la canule et le boîtier,
1.9.1 ledit espace étant suffisamment dimensionné de façon à permettre au composant de vibration de provoquer la dislocation de la graisse.».

3. En 2003, Monsieur découvre l'existence d'un nouvel appareil Vacuson dont il considère qu'il s'agit d'une contrefaçon littérale de son invention. Par un courriel du 22 novembre 2003, Monsieur a mis en demeure les sociétés Nouvag.

A sa requête, une procédure de saisie-description a été exécutée le 16 avril 2004 chez l'importateur belge de Nouvag, la société Endoscopie Richard Wolf Belgium, en visant l'appareil «Vacuson».

Par citation signifiée le 9 septembre 2004, une procédure en contrefaçon a été mise en mouvement par Monsieur devant le tribunal de première instance de Gand, et renvoyée, de l'accord des parties, devant le tribunal de première instance de Bruxelles et poursuivie en français.

Les sociétés Nouvag ont formulé, dans le cadre de cette procédure, une demande reconventionnelle tendant à entendre prononcer, en ce qui concerne la Belgique, la nullité du brevet européen du docteur Il échet de souligner que, selon Nouvag, cette demande de nullité était fondée sur des motifs de nullité limités et reposait sur des antériorités différentes de celles produites dans le cadre de la présente procédure.

Par un jugement prononcé le 3 février 2006, le tribunal de première instance de Bruxelles a déclaré non fondées l'action en contrefaçon ainsi que l'action reconventionnelle en nullité du brevet.

Par requête déposée au greffe de la cour d'appel de Bruxelles le 24 novembre 2006, le docteur interjeta appel de cette décision.

Par un arrêt prononcé le 15 octobre 2009 (ci-après l'arrêt de 2009), la cour d'appel de Bruxelles :

- a jugé que la demande de nullité et que l'appel incident de Nouvag sur ce point n'étaient pas fondés, confirmant ainsi la validité du brevet européen;
- a réformé le jugement entrepris concernant la question de la contrefaçon;
- a condamné les sociétés Nouvag in solidum à cesser en Belgique les violations du brevet européen n°EP 971754 du docteur sous peine d'une astreinte de 5.000 EUR par infraction et par jour de retard;
- les a condamnées à payer au docteur une somme de 40.455,50 EUR à titre de dommages et intérêts, augmentés des intérêts compensatoires au taux légal depuis la date moyenne du 17 octobre 2005.



L'arrêt a été signifié le 6 mai 2010.

Un pourvoi en cassation a été introduit contre cet arrêt par les sociétés Nouvag en ce qui concerne la contrefaçon reprochée.

Ce pourvoi a été rejeté par la Cour de cassation le 3 février 2012.

4. Après l'arrêt de 2009, Nouvag soutient qu'elle s'est aperçue, à l'occasion de discussions avec son ancien directeur, que l'appareil condamné par la cour d'appel de Bruxelles, aurait fait l'objet de plusieurs ventes avant la date de dépôt du brevet litigieux, ce qui aurait dû selon elle mener à l'annulation du brevet litigieux pour défaut de nouveauté et non à la condamnation de Nouvag pour contrefaçon.

Après l'arrêt de 2009 également, Monsieur [redacted] entame une procédure en contrefaçon en Allemagne. En réponse, Nouvag a introduit une procédure en annulation de la partie allemande du brevet litigieux, dont le libellé est identique à celui de la partie belge puisqu'il s'agit du même brevet européen devant le Tribunal fédéral des brevets (*Bundespäatentgericht*). En raison de cette procédure en annulation, la procédure en contrefaçon lancée par le docteur [redacted] a été suspendue.

Cette procédure a mené à l'annulation du brevet litigieux par le *Bundespäatentgericht* le 8 avril 2014.

Par un arrêt prononcé par le *Bundesgerichtshof* le 20 décembre 2016, ce jugement du 8 avril 2014 est annulé et l'affaire est renvoyée à la Cour fédérale des brevets. Cette décision a été portée à la connaissance de la cour de céans, dans le cadre des présents débats, et sa traduction libre a été déposée de l'accord des parties le 23 février 2017.

Après l'arrêt de 2009 toujours, le 25 mai 2012, le docteur [redacted] a procédé à l'exécution de l'arrêt suite à la constatation que le site internet des sociétés Nouvag présentait toujours en vente l'appareil Vacuson litigieux.

Il a signifié aux sociétés Nouvag un commandement de payer des astreintes pour un montant principal de 915.000 EUR, sur base d'un constat dressé par l'huissier de justice P. De Smet le 8 février 2012, qui acte que les sociétés Nouvag «*offraient et commercialisaient*», «*notamment par leur site internet commun www.nouvag.com, les appareils de la marque Vacuson interdits et ce, en violation de leur condamnation définitive par la cour d'appel de Bruxelles.*». Selon Nouvag, les constatations ont été faites sur un site international, non spécialement dirigé vers la Belgique.

Monsieur [redacted] a saisi le juge des saisies du tribunal de première instance de Bruxelles pour obtenir l'exécution des mesures. Par un jugement prononcé le 15 mai 2013, le juge des



saisies a constaté la violation de l'ordre de cessation et a fixé le montant de l'astreinte à la somme de 515.000 EUR.

Par un arrêt prononcé le 30 janvier 2014, la cour d'appel de Bruxelles a confirmé le jugement du juge des saisies quant à la violation de l'ordre de cessation, et l'a réformé quant au montant des astreintes désormais fixées à la somme de 965.000 EUR.

Un pourvoi en cassation a été introduit par les sociétés Nouvag, rejeté par un arrêt de la Cour de cassation du 19 février 2016.

Des mesures d'exécution ont été poursuivies en Suisse par le docteur [redacted] pour obtenir le paiement de ces astreintes.

5. A la suite de cette condamnation, les sociétés Nouvag ont entamé par citation signifiée le 24 juin 2014 une nouvelle action en annulation du brevet litigieux en Belgique, compte tenu notamment des éléments mis au jour à l'occasion de la procédure menée en Allemagne.

Cette action en nullité concernait à la fois le brevet européen et le brevet belge du docteur [redacted] même si la procédure d'appel ne tend plus à l'annulation du brevet belge, compte tenu de son expiration. Les sociétés Nouvag considéraient, devant le premier juge, que le brevet litigieux était entaché de nullité à défaut de nouveauté, à défaut d'activité inventive et en raison de son obscurité.

6. Par un jugement prononcé le 24 décembre 2015, le tribunal de commerce du Hainaut, division Mons:

1°) a déclaré la demande d'annulation du brevet litigieux irrecevable en tant qu'elle se fondait sur les causes de nullité du défaut de nouveauté, du défaut d'activité inventive et de l'obscurité du brevet attaqué. En synthèse, il considère que l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de 2009 s'opposerait à la demande Nouvag dans cette mesure.

