

COUR D'APPEL DE PARIS
ARRÊT DU 27 OCTOBRE 2010

Pôle 5 - Chambre 1

(n°, 20 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **09/08135**

Décision déferée à la Cour : Jugement du 25 Mars 2009 -Tribunal de Grande Instance de PARIS – RG n°07/13504

APPELANTES

La société JOHNSON & JOHNSON MEDICAL LIMITED

société de droit anglais

agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux

ayant son siège

Po Box 1988

Simpson Parkway Linvingston, West Lothian EH54 OAB

Ecosse (ROYAUME UNI)

La société JOHNSON & JOHNSON VISION CARE INC

société de droit américain

agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux

ayant son siège

[...],

Jacksonville FL-32256

Floride (Etats-Unis)

dont les domiciles sont élus en l'étude de la SCP ROBLIN - CHAIX DE LAVARENE, avoués à la Cour

assistées de Me Grégoire D S, avocat au barreau de Paris,

toque W03

La société ETHICON

agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux

ayant son siège

[...]

92130 ISSY LES MOULINEAUX

représentée par la SCP ROBLIN - CHAIX DE LAVARENE, avoués à la Cour

assistée de Me Grégoire D, avocat au barreau de Paris,

toque W03

INTIMÉE

La société NOVARTIS AG

société de droit suisse

Prise en la personne de son représentant légal

ayant son siège

Lichtstrasse 35

CH 4056 BALE (SUISSE)

représentée par la SCP FISSELIER - CHILOUX - BOULAY, avoués à la Cour

assistée de Me Pierre V et de Me Isabelle R, avocats au barreau de Paris, toque P24

plaidant pour V & ASSOCIÉS

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 29 Juin 2010, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur Didier PIMOULLE, Président
Madame Brigitte CHOKRON, Conseillère
Madame Anne-Marie GABER, Conseillère
qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Melle Aurélie G

ARRÊT : - contradictoire

- rendu par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par Monsieur Didier PIMOULLE, président et par Mademoiselle Aurélie G, greffière à laquelle la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire.

LA COUR.

Vu l'appel relevé par la société de droit britannique Johnson & Johnson médical ltd, la s.a.s. ethicon et la société de droit américain Johnson & Johnson vision care inc du jugement du tribunal de grande instance de Paris (3ème chambre, 3^{ème} section, n° de RG : 07/13504), rendu le 25 mars 2009 ;

Vu les dernières conclusions des appelantes et de la société de droit irlandais Johnson & Johnson vision care (Ireland) ltd, appelée en intervention forcée (22 juin 2010) ;

Vu les dernières conclusions (30 avril 2010) de la société de droit suisse Novartis ag, intimée et incidemment appelante ;

Vu l'ordonnance de clôture prononcée le 22 juin 2010 ;

SUR QUOI.

Considérant que la société Novartis, titulaire du brevet européen EP A 0 819 258 BI portant sur « des lentilles ophtalmiques qui peuvent être portées pendant une longue durée », ayant constaté que la société Johnson & Johnson vision care inc commercialisait notamment en France, par l'intermédiaire de ses filiales européennes la société britannique Johnson & Johnson médical ltd et la société française ethicon, des lentilles ophtalmiques dénommées « *Acuvue oasys with hydraclear plus* » dont elle estimait qu'elles reproduisaient les caractéristiques protégées par la revendication 1 de son brevet, a fait effectuer le 19 septembre 2007 un constat d'huissier sur les sites internet www.acuvue.com et www.proacuvue.fr, procéder le 21 septembre 2007 à une saisie-contrefaçon au siège de la société ethicon puis a assigné les sociétés Johnson & Johnson vision care inc, Johnson & Johnson médical ltd et ethicon en contrefaçon du brevet européen n° 0 819 258 ;

Que le tribunal, par le jugement dont appel, assorti de l'exécution provisoire, a, outre diverses dispositions de procédure :

- dit que la revendication 1 du brevet européen n° 0 819 258 ne pouvait bénéficier des dates de priorité de la demande européenne EP 95810221 déposée le 4 avril 1995 ni de la demande suisse CH 149695 déposée le 19 mai 1995,
- débouté les sociétés Johnson & Johnson vision care inc, Johnson & Johnson médical ltd et ethicon de leur demande en nullité de la partie française du brevet européen n° 0 819 258,
- débouté la société Novartis ag de ses demandes formées contre la société Johnson & Johnson vision care inc,
- dit que les sociétés Johnson & Johnson médical ltd et ethicon, en commercialisant en France les lentilles ophtalmiques « *Acuvue oasys with hydraclear plus* », ont commis des actes de contrefaçon de la revendication 1 de la partie française du brevet européen n° 0 819 258 au préjudice de la société Novartis ag,
- Interdit sous astreinte à ces mêmes sociétés de poursuivre ces agissements,
- ordonné la confiscation des lentilles ophtalmiques contrefaisantes,
- ordonné une expertise sur le montant des dommages-intérêts et condamné *in solidum* les sociétés Johnson & Johnson médical ltd et ethicon à payer à la société Novartis ag une indemnité provisionnelle de 1.000.000 d'euros,
- débouté les sociétés Johnson & Johnson vision care inc, Johnson & Johnson médical ltd et ethicon de leur demande reconventionnelle pour procédure abusive,
- ordonné la publication du jugement aux frais des sociétés Johnson & Johnson médical ltd et ethicon ;

1. Sur la procédure :

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson médical ltd, ethicon, Johnson & Johnson vision care inc et la société Johnson & Johnson vision care ltd, ci-après désignées collectivement les appelantes ou les sociétés Johnson & Johnson, demandent le rejet des débats des dernières conclusions de la société Novartis au motif que celles-ci contiennent de « substantiels nouveaux développements » auxquels elles prétendent se trouver dans l'impossibilité matérielle de répondre ;

Mais considérant que les conclusions de la société Novartis du 16 juin 2010 avaient pour objet de répondre à celles signifiées par les appelantes le 25 mai 2010 ; que les sociétés Johnson & Johnson ne prétendent pas que les écritures qu'elles veulent ainsi voir écarter des débats contiendraient des moyens nouveaux ou des demandes nouvelles ; que celles-ci présentent seulement de plus amples développements de l'argumentation de l'intimée, lesquels ne modifient pas les termes du débat et n'emportent aucune atteinte au contradictoire ; qu'il n'y a donc pas lieu de les écarter ;

Considérant que, conformément à leur demande, les appelantes ont été autorisées à faire parvenir à la cour, par note en délibéré, leurs observations éventuelles sur les traductions françaises de certaines pièces en langue étrangère versées au débat par

la société Novartis ; que leur demande subsidiaire de rejet de ces pièces est donc devenue sans objet ;

2. Sur la recevabilité de l'assignation en intervention forcée de la société Johnson & Johnson vision care (Ireland) Ltd :

Considérant, aux termes des articles 554 et 555 du code de procédure civile, que les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance et qui n'y ont pas figuré en une autre qualité peuvent être appelées devant la cour, même aux fins de condamnation, quand l'évolution du litige implique leur mise en cause ;

Considérant que la société Johnson & Johnson vision care (Ireland) Ltd n'était présente à aucun titre devant le tribunal ; que, selon les appelantes, Novartis, qui savait depuis le procès-verbal de contrefaçon du 21 septembre 2007 qu'une partie des lentilles saisies avaient été fabriquées en Irlande, ne peut invoquer aucune circonstance révélée postérieurement au jugement qui, modifiant les données du litige, justifierait l'assignation en intervention forcée devant la cour de la société irlandaise au mépris du droit de celle-ci à bénéficier d'un double degré de juridiction ;

