

ENTSCHEIDUNGEN DER BESCHWERDEKAMMERN

**Entscheidung der Technischen
Beschwerdekammer 3.3.3
vom 15. Juli 1997
T 97/94 – 3.3.3*
(Übersetzung)**

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender: C. Gérardin
Mitglieder: B. ter Laan
J. A. Stephens-Ofner

Patentinhaber/Beschwerdeführer:
CECA S. A.

Einsprechender/Beschwerdegegner:
(01) Bayer AG
(02) Grace GmbH

Stichwort: Zeitplan für das
Verfahren/CECA

Artikel: 54, 114 (2), 117 (1) d) EPÜ

Regel: 71a (1), 72 (1), 72 (2) EPÜ

Schlagwort: "verspätete Benennung
von Zeugen – Antrag auf Verneh-
mung abgelehnt" – "offenkundige
Vorbenutzung (verneint) – unzurei-
chende Beweiskraft der beigebrach-
ten Beweismittel – keine lückenlose
Beweiskette"

Leitsätze

I. Gemäß der Entscheidung G 6/95 ist die Anwendung der Regel 71a (1) EPÜ durch die Beschwerdekammern zwar insofern fakultativ, als die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung ganz in das Ermessen der Kammer gestellt ist; für die Beteiligten hingegen ist sie verbindlich. Wenn also eine Beschwerdekammer an die Beteiligten eine Mitteilung nach Regel 71a (1) EPÜ ergehen läßt, so haben diese ihren Inhalt zu beachten, insbesondere was die Erwidernsfrist betrifft (Nr. 3.5.1).

*II. Wird in einem späten Verfahrens-
stadium der Vertreter gewechselt,
ohne daß hierfür höhere Gewalt
ursächlich ist, so hat der neue Vertre-
ter das Verfahren ab dem Stadium
fortzuführen, das es im Zeitpunkt der
Übernahme von seinem Vorgänger
erreicht hatte. Ein Beteiligter, in die-
sem Fall eine Beschwerdegegnerin/*

* Die Entscheidung ist hier nur auszugsweise abgedruckt. Eine Kopie der ungekürzten Entscheidung in der Verfahrenssprache ist bei der Informationsstelle des EPA München gegen Zahlung einer Fotokopiergebühr von 1,30 DEM pro Seite erhältlich.

DECISIONS OF THE BOARDS OF APPEAL

**Decision of Technical Board
of Appeal 3.3.3
dated 15 July 1997
T 97/94 – 3.3.3*
(Translation)**

Composition of the board:

Chairman: C. Gérardin
Members: B. ter Laan
J. A. Stephens-Ofner

Patent proprietor/appellant:
CECA S.A.

Opponent/respondent:
(01) Bayer AG
(02) Grace GmbH

Headword: Procedural timetable/
CECA

Article: 54, 114(2), 117(1)(d) EPC

Rule: 71a(1), 72(1), 72(2) EPC

Keyword: "Late designation of wit-
nesses – request for hearing refused"
– "Public prior use (no) – insufficient
probative value of evidence sub-
mitted – missing links in the chain of
evidence submitted"

Headnote

I. If, in accordance with decision G 6/95, Rule 71a(1) EPC is not binding on the boards of appeal in the sense that it gives them full scope in the preparation of oral proceedings, it is nevertheless binding on the parties. Thus, when a board of appeal decides to send the parties a communication under Rule 71a(1) EPC, the latter are obliged to comply with it, in particular as far as the final date for reply is concerned (reasons, 3.5.1).

II. If an attorney is replaced at a late stage in the proceedings for reasons other than force majeure, the new representative is obliged to continue the proceedings from the stage they had reached when he took over from his predecessor. This change may not be used by a party, in the present instance a respondent/opponent,

* This is an abridged version of the decision. A copy of the full text in the language of proceedings may be obtained from the EPO Information Office in Munich on payment of a photocopying fee of DEM 1.30 per page.

DECISIONS DES CHAMBRES DE RECOURS

**Décision de la Chambre de
recours technique 3.3.3,
en date du 15 juillet 1997
T 97/94 – 3.3.3*
(Langue de la procédure)**

Composition de la Chambre :

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

Titulaire du brevet/requérant :
CECA S.A.

Opposant/intimé :
(01) Bayer AG
(02) Grace GmbH

Référence : Calendrier de procédure/
CECA

Article : 54, 114(2), 117(1)d) CBE

Règle : 71bis(1), 72(1), 72(2) CBE

Mot-clé : "Dénonciation tardive de
témoins – demande d'audition refu-
sée" – "Utilisation antérieure acces-
sible au public (non) – force probante
insuffisante des moyens de preuve
invoqués – lacunes dans l'enchaîne-
ment des moyens de preuve invo-
qués"

Sommaire

I. Si, selon la décision G 6/95 la règle 71bis(1) CBE est pour les chambres de recours facultative dans son application en ce sens qu'elle laisse à celles-ci toute latitude pour la préparation de la procédure orale, elle demeure en revanche pour les parties contraignante dans son exécution. Ainsi, lorsqu'une chambre de recours décide d'adresser aux parties une notification au titre de la règle 71bis(1) CBE, celles-ci sont tenues d'en respecter la teneur, en particulier en ce qui concerne la date limite de réponse (point 3.5.1).

*II. En cas de changement de manda-
taire à un stade tardif de la procédure
ne résultant pas d'un cas de force
majeure, le nouveau représentant est
tenu de poursuivre la procédure en
l'état où elle se trouvait au moment
où il a assumé la succession de son
prédécesseur. En tout état de cause,
ce changement ne peut être l'occa-*

* Seul un extrait de la décision est publié. Une copie de la décision complète dans la langue de la procédure peut être obtenue auprès du Bureau d'information de l'OEB à Munich moyennant versement d'une taxe de photocopie de 1,30 DEM par page.

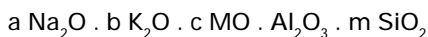
Einsprechende, darf diesen Wechsel keinesfalls zum Anlaß nehmen, eine neue, auf eine Zeugenvernehmung gestützte Verteidigungsstrategie anzuwenden, die angesichts der früheren Argumente und Anträge nicht vorhersehbar war (Nr. 3.5.3).

III. Wird der Einwand der offenkundigen Vorbenutzung erhoben, so muß ein gegenüber dem Abwägen der Wahrscheinlichkeit, auf das die Beschwerdekammern in der Regel ihre Überzeugung gründen, strengeres Kriterium angelegt werden, d. h., die Vorbenutzung muß praktisch mit absoluter Gewißheit oder, anders gesagt, zweifelsfrei stattgefunden haben (Nr. 5.1).

Sachverhalt und Anträge

I. Auf die am 18. September 1986 eingereichte europäische Patentanmeldung Nr. 86 402 042.5, für die die Priorität einer früheren Anmeldung in Frankreich (FR 8513951) vom 20. September 1985 in Anspruch genommen wurde, wurde am 3. Januar 1990 das europäische Patent Nr. 0 239 706 mit 6 Ansprüchen erteilt; die unabhängigen Ansprüche 1 und 4 lauten wie folgt:

"1. Verfahren zur Herstellung von Polyurethanen frei von gasförmigen Einschlüssen durch Mischen zweier Komponenten, die ohne wesentliche Veränderung der Reaktivität getrennt aufbewahrbar sind, wobei die das hydroxylierte Reagenz enthaltende Komponente ein Dehydratisierungsmittel enthält, das aus einem Zeolith besteht, dadurch gekennzeichnet, daß der Zeolith in seiner wasserfreien Form der allgemeinen Formel



entspricht, in der
b eine Zahl zwischen 0,1 und 0,5 ist,
c eine Zahl zwischen 0,1 und 0,5 ist;
in der a eine Zahl ist, so daß

$$a + b + c = 1 \text{ ergibt,}$$

in der m eine ganze Zahl zwischen 1,35 und 2,35 ist,
und in der M Calcium oder Magnesium darstellt."

"4. Lagerstabile Komponente für Polyurethane frei von gasförmigen Einschlüssen, bestehend aus wenigstens einem polyhydroxylierten organischen Reagenz und einem Zeolith, dadurch gekennzeichnet, daß der Zeolith in seiner wasserfreien Form der allgemeinen Formel:

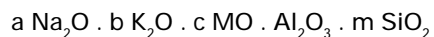
as an opportunity to adopt a new defence strategy based on a hearing of witnesses which was unforeseeable in the light of the arguments and requests previously submitted (reasons, 3.5.3).

III. Where public prior use is cited, the assessment of probability which normally underlies the boards' opinion must cede to a stricter criterion close to absolute conviction. In other words, there should be a degree of certainty which is beyond all reasonable doubt (reasons, 5.1).