Par ailleurs, Nouvag avait invoqué la nullité du brevet attaqué sur la base d'un usage antérieur, étant la mise en vente de son propre Vacuson avant le dépôt de la demande du brevet litigieux. Le tribunal de commerce du Hainaut, division de Mons a déclaré la demande en annulation de Nouvag irrecevable sur ce point au motif que les parties ont un devoir de diligence dans la présentation de la procédure. Les sociétés Nouvag ne forment pas d'appel sur ce point

Les sociétés Nouvag demandaient également l'annulation du brevet belge du docteur [redacted]. Le tribunal de commerce du Hainaut, division de Mons a considéré qu'il serait tout à fait hypothétique que ce brevet puisse encore avoir un quelconque effet entre les parties et a dès lors déclaré la demande d'annulation de Nouvag irrecevable dans cette mesure. Les



sociétés Nouvag ne forment pas appel sur ce point non plus.

2°) Sur le fond, le tribunal a déclaré la demande de Nouvag recevable en ce qu'elle se basait sur le grief de matière ajoutée. Il a toutefois jugé cette demande non fondée, estimant que le brevet attaqué ne contenait pas de matière ajoutée.

3°) Sur la demande reconventionnelle formée par le docteur [redacted] le tribunal de commerce du Hainaut, division de Mons l'a déclarée partiellement fondée, dans la mesure où elle tend à obtenir le remboursement par Nouvag de certains frais de conseil technique.

7. Par requête déposée au greffe de la cour d'appel de Mons le 5 avril 2016, les sociétés Nouvag ont formé un appel limité contre ce jugement.

Elles estiment qu'elle leur fait grief en ce que toutes ses demandes de nullité contre le brevet européen devaient être dites recevables car il n'y a pas d'autorité de la chose jugée, en application de la loi ancienne. Sur le fond, elles considèrent que le jugement est entaché de plusieurs erreurs en droit, notamment une interprétation inexacte de la notion de «matière ajoutée», et des erreurs en fait, le brevet faisant l'objet d'une interprétation inexacte. Enfin, quant à la demande reconventionnelle de Monsieur [redacted] elles considèrent qu'il n'existe pas de lien causal entre les frais de conseil technique du docteur [redacted] et la procédure et qu'ils ne devaient pas être alloués.

Par voie de conclusions, Monsieur [redacted] a formé un appel incident et introduit des demandes nouvelles.

Il forme un appel incident en ce que le jugement a quo a dit la demande principale de Nouvag partiellement recevable, alors que selon lui, l'autorité de la chose jugée s'attache à tous les aspects de la demande de nullité. Il propose, au besoin, d'adresser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

À titre subsidiaire, il demande la confirmation du jugement dont appel en ce qu'il a dit la demande principale de Nouvag partiellement irrecevable mais non fondée pour le surplus.

À titre encore plus subsidiaire, il demande à ce que la demande de Nouvag soit déclarée non fondée dans son ensemble, tous les motifs de nullité étant rejetés.

Enfin, à titre infiniment subsidiaire, il demande une réouverture des débats afin de permettre aux parties de débattre d'un texte alternatif de la partie belge du brevet litigieux pour la maintenir sous une forme modifiée.

En ce qui concerne la demande reconventionnelle, il forme un appel incident tendant à la condamnation de Nouvag au paiement d'une somme de 75.000 EUR au titre d'indemnisation



d'un dommage moral. Il forme un appel incident tendant à ce que le montant de l'indemnité de procédure de 12.000 € lui soit alloué à titre provisionnel et non à titre définitif.

Par ailleurs, Monsieur introduisait des demandes nouvelles tendant à:

1°) ce qu'il soit ordonné à Nouvag de cesser toute opposition à une procédure d'exécution actuellement menée en Suisse; pour Nouvag, les juridictions belges ne sont pas compétentes pour connaître pareille demande, qui serait à tout le moins irrecevable ou non fondée; Monsieur ne forme plus cette demande dans ses dernières conclusions

2°) la condamnation de Nouvag au remboursement de frais de conseil technique complémentaires exposés en lien cette fois avec la procédure d'appel; Nouvag conclut au non fondement de cette demande;

3°) la libération de la somme de 25.254,20 EUR cantonnée par Nouvag en exécution du jugement dont appel, ce qui va de soi pour Nouvag en cas de confirmation.

2. La recevabilité des appels et des demandes nouvelles.

Les appels principal et incident, et les demandes nouvelles, réguliers en la forme, sont recevables.

Leur recevabilité n'est du reste pas contestée.

3. Discussion.

A titre préliminaire, la cour observe que plusieurs moyens sont encore repris par les parties Nouvag, quoi qu'ils aient été abandonnés par elles en cours d'instance (par exemple, la demande nouvelle de Monsieur pour entrave fautive à l'exécution de l'arrêt de 2009, ou l'argument tiré du défaut de nouveauté en raison de la commercialisation antérieure formé par les sociétés Nouvag). La cour n'a dès lors pas à y répondre.

A. La recevabilité de la demande de Nouvag.

Le docteur soulève plusieurs moyens pour contester la recevabilité de la demande originaire, dont certains ont été reçus par les premiers juges.

A.1. La loyauté procédurale – appel incident.

1. Monsieur considère que, dès la première procédure, Nouvag disposait de toutes les pièces, était utilement conseillée, avait la possibilité d'examiner toutes les antériorités car



elle est un acteur spécialisé, de telle sorte qu'en vertu du principe général de droit de loyauté procédurale, il lui était interdit de recommencer le procès qu'elle a perdu en raison de ses propres choix, négligences et omissions. Il estime que les premiers juges ont très justement rappelé et appliqué ce principe mais qu'ils auraient dû en vérifier l'application à l'ensemble de la demande principale, et non après avoir entamé l'examen du dossier en fonction des limites de l'autorité de la chose jugée.

Les sociétés Nouvag estiment que ce moyen manque en fait et en droit car il n'est pas démontré qu'elles connaissaient et détenaient toutes les pièces qu'elles produisent aujourd'hui, d'une part, et qu'elles n'ont pas volontairement décidé de ne pas produire certains éléments, étant dans l'impossibilité de connaître tout l'état antérieur de la technique.

2. Les parties au procès ont un devoir de diligence et de loyauté dans la présentation de leur cause. Le principe de loyauté procédurale est un principe directeur du procès, désormais consacré comme tel par la Cour de cassation (voyez Cass., 22 novembre 2014, J.T., 2015, note Th. Malengreau, «Loyauté procédurale : la consécration ?», in J.T., 2015, pp. 755-757, citant notamment Cass., 27 mars 2002, Pas., 2002, p. 722 ; Cass., 16 septembre 2013, R.A.B.G., 2014, p. 357; Cass., 11 juin 2015, R.G. n°C.14.0433.F/3, www.cass.be).

Appliquée à la production des pièces ou des moyens nouveaux, la doctrine précise que : "Au regard des postulats de célérité et de loyauté, il n'est aujourd'hui plus admissible qu'une partie garde par-devers elle tout ou partie de son argumentation pour ne la dévoiler, en opportunité et le cas échéant en traître, que lors d'une étape ultérieure du procès, voire à l'occasion d'une autre procédure" (en ce sens, J.-Fr. van DROUGHENBROECK, «Le régime de l'exception de chose jugée» in *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 186, n°10.).

Ce principe permet de sanctionner un comportement déloyal d'une partie dans la mise en œuvre du procès civil qui porterait atteinte aux droits de défense de l'autre partie, mais, ainsi que la rappelle la Cour de cassation, il faut que le juge vérifie concrètement l'existence de cette déloyauté dans l'espèce qui lui est soumise (Cass., 11 juin 2015, JT, 2015; Cass., 16 septembre 2013, R.A.B.G. déjà cités).

