

Zwischenentscheidung der Technischen Beschwerdekammer 3.5.1 vom 9. April 1992
T 473/91 - 3.5.1
 (Übersetzung)

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender: P. K. J. van den Berg
 Mitglieder: E. M. C. Holtz
 W. B. Oettinger

Anmelder: WEGENER COMMUNICATIONS, INC.

Stichwort: Zuständigkeit/ WEGENER

Artikel: 106, 108, 109, 122 EPÜ

Schlagwort: "das Verfahren abschließende Endentscheidung - Zuständigkeit für einen Antrag auf Wiedereinsetzung in die Beschwerdefrist"

Leitsatz

Die im Rahmen des Artikels 109 EPÜ zu klärende Frage der Zulässigkeit fällt nur dann in die Zuständigkeit der Erstinstanz, wenn sie unmittelbar anhand des bloßen Beschwerdevorbringens (Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung, Zeitpunkt der Entrichtung der Beschwerdegebühr) entschieden werden kann. Für einen Antrag auf Wiedereinsetzung in eine die Beschwerde selbst betreffende Frist (Art. 108 EPÜ) ist demnach ausschließlich die Beschwerdeinstanz zuständig. Dieselbe Instanz entscheidet dann entsprechend auch über die Frage der Zulässigkeit (Art. 110(1) EPÜ in Verbindung mit Regel 65(1) EPÜ).

Sachverhalt und Anträge

I. In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Zuständigkeit der Erstinstanz in Fragen der Wiedereinsetzung nach Artikel 122 EPÜ in die Beschwerdefrist gemäß Artikel 108 EPÜ. Ferner wird über die Wiedereinsetzung selbst und über die Zulässigkeit der Beschwerde befunden.

II. Am 18. Mai 1988 erließ die Prüfungsabteilung des EPA eine Entscheidung auf Zurückweisung der europäischen Patentanmeldung Nr. 84 304 471.0. Daraufhin wurde am 19. Juli 1988 eine Beschwerdegebühr entrichtet; am 29. Juli folgte eine vom 19. Juli 1988 datierte Beschwerdeschrift. Der Umschlag, der die Beschwerdeschrift enthielt, war von der Post in London am 22. Juli 1988 abgestempelt.

III. Nachdem die Beschwerdeführerin am 14. September 1988 in einem Telefongespräch von einem Bediensteten der Prüfungsabteilung erfahren hatte, daß die Beschwerdeschrift verspätet eingegangen war, beantragte sie mit Schreiben, das am 16. September 1988

Interlocutory Decision of Technical Board of Appeal 3.5.1 dated 9 April 1992
T 473/91 - 3.5.1
 (Official Text)

Composition of the Board:

Chairman: P.K.J. van den Berg
 Members: E.M.C. Holtz
 W.B. Oettinger

Applicant: WEGENER COMMUNICATIONS, INC.

Headword: Jurisdiction/WEGENER

Article: 106, 108, 109, 122 EPC

Keyword: "Final decision terminating proceedings - jurisdiction over request for *restitutio in integrum* into the time limit for notice of appeal"

Headnote

*The admissibility question under Article 109 EPC only falls under the jurisdiction of the department of first instance when this question can be decided immediately on the basis of the appeal submissions themselves (notice of appeal and statement of grounds, date of payment of the appeal fee). Consequently, the appellate instance has exclusive jurisdiction over a request for *restitutio in integrum* into a time limit relating to the appeal itself (Art. 108 EPC). The same instance then decides the admissibility issue accordingly (Art. 110(1) EPC in conjunction with Rule 65(1) EPC).*

Summary of Facts and Submissions

I. This decision concerns the competence of the first instance to decide matters of *restitutio in integrum* under Article 122 EPC into the time limit for submission of the notice of appeal as required under Article 108 EPC. It further goes on to decide the issue of *restitutio* itself and the admissibility of the appeal.

II. A decision to refuse European patent application No. 84 304 471.0 was issued by the Examining Division of the EPO on 18 May 1988. On 19 July 1988 an appeal fee was paid, followed on 29 July by a notice of appeal, dated 19 July 1988. The envelope holding the notice of appeal was postmarked London 22 July 1988.

III. On being advised in a telephone conversation on 14 September 1988 by an employee of the Examining Division that the notice of appeal had been received too late, the appellants requested *restitutio in integrum* under Article 122 EPC in a letter received by

Décision intermédiaire de la Chambre de recours technique 3.5.1, en date du 9 avril 1992
T 473/91 - 3.5.1
 (Traduction)

Composition de la Chambre:

Président: P.K.J. van den Berg
 Membres: E.M.C. Holtz
 W.B. Oettinger

Demandeur: WEGENER COMMUNICATIONS, INC.