Summary of facts and submissions

I. European patent application No. 86 402 042.5, filed on 18 September 1986 and claiming priority of 20 September 1985 by virtue of an earlier filing in France (FR 8513951), led on 3 January 1990 to the grant of European patent No. 0 239 706 on the basis of six claims, of which independent claims 1 and 4 read as follows:

"1. Method of preparation of polyurethanes free from gaseous inclusion, by mixing two components capable of being stored separately without major change in reactivity, the component including the hydroxylated reactant containing a dehydrating agent consisting of a zeolite, characterised in that the zeolite, in its anhydrous form, corresponds to the general formula:



where b is a number between 0.1 and 0.5,
c is a number between 0.1 and 0.5;
where a is a number such that

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

where m is a number between 1.35 and 2.35;
where M denotes calcium or magnesium."

"4. Storage-stable component, for polyurethanes free from gaseous inclusion, consisting of at least one polyhydroxylated organic reactant and a zeolite, characterised in that the zeolite, in its anhydrous form, corresponds to the general formula:

sion pour une partie, dans la présente affaire une intimée/opposante, de recourir à une nouvelle stratégie de défense basée sur une audition de témoins imprévisible au vu des arguments présentés et des requêtes formulées antérieurement (point 3.5.3).

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

Exposé des faits et conclusions

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

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



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

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

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

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

<p>a Na₂O . b K₂O . c MO . Al₂O₃ . m SiO₂ entspricht, in der b eine Zahl zwischen 0,1 und 0,5 ist, c eine Zahl zwischen 0,1 und 0,5 ist; in der a eine Zahl ist, so daß</p>	<p>a Na₂O . b K₂O . c MO . Al₂O₃ . m SiO₂ where b is a number between 0.1 and 0.5, c is a number between 0.1 and 0.5; where a is a number such that</p>	<p>a Na₂O . b K₂O . c MO . Al₂O₃ . m SiO₂ où b est un nombre compris entre 0,1 et 0,5, c est un nombre compris entre 0,1 et 0,5 ; où a est un nombre tel que l'on ait</p>
<p>a + b + c = 1 ergibt, in der m eine Zahl zwischen 1,35 und 2,35 ist, und in der M Calcium oder Magnesium darstellt."</p>	<p>a + b + c = 1; where m is a number between 1.35 and 2.35; where M denotes calcium or magnesium."</p>	<p>a + b + c = 1 ; où m est un nombre compris entre 1,35 et 2,35 ; où M représente le calcium ou le magnésium."</p>
<p>Die Ansprüche 2 und 3 sind abhängige Ansprüche und betreffen besondere Ausführungsarten des Verfahrens nach Anspruch 1.</p>	<p>Claims 2 and 3 are dependent claims relating to particular embodiments of the method according to claim 1.</p>	<p>Les revendications 2 et 3 sont des revendications dépendantes concernant des modalités de mise en oeuvre particulières de la méthode selon la revendication 1.</p>
<p>Die Ansprüche 5 und 6 sind abhängige Ansprüche und betreffen bevorzugte Bestandteile der Komponente für Polyurethane nach Anspruch 4.</p>	<p>Claims 5 and 6 are dependent claims relating to preferred components of the component for polyurethane according to claim 4.</p>	<p>Les revendications 5 et 6 sont des revendications dépendantes portant sur des composants préférés du composant pour polyuréthane selon la revendication 4.</p>
<p>II. Am 2. Oktober 1990 legten die Unternehmen Bayer (Einsprechende 1) und Grace (Einsprechende 2) Einspruch gegen das vorstehend genannte europäische Patent ein und beantragten, es aus den in Artikel 100 a) EPÜ genannten Gründen zu widerrufen.</p>	<p>II. On 2 October 1990, oppositions were filed by Bayer (opponent 1) and Grace (opponent 2) against the above-mentioned European patent, in which the patent's revocation was requested for the reasons given in Article 100(a) EPC.</p>	<p>II. Le 2 octobre 1990, deux oppositions ont été formées par les Sociétés Bayer (opposante 1) et Grace (opposante 2) à l'encontre du brevet européen précité, dans lesquelles la révocation du brevet était requise au titre des motifs énoncés à l'article 100a) CBE.</p>
<p>i) Die Einwände, die Erfindung sei wegen offenkundiger Vorbenutzung nicht neu und beruhe nicht auf erfinderischer Tätigkeit, stützten sich insbesondere auf die folgenden Druckschriften: ...</p>	<p>(i) The objections of lack of novelty, on the grounds of public prior use, and lack of an inventive step were based on the following documents in particular: ...</p>	<p>i) Les objections de défaut de nouveauté pour utilisation antérieure accessible au public et de défaut d'activité inventive s'appuyaient en particulier sur les documents suivants : ...</p>
<p>III. Mit einer am 7. Dezember 1993 zugestellten Entscheidung widerrief die Einspruchsabteilung das Patent mit der Begründung, daß der Gegenstand aller Ansprüche nicht neu sei.</p>	<p>III. By a decision notified on 7 December 1993, the opposition division revoked the patent on the grounds that the subject-matter of all the claims lacked novelty.</p>	<p>III. Par décision signifiée le 7 décembre 1993, la Division d'opposition a révoqué le brevet au motif que l'objet de toutes les revendications était dépourvu de nouveauté.</p>
<p>Sie hielt es für erwiesen, ...</p>	<p>It was considered as established ...</p>	<p>Il a été considéré comme établi ...</p>
<p>v) daß folglich die in dem Streitpatent beanspruchte Erfindung als vor dem Prioritätstag gemeinfrei zu gelten habe.</p>	<p>(v) that, as a consequence, the invention as claimed in the patent in suit must be considered as having been in the public domain before the date of priority.</p>	<p>v) que, par conséquent, l'invention telle que revendiquée dans le brevet en litige devait être considérée comme relevant du domaine public avant la date de priorité.</p>
<p>IV. Am 1. Februar 1994 legte die Beschwerdeführerin (Patentinhaberin) gegen diese Entscheidung unter Entrichtung der vorgeschriebenen Gebühr Beschwerde ein. Die Argumente, die in der am 21. März 1994 nachgereichten Beschwerdebegründung und in einer später eingegangenen Erwiderung entwickelt wurden,</p>	<p>IV. On 1 February 1994, the appellant (patent proprietor) lodged an appeal against this decision and paid the prescribed fee. The arguments submitted in the statement of grounds of appeal filed on 21 March 1994, and in a reply received later, emphasised the difference between the compositions described in the commercial</p>	<p>IV. Le 1^{er} février 1994, la requérante (titulaire du brevet) a formé un recours à l'encontre de cette décision en acquittant simultanément la taxe prescrite. Les arguments présentés dans le mémoire de recours déposé le 21 mars 1994 et dans un mémoire de réponse reçu ultérieurement mettaient l'accent sur la divergence</p>

konzentrierten sich auf den Unterschied zwischen den in den Firmenschriften und den in den Analyseberichten der Einsprechenden beschriebenen Stoffgemischen.

...

V. Die Beschwerdegegnerin 1 (Einsprechende 1) machte daraufhin in ihren Erwidern vom 2. August 1994 und 21. Februar 1995 folgendes geltend:

i) Das speziell als Dehydratisierungsmittel für Zweikomponentenpolyurethane entwickelte Produkt "Zeolith L", das dem Typ Na-K zugrunde liege, habe seit 1975 zusätzlich Ca-Ionen enthalten. Die Rezeptur dieses sowohl in Pulver- wie in Pastenform vertriebenen Produkts sei in der Zeit von 1975 bis 1986 nicht verändert worden. Aus den Dokumenten B1 bis B3 und den verschiedenen eidesstattlichen Erklärungen, die vor der ersten Instanz vorgelegt worden seien, gehe eindeutig hervor, daß auch bei der Änderung der Bezeichnung in "Baylith L" im Jahre 1980 die Rezeptur nicht geändert worden sei.

ii) Daß Calcium in den Dokumenten C1 bis C3 nicht erwähnt werde, lasse nicht den Schluß zu, daß dieser Bestandteil auch in dem Produkt selbst nicht enthalten sei. Es handle sich hier um anwendungstechnische Blätter für Anwender, die regelmäßig eher an den Eigenschaften und Einsatzgebieten des Materials als an dessen genauer Zusammensetzung interessiert seien. ...

VI. Am 13. Februar 1997 erging an die Beteiligten die Ladung zur mündlichen Verhandlung am 15. Juli 1997. In einem anschließenden Bescheid vom 18. März 1997 hatte die Kammer unter Bezugnahme auf die Entscheidung T 472/92 vom 20. November 1996 (nicht veröffentlicht) die Kriterien festgelegt, anhand deren sie beurteilen werde, ob der Einwand der Vorbenutzung begründet sei.