3. En l'espèce, il n'est pas démontré avec certitude que les sociétés Nouvag détenaient tout ce qui a été rendu accessible au public au sujet de l'état de la technique antérieure et qu'elles auraient agi de manière déloyale.

Si le doute est permis quant à l'antériorité de son propre usage antérieur par la commercialisation de l'appareil Vacuson, qui n'est plus invoquée en degré d'appel, il ne peut être reproché aux sociétés Nouvag de ne pas avoir découvert et utilisé tous les brevets, publications, documents techniques ou scientifiques dont elles se prévalent dans le cours de



la présente procédure et qui ne figuraient pas dans leur dossier de pièces dans la procédure antérieure, qui a abouti à l'arrêt de 2009, sauf à démontrer qu'elles en avaient connaissance et possession et ont sciemment et volontairement caché ces éléments pour nourrir une nouvelle procédure. Une telle déloyauté n'est pas prouvée.

Le moyen doit donc être écarté. L'appel incident n'est pas fondé sur ce point.

A.2. L'autorité de la chose jugée – appel principal et appel incident.

1. Nouvag estime que c'est à tort que les premiers juges ont constaté l'irrecevabilité de la demande principale en annulation du brevet en se fondant sur l'autorité de la chose jugée en 2009. Nouvag indique qu'il faut appliquer l'article 23 du Code judiciaire tel qu'il existait dans sa version antérieure à la loi du 19 octobre 2015 (dite loi Pot Pourri I). Elle estime que la demande se fonde au moins sur un motif légal de nullité différent et un fait différent, la matière ajoutée, et demande la confirmation du jugement en ce qu'il a dit la demande recevable en ce qu'elle est fondée sur cette cause.

Nouvag forme cependant un appel principal car, pour ce qui concerne les autres causes de nullité qu'elle invoquait, étant les griefs de défaut de nouveauté, d'absence d'activité inventive, d'obscurité du brevet, elles n'ont jamais été discutées avec les dix antériorités nouvelles qu'elle produit dans le cadre de la nouvelle procédure. Or, la comparaison avec ces dix nouvelles antériorités confère au débat une toute autre portée puisqu'il aborde de nouvelles contestations. Il n'y a dès lors aucun risque de contrariété entre les décisions de 2009 et l'arrêt à venir. Cette argumentation vaut également, selon Nouvag, pour ce qui concerne la demande reconventionnelle en contrefaçon qui avait été introduite par le docteur . Une interprétation extensive reviendrait à en outre à contrarier les principes de la liberté d'entreprendre, d'égalité ou de droit à un procès équitable.

Nouvag estime que le premier juge a retenu une interprétation trop large de la notion de faits formant la cause jugée en 2009, de telle sorte que la demande devait être déclarée recevable en totalité.

A titre subsidiaire, Nouvag demande la confirmation du jugement dont appel en ce qu'il a décidé que l'irrecevabilité n'affecte pas la question de la matière ajoutée.

2. Monsieur estime que l'ajout de quelques antériorités ne permet pas de prétendre que le débat serait différent: l'objet de la demande est identique, les causes sont identiques et elles opposent les mêmes parties, en même qualité, de telle sorte que l'action en nullité est irrecevable car elle viole l'autorité de la chose jugée.

Il souligne qu'il n'y a aucun élément nouveau, survenu après l'arrêt de 2009, permettant de contourner l'autorité de la chose jugée. Le contentieux de l'annulation du brevet ne se



distingue à cet égard pas des autres contentieux. L'autorité de la chose jugée n'est en outre pas contraire à la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

L'autorité de la chose jugée s'étend selon Monsieur [redacted] à la cause d'invalidité non jugée à Bruxelles, celle de la matière ajoutée, car ce grief ne résulte pas de la survenance d'un fait nouveau. En outre, la demande, si elle était accueillie, pourrait aboutir à des décisions inconciliables, ce que l'autorité de la chose jugée a pour objet d'éviter, et ce que la paix judiciaire entend éviter.

3. S'agissant des dispositions applicables, les parties s'opposent sur la version de l'article 23 du Code judiciaire applicable au présent litige.

L'article 23 du Code judiciaire, tel qu'il existait avant la loi du 19 octobre 2015, entrée en vigueur le 1er novembre 2015, disposait que pour qu'il y ait autorité de chose jugée, il fallait que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit faite entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

La disposition en cause a été modifiée par la loi du 19 octobre 2015, dite loi Pot Pourri I, pour élargir le champ d'application de l'autorité de la chose jugée, qui, à défaut de disposition particulière en droit transitoire, s'applique immédiatement aux procédures en cours.

Comme l'ont parfaitement souligné les premiers juges, l'autorité de la chose jugée touche à la recevabilité de la demande. Or, la recevabilité de la demande s'apprécie au jour de son introduction. C'est donc au moment de l'introduction de la demande qu'il convient de se placer pour déterminer la loi applicable à l'appréciation de l'autorité de la chose jugée (en ce sens, Cass., 18 mars 1971, Pas., 1971, p. 664). La citation a été introduite le 24 juin 2014, soit avant l'entrée en vigueur de la loi Pot Pourri I.

Il convient dès lors d'appliquer l'article 23 du Code judiciaire dans son ancienne version, qui repose sur une conception étroite de la cause.

4. Dans l'espèce, et en application de cet article, il faut vérifier la réunion d'une triple identité: une identité de parties agissant en même qualité – c'est incontestablement le cas en l'espèce - , une identité d'objet – les deux demandes tendant à l'annulation du brevet, et reconventionnellement à la contrefaçon de ce brevet - , il reste à vérifier si les causes sont identiques.

La doctrine précisait à ce égard: «(...) la cause est constituée non pas par les faits antérieurement invoqués dans la demande (c'est la cause telle qu'examinée *supra*) mais par les faits retenus par le juge à l'appui de sa décision ET qualifiés juridiquement par lui (alors que la qualification des faits n'intervient pas dans la notion de cause de la demande, vue



dans la première partie)» (...) et de préciser «En d'autres termes, pour délimiter l'autorité de la chose jugée, il convient :

- non pas de comparer le contenu de la demande initiale par rapport à celle qui est introduite après le jugement,
- mais de confronter l'étendue du jugement, aussi bien en fait qu'en droit, et le contenu de la nouvelle demande.

Le juge doit alors rechercher s'il peut admettre la prétention nouvelle sans rien modifier à la décision antérieure. S'il peut statuer sans remettre en cause la décision précédente, *tant en ce qui concerne les faits de la cause que la norme juridique appliquée*, il ne méconnaît pas l'autorité de chose jugée qui s'attache à cette décision.

Concrètement, cela signifie que si une partie est déboutée, elle pourra introduire une nouvelle demande concernant les mêmes faits litigieux si elle invoque une règle juridique différente : les faits seront les mêmes mais la norme appliquée par le juge sera différente. » (D. Mougnot, in Rep. Not., Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Preuve, Larcier, 2012, n°310).