Mais considérant que la seule connaissance du fait que les sociétés Johnson & Johnson disposaient de sites de fabrication en Floride et en Irlande, alors que, selon les explications du directeur stratégie et vente de la société ethicon, les lentilles provenant de ces deux sites étaient d'abord stockées à Londres avant d'être livrées notamment aux clients français, ne pouvait conduire la société Novartis à supposer que la société irlandaise facturait directement les lentilles livrées en France à la société ethicon ; que cette circonstance, qui, mettant en évidence la participation de la société Johnson & Johnson vision care (Ireland) Ltd à la vente en France des lentilles arguées de contrefaçon, n'a été découverte qu'à l'occasion des opérations d'expertise menées en exécution du jugement qui ont mis au jour toute la complexité du circuit de commercialisation ; que cette révélation a modifié les données du litige en faisant apparaître un nouvel acteur des faits de contrefaçon allégués et justifie l'appel en intervention forcée de la société Johnson & Johnson vision care (Ireland) Ltd en cause d'appel ; que le moyen d'irrecevabilité de cet appel et des demandes formées contre cette société sera rejeté ;

3. Sur l'effet du brevet européen 0 819 258 en France :

Considérant qu'il n'est pas contesté que sont applicables en l'espèce les dispositions de l'article L.614-17 du code de la propriété intellectuelle dans leur version antérieure à la loi du 29 octobre 2007, lesquelles faisaient obligation au titulaire d'un brevet européen non rédigé en français, sauf à priver celui-ci d'effet en France, d'en déposer une traduction à l'INPI ;

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson persistent à soutenir que la société Novartis n'aurait pas satisfait à cette obligation dès lors que la traduction déposée ne serait pas fidèle au texte original en anglais en ce que celui-ci, s'agissant de la caractéristique F de la revendication 1, qui indique :

« *said polymeric material being formed from polymerizable materials comprising :*

(a) *at least one oxyperm polymerizable material, as defined in section I of the specification, (F1), and*

(b) *at least one ionoperm polymerizable material, as defined in section I. of the specification (F2) »* ne serait pas exactement traduit par :

« ladite matière polymère étant formée de matières polymérisables comprenant :

(a) au moins une matière polymérisable perméable à l'oxygène, comme défini à la section 1 de la description, et

(b) au moins une matière polymérisable perméable aux ions, comme défini à la section 1 de la description, »

Mais considérant que, selon la version anglaise de la description, les termes « *oxyperm polymerizable materials* » et « *ionoperm polymerizable materials* » sont définis respectivement comme « *capable of polymerizing to form a polymer having a high oxygen permeability* » et « *capable of polymerizing to form a polymer having a high ion permeability* » ; que les appelantes persistent à cultiver le sophisme en soutenant que la traduction de *oxyperm* par « perméable à l'oxygène » et de *ionoperm* par « perméable aux ions » serait équivalente à une absence de traduction de nature à priver le brevet d'effet en France ;

Considérant que c'est au contraire par des motifs pertinents que la cour adopte que le tribunal, loin de reconnaître une erreur de traduction comme l'insinuent les appelantes, a, tout au contraire, exactement retenu que cette traduction, en remplaçant des néologismes par une périphrase ayant exactement le même sens, n'était pas de nature à modifier la portée du brevet ; que le jugement sera en conséquence confirmé en ce qu'il a rejeté le moyen d'inopposabilité en France du brevet faute de traduction ;

4. Sur la validité et la portée du brevet européen 0 819 258 :

Considérant, aux termes de l'article L.614-12 du code de la propriété intellectuelle, que « la nullité du brevet européen est prononcée en ce qui concerne la France pour l'un quelconque des motifs visés à l'article 138, paragraphe 1, de la convention de Munich » ;

Que l'article 138, paragraphe 1 de la convention de Munich du 5 octobre 1973 sur le brevet européen dispose que le brevet européen ne peut être déclaré nul, avec effet pour un État contractant, que si :

a) l'objet du brevet n'est pas brevetable aux termes des articles 52 à 57 ;

b) le brevet européen n'expose pas l'invention de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter ;

Que, selon l'article 52, paragraphe 1, de la convention de Munich, « les brevets européens sont délivrés pour toute invention dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle » ;

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson demandent à la cour d'annuler la revendication 1 de la partie française du brevet européen 0 819 258 pour insuffisance de description, défaut de nouveauté, et, à titre subsidiaire, défaut d'activité inventive ;

Que la revendication ainsi attaquée se présente comme suit :

« Une lentille ophtalmique ayant des surfaces interne et externe ophtalmiquement compatibles, où ladite lentille ophtalmique est choisie parmi le groupe comprenant les lentilles de contact pour la correction de la vision, les lentilles de contact pour la modification de la couleur de l'oeil, les dispositifs ophtalmiques de libération de médicaments et les dispositifs de pansements ophtalmiques, ladite lentille étant appropriée pour un port en continu pendant des périodes prolongées, un contact intime avec le tissu oculaire et les liquides oculaires, ladite lentille comprenant une matière polymère qui a une perméabilité à l'oxygène élevée et une perméabilité élevée aux ions, ladite matière polymère étant formée de matières polymérisables comprenant (F) :

(a) au moins une matière polymérisable perméable à l'oxygène, comme défini à la section 1 de la description, et

(b) au moins une matière polymérisable perméable aux ions, comme défini à la section 1 de la description,

où ladite lentille permet la pénétration de l'oxygène en une quantité suffisante pour maintenir la santé de la cornée et le confort du porteur pendant une période de contact prolongée continue avec le tissu oculaire et les liquides oculaires, et

où ladite lentille permet la pénétration des ions ou de l'eau en une quantité suffisante pour permettre à la lentille de se déplacer sur l'il pour que la santé de la cornée ne soit pas substantiellement touchée et pour que le confort du porteur soit acceptable pendant une période de contact prolongée continue avec le tissu oculaire et les liquides oculaires,

où ladite lentille ophtalmique a une transmissibilité de l'oxygène comme défini à la section 1 de la description d'au moins 70 barrers/mm et une perméabilité aux ions caractérisée par (1) un coefficient de perméabilité aux ions ionoton supérieur à environ $0,2 \times 10^{-6}$ cm²/sec, ou (2) un coefficient de diffusion ionoflux supérieur à environ $1,5 \times 10^{-6}$ mm²/min, où lesdits coefficients sont mesurés en rapport avec les ions sodium, et selon les techniques de mesures décrites respectivement dans les sections II.F.1 et II.F.2 de la description. » ;

4.1. Sur l'insuffisance de la description :

Considérant que les parties s'accordent sur la pertinence, dans le présent litige, du principe selon lequel, pour être déclarée suffisante au sens de l'article 138, paragraphe 1, b, de la convention de Munich, la description doit permettre à l'homme du métier de mettre en 'uvre l'invention dans toute sa portée sans difficultés excessives ; qu'elles ne critiquent pas la définition de l'homme du métier telle qu'elle figure dans le jugement, soit une équipe constituée d'un chimiste des polymères

ayant pour objectif de développer des matériaux appropriés, d'un physicien en charge de déterminer les propriétés physiques des lentilles et d'un ophtalmologiste spécialisé dans les lentilles de contact ;

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson font valoir que l'homme du métier tel que précédemment défini :

- ne trouve dans la description aucune indication lui permettant de fabriquer une lentille dans un autre matériau que les matériaux A, B, C et D décrits dans le brevet, de sorte que la revendication 1, qui ne comporte aucune restriction quant au matériau, a une portée excessive au regard de la description ;
- ne peut s'appuyer sur les valeurs de perméabilité aux ions indiquées dans la revendication 1, ces valeurs, excessivement faibles et éloignées des seuils réellement requis pour que la lentille réponde au critère de mobilité sur l'oeil, conférant à la revendication une portée trop large englobant des objets ne répondant pas au résultat recherché,
- ne peut tirer aucun enseignement de la collection d'exemples figurant dans la description et ne peut, dès lors, à défaut d'instruction suffisante, obtenir une lentille satisfaisante sans se livrer à un très grand nombre de tests empiriques constituant un véritable programme de recherches et, par leur quantité, une difficulté excessive, la revendication 1 présentant à cet égard un caractère spéculatif puisqu'elle indique seulement les résultats souhaitables et formule des hypothèses pour y parvenir mais ne donne en réalité aucun moyen sûr d'atteindre l'objectif annoncé,
- ne dispose d'aucune information lui permettant de mesurer de manière fiable, cohérente et reproductible, la transmissibilité de l'oxygène et le coefficient ionoton ;