Référence: Compétence/ WEGENER

Article: 106, 108, 109, 122 CBE

Mot-clé: "Décision finale, qui met fin à la procédure- compétence pour statuer sur une requête en *restitutio in integrum* quant au délai de recours"

Sommaire

*La question de la recevabilité du recours visée à l'article 109 CBE ne relève de la compétence de la première instance que lorsque celle-ci peut la trancher d'emblée d'après les documents nécessaires en tant que tels au soutien du recours (acte de recours et mémoire exposant les motifs du recours, information relative à la date de paiement de la taxe de recours). Il s'ensuit que c'est l'instance de recours qui a compétence exclusive pour statuer sur une requête en *restitutio in integrum* quant à un délai concernant le recours proprement dit (art. 108 CBE). Cette même instance statue donc ensuite sur la recevabilité (art. 110(1) CBE en liaison avec la règle 65(1) CBE).*

Exposé des faits et conclusions

I. La présente décision concerne la compétence de la première instance pour statuer au titre de l'article 122 CBE sur des questions de *restitutio in integrum* quant au délai de recours prévu à l'article 108 CBE. Elle tranche également la question de la *restitutio* elle-même ainsi que de la recevabilité du recours.

II. La demande de brevet européen n° 84 304 471.0 a été rejetée par une décision de la division d'examen de l'OEB, le 18 mai 1988. Le paiement d'une taxe de recours, le 19 juillet 1988, a été suivi, le 29 juillet, du dépôt d'un acte de recours en date du 19 juillet 1988. L'enveloppe contenant l'acte de recours portait un cachet de la poste de Londres en date du 22 juillet 1988.

III. Informé par un agent de la division d'examen, lors d'une conversation téléphonique qui a eu lieu le 14 septembre 1988, que l'acte de recours avait été reçu trop tard, le requérant a présenté une requête en *restitutio in integrum* au titre de l'article 122 CBE, dans

beim EPA einging, nach Artikel 122 EPÜ Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Wiedereinsetzungsgebühr wurde am selben Tag entrichtet. Die Beschwerdeführerin machte geltend, sie habe die Beschwerdeschrift von London bereits am 19. Juli 1988, also so frühzeitig abgesandt, daß sie annehmen dürfte, sie werde sicherlich vor Ablauf der zweimonatigen Beschwerdefrist am 28. Juli 1988 in München eingehen. Damit habe sie alle nach Artikel 122 EPÜ gebotene Sorgfalt beachtet. Diesem Schriftsatz war eine Beschwerdebegründung beigelegt.

IV. In Schreiben, die beim EPA am 11. Januar bzw. am 13. Dezember 1989 eingingen, erkundigte sich die Beschwerdeführerin nach dem Bearbeitungsstand ihres immer noch anhängigen Wiedereinsetzungsantrags. Am 3. Juni 1991 fragte sie per Telefax ein weiteres Mal nach dem Stand ihres Antrags und ihrer Anmeldung.

V. Daraufhin verfügte ein Formalsachbearbeiter der Generaldirektion 2 des EPA am 14. Juni 1991 die Wiedereinsetzung der Beschwerdeführerin in den vorigen Stand. Die Beschwerde wurde an die Beschwerdekammern, Generaldirektion 3, weitergeleitet und ging dort am 2. Juli 1991 ein.

VI. Auf eine Mitteilung der Beschwerdekammer hin behielt sich die Beschwerdeführerin in einem am 5. November 1991 eingegangenen Schreiben das Recht vor, die Zuständigkeit der Kammer in der Wiedereinsetzung anzufechten. In bezug auf die Gewährbarkeit des Wiedereinsetzungsantrags brachte die Beschwerdeführerin im wesentlichen vor, daß es nach über drei Jahren praktisch unmöglich sei, den Geschehensablauf nachzuvollziehen, und daß der Grund für die festgestellte Abweichung zwischen dem Datum ihrer Beschwerdeschrift (19. Juli 1988) und dem Poststempel auf dem Umschlag (22. Juli 1988) nur dann durch Untersuchungen hätte ermittelt werden können, wenn die Frage der gebotenen Sorgfalt gleich bei Einreichung ihres Wiedereinsetzungsantrags angesprochen worden wäre.

Entscheidungsgründe

1 Zuständigkeit

1.1 Bevor eine Beschwerde sachlich geprüft werden kann, muß sie für zulässig befunden worden sein. Die Entscheidung über die Zulässigkeit der Beschwerde ist nach Artikel 110 (1) EPÜ in Verbindung mit Regel 65 (1) EPÜ ausdrücklich Sache der Beschwerdekammern.

1.2 Im Rahmen des im EPÜ verankerten und auf dem Grundsatz des Devolutiveffekts von Rechtsmitteln basierenden Systems der Nachprüfung durch eine gesonderte, höhere Instanz bewirkt eine Endentscheidung (nicht

the EPO on 16 September 1988. The fee for *restitutio* was paid on the same date. The appellants claimed that they had despatched the letter containing the notice of appeal already on 19 July 1988 from London, i.e. at such a time for them to assume that the letter would arrive in Munich well within the two-month period for notice of appeal, which lapsed on 28 July 1988. Therefore, they had shown all due care under Article 122 EPC. To this letter was attached a statement of grounds

IV. In letters received by the EPO on 11 January and 13 December 1989, respectively, the appellants enquired about their pending request for *restitutio*. On 3 June 1991, they enquired again via telecopy, seeking information on the status of their request and the application.

V. On 14 June 1991, a formalities officer in Directorate-General 2, EPO, took a decision to re-establish the appellants into their rights. The appeal was remitted to the Boards of Appeal, Directorate-General 3, and received there on 2 July 1991.