In Vorbereitung der mündlichen Verhandlung hatte die Kammer die Vertreter der einzelnen Beteiligten ausdrücklich aufgefordert, die Kammer und die übrigen Beteiligten mindestens einen Monat vor der Verhandlung entsprechend zu unterrichten, falls sie sich von anderen Personen begleiten oder unterstützen lassen wollten.

VII. Mit Schreiben vom 10. Juni 1997 teilte die Beschwerdeführerin die Identität ihrer beiden Vertreter mit. Auch die Beschwerdegegnerin 2, die die Beschwerdebegründung in der

brochures and the analysis reports produced by the opponents.

...

V. In its replies of 2 August 1994 and 21 February 1995, respondent 1 (opponent 1) asserted that:

(i) the "Zeolith L" product, specifically developed as a dehydrating agent for two-component polyurethane compositions, had originally been of the Na-K type, but from 1975 onwards had also contained calcium ions. The composition of this product, which had been on the market in the form of both a powder and a paste, had not changed between 1975 and 1986. Documents B1 to B3 and the various affidavits produced before the department of first instance clearly showed that the name "Baylith L", used from 1980 onwards, did not in fact relate to a new formulation,

(ii) the lack of any reference to calcium in documents C1 to C3 could not be interpreted as meaning that this element was not contained in the product itself. C1 to C3 were technical information leaflets destined for users traditionally more interested in the properties and fields of use of materials than in their precise nature, ...

VI. The summons to oral proceedings on 15 July 1997 was sent to the parties on 13 February 1997. It was followed by a communication dated 18 March 1997 in which the board defined the standards which it intended to apply when judging the validity of the objection concerning prior use, and referred to decision T 472/92 of 20 November 1996 (to be published in OJ EPO).

As for the organisation of the oral proceedings, the board explicitly invited the representatives of the various parties to inform the board and the other parties, at least one month in advance of the date of the proceedings, if they intended to be accompanied or assisted by other persons.

VII. In a letter of 10 June 1997, the appellant provided the names of its two representatives. Respondent 2, which had not responded in substance to the statement of grounds

entre les compositions annoncées dans les brochures commerciales et les rapports d'analyse produits par les opposantes.

...

V. Dans ses réponses du 2 août 1994 et 21 février 1995, l'intimée 1 (opposante 1) a fait valoir en riposte que :

i) le produit "Zeolith L" spécifiquement conçu comme charge à fonction déshydratante pour compositions de polyuréthanes à deux composants, qui était à l'origine du type Na-K, avait contenu en plus des ions Ca à partir de 1975. La composition de ce produit, qui avait été commercialisé aussi bien sous forme de poudre que de pâte, n'avait pas été modifiée entre 1975 et 1986. Les documents B1 à B3 et les diverses déclarations sous la foi du serment produites devant la première instance montraient clairement que l'appellation "Baylith L" utilisée à partir de 1980 ne correspondait pas en fait à une nouvelle formulation,

ii) l'absence de toute référence au calcium dans les documents C1 à C3 ne pouvait s'interpréter comme l'absence de cet élément dans le produit lui-même. Il s'agissait en l'espèce de fiches techniques destinées aux utilisateurs qui sont traditionnellement davantage intéressés par les propriétés et les domaines d'utilisation des matériaux que par la nature exacte de ceux-ci, ...

VI. La citation à la procédure orale qui devait avoir lieu le 15 juillet 1997 a été adressée aux parties le 13 février 1997. Elle a été suivie d'une notification en date du 18 mars 1997 dans laquelle la Chambre avait défini les critères qu'elle entendait utiliser pour juger du bien-fondé de l'objection d'utilisation antérieure en se référant à la décision T 472/92 du 20 novembre 1996 (doit être publiée au JO OEB).

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

VII. Par lettre du 10 juin 1997, la requérante a révélé l'identité de ses deux représentants. De même, l'intimée 2 qui n'avait pas répondu en substance au mémoire de recours

Sache nicht erwidert hatte (Schreiben vom 19. Juli 1994: Antrag auf Verlängerung der Erwidierungsfrist; Schreiben vom 6. Juni 1995: hilfsweise Beantragung einer mündlichen Verhandlung), gab die Identität ihres Vertreters mit Schreiben vom 9. Juni 1997 bekannt.

Mit Schreiben vom 30. Juni 1997 ließ die Beschwerdegegnerin 1 wissen, sie wolle in der mündlichen Verhandlung Zeugen vernehmen lassen, deren Identität sie am 7. Juli 1997 mitteilte:

...

VIII. Auf ein Schreiben der Beschwerdeführerin vom 9. Juli 1997 hin, in dem sie gegen die verspätete Benennung von Zeugen protestierte, begründete der Vertreter der Beschwerdegegnerin 1 am selben Tag die Nichteinhaltung des von der Kammer festgelegten Terminplans für das Verfahren damit, daß gemäß der Entscheidung G 6/95 (ABI. EPA 1996, 649) die Regel 71a (1) EPÜ nicht für die Beschwerdekammern gelte und er eben erst von der Firma Bayer bevollmächtigt worden sei, sie in der Verhandlung zu vertreten.

IX. Zu Beginn der mündlichen Verhandlung beantragte die Beschwerdeführerin vorab, etwaige Ausführungen der Personen nicht zu berücksichtigen, die die Vertreter der Beschwerdegegnerin 1 als Zeugen begleiten sollten.

...

Die Beschwerdegegnerinnen ihrerseits machten zunächst verschiedene Argumente geltend, um die verspätete Benennung und die Anwesenheit von Zeugen zu rechtfertigen (Beschwerdegegnerin 1), und schlugen dann vor, die mündliche Verhandlung zu vertagen, damit sie formell vernommen werden könnten (Beschwerdegegnerin 2). In der Sache bemühten sie sich nachzuweisen, daß es eine lückenlose Beweiskette gebe bezüglich i) der Zusammensetzung des Produkts Zeolith L/Baylith L, ii) der Übereinstimmung zwischen dem analysierten Produkt und dem Handelsprodukt sowie iii) der Übereinstimmung zwischen dem gelieferten Produkt und dem bei der Polyurethanherstellung eingesetzten Produkt. Zu diesem Zweck wurde von der Beschwerdegegnerin 1 der Lieferschein Nr. A109/094818H31 (Dokument B3, Anlage 3a) im Original vorgelegt.

X. Die Beschwerdeführerin beantragte, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Patent unverändert aufrechtzuerhalten.

(letter of 19 July 1994 – request for extension of the period for reply; letter of 6 June 1995 – conditional request for oral proceedings) also provided the name of its representative in a letter dated 9 June 1997.

In a letter of 30 June 1997, respondent 1 said that it intended to hear witnesses at the oral proceedings and communicated the identity of these witnesses to the board on 7 July 1997:

...

VIII. Following a letter from the appellant dated 9 July 1997 protesting against the late designation of witnesses, the representative of respondent 1 on the same day justified not keeping to the procedural timetable fixed by the board by referring to Rule 71a(1) EPC, quoting decision G 6/95 (OJ EPO 1996, 649) and asserting that he had only just been appointed by Bayer to represent them at the hearing.

IX. At the beginning of the oral proceedings the appellant asked by way of a preliminary request that any statements by persons apparently accompanying the representatives of respondent 1 as witnesses should not be accepted.

...

For their part, the respondents first of all presented various arguments to justify the late designation of the witnesses and their presence (respondent 1), and then suggested that the oral proceedings be postponed in order to permit a formal hearing of these witnesses (respondent 2). As to the merits, they sought in particular to establish that there was an unbroken chain of evidence relating to (i) the nature of the Zeolith L/Baylith L product, (ii) the correspondence between the analysed product and the marketed product, and (iii) the correspondence between the product delivered and the product used in the preparation of polyurethanes. To this end, respondent 1 submitted original despatch note No. A109/094818H31 (document B3, annex 3a).

X. The appellant requested that the impugned decision be set aside and the patent maintained without amendment.

(lettre du 19 juillet 1994 : demande de prorogation du délai de réponse ; lettre du 6 juin 1995 : demande conditionnelle de procédure orale) a précisé l'identité de son représentant par lettre du 9 juin 1997.

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

...

VIII. A la suite d'une lettre de la requérante en date du 9 juillet 1997 s'élevant contre la dénonciation tardive de témoins, le représentant de l'intimée 1 a justifié le jour même le non-respect du calendrier de procédure fixé par la Chambre en se référant à la règle 71bis(1) CBE, en invoquant la décision G 6/95 (JO OEB 1996, 649) et en faisant valoir qu'il venait seulement d'être mandaté par la Société Bayer pour la représenter lors de l'audience.

IX. Au début de la procédure orale la requérante a demandé à titre de requête préliminaire que les éventuelles interventions des personnes censées accompagner à titre de témoins les représentants de l'intimée 1 ne soient pas retenues.