4.1.1. Sur les matériaux :

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson font valoir que, hormis les seuls exemples des matériaux A, B, C, et D cités dans la description, le brevet ne donne pas à l'homme du métier la moindre idée des propriétés intrinsèques de chacun des matériaux ionoperm et oxyperm, de leur compatibilité l'un avec l'autre et des quantités dans lesquelles ils doivent être associés, des éventuels produits complémentaires à apporter, des conditions de réticulation, de la nécessité éventuelle d'un traitement de surface et, le cas échéant, du traitement de surface le mieux approprié en fonction des matériaux choisis ; que la réponse à cette suite de questions nécessite un véritable programme de recherches ;

Mais considérant que la description comporte, respectivement aux paragraphes 37 et 38 et au paragraphe 41, des explications générales sur les matériaux oxyperm et ionoperm ; que l'homme du métier, chimiste des polymères, n'ignore pas les propriétés générales qui doivent se rencontrer dans un matériau utilisable pour la fabrication d'une lentille de contact et se trouve capable de fabriquer de nouveaux matériaux en partant de matériaux connus ou de ceux des familles A, B, C et D modifiés ; que le brevet enseigne (paragraphe 42) que, pour parvenir au juste équilibre des caractéristiques de perméabilité aux ions et de transmissibilité de l'oxygène requises pour obtenir une lentille telle que revendiquée, il convient d'utiliser de 60 à 85%, et de préférence 70 à 82 % en poids, de matériaux oxyperm et 15 à

40%, et de préférence 18 à 30 % en poids, de matériaux ionoperm par rapport au poids total du matériau polymérisable ; que le même homme du métier maîtrise le mécanisme de polymérisation et sait par conséquent choisir les agents de réticulation ; que le traitement de surface, s'il peut être nécessaire dans certains cas avec certains matériaux, ne l'est pas généralement, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de le mentionner dans la revendication 1, et que, en toute hypothèse, plusieurs méthodes de traitement sont présentées dans la description ;

Considérant qu'il en résulte que la revendication 1 ne pêche pas par excès de généralité en ne se limitant pas aux matériaux des familles A, B, C et D visés dans la description ;

4.1.2. Sur les valeurs de perméabilité aux ions :

Considérant que le paramètre de perméabilité aux ions, qui doit être d'une valeur telle qu'il assure une mobilité convenable de la lentille sur l'œil, se mesure, selon le brevet, au moyen des coefficients ionoflux et ionoton ; que, dans la description (paragraphe 396), « une lentille de contact a de préférence un coefficient de perméabilité aux ions ionoton supérieur à environ $0,008 \times 10^{-3}$ cm²/sec et plus particulièrement supérieur à environ $0,25 \times 10^{-3}$ cm²/sec », tandis que la revendication 1 indique que cette valeur doit être supérieure à environ $0,2 \times 10^{-6}$ cm²/sec; que les sociétés Johnson & Johnson voient dans la disparité de ces valeurs une contradiction, au moins une incohérence plus forte encore si on rapproche ces données de la valeur retenue pour le coefficient ionoflux, supposée exprimer le même paramètre dans une unité équivalente, mais fixée pourtant à $1,5 \times 10^{-6}$ mm²/min ; que les appelantes font valoir que ces valeurs retenues dans la revendication ont été fixées à un niveau excessivement faible à dessein d'en étendre la portée bien au delà de celle de l'invention pour exclure le maximum de concurrents potentiels ;

Mais considérant que les lentilles visées dans la revendication sont de toute façon caractérisées par « la pénétration des ions ou de l'eau en une quantité suffisante pour permettre à la lentille de se déplacer sur l'œil » ; que la précision ajoutée selon laquelle, en deçà d'une certaine valeur du paramètre exprimant la perméabilité aux ions, cette caractéristique n'est jamais assurée, n'est pas de nature à vicier la portée de la revendication ; que la contradiction dénoncée par les appelantes n'est pas avérée puisque les valeurs indiquées dans la description sont en toute hypothèse supérieures à celles données comme limite inférieure dans la revendication ; que le moyen n'est donc pas fondé ;

4.1.3. Sur les exemples :

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson font valoir que la description ne permet pas à l'homme du métier de discerner, parmi la longue mais inutile série d'exemples donnés, ceux qui assurent la mise en oeuvre effective de la revendication 1 et ne l'aide en rien à s'éloigner de ces exemples ou à chercher des améliorations et que, en toute hypothèse, l'évaluation des exemples est d'une difficulté excessive par la somme considérable de tests et notamment d'essais cliniques qu'elle suppose ;

Mais considérant que, si en effet quelques exemples parmi ceux donnés dans la description concernent des lentilles non ophtalmiquement compatibles quoiqu'elles

remplissent la double condition requise de transmissibilité de l'oxygène et de perméabilité aux ions, la démonstration n'est pas pour autant apportée que l'homme du métier, constatant l'imperfection d'une lentille, ne trouverait pas dans la description le moyen d'y remédier ; que les exemples fournis, les valeurs données et les explications relatives au traitement de surface complémentaire éventuellement nécessaire sont autant d'indications qui éclairent l'homme du métier sur les corrections à apporter pour parvenir au résultat cherché ; que les tests ou essais tendant à vérifier que les lentilles produites possèdent les qualités nécessaires pour être portées durablement s'imposent en toute hypothèse et doivent être regardées comme partie du processus de fabrication ; que la société Novartis observe à juste titre qu'il s'agit d'opérations de routine qui ne présentent pas, même s'ils doivent être effectués en nombre, le caractère de difficulté excessive révélateur d'une insuffisance de la description ;

4.1.4. Sur la mesure du paramètre de transmissibilité de l'oxygène :

Considérant que les appelantes persistent à soutenir que la description serait insuffisante dès lors que l'appareil DK 1000 et ses accessoires nécessaires à la mesure de la transmissibilité de l'oxygène ne seraient plus disponibles et que la méthode de mesure serait-elle même insuffisamment expliquée ;

Mais considérant que les sociétés Johnson & Johnson ne contestent pas que l'appareil DK 1000 utilisé pour mesurer le coefficient Dk de transmissibilité de l'oxygène était disponible à la date du dépôt de la demande de brevet ; qu'elles ne peuvent, sans se contredire, alléguer que ce type de machine ne serait plus disponible alors qu'elles en possèdent une, qu'elles admettent que la société Novartis en détient trois autres et qu'une autre encore se trouve à l'Université de Louisiane ; que, d'ailleurs, la société Novartis verse au débat des documents et attestations établissant, d'une part, l'existence d'autres appareils DK 1000 notamment à l'École de médecine de La Nouvelle Orléans, d'autre part, que le fabricant serait prêt à relancer la production si nécessaire ; qu'en outre, le brevet prévoit la possibilité d'utiliser des machines analogues, tel que, selon la société Novartis, l'appareil 'ox-tran-100 a' dont les appelantes ne contestent ni la disponibilité, ni son équivalence avec le DK 1000 ; qu'enfin, la société Novartis n'est pas sérieusement contredite lorsqu'elle affirme que l'homme du métier ne rencontrerait pas de difficulté excessive, s'il en éprouvait le besoin, à fabriquer ou faire fabriquer un appareil analogue au DK 1000 dont le fonctionnement repose sur des lois chimiques connues depuis plus d'un siècle ; que, de même, les sociétés Johnson & Johnson, qui ne précisent pas en quoi consistent exactement les capteurs à oxygène dont elles dénoncent l'indisponibilité, s'abstiennent de démentir les explications de la société Novartis selon lesquelles ces capteurs sont un ensemble aisément réalisable composé de deux électrodes, l'une en nickel-cadmium, l'autre en graphite, et un bain électrolytique d'hydroxyde de potassium ;