VI. Upon a communication from the Board of Appeal, the appellants in a letter received on 5 November 1991 reserved their right to dispute the jurisdiction of the Board with regard to the *restitutio* issue. With regard to the allowability of the request for *restitutio* the appellants argued in essence that it was virtually impossible after more than three years to establish what had in fact happened, and that, had the point of due care been raised at the time of the filing of their request for *restitutio*, investigations may have revealed the reason for the noted discrepancy between the date of the letter (19 July 1988) and the postmark on the envelope (22 July 1988).

Reasons for the Decision

1. Jurisdiction

1.1 Before an appeal can be examined on its merits, it must have been found admissible. The question of admissibility of the appeal is expressly a matter for the Boards of Appeal to decide (Article 110(1) EPC in conjunction with Rule 65(1) EPC).

1.2 In the system for appellate review by a separate higher instance, as foreseen by the EPC in accordance with the principle of devolutive legal remedy, a final decision (as distinct from a decision that is no longer appealable

une lettre reçue par l'OEB le 16 septembre 1988. La taxe de *restitutio* a été acquittée le même jour. Le requérant a affirmé avoir envoyé de Londres la lettre contenant l'acte de recours dès le 19 juillet 1988, c'est-à-dire à une date à laquelle il pouvait supposer que la lettre arriverait à Munich largement dans le délai prévu pour former le recours, soit deux mois, qui expirait le 28 juillet 1988. Selon lui, il avait donc fait preuve de toute la vigilance nécessaire, au sens de l'article 122 CBE. La lettre était accompagnée d'un mémoire exposant les motifs.

IV. Dans des lettres reçues par l'OEB respectivement le 11 janvier et le 13 décembre 1989, le requérant a demandé où en était l'examen de sa requête en *restitutio*. Le 3 juin 1991, il a demandé à nouveau, par télécopie, des renseignements sur la situation de sa requête et de sa demande de brevet.

V. Le 14 juin 1991, un agent des formalités de la direction générale 2 de l'OEB a décidé de rétablir le requérant dans ses droits. Le recours a été déféré aux chambres de recours de la direction générale 3 qui l'a reçu le 2 juillet 1991.

VI. A la suite d'une notification de la Chambre de recours, le requérant, dans une lettre parvenue à l'OEB le 5 novembre 1991, s'est réservé le droit de contester la compétence de la Chambre concernant la question de la *restitutio*. S'agissant de l'admissibilité de la requête en *restitutio*, le requérant a allégué en substance qu'il était virtuellement impossible d'établir, plus de trois ans après, ce qui s'était effectivement passé et que, si la question de la vigilance nécessaire avait été soulevée au moment où il avait présenté sa requête en *restitutio*, une enquête aurait pu révéler la raison de la différence constatée entre la date de la lettre (19 juillet 1988) et le cachet de la poste sur l'enveloppe (22 juillet 1988).

Motifs de la décision

1. Compétence

1.1 Pour qu'un recours puisse être examiné au fond, il doit avoir été déclaré recevable. Comme cela ressort expressément de l'article 110(1) CBE, en liaison avec la règle 65(1) CBE, ce sont les chambres de recours qui statuent sur la recevabilité du recours.

1.2 Selon le système de réexamen par une instance supérieure distincte, prévu par la CBE conformément au principe du remède juridique dévolutif, une décision finale (qu'il convient de distinguer d'une décision contre la-

zu verwechseln mit einer wegen Ablaufs der Beschwerdefrist nicht mehr beschwerdefähigen Entscheidung) einer niedrigeren Instanz, daß für diese der Fall insoweit abgeschlossen ist, als die Entscheidung alle anstehenden sachlichen Fragen klärt. In diesem Sinne können auch Zwischenentscheidungen Endentscheidungen sein, wenn nämlich die gesonderte Beschwerde gegen sie zugelassen wird (s. Art. 106 (3) EPÜ (*in fine*)) - eine im EPA seit langem geübte Praxis, wenn mit der Entscheidung de facto über alle materiellrechtlichen Fragen befunden wurde, einige verwaltungs- und verfahrenstechnische Fragen, etwa die Einreichung der Übersetzung, aber noch offen sind. Nach diesem Grundsatz ist eine Beschwerde von der nächsthöheren Instanz, d. h. in diesem Fall von den Beschwerdekammern, zu prüfen; die Vorinstanz ist dann für diesen Fall nicht mehr zuständig. Gemäß Artikel 122 (4) EPÜ entscheidet über den Wiedereinsetzungsantrag das Organ, das über die versäumte Handlung zu entscheiden hat.

1.3 Als Ausnahme vom Grundsatz des Devolutiveffekts sieht Artikel 109 EPÜ die Möglichkeit der Abhilfe durch die Erstinstanz vor. Dieses Institut der Abhilfe könnte als Aufhebung des Grundsatzes aufgefaßt werden, weil einer Beschwerde nur dann abgeholfen werden kann, wenn sie für zulässig befunden worden ist. Diese Vorschrift muß jedoch eng ausgelegt werden, beinhaltet sie doch eine Ausnahme vom ansonsten systematisch eintretenden Devolutiveffekt der Beschwerde (aufgrund dessen die Zuständigkeit für den jeweiligen Fall von dem einen Organ auf eine gesonderte andere Instanz übergeht). Bei der Abhilfe handelt es sich wohlgerne nicht um eine Nachprüfung der Entscheidung durch eine zweite Instanz. Wenn die Vorinstanz die Abhilfe **verweigert** hat, würde die Beschwerdekammer außerdem vor der sachlichen Prüfung der Beschwerde immer erst deren Zulässigkeit prüfen.