...

Pour leur part, les intimées ont d'abord présenté divers arguments pour justifier la dénonciation tardive et la présence de témoins (intimée 1), puis suggéré le report de la procédure orale afin de permettre formellement leur audition (intimée 2). Quant au fond, elles se sont attachées à établir qu'il y avait un enchaînement sans failles des preuves concernant (i) la nature du produit Zeolith L/Baylith L, (ii) la correspondance entre le produit analysé et le produit commercialisé ainsi que (iii) la correspondance entre le produit livré et le produit mis en oeuvre dans la préparation de polyuréthanes. A cette fin, l'original du bulletin d'expédition n° A109/094818H31 (document B3, annexe 3a) a été présenté par l'intimée 1.

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

Die Beschwerdegegnerinnen beantragten, die Beschwerde zurückzuweisen.

The respondents requested that the appeal be rejected.

Les intimées conclurent au rejet du recours.

Entscheidungsgründe

1. Die Beschwerde ist zulässig.

Reasons for the decision

1. The appeal is admissible.

Motifs de la décision

1. Le recours est recevable.

Verspätete Benennung von Zeugen

Late designation of witnesses

Dénonciation tardive de témoins

2. Sowohl im Ex-parte- als auch im Inter-partes-Verfahren ist es geläufig, daß ein Beteiligter eine mündliche Verhandlung beantragt, um bereits schriftlich vorgebrachte Argumente weiter auszuführen (Art. 116 (1) EPÜ).

2. It is common in both ex parte and inter partes proceedings for a party to have recourse to oral proceedings to develop arguments which have already been submitted in writing (Article 116(1) EPC).

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

2.1 Bei dieser mündlichen Darlegung des Falls kann der Beteiligte beispielsweise bestimmte technische Gesichtspunkte der Erfindung erläutern, er kann erklären, was ein Fachmann zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Lösung einer bestimmten Aufgabe unternommen oder nicht unternommen hätte oder auf welche Schwierigkeiten er bei der Ausführung der Erfindung gestoßen oder auch nicht gestoßen wäre.

2.1 This oral presentation of a case may take the form of explanations relating to certain technical aspects of the invention, a statement as to what a person skilled in the art would or would not have done at a certain time to solve a particular problem, or an account of the difficulties which a skilled person would or would not have encountered when implementing the invention.

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

2.2 Eine solche Form der Beweisaufnahme ist kennzeichnend für ein relativ flexibles Verfahren, das die Beteiligten bis zu einem fortgeschrittenen Stadium des Beschwerdeverfahrens aktiv gestalten können. Damit ein gerechtes und ausgewogenes Verfahren (Art. 113 (1) und 125 EPÜ) gewährleistet ist, muß in der Praxis jeder Beteiligte die übrigen Beteiligten in der Regel innerhalb einer angemessenen Frist von seiner Absicht unterrichten, bei der Erörterung dieser oder jener Frage einen Sachverständigen einzuschalten (G 4/95, ABl. EPA 1996, 412, Nr. 10 der Entscheidungsgründe). Dies gilt insbesondere dann, wenn die Kammer – wie im vorliegenden Fall – zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung in einem Bescheid an die Beteiligten einen Terminplan für das Verfahren festgelegt und sie ausdrücklich aufgefordert hat, ihre diesbezüglichen Absichten bekanntzugeben.

2.2 Such a means of giving or obtaining evidence is a relatively flexible procedure which is left to the initiative of the parties up to an advanced stage in the appeal proceedings. In practice, in order to ensure fair and balanced proceedings (Articles 113(1) and 125 EPC), each party is normally obliged to inform the other parties, within a reasonable period of time, of its intention to call in experts to take part in discussions about a particular issue (G 4/95, OJ EPO 1996, 412, reasons, 10). This is particularly appropriate where, as in the present case, a procedural timetable is fixed by the board in a communication addressed to the parties in preparation for the oral proceedings, expressly inviting the said parties to inform the board of their intentions in this respect.

2.2 Une telle mesure d'instruction correspond à une procédure relativement souple laissée à l'initiative des parties jusqu'à un stade avancé de la procédure de recours. En pratique, afin d'assurer une procédure juste et équilibrée (articles 113(1) et 125 CBE), chaque partie est normalement tenue d'informer dans un délai raisonnable les autres parties de son intention de recourir à un expert lors de la discussion de telle ou telle question à trancher (G 4/95, JO OEB 1996, 412 ; motifs de la décision, point 10). Ceci est particulièrement le cas lorsque, comme dans la présente affaire, un calendrier de procédure a été fixé par la Chambre dans une notification adressée aux parties en préparation de la procédure orale invitant expressément celles-ci à faire part de leurs intentions en la matière.

2.3 Im Übereinkommen ist neben verschiedenen anderen Beweismitteln nach Artikel 117 (1) d) EPÜ auch die Vernehmung von Zeugen vorgesehen; hierzu muß ein relativ starres und kompliziertes Verfahren gemäß den Regeln 72 bis 76 EPÜ durchgeführt werden, und aus diesem Grund wird nur selten davon Gebrauch gemacht. Zu diesem Beweismittel wird insbesondere dann gegriffen, wenn das EPA die Vernehmung dieser Zeugen für erforderlich hält oder wenn sie ein Beteiligter ausdrücklich beantragt.

2.3 Alternatively, Article 117(1)(d) of the Convention provides, amongst other means of giving or obtaining evidence, for the hearing of witnesses, which necessitates the implementation of a relatively rigid and complex procedure as provided for in Rules 72 to 76 EPC and which for this reason is rarely used. This means of giving or obtaining evidence is used in particular if the EPO deems it necessary to hear a witness or if one party has specifically requested this.

2.3 Alternativement, la Convention prévoit à l'article 117(1)d) CBE parmi diverses mesures d'instruction l'audition de témoins qui impose la mise en oeuvre d'une procédure relativement rigide et complexe prévue aux règles 72 à 76 CBE et à laquelle il est pour cette raison rarement recouru. Cette mesure d'instruction a lieu en particulier si l'OEB estime nécessaire d'entendre lesdits témoins ou si une partie en fait explicitement la demande.

2.4 Regel 72 (1) EPÜ lautet wie folgt: "Hält das Europäische Patentamt die Vernehmung von Beteiligten, Zeugen oder Sachverständigen oder eine Augenscheinseinnahme für erforderlich, so erläßt es eine entsprechende Entscheidung, in der das betreffende Beweismittel, die rechtserheblichen Tatsachen sowie Tag, Uhrzeit und Ort angegeben werden. Hat ein Beteiligter die Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen beantragt, so wird in der Entscheidung des Europäischen Patentamts die Frist festgesetzt, in der der antragstellende Beteiligte dem Europäischen Patentamt Name und Anschrift der Zeugen und Sachverständigen mitteilen muß, die er vernehmen zu lassen wünscht."

In Regel 72 (2) Satz 1 EPÜ ist ferner bestimmt: "Die Frist zur Ladung von Beteiligten, Zeugen und Sachverständigen zur Beweisaufnahme beträgt mindestens zwei Monate, sofern diese nicht mit einer kürzeren Frist einverstanden sind."

3. Im vorliegenden Fall führt die eine Woche vor dem Verhandlungstermin erfolgte Benennung von drei Zeugen, die den Vertreter der Beschwerdegegnerin 1 begleiten sollten, zu verfahrensrechtlichen Komplikationen.

3.1 Da die erste Prüfung der Akte gezeigt hatte, daß die Argumentation der Beteiligten in ihren jeweiligen Schriftsätzen zu keinen besonderen Bemerkungen Anlaß gab, die über die Gegenargumente hinausgingen, die von der anderen Partei/den anderen Parteien bereits geltend gemacht und sogar schon von der ersten Instanz geprüft worden waren, hatte die Kammer den Beteiligten in einem Bescheid vom 18. März 1997 lediglich folgendes mitgeteilt:

– Sie erinnerte daran, daß die einzige in der mündlichen Verhandlung zu prüfende Frage der Einwand der offenkundigen Vorbenutzung sei.

– Sie machte darauf aufmerksam, daß die Kriterien, anhand deren die Kammer beurteilen werde, ob dieser Einwand begründet sei, in der Entscheidung T 472/92 (s. oben) genannt seien.

– Sie erwähnte abschließend ausdrücklich, daß die Vertreter der verschiedenen Beteiligten die Kammer und die übrigen Beteiligten mindestens einen Monat vor der Verhandlung entsprechend unterrichten sollten, falls sie sich in der mündlichen Verhandlung von anderen Personen begleiten oder unterstützen lassen wollten.