Les faits sont donc ceux qui ont servi de base à la demande, à l'exclusion des faits nouveaux, de ceux qui opèrent un changement de circonstance, des faits survenus postérieurement à la décision judiciaire.

5. En application de ces principes, c'est à bon droit que les premiers juges ont décidé que les questions de nouveauté, de clarté et d'activité inventive ont déjà été soumises à la cour d'appel de Bruxelles.

Pour Nouvag, ce faisant, les premiers juges évoquent la qualification juridique et non le fait, et une appréciation en droit d'un fait ne peut se confondre avec le fait.

Comme il a été énoncé ci-avant, la notion de cause est constituée des faits retenus par le juge et qui ont été qualifiés juridiquement.

Il n'est pas contestable que, juridiquement, la cour d'appel de Bruxelles a eu à connaître des questions de la nouveauté, de l'activité inventive et de la clarté du brevet déposé par Monsieur Malak. Ces questions de droit sont en tous points identiques à ce qui est soumis à la cour d'appel de Mons dans le cadre de la présente cause.

Nouvag soutient cependant que les faits sont différents, car elle produit de nouvelles antériorités qui, selon elle, modifient fondamentalement le débat.

En réalité, ce ne sont pas les faits qui sont différents, c'est la preuve de ceux-ci qui a évolué entre les deux procédures. Les faits soumis aux deux juridictions demeurent identiques, il s'agit toujours d'examiner si les revendications du brevet litigieux témoignent de nouveauté, d'activité inventive et de clarté. La seule circonstance qu'une partie dépose de nouvelles pièces ou de nouveaux éléments d'appréciation pour prouver sa thèse ne modifie pas le



socle de faits sur lequel le juge fondera son argumentation juridique. Dans le cas d'espèce, il sera toujours question de mettre à l'analyse le brevet de Monsieur la demande de brevet et les descriptions et divulgations qu'elle contient et de vérifier, in casu, s'il témoigne d'une nouveauté, d'une activité inventive, et est clair.

En décider autrement reviendrait à admettre qu'il suffit de déposer des pièces nouvelles, probantes selon une partie, pour modifier la cause du litige, alors que la question qui est soumise au juge est identique en tous points.

L'autorité de la chose jugée fait obstacle à la réitération de la demande sous couvert de nouvelles preuves de ces mêmes faits (en ce sens, G. De Leval, «Le Jugement, in Droit judiciaire, t.2, Manuel de procédure civile, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 715 et la jurisprudence citée; ou dans le même sens, à propos du nouvel article 23 du Code judiciaire, J. Fr. Van Drooghenbroeck et Fr. Balot, in La concentration des écritures: rédaction des conclusions et extension de l'autorité de la chose jugée», in Le Code judiciaire en Pot-Pourri, Larcier, 2016, pp. 135 et s., n°20-21).

En l'espèce, la cour d'appel de Bruxelles a eu à connaître du brevet litigieux et a vérifié si les revendications qu'il contenait étaient déjà connues de l'art antérieur, si elles étaient aisément discernables par un homme de métier connaissant l'art antérieur et si elles étaient suffisamment claires pour être mises en œuvre aisément par un homme de métier. Cet examen de la cause était complet, et il ne peut être remis en question, inlassablement, par la production de nouvelles antériorités.

A cet égard, rien ne distingue le droit des brevets d'autres contentieux: il n'est pas requis qu'une juridiction ait analysé toutes les antériorités en cause – elle serait bien en peine de le faire – pour que son examen soit complet, à peine de remettre systématiquement en question une décision de justice.

6. Il en va différemment si, à l'appui de ces pièces nouvelles, une nouvelle argumentation venait à être développée. Tel est le cas en l'espèce, s'agissant de la critique du brevet relative à la matière ajoutée. Cette question n'a jamais été soumise à la cour d'appel de Bruxelles en 2009 et, dans l'appréciation de l'autorité de la chose jugée sur base de l'article 23 du Code judiciaire dans sa version ancienne, la question de la matière ajoutée n'est pas couverte par l'autorité de la chose jugée.

Monsieur considère cependant que le grief ne résulte pas de la survenance d'un fait nouveau ou d'un changement de circonstances postérieur à l'arrêt de 2009. Si telle demande était reçue, elle pourrait avoir pour effet de mener à deux décisions inconciliables, ce qui n'est pas admissible.



Il est pourtant constant que ni le fait – qui porte sur l'analyse des caractéristiques 1.3, 1.9 et 1.9.1 du brevet – ni le droit n'ont été débattus devant la cour d'appel de Bruxelles sur cette question de la matière ajoutée, de telle sorte que la cause est incontestablement différente au sens de l'article 23 du Code judiciaire. Il n'y aurait dès lors aucune difficulté à examiner cette question et, le cas échéant, à prononcer une décision différente de celle de la cour d'appel de Bruxelles, sans risquer la contradiction.

7. Enfin, c'est à bon droit également que les premiers juges ont rappelé que l'autorité de la chose jugée ne contrariait pas le principe du procès équitable (en ce sens, Cour Eur. D.H., 28 octobre 1999, *Brummarescu c/Roumanie*, point 61).

8. Le jugement dont appel doit être totalement confirmé en ce qu'il a statué sur l'autorité de la chose jugée, les appel principal et incident n'étant pas fondés sur ce point.

A.3. Le principe de concentration des moyens – appel incident.

1. Monsieur [redacted] estime que toute demande de Nouvag devrait être dite irrecevable car le principe de concentration des moyens a été violé, ce principe étant désormais reconnu par la loi belge en application du nouvel article 23 du Code judiciaire.

Nouvag estime que ce principe n'est pas reconnu en droit belge et que l'article 23 du Code judiciaire doit être appliqué dans son ancienne mouture.

2. C'est à juste titre que Nouvag renseigne que ce moyen se confond en réalité avec le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée, puisque Monsieur [redacted] se prévaut de l'article 23 du Code judiciaire tel qu'il existe depuis l'entrée en vigueur de la loi Pot-Pourri I.

Il a déjà été décidé qu'il y a lieu d'appliquer l'ancienne version de l'article 23 du Code judiciaire au présent litige.

De surcroît, le principe de la concentration des moyens n'est pas consacré en droit belge, comme l'a fort adéquatement souligné le jugement dont appel: avant l'entrée en vigueur de la loi du 19 octobre 2015, ce principe ne s'appliquait en droit belge que de manière limitée et ne trouvait d'application que pour autant qu'il ne méconnaisse pas l'autorité de la chose jugée ou ne fasse pas preuve de déloyauté. Or, en l'espèce, la cour vient de juger que l'autorité de la chose jugée faisait obstacle à ce que les griefs d'absence de nouveauté, d'absence d'activité inventive ou d'obscurité soient encore débattus devant elle. Il n'y a dès lors pas lieu de faire application de ce principe de concentration des moyens, tels qu'il était admis de façon limitée dans le droit antérieur.

3. Monsieur [redacted] soutient que le principe de concentration des moyens recevrait en toute



hypothèse une application extensive en droit de la propriété intellectuelle, celui-ci devant être particulièrement protégé, la sécurité juridique à cet égard devant primer. Il prend appui sur le droit des marques, où le principe de concentration des moyens est expressément reconnu par la loi. Il se fonde également sur la pratique de l'OEB ou d'autres juridictions de l'ordre judiciaire en Europe.