Die in Artikel 109 (2) EPÜ für die Abhilfe vorgesehene kurze Frist von einem Monat schließt praktisch aus, daß über Wiedereinsetzungsanträge fristgerecht entschieden werden kann, selbst wenn die Vorinstanz, was eher unwahrscheinlich ist, bereit wäre, dem Antrag sofort ohne weitere Korrespondenz mit dem Beschwerdeführer stattzugeben. Daher kann es nicht Zweck des Artikels 109 EPÜ sein, die Vorinstanz zur Entscheidung über Wiedereinsetzungsfragen zu ermächtigen.

Eine enge Auslegung des Artikels 109 EPÜ bedeutet, daß die Abhilfe nur in solchen Fällen zulässig ist, in denen die Beschwerde schon aus sich selbst heraus den Erfordernissen der Artikel 106 bis 108 und der Regel 64 EPÜ

as a result of the time for appeal having lapsed) by a lower instance effectively severs the case from that instance, insofar as the decision has settled all pending issues on their merits. Also interlocutory decisions could be final in this sense, namely if they are appealable by special decree (see Article 106(3) EPC (*in fine*)), e.g. according to the long-established practice of the EPO where in effect all substantial issues have been dealt with by the decision, but some administrative and procedural issues are still outstanding, such as the filing of a translation. According to this principle, an appeal is to be reviewed by the next higher instance, in this case by the Boards of Appeal, and the lower instance no longer has jurisdiction over that case. According to Article 122(4) EPC, the department competent to decide on the omitted act is competent to decide on the request for *restitutio*.

1.3 As an exception from the principle of devolutive legal remedy Article 109 EPC gives provisions for rectification by the first instance. The power to rectify could seem to countermand this principle, since rectification presupposes that the appeal is admissible. This provision must, however, be an exception from the system of devolutive appeals (i.e. where cases on appeal pass from one body to another, separate one), be construed narrowly. It should be noted that rectification is not a second instance review of the decision. Further, in all cases where the lower instance has decided **not** to rectify, the Boards of Appeal would consider the admissibility issue without exception before going on to consider the appeal on its merits.

The limited period of one month provided by Article 109(2) EPC for rectification, practically excludes the possibility that a decision on *restitutio* requests could be taken in time, even in the unlikely event that the first instance would be prepared to allow it immediately without any further communication to and from the appellant. Therefore, Article 109 cannot have been designed to empower the first instance to decide issues of *restitutio*.

A narrow interpretation of Article 109 EPC means that the condition of admissibility for rectification would cover only those situations where the appeal in and of itself immediately meets the conditions laid down in Arti-

quelle il n'est plus possible d'introduire un recours parce que le délai de recours est expiré) rendue par une instance inférieure met fin à l'examen de l'affaire par cette instance, lorsque la décision a réglé au fond tous les points pendents. C'est dans ce sens que l'on pourrait dire qu'une décision intermédiaire a elle aussi le caractère d'une décision finale lorsqu'elle peut faire l'objet d'un recours indépendant (voir article 106(3) CBE (*in fine*)); c'est par exemple le cas, conformément à la pratique établie depuis longtemps à l'OEB, lorsque la décision a traité tous les points de fond mais que des questions d'ordre administratif et de procédure, telles que la production d'une traduction, sont encore en suspens. En application de ce principe, le réexamen d'une affaire dans une procédure de recours doit être effectué par l'instance immédiatement supérieure, en l'occurrence par les chambres de recours, et l'instance inférieure est desaisie de l'affaire. L'article 122(4) CBE prévoit que l'instance qui est compétente pour statuer sur l'acte non accompli décide sur la requête en *restitutio*.

1.3 Dérogeant au principe du remède juridique dévolutif, l'article 109 CBE contient une disposition selon laquelle une décision peut être révisée par la première instance. Cette possibilité de révision par l'instance qui a rendu la décision peut sembler annuler ce principe puisqu'une révision suppose que le recours soit recevable. Toutefois, du fait qu'elle constitue une exception au système des recours en tant que remèdes dévolutifs (c'est-à-dire un système où les recours sont transmis à une autre instance, distincte de la première), cette disposition doit faire l'objet d'une interprétation stricte. Il convient de noter que la révision n'est pas un réexamen de la décision en seconde instance. En outre, dans tous les cas où l'instance inférieure décide de **ne pas** réviser sa décision, les chambres de recours statuent inmanquablement sur la question de la recevabilité avant d'examiner le recours au fond.