2.4 Rule 72(1) EPC reads as follows: "Where the European Patent Office considers it necessary to hear the oral evidence of parties, witnesses or experts or to carry out an inspection, it shall make a decision to this end, setting out the investigation which it intends to carry out, relevant facts to be proved, and the date, time and place of the investigation. If oral evidence of witnesses and experts is requested by a party, the decision of the European Patent Office shall determine the period of time within which the party filing the request must make known to the European Patent Office the names and addresses of the witnesses and experts whom it wishes to be heard".

Rule 72(2), first sentence, EPC further stipulates that "at least two months' notice of a summons issued to a party, witness or expert to give evidence shall be given unless they agree to a shorter period".

3. In the present case, the designation one week before the date of the hearing of three witnesses to accompany the representative of respondent 1 raises a procedural problem.

3.1 A preliminary study of the file having shown that the arguments presented by the parties in their statements did not call for any particular comments over and above the counter-arguments already submitted by the other party/parties, that is those already considered by the department of first instance, the board on 18 March 1997 sent the parties a communication which:

– pointed out that the only question to be dealt with during the oral proceedings was the objection concerning public prior use

– indicated that the standards which the board intended to use to assess the validity of the objection had been set out in decision T 472/92 (as mentioned above)

– explicitly mentioned in conclusion that where the representatives of the various parties intended to be accompanied or assisted by other persons at the oral proceedings, they should inform the board and the other parties of this at least one month before the date of the hearing.

2.4 Selon la règle 72(1) CBE, "Lorsque l'Office européen des brevets estime nécessaire d'entendre des parties, des témoins ou des experts ou de procéder à la descente sur les lieux, il rend à cet effet une décision qui énonce la mesure d'instruction envisagée, les faits pertinents à prouver, les jour, heure et lieu où il sera procédé à ladite mesure d'instruction. Si l'audition de témoins ou d'experts a été demandée par une partie, la décision de l'Office européen des brevets fixe le délai dans lequel la partie requérante doit déclarer à cet Office les noms et adresses des témoins et experts qu'elle désire faire entendre."

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

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

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

– rappelé que la seule question à examiner lors de la procédure orale était l'objection d'utilisation antérieure accessible au public ;

– signalé que les critères que la Chambre entendait utiliser pour juger du bien-fondé de ladite objection avaient été exposés dans la décision T 472/92 (susmentionnée) ;

– explicitement mentionné en conclusion qu'au cas où les représentants des diverses parties entendaient se faire accompagner ou assister par d'autres personnes lors de la procédure orale, ils étaient priés d'en informer la Chambre et les autres parties au moins un mois avant la date de l'audience.

Diese Formulierung war mit Absicht so weit gefaßt, daß sie alle Personen einschloß, die unter Umständen zu einer Klärung der strittigen Punkte beitragen konnten, also nicht nur diejenigen, die im Einspruchsverfahren eidesstattliche Erklärungen abgegeben hatten, sondern auch Fachleute auf dem Gebiet der Herstellung von Zeolithen sowie die Erfinder selbst, sollte eine Erörterung und Auslegung der von den beiden Beschwerdegegnerinnen vorgelegten Analyseergebnisse notwendig sein.

3.2 ...

3.3 Sieht man vom Datum der Ladung zur mündlichen Verhandlung, die am 13. Februar 1997 an die Beteiligten erging, einmal ab, so war aufgrund der diesbezüglichen Anträge der drei Beteiligten (Beschwerdeführerin: 21. Oktober 1994; Beschwerdegegnerin 1: 2. August 1994; Beschwerdegegnerin 2: 6. Juni 1995) seit mehr als zwei Jahren klar, daß eine mündliche Verhandlung stattfinden würde und es somit der Beschwerdegegnerin 1 oblag, was sie anbelangt, geeignete vorbereitende Maßnahmen zu ergreifen, damit die Personen, die eidesstattliche Erklärungen abgegeben hatten, zu gegebener Zeit an der mündlichen Verhandlung teilnehmen konnten. Insbesondere hätte sie sich, wenn sie in der Tat die Vernehmung von Zeugen gemäß Artikel 117 (1) d) EPÜ beabsichtigte, in diesem Sinne äußern müssen, ohne die Ladung zur mündlichen Verhandlung abzuwarten, damit die Kammer ihrerseits eine entsprechende Entscheidung hätte erlassen und die Frist festsetzen können, in der die Beschwerdegegnerin 1 dem EPA Name und Anschrift dieser Zeugen hätte mitteilen müssen (R. 72 (1) EPÜ). Die Erwiderung der Beschwerdegegnerin 1 vom 21. Februar 1995, bei der es sich um den letzten Schriftsatz der Beteiligten vor der Ladung zur mündlichen Verhandlung handelte und in dem die Beschwerdegegnerin 1 abschließend ihren Antrag auf möglichst baldige Anberaumung einer mündlichen Verhandlung wiederholte, bot die beste Gelegenheit, auch die Zeugenvernehmung zu beantragen. Der von der Kammer festgelegte Zeitplan für das Verfahren ermöglichte es nämlich, auch nach Erhalt der Ladung zur mündlichen Verhandlung die diesbezüglich im EPÜ vorgesehenen Maßnahmen einzuleiten.

3.4 Es versteht sich von selbst, daß die Benennung von drei Zeugen eine Woche vor der mündlichen Verhandlung für die Kammer überraschend kam und ihr die Möglichkeit nahm, entsprechend den Vorschriften der Regel 72 (1) EPÜ und, da ja die

This formulation was intentionally broad enough to include all persons likely to contribute to the clarification of points being debated, that is not only persons who furnished affidavits in the opposition proceedings, but also, in view of the possible discussion and interpretation of the results of the analyses submitted by the two respondents, experts in the preparation of zeolites, and the inventors themselves.

3.2 ...

3.3 Independently of the date of the summons to oral proceedings sent to the parties on 13 February 1997, it had been obvious for more than two years, in view of the requests to this end made by the three parties (the appellant on 21 October 1994, respondent 1 on 2 August 1994, respondent 2 on 6 June 1995), that oral proceedings would be taking place and that it was thus up to respondent 1, as far as it was concerned, to take the necessary preliminary measures to ensure that the persons who had furnished affidavits would be present at the hearing at the given time. It was in particular under an obligation, in case it actually intended to hear witnesses as provided for in Article 117(1)(d) EPC, to impart this information without waiting for the summons to oral proceedings, so that the board for its part could take a decision about this and fix the period of time within which respondent 1 would have to give the EPO the names and addresses of the witnesses concerned (Rule 72(1) EPC). Respondent 1's reply of 21 February 1995, which was the last statement filed by the parties prior to the summons to oral proceedings and which it concluded by repeating its request for oral proceedings and expressing the wish that these would take place soon, would have been the ideal opportunity to request a hearing of the witnesses. Indeed, the procedural timetable fixed by the board still allowed for the measures envisaged for this purpose in the EPC to be carried out after receipt of the summons to oral proceedings.

3.4 It goes without saying that the designation of three witnesses one week before the oral proceedings took the board by surprise: in the circumstances, it could no longer follow the provisions of either Rule 72(1) or, given the appellant's prelim-

Cette formulation était à dessein suffisamment large pour inclure toutes les personnes susceptibles de contribuer à une clarification des points controversés, c'est-à-dire non seulement les personnes ayant déposé des déclarations sous la foi du serment en procédure d'opposition, mais aussi, compte tenu d'une éventuelle discussion et interprétation des résultats d'analyses présentés par les deux intimées, des experts dans la préparation des zéolites ainsi que les inventeurs eux-mêmes.

3.2 ...

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

3.4 Il va de soi que la dénonciation de trois témoins une semaine avant la procédure orale a pris la Chambre au dépourvu en ne lui permettant plus de se conformer aux dispositions de la règle 72(1) et, compte tenu de la requête préliminaire de la requérante

Beschwerdeführerin vorab beantragt hatte, etwaige Aussagen dieser Zeugen nicht zu berücksichtigen, der Regel 72 (2) EPÜ zu verfahren. Sie machte es auch der Beschwerdeführerin praktisch unmöglich, sich darauf entsprechend einzustellen und sich zu ihrer eigenen Verteidigung auf Aussagen technischer Sachverständiger und/oder Erläuterungen der Erfinder zu stützen oder gar eigene Zeugen aufzubieten. Eine qualitativ derart mangelhafte Vertretung widerspricht ganz offensichtlich den in den Vertragsstaaten im allgemeinen anerkannten Grundsätzen des Verfahrensrechts (Art. 125 EPÜ), wonach es jedem Beteiligten ermöglicht werden muß, seine Sache so angemessen wie möglich zu vertreten.

3.5 Den Argumenten, mit denen die Beschwerdegegnerin 1 die Nichteinhaltung der von der Kammer festgesetzten Erwidierungsfrist begründete, kann aus den nachstehenden Gründen nicht gefolgt werden.