Il demande à titre subsidiaire que, si la cour devait avoir un doute sur cette question, elle interroge la Cour de Justice de l'Union Européenne.

C'est pourtant à bon droit, et pour des motifs que la cour adopte, que les premiers juges ont écarté cette argumentation: d'une part, il n'est pas démontré que la pratique de l'OEB soit érigée en principe général du droit des brevets, d'autre part, la jurisprudence française citée trouvait un appui dans une acception très large du principe de concentration des moyens par la Cour de cassation de France (Cass. fr., 7 juillet 2006, *Dall.*, 2006, p. 2135 ; R. Perrot dans la *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, p. 825 ; J.-Fr. van Drooghenbroeck, «Le nouveau droit judiciaire, en principes», in *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2007, p. 443, n° 108).

La circonstance que dans certaines matières, telles que le règlement UE sur la marque, et dans certaines conditions strictes, une restriction ait été faite au titulaire d'un droit antérieur d'introduire une seconde demande en nullité ne permet pas d'ériger ce principe en général de droit applicable à tout le contentieux des droits intellectuels, bien au contraire.

Enfin, et compte tenu de ce qui a été décidé dans le présent dossier et eu égard aux évolutions législatives, il n'est ni utile ni pertinent de poser à la C.J.U.E. la question souhaitée par Monsieur

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

A.4. L'intérêt à agir de Nouvag – appel incident.

1. Monsieur estime qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause la contrefaçon du brevet belge, dont la nullité n'est plus poursuivie en appel. Les sociétés Nouvag ne démontreraient aucun intérêt à agir en la présente cause.

Ces dernières répondent que la demande en annulation qu'elles forment à présent aurait nécessairement une incidence sur la contrefaçon constatée, fût-ce en ayant recours à une procédure en règlement de juges le cas échéant.

2. Les sociétés Nouvag justifient d'un intérêt à agir en nullité du brevet européen, notamment pour le grief nouveau qu'est l'ajout de matière aux revendications, et ce point n'est pas contesté. Il pourrait en effet avoir une incidence sur la contrefaçon constatée par



l'arrêt de 2009, si leur action était reconnue fondée. Cet intérêt existe et est légitime.

Elles ne se fondent plus en degré d'appel sur la validité du brevet belge, la demande qu'elles avaient formé à l'encontre du brevet belge ayant été déclarée irrecevable à bon droit par les premiers juges, puisque le brevet a expiré en 2002. Il n'y avait dès lors plus d'intérêt né et actuel à agir contre ce brevet, ce qui n'était pas remis en cause par l'appel principal.

B. Le fond.

B.1. Le grief de la matière ajoutée aux revendications du brevet – appel principal.

1. Les sociétés Nouvag estiment que trois éléments ont été ajoutés à la demande de brevet originaire. Ils sont soulignés ci-dessous:

- 1 *«Appareil de lipo-aspiration*
- 1.1 *comprenant une canule d'aspiration agencée pour aspirer de la graisse sous-cutanée par un orifice d'entrée,*
- 1.2 *la canule ayant un axe longitudinal et*
- 1.3 *étant montée sur un organe d'entraînement mécanique logé dans un boîtier,*
- 1.4 *ledit organe d'entraînement ayant une entrée pourvue pour y connecter une source d'énergie et agencée pour produire un mouvement et le transmettre à ladite canule et*
- 1.5 *le mouvement de la canule comprenant un composant de translation suivant l'axe de la canule,*
caractérisé en ce que
- 1.6 *le mouvement de la canule est un mouvement de nutation*
- 1.7 *comprenant un composant de vibration perpendiculaire à l'axe de la canule et*
- 1.8 *le composant de translation suivant l'axe de la canule,*
- 1.8.1 *le composant de translation ayant une amplitude entre 2 mm et 1 cm, et*
- 1.9 *un espace étant prévu entre la canule et le boîtier,*
- 1.9.1 *ledit espace étant suffisamment dimensionné de façon à permettre au composant de vibration de provoquer la dislocation de la graisse.».*

Selon Nouvag, l'ajout de matière par rapport à la demande de brevet entraîne la nullité de celui-ci. La jurisprudence de l'OEB démontre que l'interprétation du brevet doit se faire de manière stricte, de telle sorte que s'il existe le moindre doute quant à une interprétation différente, le brevet devra être déclaré nul. Enfin, la caractéristique technique divulguée dans la demande de brevet doit être complète: il ne suffit pas qu'elle soit mise en rapport avec un mode de réalisation particulier, pour ensuite être sortie de son contexte et généralisée ou combinée avec un autre mode de réalisation particulier (généralisation intermédiaire). C'est donc à tort que les premiers juges ont puisé dans tout le brevet pour retrouver certaines caractéristiques alors qu'elles n'étaient pas associées au mode de réalisation initialement



déposé.

2. Le docteur: répond que toutes les caractéristiques se retrouvaient dans la demande de brevet initial. On ne parlera de «généralisation intermédiaire» interdite (et, partant, de matière indument ajoutée au cours de la délivrance du brevet) que si l'homme de métier qui prend connaissance de la demande de brevet comprend qu'une caractéristique spécifique de l'invention n'a été divulguée qu'en combinaison avec d'autres dans un mode de réalisation spécifique de l'invention, et est incapable de comprendre que cette caractéristique peut s'appliquer de manière plus générale. «Le fait d'extraire une caractéristique spécifique en l'isolant d'une combinaison de caractéristiques divulguées initialement, et de l'utiliser pour délimiter l'objet revendiqué ne peut être autorisé que s'il n'existe pas de liens structurels et fonctionnels entre les caractéristiques concernées» (voy. les *Directives relatives à l'examen pratique à l'OEB*, 2014, partie H. V-3, 3.2.1).

3. Le grief de nullité est fondé sur l'article 123 (2) de la CBE et article 49, § 1^{er}, 3, de la LBI selon lequel: «le brevet est déclaré nul si (...) son objet s'étend au-delà du contenu de la demande. ». 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».

Selon les directives de l'OEB, «*l'idée sous-jacente de l'article 123(2) est d'interdire au demandeur de conforter sa position par l'ajout d'un élément non divulgué dans la demande telle qu'elle a été déposée, ce qui lui procurerait un avantage injustifié et pourrait porter préjudice à la sécurité juridique des tiers se fondant sur le contenu de la demande initiale (...). Une modification devrait être considérée comme introduisant des éléments qui s'étendent au-delà du contenu de la demande telle qu'elle a été déposée et, partant, inacceptables, 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. L'examen permettant de déterminer si une modification est admissible ou non, tout au moins lorsque celle-ci revêt la forme d'un ajout, correspond en général à l'examen de nouveauté (...)*».