Le délai d'un mois prévu pour la révision à l'article 109(2) CBE exclut pratiquement la possibilité de rendre avant l'expiration de ce délai une *décision* concernant une requête en *restitutio*, même dans l'hypothèse peu probable où la première instance serait prête à faire droit sur le champ à la requête, sans nouvelles observations de sa part ou de la part du requérant. L'article 109 ne peut donc avoir été conçu pour donner à la première instance le pouvoir de statuer en matière de *restitutio*.

Une interprétation stricte de l'article 109 CBE implique que l'existence de la condition de recevabilité qui entre en ligne de compte pour la révision d'une décision ne correspondrait qu'aux situations où le recours satisfait d'em-

genügt. Demnach kann die Vorinstanz nicht über die Angelegenheit entscheiden, wenn dies eine Entscheidung über ein als Vorbedingung zu erfüllendes verfahrenstechnisches Kriterium voraussetzt (siehe auch *Singer*, Europäisches Patentübereinkommen, 1989, S. 452: "Die Abhilfemöglichkeit ist nur gedacht für Beschwerden, deren Zulässigkeit ... sofort festgestellt werden kann"). Selbst wenn die Vorinstanz bereit wäre, ihrer eigenen Entscheidung abzuweichen, gäbe es keine Ausnahme von diesem übergeordneten Grundsatz.

Daß dem Grundprinzip des Devolutiv-effekts eine solche Wirkung innewohnt, zeigt sich auch daran, daß die Entscheidung über die Wiedereinsetzung der Beschwerdeführerin nicht zu der Akte der Erstinstanz genommen werden konnte, da die bereits am 18 Mai 1988 ergangene Endentscheidung logischerweise das letzte Dokument in dieser Akte sein muß. Daher mußten alle nach diesem Zeitpunkt beim EPA eingegangenen oder von ihm selbst erstellten Schriftstücke zur Beschwerdeakte genommen werden.

1.4 Die Kammer gelangt deshalb zu dem Schluß, daß die im Rahmen des Artikels 109 EPÜ zu beantwortende Frage der Zulässigkeit nur dann in die Zuständigkeit der Erstinstanz fällt, wenn sie unmittelbar anhand des bloßen Beschwerdevorbringens (Beschwerdeschrift und Beschwerdebe-gründung, Zeitpunkt der Entrichtung der Beschwerdegebühr) entschieden werden kann. Für einen Antrag auf Wiedereinsetzung in eine die Beschwerde selbst betreffende Frist (Art. 108 EPÜ) ist demnach ausschließlich die Beschwerdeinstanz zuständig. Dieselbe Instanz entscheidet dann entsprechend auch über die Frage der Zulässigkeit (Art. 110(1) EPÜ in Verbindung mit R. 65 (1) EPÜ).

1.5 In einer neueren Entscheidung hat eine andere Beschwerdekammer ähnliche Umstände wie im vorliegenden Fall geschildert, ohne jedoch deren mögliche Auswirkungen zu erörtern, was implizit darauf hindeutet, daß die in diesem Fall von der Vorinstanz getroffene Entscheidung auf Wiedereinsetzung des Beschwerdeführers ihre Zustimmung fand (T 317/89 - 3.2.3 vom 10. Juli 1991, nicht zur Veröffentlichung bestimmt, Nrn. III und IV). Da aber die Frage der Zuständigkeit in diesem Fall nicht angesprochen wurde, kann keine Rede davon sein, daß die im vorliegenden Fall gezogene Schlußfolgerung zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung führen würde. Aus diesem Grund und vor allem deshalb, weil die Beschwerde in der Erst-

cles 106 to 108 and Rule 64 EPC The department of first instance is thus not empowered to decide on the matter, if this necessitates any decision on a preconditional procedural question (see also *Singer*, "Europäisches Patentübereinkommen", 1989, p 452 "Die Abhilfemöglichkeit ist nur gedacht für Beschwerden, deren Zulässigkeit ... sofort festgestellt werden kann" (the possibility to rectify is only foreseen for appeals whose admissibility .. can be immediately established)) Not even where the department of first instance would be prepared to rectify its own decision would there be any exception to the main principle.

An indication to support the above necessary effect of the fundamental principle of devolutive legal remedy is that the decision to reinstate the appellants could not be joined to the file of the first instance, the final decision of the case already adjudicated on 18 May 1988 logically having to be the last document of that file. Consequently, all documentation received or created by the EPO after that date had to be included in the Board of Appeal file.

1.4 The Board's conclusion is thus that the admissibility question under Article 109 EPC only falls under the jurisdiction of the department of first instance when this question can be decided immediately on the basis of the appeal submissions themselves (notice of appeal and statement of grounds, date of payment of the appeal fee) Consequently, the appellate instance has exclusive jurisdiction over a request for *restitutio* into a time limit relating to the appeal itself (Art. 108 EPC) The same instance then decides the admissibility issue accordingly (Art 110(1) EPC in conjunction with Rule 65(1) EPC).

1.5 In a recent decision, another Board of Appeal has referred to circumstances similar to the ones in the present case, but without discussing possible effects thereof, thereby implying that it had approved of the decision by the first instance in that case to reinstate the appellant (T 317/89 - 3.2.3 of 10 July 1991, not intended for publication, points III and IV). As the issue of jurisdiction was never raised in that case, the conclusion drawn in the present case cannot be said to lead to a non-uniform application of the law. Therefore, and above all because the appeal was delayed for almost three years in the department of first instance, the Board has found it necessary in the interest of the appellant to take a decision in the matter, rather

blée en lui même et par lui même aux conditions posées aux articles 106, 107 et 108 ainsi qu'à la règle 64 CBE. Autrement dit, la première instance n'a pas le pouvoir de statuer en l'espèce s'il est nécessaire pour ce faire de régler une question de procédure devant être résolue au préalable (voir *Singer*, Europäisches Patentübereinkommen, 1989, 452: "Die Abhilfemöglichkeit ist nur gedacht für Beschwerden, deren Zulässigkeit ... sofort festgestellt werden kann" (c'est-à-dire: la possibilité de révision par l'instance ayant rendu la décision est conçue uniquement pour les recours dont la recevabilité ... peut être immédiatement établie)). Même dans le cas où la première instance se serait disposée à réviser sa propre décision, il ne serait pas fait exception au principe essentiel.

Pour confirmer l'effet nécessaire, évoqué ci-dessus, du principe essentiel du remède juridique dévolutif, l'on ajoutera que la décision rétablissant le requérant dans ses droits ne pouvait pas être jointe au dossier de première instance, la décision finale rendue le 18 mai 1988 devant logiquement être le dernier document de ce dossier. En conséquence, tous les documents reçus ou créés par l'OEB après cette date devaient être versés au dossier de la Chambre de recours.

1.4 La Chambre conclut donc que la question de la recevabilité visée à l'article 109 CBE ne relève de la compétence de la première instance que lorsque celle-ci peut la trancher immédiatement d'après les documents nécessaires en tant que tels au soutien (acte de recours et mémoire exposant les motifs de recours, information relative à la date de paiement de la taxe de recours). Il s'ensuit que c'est l'instance de recours qui a compétence exclusive pour statuer sur une requête en *restitutio* quant à un délai concernant le recours proprement dit (art. 108 CBE). Cette même instance statue donc ensuite sur la recevabilité (art 110(1) CBE en liaison avec la règle 65(1) CBE).

1.5 Dans une décision récente, une autre chambre de recours s'est penchée sur des faits similaires à ceux de la présente affaire, sans cependant en examiner les conséquences éventuelles, laissant supposer ainsi qu'elle approuvait la décision rendue par la première instance qui rétablissait le requérant dans ses droits (décision T 317/89 - 3.2.3 du 10 juillet 1991, qui ne sera pas publiée, points III et IV) La question de la compétence n'ayant à aucun moment été soulevée dans cette décision, l'on ne peut dire que les conclusions de la Chambre dans la présente affaire entraînent une application non uniforme du droit. La Chambre a donc jugé nécessaire, dans l'intérêt du requérant et d'autant plus que l'affaire a été différée pendant

instanz nahezu drei Jahre unbearbeitet geblieben ist, hält es die Kammer im Interesse der Beschwerdeführerin für angezeigt, selbst eine Entscheidung in der Sache zu treffen, statt der Großen Beschwerdekammer nach Artikel 112 EPÜ eine entsprechende Rechtsfrage vorzulegen.

2 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

2.1 Da über die Frage der Zulässigkeit erst nach der Entscheidung über die Wiedereinsetzung befunden werden kann, muß die Beschwerdekammer über den Wiedereinsetzungsantrag entscheiden.

Nachdem der Wiedereinsetzungsantrag und die Gebühr hierfür entsprechend den Vorschriften des Artikels 122 (2) und (3) EPÜ eingegangen sind, ist der Antrag zulässig.

2.2 Als nächstes gilt es zu entscheiden, ob dem Antrag im Hinblick auf das in Artikel 122 (1) EPÜ enthaltene Erfordernis der gebotenen Sorgfalt stattgegeben werden kann. Diesbezüglich ist festzustellen, daß der Umschlag einen Poststempel vom 22 Juli 1988 trägt, während die Beschwerdeführerin behauptet, daß sie ihre Beschwerdeschrift bereits am 19. Juli 1988 zur Post gegeben habe.

Was gemäß Artikel 122 EPÜ als gebotene Sorgfalt zu gelten hat, ist in gewissem Maße immer Ermessenssache. Als ein möglicher Maßstab könnte die 10-Tage-Regel (R. 78 (3) EPÜ) herangezogen und aus ihr der Grundsatz abgeleitet werden, daß alle gebotene Sorgfalt nachgewiesen ist, wenn ein Schreiben mindestens 10 Tage vor Ablauf der betreffenden Frist bei der Post aufgegeben wurde. Andererseits würde ein solcher Grundsatz zu einer unnötig starren, für bestimmte geographische Gebiete möglicherweise nachteiligen Handhabung führen und deshalb bei der Beantwortung der Frage nicht weiterhelfen, ob angesichts der zu erwartenden Beförderungszeiten die gebotene Sorgfalt beachtet wurde.

Daher würde die Kammer - wie in der Sache T 81/83 - 3.2.1 vom 21 November 1983, Nummer 3 (nicht veröffentlicht) - eher von der Laufzeit ausgehen, die das betreffende Schriftstück im Normalfall benötigen würde, um beim EPA rechtzeitig einzulangen. Im vorstehend angesprochenen Fall ging ein am 11. April in Mailand/Italien aufgegebenes Schreiben zur Bestätigung einer fernschriftlich eingelegten Beschwerde beim EPA erst am 28. April (nach 17 Tagen) und damit 7 Tage zu spät ein.

Im vorliegenden Fall wären unter der Annahme, daß das Schreiben tatsächlich am Tag des Poststempels - am 22 Juli - aufgegeben wurde, für den rechtzeitigen Eingang in München *de facto* nur 4 Arbeitstage verblieben (da der 22 Juli ein Freitag war) In

than referring a question on this issue to the Enlarged Board under Article 112 EPC.

2. Restitutio in integrum

2.1 As the outcome of the admissibility issue is dependent on the outcome of the issue of *restitutio in integrum*, the request for *restitutio* consequently has to be decided by the Board of Appeal.

The request for *restitutio* and the fee therefore having been received in accordance with Article 122(2) and (3) EPC, it is admissible.

2.2 It remains to be decided whether the request is allowable with regard to the requirement of due care under Article 122(1) EPC. In this respect it is to be noted that, whereas the appellants claim to have posted their notice of appeal on 19 July 1988, the envelope is postmarked 22 July 1988.

There is always a certain amount of discretion in deciding what constitutes due care under Article 122 EPC. One possible yardstick could be to use the ten-day rule (Rule 78(3) EPC) and from it construe a principle, which would provide that all due care would have been proven if a letter was posted at least ten days before the lapse of the time limit in question. On the other hand, such a principle would lead to an unnecessarily rigid rule, possibly discriminating certain geographical locations, and could therefore not be of any assistance in dealing with the due care issue with regard to expected delivery times.

As in T 81/83 - 3.2.1 of 21 November 1983, point 3 (not published), the Board would refer to what would normally be sufficient for the document in question to reach the EPO on time. In that case a letter posted in Milan, Italy, on 11 April confirming a notice of appeal by telex, only reached the EPO on 28 April (after 17 days) or seven days too late.

In the present case, given that the letter was actually posted on the date of the postmark - 22 July - there would in effect have been only four working days left (22 July being a Friday) for it to reach Munich on time. In fact, it arrived in five days. Later deliveries in

près de trois ans en première instance de rendre une décision en l'espèce plutôt que de saisir la Grande Chambre de recours au titre de l'article 112 CBE.

2. Restitutio in integrum

21 Dans la mesure où la réponse donnée à la question de la recevabilité dépend de la manière de trancher la question de la *restitutio in integrum*, il appartient à la Chambre de statuer sur la requête en *restitutio*.

La requête en *restitutio* ayant été présentée et la taxe y afférente ayant été acquittée conformément à l'article 122(2) et (3) CBE, cette requête est recevable.

2.2 Il reste à examiner si la requête est admissible au regard de la condition de vigilance posée à l'article 122(1) CBE. Il convient ici de noter que, bien que le requérant affirme avoir posté l'acte de recours le 19 juillet 1988, l'enveloppe porte un cachet de la poste du 22 juillet 1988.

Il existe toujours une certaine liberté d'appréciation pour déterminer ce que recouvre la notion de vigilance utilisée à l'article 122 CBE. On pourrait prendre comme critère la règle des dix jours (règle 78(3) CBE) et concevoir en conséquence un principe selon lequel la condition de vigilance est réputée satisfaite lorsqu'une lettre a été postée au moins dix jours avant l'expiration du délai concerné. Toutefois, un tel principe se révélerait inutilement rigide, pouvant entraîner des discriminations géographiques et n'aidant donc pas à régler la question de la notion de la vigilance dont il faut faire preuve pour ce qui est des délais de distribution escomptés.

Comme dans la décision T 81/83 - 3.2.1 du 21 novembre 1983, point 3 (non publiée), la solution serait pour la Chambre de se référer à ce qu'il aurait normalement suffi de faire pour que le document en cause arrive à l'OEB dans les délais. Dans cette autre affaire, une lettre confirmant un acte de recours transmis par télex, postée à Milan, en Italie, le 11 avril n'était arrivée à l'OEB que le 28 avril (17 jours après), soit sept jours trop tard.

Dans la présente affaire, si la lettre avait effectivement été postée à la date du cachet de la poste, soit le 22 juillet, il ne serait en réalité resté que quatre jours ouvrables (le 22 juillet tombant un vendredi) pour qu'elle arrive à Munich dans les délais. En fait, elle a mis

Wirklichkeit kam das Schreiben nach 5 Tagen an. Spätere Postsendungen aus derselben Akte weisen unterschiedliche Beförderungszeiten auf. Ein vom 6. Januar 1989 datiertes Schreiben ging am 11. Januar, ein weiteres Schreiben mit Datum vom 6. Dezember 1989 dagegen am 13. Dezember und ein vom 12. Juni 1991 datiertes Schreiben am 14. Juni ein, was einer Zustellzeit von 5, 7 bzw. 2 Tagen entspricht, wenn man das Datum des Poststempels mit dem Datum der Aufgabe zur Post gleichsetzt. Eine Analyse der im Prüfungsverfahren vor der ersten Instanz benötigten Beförderungszeiten belegt ebenfalls unterschiedliche Ergebnisse zwischen 1 und 7 Tagen. Dies bedeutet, daß jedwede auf solchen "Statistiken" basierende Schlußfolgerung reine Spekulation wäre.