3.5.1 Wie die Kammer in der mündlichen Verhandlung erläuterte, geht die Verweisung auf die Regel 71a (1) EPÜ und die Entscheidung G 6/95 (s. oben) im Schreiben der Beschwerdegegnerin 1 vom 9. Juli 1997 fehl. In dieser Entscheidung, bei der es ausschließlich um die Frage ging, ob die Beschwerdekammern der Ladung zur mündlichen Verhandlung eine Mitteilung nach Regel 71a (1) EPÜ beifügen müssen, entschied die Große Beschwerdekammer, daß die in dieser Regel enthaltenen zwingenden Verfahrenserfordernisse für die erstinstanzlichen Organe des EPA, nicht aber für die Beschwerdekammern gelten (Nr. 5 der Entscheidungsgründe). Gemäß der Entscheidung der Großen Beschwerdekammer ist die Anwendung der Regel 71a (1) EPÜ durch die Beschwerdekammern zwar insofern fakultativ, als die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung ganz in das Ermessen der Kammern gestellt ist; für die Beteiligten hingegen ist sie ebenso wie die übrigen Regeln der Ausführungsordnung verbindlich. Wenn also eine Beschwerdekammer, wie im vorliegenden Fall, an die Beteiligten eine Mitteilung nach Regel 71a (1) EPÜ ergehen läßt, so haben diese ihren Inhalt zu beachten, insbesondere was den Terminplan für das Verfahren betrifft.

3.5.2 Was die Verweisung auf die Entscheidung G 6/95 (s. oben) angeht, so ist noch zu erwähnen, daß die Regel 71a (1) EPÜ nicht die einzige Bestimmung über die Zulässigkeit neuer, in

inary request not to accept any statements by the said witnesses, Rule 72(2) EPC. It also made it practically impossible for the appellant to respond appropriately by basing its own defence on statements by technical experts and/or explanations by the inventors, or even to produce counter-witnesses. Such an imbalance in the level of representation manifestly violates the procedural principles generally recognised in the contracting states (Article 125 EPC), whereby each party must be able to conduct its defence in as fair a manner as possible.

3.5 The arguments put forward by respondent 1 to justify its failure to meet the time limit for reply fixed by the board are not acceptable for the reasons set out below.

3.5.1 As the board explained at the oral proceedings, the references to Rule 71a(1) EPC and decision G 6/95 (as mentioned above) in the respondent's letter of 9 July 1997 are not appropriate. In this decision, which related solely to the question of whether the boards of appeal are obliged to send a communication under Rule 71a(1) EPC when they summon parties to oral proceedings, the Enlarged Board held that this rule's mandatory procedural requirements were applicable to the first-instance departments of the EPO, but not to the boards of appeal (reasons, 5). If the Enlarged Board's decision says that Rule 71a(1) EPC is not binding on the boards of appeal in the sense that it gives them full scope in the preparation of oral proceedings, it is nevertheless binding on the parties, like the other rules in the Implementing Regulations. Thus, when a board of appeal, as in the present case, decides to send the parties a communication under Rule 71a(1) EPC, the latter are obliged to comply with it, in particular as far as the procedural timetable is concerned.

3.5.2 With regard to the reference to decision G 6/95 (as mentioned above), it should also be pointed out that Rule 71a(1) EPC is not the only text relating to the admissibility of

visant à ne pas considérer les éventuelles interventions desdits témoins, de la règle 72(2) CBE. Elle a également rendu matériellement impossible pour la requérante de s'organiser de manière correspondante en appuyant sa propre défense sur des interventions d'experts techniques et/ou des explications des inventeurs, voire même de produire des témoins contraires. Un tel déséquilibre dans la qualité de la représentation est manifestement contraire aux principes de procédure généralement admis dans les Etats contractants (article 125 CBE), selon lesquels chaque partie doit être en mesure d'assurer sa défense de la manière la plus équitable possible.

3.5 Les arguments invoqués par l'intimée 1 pour justifier le non-respect du délai de réponse fixé par la Chambre ne sont pas acceptables pour les raisons exposées ci-après.

3.5.1 Comme l'a expliqué la Chambre lors de la procédure orale, l'allusion à la règle 71bis(1) CBE et la référence à la décision G 6/95 (susmentionnée) dans la lettre du 9 juillet 1997 de l'intimée 1 ne sont pas appropriées. Dans cette décision, qui portait uniquement sur la question de savoir si les chambres de recours étaient tenues d'envoyer une notification au titre de la règle 71bis(1) CBE lorsqu'elles citaient les parties à une procédure orale, la Grande Chambre de recours a statué que les dispositions à caractère obligatoire contenues dans cette règle en matière de procédure étaient applicables aux services de première instance de l'OEB, mais pas aux chambres de recours (motifs de la décision, point 5). Si, selon la décision de la Grande Chambre de recours, la règle 71bis(1) CBE est pour les chambres de recours facultative dans son application, en ce sens qu'elle laisse à celles-ci toute latitude pour la préparation de la procédure orale, elle demeure en revanche pour les parties contraignante dans son exécution, au même titre que les autres règles du règlement d'exécution. Ainsi, lorsqu'une chambre de recours, comme dans la présente affaire, décide d'adresser aux parties une notification au titre de la règle 71bis(1) CBE, celles-ci sont tenues d'en respecter la teneur, en particulier en ce qui concerne le calendrier de procédure.

3.5.2 Concernant la référence à la décision G 6/95 (susmentionnée), il convient encore de relever que la règle 71bis(1) CBE n'est pas le seul texte en relation avec l'appréciation

einem fortgeschrittenen Stadium des Verfahrens vorgebrachter Beweismittel ist. So stützt sich die Entscheidung dieser Kammer in der mündlichen Verhandlung, keine Zeugen zu vernehmen, nicht auf diese Regel, sondern auf Artikel 114 (2) EPÜ, wonach das EPA Beweismittel, die von den Beteiligten verspätet vorgebracht werden, nicht zu berücksichtigen braucht. Auch nach der ständigen Rechtsprechung der Beschwerdekammern brauchen verspätet vorgebrachte Beweismittel nicht zugelassen zu werden, wenn sie nicht relevant sind (vgl. zum Beispiel die Entscheidungen T 207/91 vom 2. Februar 1993, T 713/91 vom 26. Januar 1993 und T 141/92 vom 29. Juli 1993 (sämtlich nicht veröffentlicht)) oder die Billigkeitserfordernisse nicht beachtet worden sind (vgl. zum Beispiel die Entscheidungen T 939/90 vom 16. Dezember 1993 und T 685/91 vom 5. Januar 1993 (nicht veröffentlicht) sowie die Entscheidung T 270/90, ABl. EPA 1993, 725).

3.5.3 Die weitere Erklärung des Vertreters der Beschwerdegegnerin 1, er habe die Identität der Zeugen sofort mitgeteilt, als er von der Firma Bayer bevollmächtigt worden sei, sie in der mündlichen Verhandlung zu vertreten, und er habe unmöglich früher handeln können, kann die Kammer ebenfalls nicht gelten lassen. Sie weist darauf hin, daß nicht nachgewiesen wurde, daß für den Vertreterwechsel in einem derart späten Verfahrensstadium höhere Gewalt ursächlich war. Dieser schlicht auf Wunsch des Mandanten erfolgte Wechsel kann die Überlegungen in Nummer 3.5.2 nicht entkräften. Der neue Vertreter hatte somit das Verfahren ab dem Stadium fortzuführen, das es im Zeitpunkt der Übernahme von seinem Vorgänger erreicht hatte. Die Benennung eines neuen Vertreters durch die Firma Bayer rund zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung durfte die Beschwerdegegnerin 1 keinesfalls zum Anlaß nehmen, kurzfristig eine neue Verteidigungsstrategie festzulegen, die angesichts der bisherigen Argumente und Anträge nicht vorhersehbar war, mit dem von der Kammer festgelegten Terminplan für das Verfahren unvereinbar war und auch gegen die Bestimmungen des EPÜ verstieß.

3.6 Da die Kammer die Begleitpersonen des Vertreters der Beschwerdegegnerin 1 nicht als Zeugen im Sinne des Artikels 117 (1) d) EPÜ zulassen konnte, beschloß sie schließlich nach einer Zwischenberatung, daß ihr diese Personen weiterhin zur Verfügung stehen sollten, aber außerhalb des Verhandlungsraums, damit sie ihre etwaigen Erklärungen unbeein-

new evidence presented at a late stage in the proceedings. Thus the present board's decision at the oral proceedings not to hear the witnesses was based not on this rule, but on Article 114(2) EPC, which stipulates that evidence not submitted in due time by the parties concerned may be disregarded. The jurisprudence of the boards of appeal has established that evidence produced late may be deemed inadmissible for lack of relevancy (see, for example, decisions T 207/91 of 2 February 1993, T 713/91 of 26 January 1993 and T 141/92 of 29 July 1993, none of which were published in the OJ EPO), or for non-observance of the equity requirement (see, for example, decisions T 939/90 of 16 December 1993 and T 685/91 of 5 January 1993, not published in OJ EPO, and T 270/90, OJ EPO 1993, 725).

3.5.3 The other explanation given by the representative of respondent 1, namely that he communicated the identity of the witnesses as soon as he was appointed by Bayer to represent them at the oral proceedings and that it had been practically impossible for him to act sooner, cannot be accepted either. The board finds it was not shown that the change of representative at such a late stage of the procedure was due to force majeure. The change, which was simply the wish of the client, does not mean that the considerations in point 3.5.2 above can be dismissed. The new representative was thus obliged to continue the proceedings from the stage they had reached when he took over from his predecessor. In any event, Bayer could not use its designation of a new representative around two weeks before the date of the oral proceedings as an opportunity to adopt at short notice a new defence strategy which was not only unforeseeable in view of the arguments and requests previously submitted, but also incompatible with the procedural timetable drawn up by the board and contrary to the provisions of the EPC.

3.6 Finding it impossible to consider the persons accompanying respondent 1's representative to be witnesses within the meaning of Article 117(1)(d) EPC, the board finally decided, after intermediary deliberations, that these persons would remain at its disposal, but outside the room in which the oral proceedings were taking place, in order that any

de la recevabilité de nouvelles preuves présentées à un stade tardif de la procédure. Ainsi, la décision prise lors de la procédure orale par la présente Chambre de ne pas procéder à l'audition des témoins n'est pas fondée sur cette règle, mais sur l'article 114(2) CBE qui dispose qu'il peut ne pas être tenu compte des preuves que les parties n'ont pas produites en temps utile. La jurisprudence des chambres de recours a en effet établi que des preuves produites tardivement peuvent ne pas être admises faute de pertinence (cf. par exemple les décisions T 207/91 du 2 février 1993, T 713/91 du 26 janvier 1993 et T 141/92 du 29 juillet 1993, toutes non publiées au JO OEB) ou pour non-respect des exigences de l'équité (cf. par exemple les décisions T 939/90 du 16 décembre 1993 et T 685/91 du 5 janvier 1993, non publiées au JO OEB, ainsi que T 270/90, JO OEB 1993, 725).

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

3.6 Etant dans l'impossibilité de considérer les personnes accompagnant le représentant de l'intimée 1 comme des témoins au titre de l'article 117(1)(d) CBE, la Chambre a finalement décidé après délibération intermédiaire que ces personnes resteraient à sa disposition, mais à l'extérieur de la salle où se déroulait la procédure orale, afin que leurs

flußt vom Gang der Verhandlung abgeben können. Die von den Beschwerdegegnerinnen in der Verhandlung vorgetragene Argumente, die sich auf die bereits früher vorgelegten Analyseergebnisse und eidesstattlichen Erklärungen stützten, warfen jedoch kein neues Licht auf den schon aktenkundigen Sachverhalt, was die Vernehmung dieser Personen überflüssig machte; sie wurde im übrigen bei den Erörterungen im Anschluß an die Zwischenberatung von der Beschwerdegegnerin 1 auch nicht mehr gewünscht.

3.7 Die von der Beschwerdegegnerin 2 vorgeschlagene Alternativlösung, die mündliche Verhandlung zu vertagen, damit später eine formelle Zeugenvernehmung stattfinden könne, wurde von der Kammer aus zwei Gründen nicht berücksichtigt.

Erstens erschien es bei der Prüfung der Einspruchs- und der Beschwerdeakte nicht von vornherein erforderlich, die schriftlichen Informationen durch solche Zeugenaussagen zu vervollständigen, was sich im weiteren Verlauf der mündlichen Verhandlung auch bestätigte.

Zweitens ist die Benennung von Zeugen eine Woche vor der mündlichen Verhandlung ein Verfahrensmißbrauch; die dadurch bewirkte Verzögerung wäre ausschließlich zu Lasten der Beschwerdeführerin gegangen, denn sie hätte das Beschwerdeverfahren und damit auch die Ungewißheit der Öffentlichkeit darüber, ob der Gegenstand der Ansprüche des Streitpatents neu ist, verlängert. In einer solchen Situation müssen nach Auffassung der Kammer die Interessen der Beschwerdeführerin als der Patentinhaberin eindeutig vorgehen.

4. ...

Kriterien für die Würdigung der von den Beschwerdegegnerinnen beigebrachten Beweise

5. Unter welchen Voraussetzungen eine offenkundige Vorbenutzung geltend gemacht werden kann, ist in zahlreichen Entscheidungen der Beschwerdekammern, zum Beispiel in T 194/86 (s. oben), festgelegt worden. Für die Entscheidung der Frage, ob eine Erfindung der Öffentlichkeit tatsächlich durch Vorbenutzung zugänglich gemacht wurde, sind somit folgende Angaben zu machen:

- a) der Zeitpunkt der Vorbenutzung
- b) der genaue Gegenstand der Vorbenutzung
- c) die Umstände der Vorbenutzung.

statements they might make would not be influenced by what had already been said. However, the arguments put forward by the respondents during the hearing, which were based on the results of the analyses and the affidavits submitted earlier, shed no new light on the facts already on file, so there was no point in these persons participating. Moreover, respondent 1 no longer even wanted them to do so during the discussions which followed the intermediary deliberations.

3.7 The opposite solution, which had been advocated by respondent 2 and consisted in postponing the oral proceedings in order to allow a formal hearing of the witnesses at a later stage, was not accepted by the board for two reasons.

The first was that examination of the opposition and appeal files produced no a priori evidence that it was necessary to supplement the written information by evidence from these witnesses. The outcome of the oral proceedings bore this out.

The second was that the designation of witnesses one week before oral proceedings is an abuse of procedure, the delaying effect of which would simply have penalised the appellant by prolonging the appeal proceedings and, by the same token, the public's uncertainty as regards the novelty of the subject-matter of the claims of the patent concerned. Faced with such a situation, the board held that the interests of the appellant as proprietor of the patent must clearly prevail.

4. ...

Criteria for assessing the evidence furnished by the respondents

5. The conditions for asserting prior public use have been defined in a large number of board of appeal decisions, for example T 194/86 (as mentioned above). Accordingly, in order to determine whether an invention has been made available to the public by prior use, the following information must be provided:

- (a) the date of the prior use
- (b) the precise object of the prior use
- (c) the circumstances of the prior use.

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

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

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

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

4. ...

Critères d'appréciation des preuves fournies par les intimées

5. Les conditions pour faire valoir une utilisation antérieure accessible au public ont été définies dans de nombreuses décisions des chambres de recours, p. ex. dans la décision T 194/86 (susmentionnée). Ainsi, pour déterminer si une invention a été rendue effectivement accessible au public par utilisation antérieure, il y a lieu de fournir les indications suivantes :

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

5.1 In ihrem Bescheid vom 18. März 1997 erläuterte die Kammer unter Hinweis auf die Entscheidung T 472/92 (s. oben), welchen Maßstab sie in der mündlichen Verhandlung bei der Würdigung des von den Beschwerdegegnerinnen beigebrachten Beweismaterials anlegen werde. Dieser Entscheidung zufolge muß, wenn praktisch alle Beweismittel der Verfügungsmacht der Einsprechenden unterliegen, ein gegenüber dem Abwägen der Wahrscheinlichkeit, auf das die Beschwerdekammern in der Regel ihre Überzeugung gründen, strengeres Kriterium angelegt werden, d. h., die Vorbenutzung muß praktisch mit absoluter Gewißheit oder, anders gesagt, zweifelsfrei stattgefunden haben. Dieses erst kürzlich in der Entscheidung T 848/94 vom 3. Juni 1997 (nicht veröffentlicht) bestätigte Konzept zur Beurteilung der Frage, ob ein Einwand offenkundiger Vorbenutzung begründet ist, wurde von den Beteiligten, insbesondere von den Beschwerdegegnerinnen, nicht angefochten.

5.2 In Anwendung dieses Konzepts auf den vorliegenden Fall hat sich die Kammer zur Klärung der Frage, ob die Beweiskette bezüglich der Zusammensetzung der Zeolithen bis zur Polyurethanherstellung lückenlos ist, in der mündlichen Verhandlung auf die folgenden Punkte konzentriert:

- Zusammensetzung des von der Beschwerdegegnerin 1 hergestellten Zeolithen
- Übereinstimmung zwischen dem hergestellten Produkt und dem Handelsprodukt
- Übereinstimmung zwischen dem Handelsprodukt und dem eingesetzten Produkt

6. ...

7. ...

8. ...