Considérant que, si le brevet évoque l'existence d'une méthode de mesure de la transmissibilité de l'oxygène dite sèche, il n'en recommande nullement l'application et ne laisse pas de doute à l'homme du métier en ne décrivant que la mise en oeuvre de la méthode humide ; que, les sociétés Johnson & Johnson ne contredisent pas l'intimée qui explique que l'homme du métier ne pourrait un seul instant envisager la méthode sèche qu'il sait incompatible avec la teneur en eau des lentilles à tester et leur vulnérabilité à la dessiccation ;

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson soutiennent à tort que le brevet décrirait deux méthodes de mesure humide contradictoires, ce qui plongerait l'homme du métier dans la perplexité ; que les paragraphes 94 et 334 de la description, le premier faisant allusion à un flux gazeux maintenu à une humidité relative d'environ 100 %, le second indiquant que ce flux gazeux est envoyé à travers une couche d'eau de 2 cm recouvrant la lentille à examiner ne comportent aucune contradiction, la présence de la couche d'eau n'excluant pas le degré d'humidité du flux gazeux ;

Considérant, s'agissant de la vitesse de rotation, que les premiers juges ont exactement et suffisamment relevé que, d'après la description du brevet, la transmissibilité de l'oxygène de la lentille de l'invention est mesurée avec l'instrument DK 1000 qui permet de commander la vitesse du moteur d'agitation et que le manuel de cet instrument fait référence à une vitesse de rotation appropriée de 600 tours par minute ; qu'il n'existe donc aucune raison d'imaginer que l'homme du métier qui, comme l'explique la société Novartis sans être démentie, sait qu'une agitation trop faible serait insuffisante pour assurer une bonne répartition des bulles de gaz dans l'eau de la cellule supérieure de l'appareil, tandis qu'une agitation trop forte augmenterait la pression exercée dans la cellule supérieure du DK 1000 et fausserait le calcul de la transmissibilité de l'oxygène de la lentille, demeure dans l'embarras quant au réglage de la vitesse de rotation qui lui est précisément recommandée par le mode d'emploi de l'appareil qu'il utilise ;

Considérant que l'insuffisance de la description n'est pas davantage établie en ce qu'elle ne mentionnerait pas le paramètre de l'épaisseur de la lentille (t), dès lors que cette valeur, ainsi que l'explique la société Novartis sans être contredite sur ce point, n'est utile que pour apprécier la perméabilité à l'oxygène (Dk), alors que le brevet donne une méthode pour calculer directement le coefficient recherché de transmissibilité de l'oxygène (Dk/t) en divisant le flux d'oxygène qui traverse la lentille par la pression partielle de l'oxygène dans le courant d'air ;

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson n'établissent pas en quoi l'absence, dans la description, de toute indication relative à une compensation de la dérive de la machine caractériserait une insuffisance ; qu'elle ne démontrent pas davantage la pertinence de leurs critiques relatives à la procédure d'étalonnage de l'appareil suggérée, au paragraphe 334 de la description, consistant à procéder par comparaison de la mesure effectuée avec des données déjà connues ;

4.1.5. Sur le paramètre de perméabilité aux ions :

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson font enfin valoir que les formules pour le coefficient ionoton telles que présentées aux paragraphes 70 et 71 de la description seraient contradictoires et erronées ;

Considérant que la société Novartis reconnaît que la seconde formule comporte une erreur manifeste en ce qu'elle aboutit à définir le temps en fonction du temps, et explique, sans rencontrer de contradiction, que cette erreur est tellement grossière que sa détection relève des connaissances mathématiques élémentaires de tout scientifique, voire d'un lycéen de classe scientifique ; que le fait que l'expert des sociétés Johnson & Johnson ait décelé lui-même cette faute ne suffit pas à démontrer qu'elle serait de nature à induire en erreur l'homme du métier alors que

celui-ci possède par hypothèse les rudiments scientifiques de base lui permettant de la rectifier de lui-même ;

Considérant, en synthèse, que le jugement sera confirmé en ce qu'il a rejeté le moyen de nullité de la revendication 1 du brevet fondé sur une prétendue insuffisance de la description qui empêcherait l'homme du métier de reproduire l'invention dans toute sa portée et sans difficulté excessive ;

4.2. Sur la nouveauté :

Considérant que l'article 54 de la convention de Munich dispose :

« 1. Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique.

2. L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date du dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen.» ;

Considérant que les appelantes, qui entendent démontrer que le brevet européen 0 819 258 en cause n'est pas nouveau, ne contestent pas que, pour être destructrice de nouveauté, une antériorité doit être certaine, c'est à dire exclusive de quelque doute que ce soit quant à son existence et son contenu, suffisante, c'est à dire comportant en elle-même toutes les informations nécessaires à l'homme du métier pour comprendre et reproduire l'invention revendiquée sans difficulté excessive et à partir de la divulgation telle qu'elle existe, et de toutes pièces, c'est à dire qu'elle doit divulguer tous les moyens de l'invention, dans la même forme, le même agencement et le même fonctionnement en vue du même résultat technique ;

Qu'elles ne prétendent pas que les antériorités qu'elles invoquent répondraient à ces critères parce qu'elles divulgueraient explicitement et dans les conditions précédemment rappelées les enseignements du brevet litigieux, mais soutiennent que les brevets antérieurs auxquels elles se réfèrent, parce que la mise en oeuvre de la technique qu'ils comportent aboutirait nécessairement à la fabrication de lentilles conformes aux caractéristiques de la revendication 1 du brevet européen 0 819 258, et conduiraient ainsi au même résultat technique, quoiqu'ils ne se réfèrent pas explicitement à une combinaison particulière des facteurs de transmissibilité de l'oxygène et de perméabilité aux ions, anéantissent néanmoins la nouveauté de cette revendication parce qu'ils en divulguent implicitement le contenu en permettant sûrement la fabrication de lentilles présentant les caractéristiques revendiquées ;

4.2.1. Sur les revendications de priorité :

Considérant que l'état de la technique auquel il convient de se référer pour apprécier la nouveauté d'une invention est celui qui était contemporain de la demande de brevet dont la priorité a été valablement revendiquée lors du dépôt de la demande du brevet contesté ;

Considérant que l'article 88, paragraphe 2, de la convention de Munich prévoit que des priorités multiples peuvent être revendiquées ;

Considérant que la demande de brevet qui a abouti à la délivrance du brevet litigieux a été déposée le 22 mars 1996, avec revendication de priorités suivantes :

- la demande de brevet européen n°95 810 221 du 4 avril 1995,
- la demande de brevet suisse n° 1496/95 du 19 mai 1995,
- la demande de brevet américain n°08/569816 du 8 décembre 1995,

Considérant que les parties admettent le principe selon lequel une demande ultérieure ne peut valablement revendiquer la priorité d'une demande antérieure que dans la mesure où l'invention revendiquée dans la demande ultérieure est la même invention que celle qui a été décrite dans la demande antérieure, ce qui est le cas seulement si l'homme du métier, en faisant appel à ses connaissances générales, peut déduire directement et sans ambiguïté l'objet de l'invention revendiquée de la demande antérieure ;