Wie die Beschwerdeführerin richtig bemerkt hat, wäre es nach mehr als drei Jahren nahezu unmöglich, den tatsächlichen Geschehensablauf nachzuvollziehen. In Anbetracht der fast dreijährigen Verzögerung, mit der die Erstinstanz auf den Wiedereinsetzungsantrag reagiert hat, erscheint es der Kammer gerechtfertigt, in dieser Frage zugunsten der Beschwerdeführerin zu entscheiden und ihr die Beachtung der gebotenen Sorgfalt zuzubilligen. Nach Auffassung der Kammer kann dem Wiedereinsetzungsantrag somit stattgegeben werden. Dementsprechend gilt die Beschwerde als fristgerecht eingelegt.

2.3 Da die Beschwerde auch den sonstigen Erfordernissen des Artikels 108 EPÜ im Hinblick auf die Zahlung der Beschwerdegebühr und die Einreichung einer Beschwerdebegründung sowie Regel 64 EPÜ entspricht, ist sie zulässig.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

1. Die Entscheidung vom 14. Juni 1991 auf Wiedereinsetzung der Beschwerdeführerin in den vorigen Stand nach Artikel 122(4) EPÜ wird für nichtig erklärt.

2. Die Beschwerdeführerin wird gemäß Artikel 122 EPÜ wieder in ihr Recht auf Beschwerde gegen die Entscheidung vom 18. Mai 1988 auf Zurückweisung der europäischen Patentanmeldung Nr. 84 304 471.0 eingesetzt.

3. Die Beschwerde ist zulässig.

the present case show varying results. One letter dated 6 January 1989 was received on 11 January, another dated 6 December 1989 was received on 13 December and a letter dated 12 June 1991 was received on 14 June, i.e. 5, 7 and 2 days later, respectively, if assumed that the postmark date tallied with the posting date. A review of delivery times at the stage of the first instance examination also reveals varying results, ranging from 1 to 7 days. This means that any conclusions based upon such "statistics" would amount to mere speculation.

As rightly observed by the appellants, it would be almost impossible after more than three years to establish what actually happened. In view of the long delay of almost three years before the first instance responded to the request for *restitutio*, the Board considers it justified to find for the appellants on this issue. Due care is therefore held to have been observed. The Board of Appeal thus considers the request for re-establishment to be allowable. Consequently, the notice of appeal is held to have been filed on time.

2.3 As the appeal also complies with the further requirements of Article 108 EPC with regard to payment of the appeal fee and submission of a statement of grounds, as well as with Rule 64 EPC, it is admissible.

Order

For these reasons it is decided that:

1. The decision of 14 June 1991 to reinstate the appellants under Article 122(4) EPC into their rights is declared null and void.

2. The appellants are reinstated pursuant to Article 122 EPC into their right of appeal against the decision of 18 May 1988 to refuse European patent application No 84 304 471.0.

3. The appeal is admissible.

cinq jours pour arriver. D'autres lettres reçues par l'OEB dans la suite de cette affaire montrent que les délais de distribution varient. Une lettre en date du 6 janvier 1989 a été reçue le 11 janvier, une autre, en date du 6 décembre 1989, a été reçue le 13 décembre, tandis qu'une lettre datée du 12 juin 1991 a été reçue le 14 juin, ce qui représente respectivement des délais de 5, 7 et 2 jours, à supposer que la date indiquée par le cachet de la poste corresponde à la date à laquelle la lettre a été postée. Si l'on passe en revue les délais de distribution du courrier reçu alors que le dossier était instruit en première instance, l'on constate également des résultats variables, allant de 1 à 7 jours. Cela signifie que toute conclusion basée sur de telles "statistiques" ne serait que pure spéculation.

Comme le requérant l'a fait observer à juste titre, il est pratiquement impossible après plus de trois ans d'établir ce qui s'est réellement passé. Compte tenu de la longue période de près de trois ans qui s'est écoulée avant que la première instance ne réponde à la requête en *restitutio*, la Chambre estime qu'il convient de trancher cette question en faveur du requérant. La condition de vigilance est ainsi considérée comme ayant été respectée. De l'avis de la Chambre, il peut donc être fait droit à la requête en *restitutio* du requérant. Par conséquent, le recours est considéré comme ayant été formé dans les délais.

2.3 Le recours est recevable puisqu'il satisfait également aux autres conditions énoncées à l'article 108 CBE, relatives au paiement de la taxe de recours et au dépôt du mémoire exposant les motifs du recours, et à la règle 64 CBE.

Dispositif

Par ces motifs, il est statué comme suit :

1. La décision en date du 14 juin 1991 qui rétablissait le requérant dans ses droits conformément à l'article 122(4) CBE est annulée.

2. Le requérant est rétabli dans son droit de recours contre la décision de rejet de la demande de brevet européen n° 84 304 471.0 rendue le 18 mai 1988, conformément à l'article 122 CBE.

3. Le recours est recevable.