La jurisprudence de l'OEB décide certes que «*le contenu d'une demande ne doit pas être considéré comme un réservoir dont on peut extraire des caractéristiques propres à des modes de réalisation distincts de la demande afin de les combiner de façon à créer de manière artificielle un mode de réalisation particulier (T 296/96; T 1206/01; T 3/06, et plus récemment voir encore par ex. T 1239/08 et T 1648/11)*»:

A propos de la généralisation intermédiaire, l'OEB ne la proscrit pas mais l'admet à de strictes conditions: «*La chambre dans l'affaire T 962/98 pose des critères afin qu'une généralisation intermédiaire soit acceptable. Il peut exister des situations dans lesquelles certaines caractéristiques tirées d'un mode de réalisation peuvent être combinées avec*



*d'autres caractéristiques divulguées dans un contexte plus général sans créer nécessairement une généralisation intermédiaire sujette à objection. Cependant, selon l'art. 123(2) CBE 1973, une telle généralisation intermédiaire n'est admissible que si l'homme du métier peut déduire **sans aucun doute** de la demande telle que déposée que ces caractéristiques ne sont pas étroitement liées aux autres caractéristiques du mode de réalisation, mais qu'elles s'appliquent directement et sans ambiguïté au contexte plus général. En d'autres termes, pour être admissible, cette généralisation intermédiaire doit résulter des informations non ambiguës que l'homme du métier tirerait de la lecture de l'exemple et du contenu de la demande telle que déposée (cf. point 2.5 des motifs).*

*Dans l'affaire T 219/09, la chambre rappelle que selon la jurisprudence constante, il n'est normalement pas permis de modifier une revendication en puisant des caractéristiques isolées dans un ensemble de caractéristiques divulguées à l'origine uniquement de façon combinée, par exemple un mode de réalisation particulier dans la description (T 1067/97, T 714/00, T 25/03). Une telle modification aboutit à une généralisation intermédiaire, en ce qu'elle limite l'objet revendiqué, mais elle porte néanmoins sur une combinaison non divulguée de caractéristiques plus large que celle de son contexte divulgué à l'origine (cf. par exemple T 1408/04 et T 461/05). Elle n'est justifiée **qu'en l'absence de tout lien fonctionnel ou structurel manifeste** entre les caractéristiques de la combinaison particulière (T 1067/97, voir ci-après) et si la caractéristique extraite n'est donc pas indissociablement liée à ces caractéristiques (T 714/00, voir infra).» (en ce sens, La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets, 7^e éd., 2013, pp. 423-424.)*

Par ailleurs, la cour d'appel de Mons (Mons, 16^{ème} ch., 12 janvier 2012, Ing. Cons., 2012, pp. 761 et s.) a déjà précisé que cette disposition doit s'apprécier au regard de tous les composants de la demande de brevet, c'est-à-dire les revendications, mais également la description et les dessins:

«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).

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 déduites 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.»

Cette appréciation est partagée par la doctrine (en ce sens, Ph. De Jong, O. Vrins, Ch. Ronse, «Evoluties in het octrooierecht, Overzicht van rechtspraak 2007-2010», R.D.C., 2011/5, p. 409, n°50) et d'autres décisions de jurisprudence (Commerce Anvers, 11 juin 2010, R.D.C.-T.B.H.05/2011, Netarresten/Arrêts ; TGI Paris, réf. 1, 28 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).

S'agissant de l'argument «de généralisation intermédiaire», 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.

C'est à l'examen de la demande de brevet, et de la description complète qui y est jointe, ainsi que des croquis, que la cour pourra trancher dans la présente espèce.

Pour rappel, et dans l'appréciation de ce cas, la cour aura égard à la jurisprudence précitée et rappelle qu'elle doit se placer dans la peau de l'homme de métier et vérifier, in casu, si toutes les caractéristiques du brevet pouvaient être déduites, sans le moindre doute raisonnable, de la demande de brevet déposée initialement.

a) Quant à la caractéristique 1.3.

Cette caractéristique est celle «selon laquelle l'organe d'entraînement mécanique est logé dans un boîtier», dont les sociétés Nouvag soutiennent qu'elle n'est, en tant que telle, pas divulguée par la demande de brevet.

Les premiers juges ont toutefois adéquatement relevé que la page 6 de la demande initiale indique que «l'appareil de lipo-aspiration 1 comporte un boîtier 2 qui forme en même temps la poignée de l'appareil. A l'intérieur du boîtier est logé un organe d'entraînement mécanique auquel est relié la canule 3 d'aspiration, présentant au moins un orifice 14».

Il convient d'ajouter que l'homme de métier dispose des différents dessins et des explications complémentaires logées dans la description du brevet, en page 4 (lignes 18-19), 7 (lignes 7-8) et 10 (ligne 9). Il est présenté dans au moins deux modes de réalisation de l'invention.

Il ressort enfin, sans aucun doute, de la demande initiale que le contenu des revendications modifiées fournit une solution complète au problème technique identifiable sans ambiguïté à partir de la demande.

Nouvag estime que Monsieur [redacted] s'est abstenu de divulguer, dès la demande de brevet, la circonstance que le boîtier est logé dans la poignée, et ce qui est généralisation intermédiaire interdite dans le brevet.

Or, la page 6 de la demande (lignes 10 et s.) renseigne que «l'appareil de lipo-aspiration 1 comporte un boîtier 2 qui forme en même temps la poignée de l'appareil. A l'intérieur du boîtier est logé un organe d'entraînement mécanique auquel est reliée la canule 3 d'aspiration, présentant au moins un orifice 14».

La demande révèle ainsi que le boîtier est logé dans la poignée. Un homme de métier ne pourrait interpréter différemment que l'organe d'entraînement mécanique est logé dans le boîtier. Cette information est de surcroît présentée dans les dessins joints, notamment aux figures 1 et 2.

Le grief d'ajout de matière, reposant notamment sur une généralisation intermédiaire prohibée, n'est pas fondé s'agissant de la caractéristique 1.3.



b) Quant à la caractéristique 1.9.

La caractéristique 1.9 prévoit «un espace (18) (...) entre la canule (3) et le boîtier (2)».

Un tel espace est expressément prévu dans la demande de brevet (page 9, lignes 1 et s.): «Pour permettre le mouvement de nutation, un espace libre 18 est prévu entre la canule et la poignée, tel qu'illustré à la figure 4 qui montre en coupe une partie de l'appareil suivant la figure 3».

Il se trouve dans les figures 3 et 4, qui représentent différents modes de réalisation de l'invention, mais ne constitue pas une généralisation intermédiaire puisque l'homme de métier, à la lecture des descriptions et à la vue des différentes figures, pourra aisément comprendre que l'espace entre la canule et le boîtier constitue une caractéristique de l'invention. L'exigence d'un espace libre est aisément comprise par l'homme de métier qui, en lisant les descriptions en page 9, comprend également que la référence aux figures 3 et 4 est exemplative et que la nécessité d'un espace entre la canule et la poignée est *telle que* reprise aux illustrations.

Le grief d'ajout de matière, reposant notamment sur une généralisation intermédiaire prohibée, n'est pas fondé s'agissant de la caractéristique 1.9.

Il n'y a donc aucun élément nouveau par rapport à la demande et ce grief n'est pas fondé.

c) Quant à la caractéristique 1.9.1.

La caractéristique 1.9.1. stipule que l'espace prévu entre la canule et le boîtier doit être «suffisamment dimensionné de façon à permettre au composant de vibration de provoquer la dislocation de la graisse.»

Pour Nouvag, cette caractéristique informe l'homme de métier de la dimension de l'espace et crée un lien fonctionnel entre la dimension et la capacité du composant de vibration à provoquer la dislocation de la graisse. Ce lien entre l'espace et la fonction était totalement absent de la demande de brevet. Elle estime que cela ajoute à la demande de brevet, car il n'y était pas précisé autre chose que la nécessité d'un espace libre. Cette caractéristique revendiquée 1.9.1 ne correspondrait pas à la compréhension de la demande du brevet par l'homme du métier.

Pour le docteur une telle information est implicite et résulte des autres divulgations de la demande de brevet.

Il n'est pas contesté que la demande de brevet ne contient pas d'informations sur la dimension de cet espace.

Les premiers juges ont cité les directives de l'OEB pour justifier leur interprétation, et elles constituent une indication. Par ailleurs, la jurisprudence citée ci-avant retient que une modification doit être considérée comme ajoutant des éléments si la modification « 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.».

Il s'en suit qu'il n'est pas nécessaire que la précision relative au dimensionnement soit littérale, il suffit qu'elle soit implicite, c'est-à-dire qu'elle découle directement et sans ambiguïté des éléments connus dans la demande de brevet et que l'homme de métier puisse en déduire de manière certaine que l'espace doit être suffisant pour permettre la dislocation de la graisse.

A cet égard, la motivation du jugement dont appel est parfaitement adéquate et la cour s'y réfère:

«(...) la demande de brevet indique:

- En page 8 (lignes 10 et s) que «un mouvement de nutation est ainsi crée, comprenant un composant de vibration perpendiculaire à l'axe de la canule et un composant de translation suivant l'axe de la canule».

- En page 9 (ligne 1 et s.) que «Pour permettre le mouvement de nutation, un espace libre 18 est prévu entre la canule et la poignée; tel qu'illustré à la figure 4 qui montre en coupe une partie de l'appareil suivant la figure 3)»

- En page 9 (lignes 6 et s.): «Lors de son utilisation, la vibration de la canule est transmise directement à la graisse ce qui la fait dissocier, disloquer ou éclater et la bat pour ainsi dire en mousse ce qui la fait entrer facilement dans les orifices 14 de la canule, en ne provoquant pratiquement pas de lésions des vaisseaux et des nerfs du patient.»

- En page 9 (lignes 17 et s.): «L'opérateur ne doit pas impérativement appliquer un massage intensif ni de pinçage de la partie à traiter, comme dans les appareils sans assistance mécanique, car c'est le mouvement de vibration de la canule qui est transmis à la graisse et qui provoque sa dislocation et donc son dégagement vers l'orifice d'entrée de la canule».

En lisant ces différents passages, l'homme de métier comprend que:

- l'appareil crée un mouvement de nutation, qui comprend un composant de vibration;
- le mouvement de nutation est permis par l'espace libre entre la canule et la poignée;
- la vibration provoque la dislocation de la graisse (indiqué deux fois en page 9). En d'autres termes, l'homme de métier comprend que l'espace doit permettre à la canule de vibrer et que cette vibration est essentielle parce que c'est elle qui disloque la graisse.

Dès lors, lorsque le brevet indique que l'espace entre la canule et le boîtier doit être "suffisamment dimensionné de façon à permettre au composant de vibration de provoquer la dislocation de la graisse", il n'apporte pas d'élément nouveau mais ne fait que répéter que le dimensionnement de l'espace doit être conçu pour ne pas empêcher la vibration, parce que c'est la vibration qui disloque la graisse».

Par conséquent, aucune matière n'a été ajoutée à la demande.

C'est d'ailleurs en ce sens que se sont, in fine, prononcées les juridictions allemandes dans la procédure initiée par le Docteur (tout en réservant à statuer sur les griefs d'absence



de nouveauté, d'absence d'activité inventive ou d'obscurité dont notre cour ne peut plus être saisie à raison de l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de 2009).

L'arrêt du 20 décembre 2016 de la Bundesgerichtshof précise à cet égard:

«28. 2. Contrairement à ce qu'a jugé la Cour fédérale des brevets, l'exemple de réalisation de la demande initiale montre également la relation existant entre l'agencement de la canule d'aspiration par rapport au boîtier et l'effet qui doit être provoqué par le composant de vibration lors de la lipo-aspiration selon la caractéristique 3.1 (1.9.1.) du brevet en cause.

29. Egalement en conformité avec le fascicule du brevet en cause (col.6, l.26-29), il est écrit (p. 9, l. 1-3) que l'espace libre 18 entre la canule et le boîtier formant une poignée, illustré dans la figure 4 en tant que large trou de passage, est prévu pour «permettre le mouvement de nutation». Pour l'homme de métier, il ressort directement et clairement du contexte global de l'exemple de réalisation que l'espace présenté contribue à ce que le mouvement de la canule provoqué par l'organe d'entraînement (caractéristique 1.2.2. (14)) se répande sans être freiné par le boîtier, de façon à ce que le composant de vibration du mouvement de nutation (caractéristique 2.1. (1.7)), essentiel pour la dislocation de la graisse, survienne également à l'extrémité libre de la canule, en plus du composant de translation. Il est ainsi divulgué que le rôle de l'espace pour garantir la fonction du composant de vibration selon l'invention est d'éviter toute atténuation des vibrations par le boîtier. Toutefois, comme cela a été indiqué, la signification technique de la caractéristique 3.1. (1.9.1.) se résume à cela.»

La Cour poursuit:

«35. c) Enfin, il n'est pas non plus possible d'adhérer à la contestation de la part des parties demanderesse selon laquelle l'espace suivant la caractéristique 3 (1.9) combinée à la revendication 3.1. (1.9.1.) n'est pas divulgué de manière réalisable. Sur base de l'amplitude de vibration qui est proposée et qui doit être obtenue dans le brevet en cause, il suffit – en fonction de la liaison spécifique de la canule avec l'organe d'entraînement agencé concrètement dans le boîtier) de procéder à de simples calculs trigonométriques afin de déterminer l'espace grâce à la longueur de la canule et à la forme du piston, de sorte que le boîtier n'atténue aucunement la vibration et n'altère donc pas l'effet voulu mais permette au composant de vibration de disloquer la graisse. »

Adoptant ces motifs, la cour estime que le grief d'ajout de matière n'est pas justifié concernant le point 1.9.1.

L'appel principal est non fondé sur ce point.

B.2. La contrefaçon du brevet – appel principal.

Les sociétés Novag demandaient qu'il soit dit pour droit qu'elles ne se sont pas rendues coupables de contrefaçon du brevet.

Compte tenu de ce qui vient d'être jugé ci-avant, ce moyen n'est pas fondé.



C. L'appel incident et demande nouvelle: le dommage moral et les frais de conseil technique de Monsieur

C.1. Le dommage moral

1. Monsieur estime que c'est à tort que les premiers juges ont refusé d'indemniser son dommage moral. Il le chiffre de manière forfaitaire à la somme de 75.000 EUR et le justifie par l'accumulation des procédures, constitutive d'un abus dans le chef des sociétés Nouvag, lui ayant causé un dommage moral particulier.

Les sociétés Nouvag rappellent que c'est le docteur qui a pris l'initiative des procédures alors qu'aucun appareil Vacuson n'a jamais été vendu en Belgique et que c'est lui-même qui a mis en mouvement une procédure pour exécuter les astreintes et réclamer des montants exorbitants.

2. Une procédure peut revêtir un caractère vexatoire non seulement lorsqu'une partie est animée de l'intention de nuire à une autre mais aussi lorsqu'elle exerce 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 (V. Cass., 31 octobre 2003, JT 2004, p 135, note J-F VAN DROOGHENBROECK, «L'abus procédural : une étape décisive»).

3. Or, comme l'ont relevé à très bon droit les premiers juges, l'argumentation de Nouvag n'est pas déraisonnable, ni sur le plan de la procédure puisque son argumentation au sujet de l'autorité de la chose jugée est partiellement accueillie, ni sur le fond puisque, même si le moyen relatif à l'ajout de matière est finalement rejeté, il n'est pas invoqué sans la moindre pertinence et que les autres moyens sur le fond, s'ils avaient été recevables, ne paraissent pas dénués de toute raison.

Il résulte de ces considérations que la défense de leurs droits par les sociétés Nouvag ne recèle aucun abus ou témérité.

Aucun élément ne permet en outre de juger que les procédures en cours affecteraient Monsieur au point de justifier un dommage tel qu'il le réclame, et ce d'autant qu'il est lui-même à l'origine de la plupart d'entre elles.

L'appel incident n'est dès lors pas fondé.

C.2. Les frais d'assistance technique – appel principal et demande nouvelle.

1. Les sociétés Nouvag considèrent que c'est à tort que des frais d'assistance techniques ont été alloués par les premiers juges, car Monsieur ne démontre pas que ces frais ont été effectivement consentis dans le cadre du présent procès. En effet, les arguments techniques ont déjà été examinés par Monsieur et ses conseils techniques dans le cadre de la procédure allemande. Le lien causal n'est pas établi.

Monsieur estime à l'inverse que ces frais se justifiaient dans la procédure belge, d'autant plus que l'argument de généralisation intermédiaire a été soulevé pour la première



fois en appel, et que les frais consentis sont tout à fait raisonnables. Il forme une demande nouvelle pour obtenir le paiement de ses frais d'assistance technique dans le cadre de la procédure d'appel.

2. Selon la CJUE, l'article 14 la directive 2004/48 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des règles nationales ne prévoyant le remboursement des frais d'un conseil technique qu'en cas de faute commise par la partie qui succombe, dès lors que ces frais sont directement et étroitement liés à une action judiciaire visant à assurer le respect d'un droit de propriété intellectuelle (C.J.U.E. 28 juillet 2016, C-57/15, EU:C:2016:611).

Il en résulte que le remboursement des frais d'un conseil technique qui sont directement et étroitement liés à une action judiciaire visant à assurer le respect d'un droit de propriété intellectuelle doivent être remboursés intégralement.

3. En l'espèce, le dossier de pièces de Monsieur est complet et il comprend des factures relatives aux avis qui ont été fournis par ses conseils techniques, le bureau Gevers et la SPRL Koala, à chaque stade de la procédure (citation – examen des conclusions – requête d'appel). Le libellé détaillé de toutes les factures permet de vérifier ces prestations qui ne peuvent être mises en doute a priori.

Le lien direct et étroit entre ces frais de conseils techniques et l'action en cours est démontré. Le jugement dont appel doit dès lors être confirmé en ce qu'il a condamné les sociétés Nouvag aux frais de conseil technique pour un montant de 13.892,31 EUR.

4. Pour les mêmes motifs, la cour fait également droit à la demande nouvelle et condamne les sociétés Nouvag aux frais et conseil techniques consentis par Monsieur pour l'aider dans le cadre de l'appel. Ils s'élèvent à la somme de 2.299 EUR.

D. Les autres demandes nouvelles.

1. Monsieur demandait qu'il soit ordonné à Nouvag de cesser toute opposition à une procédure d'exécution menée en Suisse. Il ne revient plus sur cette demande nouvelle dans ses dernières conclusions de synthèse.

2. Monsieur demande la libération de la somme de 25.254,20 EUR, correspondant aux frais de conseil technique, cantonnée par Nouvag en exécution du jugement dont appel.

Le jugement dont appel étant confirmé en ce qui concerne les frais de conseil technique, cette libération est de droit et la demande nouvelle est sans objet.

4. Les dépens – appel incident – demande nouvelle.

1. Compte tenu de l'arrêt rendu le 28 juillet par la C.J.U.E. dans l'affaire United Video Propertis (C-57/15, EU:C:2016:611), Monsieur forme appel incident et demande la condamnation des parties Nouvag à une somme de 12.000 EUR à titre provisionnel pour l'instance et de réserver à statuer au surplus. Il forme également la même demande à titre provisionnel pour les dépens d'appel.

2. L'arrêt évoqué décide que «L'article 14 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen



et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit que la partie qui succombe est condamnée à supporter les frais de justice encourus par la partie ayant obtenu gain de cause, qui offre au juge chargé de prononcer cette condamnation la possibilité de tenir compte des caractéristiques spécifiques de l'affaire dont il est saisi et qui comporte un système de tarifs forfaitaires en matière de remboursement de frais pour l'assistance d'un avocat, à condition que ces tarifs assurent que les frais à supporter par la partie qui succombe soient raisonnables, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier. Toutefois, l'article 14 de cette directive s'oppose à une réglementation nationale prévoyant des tarifs forfaitaires qui, en raison des montants maxima trop peu élevés qu'ils comportent, n'assurent pas que, à tout le moins, une partie significative et appropriée des frais raisonnables encourus par la partie ayant obtenu gain de cause soit supportée par la partie qui succombe. ».

3. Il conviendra donc que les parties s'expliquent sur les indemnités de procédure telles que fixées en Belgique et vérifient si, dans les litiges de propriété intellectuelle, elles permettent de couvrir une partie significative et appropriée des frais raisonnables encourus. Dans cette attente, la cour réserve à statuer sur tous les dépens d'instance et 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 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire,

Dit les appels principal et incidents et les demandes nouvelles recevables;

Dit les appels principal et une partie de l'appel incident non fondés;

Confirme le jugement dont appel, dans toutes ses dispositions entreprises sauf quant aux dépens ;

Dit la demande nouvelle relative aux frais de conseil technique fondée;

Par conséquent, condamne in solidum les sociétés Nouvag à payer à Monsieur la somme de 2.299 EUR, augmentée des intérêts compensatoires au taux légal à partir de l'échéance de la facture 25/2016 du 22 juillet 2016 jusqu'à complet paiement;

Dit la demande nouvelle relative à la libération des sommes cantonnées suite au jugement dont appel sans objet.



Réserve à statuer sur les dépens d'instance et d'appel et renvoie la cause au rôle particulier.

Ainsi jugé par la cour d'appel de Mons, première chambre, où siégeaient : Monsieur Jean MATAGNE, président, Madame Catherine KNOOPS, conseiller, Madame Bénédicte INGHELS, conseiller, et prononcé en audience publique civile du TROIS AVRIL DEUX MILLE DIX-SEPT par Monsieur le président Jean MATAGNE avec l'assistance du greffier Cathy PAGE.

PAGE INGHELS MATAGNE KNOOPS