Considérant que le tribunal, par des motifs exacts, suffisants et pertinents que la cour fait siens, a relevé que les demandes de brevet européen du 4 avril 1995 et suisse du 19 mai 1995, qui décrivent des classes de matériaux polymères pour lentilles, ne divulguent pas, même implicitement, les valeurs spécifiques de la combinaison des paramètres de transmissibilité de l'oxygène et de perméabilité aux ions prédicteurs de la capacité de la lentille à se déplacer sur l'oeil et jugé en conséquence ajuste titre que la revendication 1 du brevet européen 0 819 258 ne pouvait bénéficier des priorités revendiquées relativement à ces demandes et que, dès lors, l'état de la technique devait être apprécié à la date du 8 décembre 1995, date de la dernière priorité dont la revendication n'est pas contestée ;

Considérant qu'il y donc lieu d'examiner la pertinence des antériorités prétendument destructrices de la nouveauté du brevet litigieux invoquées par les sociétés Johnson & Johnson, à savoir :

- la demande de brevet wo-a-96 31791 Hôpken,
- la demande de brevet wo-a-96 36890 Domschke,
- la demande de brevet us-a-5 260 000 Nandu,
- la demande de brevet wo-a-93 09154 Lai/Valint I,
- la demande de brevet wo-a-91 04283 Chang,
- la demande de brevet wo-a-93 05085 Lai/Valint II,
- la demande de brevet us-a-4 260 725 Keogh,

4.2.2. Sur le défaut de nouveauté par rapport aux demandes de brevet Hôpken et Domschke :

Considérant que la société Novartis ne conteste pas que, les demandes de brevet Hôpken et Domschke ne pouvant être prises en compte au titre de priorités valablement revendiquées, elles peuvent lui être opposées au titre de la nouveauté comme faisant partie de l'état de la technique au sens de l'article 54 de la convention de Munich, mais seulement pour le contenu figurant dans ces documents ;

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson exposent que les matériaux décrits dans les demandes de brevet Hôpken et Domschke correspondent respectivement aux matériaux B et C visés dans le brevet contesté ; que certains des exemples mentionnés dans ces demandes trouvent leur correspondant exact dans certains des exemples du brevet européen 0 819 258, de sorte que les lentilles fabriquées selon ces exemples, quoique les deux demandes de brevet Hôpken et Domschke n'en

fassent aucune mention, possèdent nécessairement les caractéristiques de transmissibilité de l'oxygène et de perméabilité aux ions décrites dans la revendication 1. du brevet querellé et sont ainsi implicitement divulguées comme par ce brevet lui même ;

Mais considérant qu'il résulte des éléments du débat que les lentilles obtenues en mettant en oeuvre les exemples invoqués par les sociétés Johnson & Johnson tirés des demandes de brevets Hôpken et Domschke ne peuvent pas être présumées à la fois mobiles sur l'oeil et aptes à un port prolongé, donc conformes à toutes les caractéristiques de la revendication 1, parce qu'elles ne subissent pas les traitements de surface décrits dans la quasi-totalité des exemples des lentilles réalisées avec un matériau de la famille B (Hôpken) ou C (Domschke) ;

Que, d'ailleurs, dans une attestation versée au débat par les sociétés Johnson & Johnson, le Dr N, inventeur du brevet attaqué, indique qu'à son avis : « aucun des exemples des documents Hôpken et Domschke n'est susceptible de satisfaire à toutes les exigences de la revendication 1 du brevet européen 0 819 258. Les exemples divulgués dans les documents Hôpken et Domschke sont des matériaux de lentilles de contacts spécialement conçus dans le cadre du programme SEE3 pour être modifiés par un procédé de traitement de surface. En l'absence de l'application d'un des nouveaux procédés de traitement de surface décrits dans le brevet européen 0 819 258, il est peu probable que l'un quelconque des exemples des documents Hôpken et Domschke réponde à toutes les exigences de la revendication 1 du brevet européen 0 819 258 » ;

Considérant que c'est donc ajuste titre que le tribunal, ayant relevé que les demandes de brevet Hôpken et Domschke ne divulguaient ni explicitement ni implicitement le rôle des paramètres de transmissibilité de l'oxygène et de perméabilité aux ions, spécialement dans la prédiction de l'aptitude des lentilles à se déplacer sur l'oeil, ne pouvaient en conséquence être regardées comme des antériorités de toutes pièces ;

4.2.3. Sur le défaut de nouveauté par rapport à la demande de brevet US A 5 260 000 Nandu :

Considérant que le brevet Nandu décrit la préparation de lentilles de contact à partir d'hydrogels silicones et s'attache à résoudre la difficulté, rencontrée au stade de l'usinage de la lentille, provenant de ce que les matériaux de type silicone, ainsi que l'indique la traduction française de ce brevet, « ont tendance à être plus mous et plus caoutchouteux que les hydrogels préparés seulement à partir des monomères usuels, en particulier lorsqu'ils sont coulés avec un diluant » ; que la solution enseignée consiste, d'après la même traduction, à verser le mélange monomère (comprenant un monomère contenant du silicone, un monomère hydrophile et un diluant organique dans un moule dans lequel il sera durci, puis à enlever le diluant organique de l'article moulé pour améliorer son aptitude à être usiné, puis à l'usiner ;

Considérant ainsi que ce brevet ne se préoccupe pas d'obtenir des lentilles appropriées pour un port en continu pendant des périodes prolongées, ne comporte aucune précision sur la transmissibilité de l'oxygène et la perméabilité aux ions et ne mentionne pas l'aptitude de la lentille à se déplacer sur l'oeil que permet la pénétration des ions ou de l'eau en une quantité suffisante ;

Que les sociétés Johnson & Johnson font valoir que ce brevet est cependant destructeur de la nouveauté du brevet en litige dans la mesure où il comporterait une divulgation implicite en faisant valoir que la mise en oeuvre de l'exemple 1 du brevet Nandu aboutirait inévitablement à une lentille de contact présentant toutes les caractéristiques de la revendication n°1 du brevet européen 0 819 258 ;

Considérant que les sociétés appelantes admettent toutefois que la reproduction fidèle de l'exemple 1 du brevet Nandu ne permet d'obtenir qu'un corps mou qui ne peut pas même être qualifié de lentille de contact, mais estiment que ce défaut résulte d'une erreur minime du brevet quant aux conditions de réticulation, laquelle peut être immédiatement identifiée et corrigée par l'homme du métier pour que, après correction, les lentilles produites soient conformes à la revendication 1 du brevet en cause ; qu'elles se réfèrent à quatre exemples de mise en application du brevet Nandu qui, après divers types de corrections apportées aux conditions de réticulation erronées prévues par le brevet Nandu, soit en allongeant la durée de l'exposition du matériau au rayonnement ultraviolet, soit en augmentant l'intensité de ce rayonnement, ont toutes abouti à des lentilles conformes à la revendication 1 du brevet européen 0 819 258 ;

Mais considérant que l'examen des résultats des exemples mis en avant par les sociétés Johnson & Johnson révèle que les caractéristiques des lentilles obtenues ne sont pas les mêmes selon la méthode employée pour corriger l'erreur du brevet Nandu ; que ces quatre exemples n'autorisent donc aucune généralisation et n'apportent nulle certitude quant à savoir si, quelle que soit le type de correction apportée par l'homme du métier, il obtiendrait nécessairement et inévitablement une lentille conforme à la revendication 1. du brevet contesté ; que la divulgation implicite alléguée n'est donc pas démontrée, d'où il suit que c'est à juste titre que le tribunal a rejeté la destruction de nouveauté du brevet attaqué par le brevet Nandu ;