Ergebnis

9. Nacheinander wurde somit folgendes festgestellt:

- Das Produkt Bayliith L ist ein Handelsprodukt, dessen Zusammensetzung innerhalb bestimmter Grenzen so schwanken kann, daß die Summe $a + b + c$, abgesehen von experimentellen Meßfehlern, zwischen rund 0,9 und rund 1 liegt. Nur die von der Beschwerdegegnerin 2 analysierten Proben N13.85 und N14.85 sind Produkte, wie sie in dem Streitpatent eingesetzt werden ($a + b + c = 1$) (erstes Glied in der Beweiskette).

5.1 In its communication of 18 March 1997 the board referred to decision T 472/92 (as mentioned above) in order to specify the degree of conviction it intended to apply as a criterion in the oral proceedings when assessing the evidence furnished by the respondents. According to this decision, where practically all the evidence lies within the power of the opponent, the assessment of probability which normally underlies the boards' opinion must cede to a stricter criterion close to absolute conviction. In other words, there should be a degree of certainty which is beyond all reasonable doubt. This approach to assessing the validity of an objection on the grounds of public prior use, which was recently confirmed in decision T 848/94 of 3 June 1997 (not published in OJ EPO), was not contested by any of the parties, including the respondents.

5.2 Transposed to the context of the present case, these considerations led the board, in order to establish that there was an unbroken chain of evidence relating to the nature of the zeolites up to and including the preparation of the polyurethanes, to concentrate on the following points at the oral proceedings:

- composition of the zeolite manufactured by respondent 1
- correspondence between the manufactured product and the marketed product
- correspondence between the marketed product and the product used.

6. ...

7. ...

8. ...

Conclusion

9. It has thus successively been established that

- the Bayliith L product is a commercial product whose composition is capable of varying within certain limits such that $a + b + c$, subject to experimental measurement errors, is between around 0.9 and around 1. Only samples N13.85 and N14.85 analysed by respondent 2 are products as used in the patent in suit ($a + b + c = 1$) (first link);

5.1 Dans sa notification du 18 mars 1997 la Chambre a fait référence à la décision T 472/92 (susmentionnée) pour préciser le degré de conviction qu'elle entendait utiliser lors de la procédure orale pour apprécier les éléments de preuve produits par les intimées. Selon cette décision, dans la mesure où ce sont les opposantes qui disposent pratiquement de la totalité des moyens de preuve, le critère de l'appréciation de la probabilité, sur lequel les chambres de recours fondent habituellement leur conviction, était à interpréter selon des normes plus sévères atteignant pratiquement la conviction absolue, autrement dit la certitude allant au-delà de tout doute raisonnable. Cette approche pour juger du bien-fondé d'une objection d'utilisation antérieure accessible au public, qui a été récemment confirmée dans la décision T 848/94 du 3 juin 1997 (non publiée au JO OEB), n'a pas été contestée par les parties, en particulier par les intimées.

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

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

6. ...

7. ...

8. ...

Conclusion

9. Il a donc été successivement établi que

- le produit Bayliith L est un produit commercial dont la composition est susceptible de varier dans des limites telles que la somme $a + b + c$ est comprise, aux erreurs expérimentales de mesure près, entre environ 0,9 et environ 1. Seuls les échantillons N13.85 et N14.85 analysés par l'intimée 2 sont des produits tels que mis en oeuvre dans le brevet en litige ($a + b + c = 1$) (premier maillon) ;

– Es gibt keinerlei Beweise dafür, daß ein Produkt wie das von der Beschwerdegegnerin 2 analysierte an die Firma Gießharzwerk Frechen oder an die Firma Rütgerswerke geliefert wurde, und auch der Eingang von Baylith-L-Produkten, wie sie von der Firma Bayer identifiziert wurden, konnte bei den Empfängern nicht festgestellt werden, so daß keine Schlußfolgerung hinsichtlich der Beschaffenheit der vermarkteten und mithin für einen späteren Einsatz verfügbaren Zeolithen gezogen werden kann (zweites Glied).

– Auch wenn der Einsatz von Baylith-L-Produkten unter den erforderlichen Bedingungen tatsächlich substantiiert wurde (drittes Glied), so handelt es sich doch um Produkte mit unbestimmter Zusammensetzung, so daß keinerlei Schlußfolgerung möglich ist.

Aus diesen Teilfeststellungen geht hervor, daß die genaue Zusammensetzung der vermarkteten Zeolithen ungesichert ist und daß mit der gemeinsamen Bezeichnung Baylith L sowohl für das analysierte wie auch für das vermarktete und das eingesetzte Produkt kein Nachweis für die identische Zusammensetzung dieser verschiedenen Zeolithen und mithin kein Beweis dafür erbracht ist, daß die Kette der von den Beschwerdegegnerinnen vorgebrachten Beweise lückenlos ist. Die Beweiskraft der verschiedenen eidesstattlichen Erklärungen und Dokumente ist also völlig unzureichend, wenn es gilt, mit dem in der Entscheidung T 472/92 (s. oben) festgelegten Grad an Gewißheit nachzuweisen, daß Produkte, wie sie in dem Streitpatent als Dehydratisierungsmittel für die Polyol-Komponente eingesetzt werden, den Firmen Gießharzwerk Frechen und Rütgerswerke zur Herstellung von Polyurethanen durch Mischen zweier Komponenten zur Verfügung standen. Daraus folgt, daß die Behauptung, es habe eine offenkundige Vorbenutzung stattgefunden, unhaltbar und mithin der Gegenstand aller Ansprüche neu ist.

...

10. ...

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

1. Die angefochtene Entscheidung wird aufgehoben.
2. Die Sache wird zur weiteren Entscheidung an die erste Instanz zurückverwiesen.

– there is no evidence that a product as analysed by respondent 2 was sent to Gießharzwerk Frechen or to Rütgerswerke, and there is no trace of receipt by them of Baylith L products as identified by Bayer, so no conclusion can be drawn as to the nature of the zeolites which were marketed and thus available for subsequent use (second link);

– even if use of the Baylith L products under the required conditions has been effectively demonstrated (third link), they are products of indeterminate composition which do not permit any conclusions to be drawn.

Besides the uncertainty as regards the precise nature of the marketed zeolites, it is clear from these partial conclusions that the common designation Baylith L for both the analysed product, the marketed product and the product used is not proof of identity as far as the composition of these various zeolites is concerned, nor therefore of the continuity of the chain of evidence furnished by the respondents. Consequently, the probative value of the various affidavits and documents produced is in no way sufficient to prove with the degree of certainty defined in decision T 472/92 (as mentioned above) that products as used in the patent in suit as a dehydrating agent for the polyol component were available to Gießharzwerk Frechen and Rütgerswerke for the manufacture of polyurethanes by mixing two components. It follows that the allegation of public prior use is without foundation and that, consequently, the novelty requirement is satisfied as regards the subject-matter of all the claims.

...

10. ...

Order

For these reasons it is decided that:

1. The impugned decision is set aside.
2. The case is remitted to the department of first instance for further prosecution.

– il n'y a aucune évidence qu'un produit tel qu'analysé par l'intimée 2 a été adressé à la Société Gießharzwerk Frechen ou à la Société Rütgerswerke et il n'y a aucune trace de réception par les destinataires des produits Baylith L, tels qu'identifiés par la Société Bayer, de sorte qu'aucune conclusion ne peut être tirée quant à la nature des zéolites commercialisées, donc disponibles pour utilisation ultérieure (deuxième maillon) ;

– même si l'utilisation de produits Baylith L dans les conditions requises a effectivement été démontrée (troisième maillon), il s'agit de produits de composition indéterminée ne permettant de tirer aucune conclusion.

Outre l'incertitude quant à la nature exacte des zéolites commercialisées, il ressort de ces conclusions partielles que la dénomination commune Baylith L pour désigner à la fois le produit analysé, le produit commercialisé et le produit mis en oeuvre n'est pas un gage d'identité en ce qui concerne la composition de ces diverses zéolites, ni par conséquent de continuité dans l'enchaînement des moyens de preuve invoqués par les intimées. Il en résulte que la force probante des diverses déclarations sous la foi du serment et des documents produits est tout à fait insuffisante pour démontrer avec le degré de conviction défini dans la décision T 472/92 (susmentionnée) que des produits tels que mis en oeuvre dans le brevet en litige en tant que charge déshydratante du composant polyol étaient disponibles auprès des Sociétés Gießharzwerk Frechen et Rütgerswerke pour fabriquer des polyuréthanes par mélange de deux composants. Il s'ensuit que l'allégation d'utilisation antérieure accessible au public est sans fondement et que, par conséquent, l'exigence de nouveauté est satisfaite pour l'objet de toutes les revendications.

...

10. ...

Dispositif

Par ces motifs, il est statué comme suit :

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