4.2.4. Sur le défaut de nouveauté par rapport à la demande de brevet WO-A-93 09154 Lai/Valint I :

Considérant que la demande de brevet Lai/Valint I porte sur une méthode d'amélioration de la mouillabilité des compositions d'hydrogels contenant du silicone, utiles notamment pour la production de dispositifs biomédicaux, notamment de lentilles de contact et décrit des lentilles en hydrogel silicone fabriquées à partir d'un monomère contenant du vinyle, un monomère acrylique et un monomère contenant du silicone, les hydrogels divulgués étant spécifiquement destinés à la fabrication de lentilles de contact ; que les sociétés Johnson & Johnson exposent que le composé IDS3H de l'exemple 4 de ce document satisfait à la formule générale du matériau préféré A du brevet européen 0 819 258 et que les lentilles reproduites par le Dr V avec le matériau correspondant à cet exemple remplissent les conditions requises par le brevet en cause, soit une transmissibilité de l'oxygène en tout cas supérieure à 70 barrers/mm et une perméabilité aux ions mesurée par le coefficient ionoflux supérieure à $1,5 \times 10^{-6}$ mm²/min, divulguent ainsi implicitement ces caractéristiques et détruisent la nouveauté du brevet contesté ;

Mais considérant qu'il ressort des éléments du débat que, en l'absence d'indication de la demande de brevet Lai/Valint I sur la manière de préparer le macromère IDS3H, le Dr V s'est livré, pendant plus de deux ans, à de nombreux essais à partir de divers ingrédients et a essuyé de nombreux échecs avant de parvenir à produire

une proportion élevée de lentilles exemptes de défaut ; que de tels travaux, contrairement à ce que soutiennent les appelantes, dépassent le travail de routine de l'homme du métier ; que la mise en oeuvre de l'exemple 4 du brevet Lai/Valint I impose ainsi de nombreux choix de combinaisons d'ingrédients, dont certains peuvent sans doute conduire à un résultat conforme à la revendication 1 du brevet querellé, mais dont un grand nombre n'y satisfont pas, de sorte que l'affirmation d'une divulgation implicite par l'obtention d'un résultat inévitable n'est pas fondée, non plus que l'allégation de la destruction de nouveauté rejetée ajuste titre par le tribunal ;

4.2.5. Sur le défaut de nouveauté par rapport à la demande de brevet WO-A-91 04283 Chang :

Considérant, selon les sociétés appelantes, que la demande de brevet Chang concerne des lentilles de contact souples, perméables aux gaz, composées du produit de la polymérisation de compositions contenant un monomère siloxane vinylique polymérisable et un monomère hydrophile, et présentant sur la surface de la lentille un rapport entre les monomères acrylique hydroxyles et les unités silicones suffisant pour fournir une lentille présentant un Dk élevé, une souplesse, une élasticité au rebond ainsi qu'une performance clinique de haute qualité les rendant adaptées à un port en continu prolongé ;

Que les sociétés Johnson & Johnson exposent que l'exemple 3 de ce document décrit une lentille réalisée à partir d'un polymère formé par une matière oxyperm et une matière perméable aux ions ionoperm telles que définies dans la revendication 1 du brevet européen 0 819 258 et font valoir que, comme pour le brevet Lai/Valint I précédemment examiné, le Dr V, à partir de cet exemple 3 de la demande de brevet Chang, est parvenu à fabriquer des lentilles présentant un coefficient de perméabilité aux ions ionoflux supérieur à la valeur de seuil revendiquée dans le brevet contesté et que les résultats des différents tests démontrent que les reconstructions des lentilles du document Chang présentent une transmissibilité de l'oxygène de 77.4 barrers/mm ainsi qu'un coefficient ionoflux de perméabilité aux ions de $2,6 \times 10^{-3}$ mm²/min, ont passé avec succès les tests de port prolongé et remplissent aussi tous les critères de la revendication 1 du brevet européen 0 819 258 ;

Mais considérant qu'il ressort des éléments du débat que le Dr V a réalisé 24 lots de la lentille de l'exemple 3 du brevet Chang, dans différentes épaisseurs entre décembre 2005 et mars 2008 ; que la transmissibilité de l'oxygène mesurée sur les mêmes lentilles que celles que le Dr V a fabriquées sur la base de l'exemple 3 Chang a montré des valeurs bien inférieures à celle de 70 barrers/mm énoncée par la revendication 1 du brevet attaqué ; que, dans ces conditions, il ne peut être retenu que les deux reconstructions dont se prévalent les sociétés Johnson & Johnson suffiraient à démontrer le caractère inévitable du résultat obtenu, et donc la divulgation implicite alléguée, encore écartée à juste titre par le tribunal ;

4.2.6. Sur le défaut de nouveauté par rapport à la demande de brevet WO-A-93 05085 Lai/Valint II :

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson exposent que l'exemple 1 du document Lai/Valint II porte sur un mélange, susceptible d'être réticulé par rayonnement ultraviolet, qui consiste entre autres en 35 parts de TRIS, matière

polymérisable oxyperm au sens de la revendication 1 du brevet européen 0 819 258, d'un prépolymère uréthane et de 30 parts de NNDMA, tous deux étant des matières polymérisables ionoperm au sens de la revendication 1 du brevet européen 0 819 258 ; que l'exemple 10 explique la façon dont les lentilles ont été réalisées ; qu'une évaluation clinique a conduit à des résultats positifs dans l'exemple 11 et que les lentilles selon l'exemple 1 et 10 du document Lai/Valint II ont été réalisées par le Dr V puis soumises à des tests qui ont montré qu'elles présentaient une transmissibilité de l'oxygène supérieure à la valeur de seuil de 70 barrers/mm et remplissaient aussi le critère de perméabilité aux ions de la revendication 1 du brevet en cause ;

Mais considérant qu'il est établi par le rapport du Dr M du 29 janvier 2007 (pièce 32 en anglais et 32 bis pour la traduction française selon bordereau des pièces communiquées par la société Novartis), dans ses paragraphes 283 à 326, que le Dr V ne s'en est pas tenu à reproduire fidèlement les exemples 1, 10 et 11 des brevets Lai Valint II ; que les sociétés Johnson & Johnson, qui se bornent sur ce point à s'emparer d'une erreur de plume du tribunal sur la date du rapport invoqué par la société Novartis, ne contestent pas sérieusement les objections de fond qui en résultent ; que, comme dans les cas précédents, c'est à juste titre que le tribunal, ayant exactement relevé que le Dr V n'avait pas répété les modes opératoires spécifiquement enseignés dans le brevet antérieur invoqué pour créer la lentille qui présenterait tous les paramètres de l'invention critiquée, mais qu'il avait utilisé des enseignements tirés d'autres inventions, a retenu que la demande de brevet Lai Valint II ne saurait en conséquence être considérée comme une antériorité de toutes pièces ;

4.2.7. Sur le défaut de nouveauté par rapport à la demande de brevet US-A-4 260 725 Keogh :

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson exposent que la demande de brevet Keogh décrit des lentilles réalisées en une matière polymère formée de monomères siloxane, qui est une matière polymérisable oxyperm, et de comonomères hydrophiles - matière polymérisable ionoperm - et que les exemples V et VI divulguent une lentille ainsi formée qui a été portée pendant vingt-quatre heures par un singe sans traumatisme ; que la matière de cette lentille présente une perméabilité aux ions (en réalité une transmissibilité de l'oxygène) de 67 barrers/mm qui, en tenant compte de l'épaisseur de la lentille, apparaît supérieure à 70 barrers/mm ; que le document Keogh indique en outre que la lentille se déplace sur l'oeil de sorte qu'elle doit présenter une haute perméabilité à l'eau et une haute perméabilité aux ions, supérieures aux valeurs de seuil des dernières caractéristiques de la revendication 1 du brevet contesté ;

Mais considérant que le brevet Keogh ne porte pas sur des lentilles de contact à port prolongé au sens du brevet en litige et ne mentionne ni la perméabilité de la lentille aux ions ou à l'eau, mais s'intéresse seulement à des caractéristiques différentes, une surface hydrophile et le pouvoir d'absorption de l'eau ;

Que, par ailleurs, la justesse de l'estimation de la transmissibilité de l'oxygène suggérée par les appelantes après correction pour tenir compte de l'épaisseur de la lentille n'est pas établie et que la circonstance qu'un singe ait pu porter pendant vingt-quatre heures une telle lentille sans subir de lésion ne suffit pas à démontrer

que celle-ci présente une perméabilité aux ions telle que revendiquée par le brevet européen 0 819 258, caractéristique qui n'est ainsi ni explicitement ni implicitement divulguée par la demande de brevet invoquée, laquelle n'est donc pas destructrice de la nouveauté du brevet critiqué ;

4.3. Sur l'activité inventive :

Considérant que l'article 56 de la convention de Munich dispose qu'« une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour l'homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique », étant observé que, pour l'appréciation de l'activité inventive, les demandes de brevet européen déposées avant le dépôt du brevet en cause mais non publiées ne sont pas prises en compte ;

Considérant qu'il a été précédemment indiqué que les parties ne critiquent pas la définition de l'homme du métier telle qu'elle figure dans le jugement, soit une équipe constituée d'un chimiste des polymères ayant pour objectif de développer des matériaux appropriés, d'un physicien en charge de déterminer les propriétés physiques des lentilles et d'un ophtalmologiste spécialisé dans les lentilles de contact ;

Considérant que les sociétés Johnson & Johnson soutiennent que l'homme du métier ainsi défini est en mesure de construire des lentilles à partir de l'ensemble des exemples trouvés dans les documents précédemment étudiés au titre de la nouveauté (notamment les documents Nandu, Lai/Valint I et II, Chang, et Keogh), que la simple observation que certaines des lentilles ainsi reproduites présentent les paramètres de transmissibilité à l'oxygène et de perméabilité aux ions entrant dans le champ de la revendication 1 du brevet européen 0 819 258 n'est pas en soi brevetable et que, si certaines lentilles produites ne présentent pas ces mêmes caractéristiques, les choix entre celles-ci et les autres relèvent d'essais ou d'expériences de routine et n'impliquent en tout cas aucune activité inventive ;

Que les sociétés appelantes ajoutent que le fait que des lentilles de contact présentent nécessairement une certaine combinaison de transmissibilité à l'oxygène et de perméabilité aux ions fait partie des connaissances générales de l'homme du métier et se trouve dans le brevet Sokolyuk, lequel enseigne en outre des valeurs spécifiques pour transmissibilité de l'oxygène et la perméabilité aux ions, de sorte que, en toute hypothèse, la définition de tels paramètres n'est pas en soi brevetable surtout lorsque, comme en l'espèce, selon les sociétés Johnson & Johnson, les valeurs proposées pour ces paramètres sont telles qu'elles ne semblent même pas assurer que les lentilles présentent effectivement les propriétés requises ;

4.3.1. Sur l'activité inventive au regard de la demande de brevet Nandu :

Considérant que le brevet Nandu concerne un procédé permettant d'obtenir un matériau mieux adapté à l'usinage, tandis que le brevet en litige divulgue comment obtenir une lentille apte au port prolongé avec une certaine combinaison de matériau présentant des caractéristiques spécifiques de transmissibilité de l'oxygène et de perméabilité aux ions ;

Que les sociétés appelantes n'expliquent pas en quoi l'homme du métier pourrait chercher, encore moins trouver avec évidence dans ce document la combinaison de

matériaux oxyperm et ionperm et les caractéristiques que devrait présenter celle-ci pour permettre la fabrication de lentilles aptes au port prolongé ophtalmiquement compatibles ;

4.3.2. Sur l'activité inventive au regard de la demande de brevet Keogh :

Considérant qu'il a déjà été indiqué que le brevet Keogh ne porte pas sur des lentilles de contact à port prolongé au sens du brevet en litige et ne mentionne ni la perméabilité de la lentille aux ions ou à l'eau, mais s'intéresse seulement à des caractéristiques différentes, une surface hydrophile et le pouvoir d'absorption de l'eau ;

Que l'homme du métier ne peut donc être enclin de manière évidente de chercher dans ce document les éléments constitutifs de la revendication 1 du brevet contesté ;

4.3.3 Sur l'activité inventive au regard de la demande de brevet Chang :

Considérant qu'il a été précédemment exposé que la demande de brevet Chang ne mentionne ni la transmissibilité de l'oxygène, ni le critère de la perméabilité aux ions, ni celui de la mobilité sur l'oeil ; qu'il a déjà été dit que rien ne permet d'affirmer que l'une quelconque des lentilles décrites dans le document Chang, aurait une transmissibilité de l'oxygène et un coefficient ionoton ou ionoflux entrant dans les plages de valeurs indiquées dans le brevet querellé ; que ce document, qui ne donne comme caractéristiques pertinentes que la mouillabilité, la teneur en eau ou la perméabilité à l'oxygène, n'offre à l'homme du métier aucun indice relatif à la perméabilité aux ions ;

4.3.4. Sur l'activité inventive au regard de la demande de brevet Sokolyuk :

Considérant que la demande de brevet Sokolyuk concerne, non pas des hydrogènes silicone comme ceux auxquels se réfère le brevet européen 0 819 258, mais des matériaux de type hydrogel avec lesquels ne se pose pas le problème spécifique de la mobilité sur l'oeil ;

Que, contrairement à ce que soutiennent les sociétés appelantes, cette différence n'est pas négligeable dès lors qu'elle doit dissuader l'homme du métier de se référer au document Sokolyuk puisque celui-ci enseigne d'améliorer les performances des lentilles en augmentant leur teneur en eau, laquelle peut être portée jusqu'à 90 ou 95% de leur poids, alors qu'une telle solution, appliquée aux matériaux spécifiquement décrits dans le brevet attaqué, irait à l'encontre du résultat recherché en diminuant la transmissibilité de l'oxygène ;

Considérant, au surplus, que les sociétés Johnson & Johnson ne prouvent pas la justesse des mesures et de la démonstration qu'elles proposent pour affirmer que les caractéristiques de transmissibilité de l'oxygène et de perméabilité aux ions des lentilles fabriquées selon le brevet Sokolyuk seraient équivalentes à celles des lentilles produites selon le brevet en litige ;

4.3.5. Sur l'activité inventive au regard des différentes combinaisons tirées de l'état de la technique :

Considérant qu'il ressort des explications des appelantes que celles-ci entretiennent une confusion entre, d'une part, les propriétés d'une valeur donnée de la perméabilité aux ions qui, combinée avec un certain taux de transmissibilité de l'oxygène pour un certain type de matériau, sont l'objet de l'invention, avec des notions telles que la perméabilité à l'eau ou la teneur en eau ; que ces approximations sont à l'origine de fausses interprétations des articles scientifiques invoqués à l'appui de leur thèse ;

Considérant, en définitive, qu'il ne résulte nullement de l'examen des pièces du débat, éclairé par les explications des parties, que l'homme du métier, par ses connaissances générales comprenant les enseignements contenus dans les diverses demandes de brevet et articles scientifiques allégués, aurait évidemment songé à la corrélation entre perméabilité aux ions et mobilité sur l'oeil dont il n'avait jamais été question avant le brevet européen 0 819 258 ;

Considérant que le tribunal a donc rejeté à juste titre le moyen de nullité tiré d'un prétendu défaut d'activité inventive ;

Que le jugement entrepris sera, en synthèse confirmé en ce qu'il a rejeté l'ensemble des moyens de nullité invoqués à rencontre du brevet européen 0 819 258 ;

5. Sur la matérialité de la contrefaçon :

Considérant que le jugement rapporte exactement les circonstances des opérations de l'huissier qui ont abouti à la saisie de trois colis comprenant respectivement 56, 60 et 57 boîtes de lentilles de contact de marque « *Acuvue oasys with Hydraclear plus* » ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que les lentilles saisies sont des lentilles pour la correction de la vision, présentent des surfaces interne et externe ophtalmiquement compatibles, autorisent le port continu pendant des périodes prolongées, sont formées d'un matériau polymère formé à partir de matériaux polymérisables comprenant au moins un matériau polymérisable perméable à l'oxygène et un matériau polymérisable perméable aux ions, permettent la pénétration de l'oxygène en une quantité suffisante pour maintenir la santé de la cornée et le confort du porteur, autorisent la pénétration des ions ou de l'eau en quantité suffisante pour permettre le déplacement sur l'oeil et présentent une perméabilité aux ions caractérisée par un coefficient ionoton supérieur à environ $0,2 \times 10^{-6}$ cm²/seconde, ou bien par un coefficient ionoflux supérieur à environ $1,5 \times 10^{-6}$ mm²/min ; que ces lentilles présentent ainsi la totalité des caractéristiques revendiquées dans le brevet européen 0 819 258 sauf une, la transmissibilité de l'oxygène supérieure à 70 barrers/mm, qui est discutée ;

Considérant que les sociétés appelantes font valoir à ce sujet que les mesures de ce paramètre sur les lentilles arguées de contrefaçon ont été effectuées à l'aide d'un appareil DK 1000 non fiable en raison de la fragilité de ses capteurs, sont incohérentes parce qu'elles présentent une dispersion considérable et parce qu'elles ne tiennent pas compte de l'épaisseur de la lentille, ne permettent pas une comparaison acceptable parce que la vitesse d'agitation de l'appareil n'est pas décrite, présentent un défaut de méthode de calcul parce qu'elles ne prennent pas

en compte la non nullité de la mesure E0 et parce qu'elle ne tiennent pas compte d'une tension stabilisée mais d'une approximation par la méthode des deux tangentes, parce qu'il n'est pas établi que l'appareil de mesure ait été calibré avant usage, enfin parce que la méthode expérimentale est incorrecte en ce qu'elle mesure la transmissibilité de l'oxygène directement sans passer par l'étape intermédiaire de calcul de la perméabilité à l'oxygène ;

Mais considérant que la société Novartis démontre que ces critiques sont dépourvues de fondement ; que la fragilité des capteurs est une donnée connue de l'utilisateur de l'appareil qui veille à leur bon entretien ; que la dispersion des mesures est illustrée par un tableau qui mêle les résultats de mesures effectuées sur plusieurs catégories de lentilles et ne révèle aucune incohérence ; que la vitesse d'agitation est celle préconisée dans le mode d'emploi de l'appareil ; que ce même mode d'emploi ne préconise la mesure E0 préalable que lorsqu'il s'agit de mesurer la transmissibilité de l'oxygène de lentilles hydrogel pour lesquelles ce paramètre est relativement faible par rapport aux lentilles en hydrogel silicone, où la valeur élevée de ce paramètre rend cette précaution superflue ; que la méthode des deux tangentes est en toute hypothèse plus favorable aux sociétés Johnson & Johnson ; que l'opération de calibrage de l'appareil résulte d'une mesure des facteurs critiques sur des lentilles de références, enfin que la détermination de la transmissibilité de l'oxygène sans passer par l'étape intermédiaire du calcul de la perméabilité à l'oxygène, mais en divisant le flux d'oxygène par la pression partielle de l'oxygène est plus rigoureuse puisqu'elle élimine tout risque d'erreur lié à la mesure de l'épaisseur de la lentille ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les lentilles incriminées reproduisent la totalité des caractéristiques figurant dans la revendication 1 du brevet européen 0 819 258 ; que le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il a dit qu' en important et commercialisant des lentilles reproduisant la revendication 1 du brevet européen 0 819 258, les sociétés johnson & johnson médical ltd et ethicon ont commis des actes de contrefaçon de la partie française du dit brevet européen au préjudice de la société Novartis ;

Considérant que les demandes de la société Novartis dirigées contre la société johnson & johnson vision care (ireland) ne sont pas irrecevables ; que le bien fondé de ces demandes n'est pas contesté ; que celles-ci doivent en conséquence être accueillies ;

Considérant que le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il a dit qu'en important et commercialisant des lentilles reproduisant la revendication 1 du brevet 0 819 258, les sociétés johnson & johnson médical ltd et ethicon ont commis des actes de contrefaçon de la partie française du dit brevet européen au préjudice de la société Novartis, et complété pour tenir compte de la participation de la société johnson & johnson vision care (Ireland) à ces mêmes actes de contrefaçon ;

Considérant que le tribunal a écarté à juste titre, et par des motifs que la cour fait siens, les demandes de la société Novartis dirigée contre la société johnson & johnson vision care inc ; que le jugement sera encore confirmé sur ce point ;

6. Sur les mesures réparatrices :

Considérant que les premiers juges ont fait une juste appréciation du montant de la provision de 1 million d'euros allouée à la société Novartis ; qu'il n'y a pas lieu d'accueillir la demande de cette dernière d'élever le montant de cette provision à 3 millions d'euros ;

Que, l'ensemble des autres mesures réparatrices d'interdiction, de confiscation et de publication ne faisant en elles-mêmes l'objet d'aucune contestation, le jugement entrepris sera en conséquence entièrement confirmé ; sauf à ajouter que ces mesures s'appliquent en outre à la société Johnson & Johnson vision care (Ireland) ;

Qu'il sera toutefois complété, ainsi que le demande la société Novartis sans rencontrer d'opposition, pour dire que constitue une infraction distincte susceptible de donner lieu à application de l'astreinte prononcée par le tribunal, qui assortit l'interdiction de poursuivre les actes de contrefaçon, l'importation, l'offre à la vente, la mise dans le commerce et la détention aux fins précitées, en France, de chaque lentille ophtalmique contrefaisante ;

7. Sur la demande de dommages de dommages-intérêts pour procédure abusive :

Considérant qu'il résulte du sens de cet arrêt confirmatif que les appelantes ne sont pas fondées à solliciter la condamnation de l'intimée à leur payer des dommages-intérêts pour procédure abusive ; que cette demande sera rejetée ;

PAR CES MOTIFS :

CONFIRME le jugement entrepris en toutes ses dispositions,

Y AJOUTANT,

DÉCLARE RECEVABLES les demandes de la société Novartis dirigées contre la société johnson & johnson vision care (Ireland),

DIT qu'en important, offrant à la vente, mettant dans le commerce et détenant aux fins précitées, en France, les lentilles « *Acuvue Oasys with Hydraclear plus* » la société johnson & johnson vision care (Ireland) a commis des actes de contrefaçon de la revendication n°1 de la partie française du brevet européen n° 819 258 au préjudice de la société Novartis,

DIT que les mesures réparatrices d'interdiction de poursuivre les actes de contrefaçon, de confiscation aux fins de destruction prononcées par le tribunal telles que définies dans le dispositif du jugement s'appliquent à la société Johnson & Johnson vision care (Ireland),

DIT que constitue une infraction distincte susceptible de donner lieu à application de l'astreinte prononcée par le tribunal, qui assortit l'interdiction de poursuivre les actes de contrefaçon, l'importation, l'offre à la vente, la mise dans le commerce et la détention aux fins précitées, en France, de chaque lentille ophtalmique contrefaisante,

DÉBOUTE les sociétés appelantes de leurs demandes de dommages-intérêts pour procédure abusive,

CONDAMNE les sociétés Johnson & Johnson Médical, Johnson Vision Care (Ireland) et ethicon *in solidum* aux dépens d'appel qui pourront être recouverts conformément à l'article 699 du code de procédure civile et à payer à la société Novartis 300 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile.