

Code de distribution interne :

- (A) Publication au JO
(B) Aux Présidents et Membres
(C) Aux Présidents
(D) Pas de distribution

**Liste des données pour la décision
du 2 février 2010**

N° du recours : T 0488/05 - 3.3.07

N° de la demande : 97906226.2

N° de la publication : 0822802

C.I.B. : A61K 7/06

Langue de la procédure : FR

Titre de l'invention :

Composition cosmétique de fixation et de brillance

Titulaire du brevet :

L'Oréal

Opposantes :

Wella AG
KPSS-Kao Professional Salon Services GmbH

Référence :

-

Normes juridiques appliquées :

CBE Art. 54, 56

Normes juridiques appliquées (CBE 1973) :

-

Mot-clé :

"Requête principale recevable (oui)"

"Nouveauté (oui)"

"Activité inventive (oui) - alternative non évidente"

Décisions citées :

T 0197/86

Exergue :

-



N° du recours : T 0488/05 - 3.3.07

D E C I S I O N
de la Chambre de recours technique 3.3.07
du 2 février 2010

Requérante 01 :
(Opposante 01)

Wella AG
Berliner Allee 65
D-64274 Darmstadt (DE)

Mandataire :

Marollé, Patrick Pierre Pascal
Procter & Gamble Service GmbH
Patent Department
Berliner Allee 65
D-64274 Darmstadt (DE)

Requérante 03 :
(Opposante 02)

KPSS-Kao Professional Salon Services GmbH
Pfungstädterstraße 92-100
D-64297 Darmstadt (DE)

Mandataire :

-

Requérante 02 :
(Titulaire du brevet)

L'Oréal
14, rue Royale
F-75008 Paris (FR)

Mandataire :

Dossmann, Gérard
Bureau D.A. Casalonga & Josse
Bayerstraße 71/73
D-80335 München (DE)

Décision attaquée :

Décision intermédiaire de la division
d'opposition de l'Office européen des brevets
postée le 3 mars 2005 concernant le maintien
du brevet européen n° 0822802 dans une forme
modifiée.

Composition de la Chambre :

Président : B. ter Laan
Membres : F. Rousseau
J.-P. Seitz

Exposé des faits et conclusions

I. Les opposantes 1 et 2 et la titulaire du brevet ont chacune introduit un recours, respectivement le 15 avril, le 6 mai et le 3 mai 2005, contre la décision intermédiaire de la division d'opposition, signifiée par voie postale le 3 mars 2005, selon laquelle le brevet européen n° 0 822 802 amendé sur la base d'un jeu de 24 revendications soumis lors de la procédure orale le 1^{er} février 2005 en tant que requête subsidiaire satisfaisait aux conditions de la CBE.

II. Les oppositions avaient été formées en vue d'obtenir la révocation du brevet dans son ensemble aux motifs de manque de nouveauté et d'activité inventive (article 100 a) CBE) se basant, entre autres, sur les documents suivants :

- D1 EP-A-0 431 218
- D2 EP-A-0 260 641
- D4 EP-A-0 285 364
- D5 Article intitulé "Hair Fixatives benefit from the physical and chemical properties of silicones" publié dans Soap/Cosmetics/Chemical Specialties, octobre 1987, pages 36, 38, 39, 72 et 73
- D6 Article intitulé "Silicones Said to Improve Hair Spray Products" publié dans AEROSOL AGE, juin 1963, pages 29 et 75
- D7 Article intitulé "Volatile silicone fluids for cosmetic formulations" publié dans Cosmetics and Toiletries, Volume 91, janvier 1976, pages 29 à 32
- D8 Brochure d'information de Dow Corning portant sur la silicone Dow Corning ® 556 Cosmetic Grade Fluid, 1980

- D9 US-A-5 106 609
- D11 WO 94/08557
- D12 Karlheinz Schrader, Grundlagen und Rezepturen der Kosmetika, 2^{ème} édition, Hüthig Buch Verlag Heidelberg, 1989, pages 736 à 759
- D14 Brochure d'information de Dow Corning sur la silicone Fluide Dow Corning ® 200, 1972.

III. Selon la décision contestée, l'objet du brevet tel que délivré, bien que nouveau vis-à-vis des documents D1 et D2, était anticipé par la composition décrite à l'exemple XIII du document D9 comprenant une silicone volatile (l'octaméthylcyclotétrasiloxane) et une silicone arylée dont la volatilité était moindre (la phénylpentaméthylidisiloxane). Il découlait de l'absence dans la revendication 1 du brevet litigieux d'une définition absolue des expressions "silicones volatiles" et "silicones non volatiles" que le mélange de silicones utilisé dans l'exemple XIII devait être considéré comme le mélange d'une silicone volatile et d'une silicone arylée non volatile. La définition des termes "volatile" et "non-volatile" dans la revendication 1 de la requête subsidiaire permettait cependant de rétablir la nouveauté vis-à-vis du document D9. Le document D5 représentant l'état de la technique le plus proche, l'objet de la requête subsidiaire impliquait une activité inventive, car il n'était pas évident au regard des documents cités d'utiliser une silicone arylée non volatile à une concentration d'au moins 5% dans le but d'optimiser en même temps les propriétés de fixation et la brillance, sans obtenir un toucher et/ou un aspect gras.

- IV. L'opposante 1 avait soumis avec son mémoire de recours l'information sur le composé SS4230 de GE Bayer Silicones accessible le 21 juin 2005 sur le site www.gesilicones.com (ci-après le document D16).
- V. En réponse à la citation à la procédure orale, la titulaire a soumis par télécopie du 31 décembre 2009 deux rapports d'essais.
- VI. La procédure orale devant la Chambre a eu lieu le 2 février 2010 en l'absence de l'opposante 2 annoncée par lettre en date du 11 janvier 2010. La titulaire a défendu le maintien du brevet litigieux sur la base d'une seule requête intitulée "requête principale" soumise lors de la procédure orale, cette requête remplaçant toutes les requêtes précédentes. Les revendications indépendantes 1, 20 et 21 selon la requête principale s'énoncent comme suit, les caractéristiques ajoutées par rapport au brevet tel que délivré, dont les revendications sont identiques à celles telles que déposées, étant indiquées en caractère gras :

"1. Composition cosmétique, caractérisée en ce qu'elle comprend, dans un milieu cosmétiquement acceptable, au moins un polymère fixant, **le ou les polymères fixant(s) étant présent(s) dans des concentrations comprises entre 0,1 et 10% en poids par rapport au poids total de la composition,** au moins 5% en poids d'une silicone arylée non volatile et au moins une silicone volatile, **la ou les silicones volatiles étant présentes dans des concentrations comprises entre 5% et 40% en poids par rapport au poids total de la composition,** la ou les **silicones arylées non volatiles étant présentes dans des**

concentrations comprises entre 5% et 40% en poids par rapport au poids total de la composition."

"20. Procédé de traitement cosmétique des matières kératiniques telles que les cheveux consistant à appliquer sur celles-ci une composition telle que définie à l'une quelconque des revendications précédentes."

"21. Utilisation de la composition telle que définie dans l'une quelconque des revendications 1 à 19, comme, ou pour la fabrication, de composition de coiffage ou de fixation des cheveux."

VII. Les arguments de l'opposante 1 ont été essentiellement les suivants :

- a) Le jeu de revendications servant de fondement à la requête principale était tardif et ne devait pas être admis à la procédure.
- b) Les rapports d'essais présentés par la titulaire par télécopie du 31 décembre 2009, dont la production tardive n'était pas justifiée, devaient être écartés des débats. Si tel n'était pas le cas, il était alors requis que l'affaire soit renvoyée à la première instance pour suite à donner.
- c) Les revendications selon la requête principale n'étaient pas objectées au titre des dispositions de la règle 80 CBE ou des articles 123(2), 123(3) ou 84 CBE.

- d) La nouveauté de l'objet revendiqué était mise en cause sur la base de l'exemple XIII du document D9. Il découlait de l'absence d'une distinction claire entre les expressions "silicones volatiles" et "silicones non volatiles", qui désignaient des concepts relatifs, que la revendication 1 ne requérait pas des volatilités particulières pour ces silicones, mais uniquement que celles-ci soient différentes. Par conséquent, le mélange de silicones utilisé dans l'exemple XIII, qui comprenait la cyclotétradiméthylsiloxane volatile et la phénylpentaméthylsiloxane de volatilité moindre devait être considéré comme un mélange d'une silicone volatile et d'une silicone arylée non volatile. Quant au document D1, du mode préférentiel de réalisation décrit à la revendication 23 qui devait être lu au regard de l'information divulguée à la page 3, lignes 42 à 50, résultait la divulgation de l'objet défini à la requête principale. En outre, les exemples 1, 2 et 6 du document D11 étaient également préjudiciables à la nouveauté de l'objet revendiqué, la résine silicone MQ employée dans ces exemples étant un polymère fixant.
- e) Concernant l'activité inventive, l'état de la technique le plus proche était représenté par le document D1, car il concernait les compositions de fixation pour cheveux structurellement les plus proches de celles revendiquées et qui de par l'emploi d'une résine silicone possédaient nécessairement la brillance recherchée dans le brevet litigieux. Si l'on devait cependant considérer le document D5 comme l'état de la technique le plus proche, le problème résolu par l'objet revendiqué ne pouvait, en

l'absence de données démontrant une supériorité des compositions revendiquées, que résider en la fourniture d'une alternative aux compositions divulguées dans D5. La solution proposée par le brevet litigieux amendé était évidente pour l'homme du métier, en particulier au vu d'une part du document D6 enseignant l'augmentation de la quantité de silicone pour donner de la brillance et d'autre part du document D7 divulguant l'usage combiné des silicones volatiles et non volatiles dans les compositions cosmétiques. Il était également connu de D8 que la silicone Dow Corning ® 556 améliorait la brillance des compositions de fixation et du document D11 que les silicones arylées dû à leur indice de réfraction élevé apportaient un caractère brillant à la coiffure. L'objet revendiqué n'était donc pas inventif.

VIII. Les arguments de l'opposante 2, présentés par écrit, ont été essentiellement les suivants :

- a) L'objet du brevet litigieux était anticipé par le document D1, la revendication 23 devant être lue en combinaison avec l'information, page 3, lignes 42 à 50, selon laquelle la gomme de silicone pouvait être une silicone arylée.
- b) La question se posait de savoir si D5 pouvait représenter l'état de la technique le plus proche, cette antériorité ne divulguant pas une composition de soin capillaire comprenant une combinaison d'une silicone volatile et d'une silicone non volatile. Il était par conséquent justifié de considérer le document D4 en tant qu'état de la technique le plus

proche, dont l'enseignement combiné avec celui de D12 ou D1 menait de manière évidente à l'objet du brevet litigieux. L'homme du métier arrivait également sans activité inventive à l'objet revendiqué par une combinaison de l'enseignement du document D5 ou D2 avec celui du document D4, ou alternativement au vu de l'enseignement du seul document D9.

IX. Les arguments de la titulaire peuvent être résumés de la manière suivante :

- a) La requête principale se fondait sur une combinaison des revendications du brevet litigieux résultant en une limitation de l'objet revendiqué. Elle répondait à l'objection de l'opposante 1 formulée pour la première fois lors de la procédure orale devant la Chambre selon laquelle l'absence de limitations pour les concentrations en polymère fixant et en silicone dans la revendication 1 du brevet délivré signifiait que les compositions revendiquées ne pouvaient conduire à des compositions offrant la tenue et l'effet conditionnant recherchés. La requête principale devait donc être admise dans la procédure.
- b) Concernant la nouveauté, le document D1 ne décrivait pas de manière directe et non ambiguë la combinaison de composés présentement revendiquée, à laquelle le lecteur de D1 considérant les options offertes dans ce document ne pouvait aboutir que par au moins deux sélections arbitraires. L'objection pour défaut de nouveauté basée sur les compositions des exemples 1, 2 et 6 de D11 n'était pas fondée, car la résine de type MQ contenue dans ces compositions n'était pas un polymère fixant. De plus, la composition de

l'exemple XIII de D9 qui ne contenait pas de silicone arylée non volatile, ainsi qu'il découlait des documents D9 et D14, ne pouvait pas par conséquent anticiper l'objet revendiqué.

- c) Concernant l'activité inventive, l'état de la technique le plus proche était représenté par l'enseignement du document D5. Au vu des essais soumis le 31 décembre 2009 et des comparaisons offertes à l'exemple 5 du brevet litigieux, le problème objectif résolu par rapport à l'état de la technique le plus proche résidait dans la mise à disposition de compositions de fixation dont les propriétés en termes de fixation, brillance et toucher avaient été améliorées. Les rapports d'essais présentés par la titulaire par télécopie du 31 décembre 2009 ne faisaient que confirmer les résultats montrés dans le brevet litigieux. N'apportant pas d'élément nouveau ils pouvaient donc être admis dans la procédure. Les essais présentés dans l'exemple 5 se basaient conformément à la décision T 197/86 (OJ, OEB 1989, 371) sur une modification de l'état de la technique le plus proche afin que la comparaison offerte puisse mettre en évidence le problème résolu par la caractéristique distinctive. Si la résolution d'un tel problème n'était pas reconnue, le problème technique résolu par l'invention devait alors être reformulé comme celui de la mise à disposition d'autres compositions de fixation et/ou de mise en forme de la coiffure qui possèdent un bon pouvoir fixant, un aspect très brillant et un toucher non gras. Ce problème était résolu indépendamment de la nature des polymères fixants, car les silicones dans les quantités

utilisées dans le brevet litigieux n'avaient pas uniquement un effet plastifiant du polymère fixant, mais permettaient également de gainer les cheveux. La solution proposée par le brevet litigieux n'était pas évidente pour l'homme du métier, car les antériorités citées, se bornant à souligner la fonction plastifiante de cette silicone pour les polymères fixants, ne divulguaient pas l'utilisation d'une silicone arylée non volatile dans une quantité d'au moins 5%.

- X. Les opposantes 1 et 2 ont demandé (l'opposante 2 par écrit) l'annulation de la décision attaquée et la révocation du brevet. L'opposante 1 a requis en outre le renvoi de l'affaire à la première instance, ainsi que la répartition des frais, au cas où les essais déposés par la titulaire par télécopie du 31 décembre 2009 viendraient à être pris en compte.
- XI. La titulaire a demandé l'annulation de la décision attaquée et le maintien du brevet sur le fondement de la requête principale déposée pendant la procédure orale devant la Chambre le 02 février 2010.
- XII. La Chambre a rendu sa décision à la fin de la procédure orale.

Motifs de la décision

1. Les recours sont recevables.

Questions de procédure

2. Le texte de la requête principale soumise lors de la procédure orale devant la Chambre se base sur le brevet tel que délivré, dont les revendications sont identiques à celles telles que déposées, la revendication 1 ayant été restreinte par l'insertion des revendications 2, 3 et 6, la quantité en polymère fixant correspondant à la plage préférée définie dans la revendication 2. La revendication 6 du brevet litigieux dépendant de la revendication 3, elle même dépendante de la revendication dépendante 2, l'objet de la présente requête a été nécessairement considéré par les opposantes dans la procédure d'opposition et de recours. Ainsi, une telle restriction ne peut les surprendre ou créer une situation inattendue. Cette requête vise de plus à surmonter l'objection formulée au cours de la procédure orale devant la Chambre selon laquelle il n'était pas vraisemblable que les effets techniques allégués par la titulaire puissent être, en l'absence de limitations concernant la teneur en polymère fixant et la quantité maximum de silicone arylée non volatile, obtenus pour l'ensemble des compositions revendiquées. Constatant de plus que cette restriction ne saurait prolonger inutilement les débats, la Chambre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire admet la présente requête dans la procédure de recours.

3. Les rapports d'essais soumis par la titulaire le 31 décembre 2009 visent à étayer l'argumentation en faveur de l'activité inventive au regard du document D5 pris comme état de la technique le plus proche. Aucune justification n'a été invoquée par la titulaire pour expliquer leur dépôt tardif alors que la division

d'opposition considérant ce même document comme point de départ de son analyse d'activité inventive avait déjà conclu au caractère inventif de l'objet revendiqué. Par ailleurs, leur dépôt à un mois de la procédure orale plaçait les opposantes dans l'incapacité de les vérifier ou d'y répondre sans un ajournement nécessaire de la procédure orale pour les fins du respect du principe du débat contradictoire. Par conséquent, la Chambre usant de son pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 114(2) CBE et l'Article 10ter(3) RPCR en vigueur lors de la réception de l'acte de recours de la présente affaire (version publiée au JO OEB 2003, 61) décide de ne pas admettre dans la procédure les rapports d'essais soumis par la titulaire le 31 décembre 2009.

Modifications

4. Aucune objection de forme n'a été soulevée à l'encontre des modifications apportées au brevet litigieux. La Chambre n'a aucune raison d'adopter une position différente. Les modifications se basent sur la demande telle que déposée (voir point 2 *supra*) tout en limitant la protection conférée par le brevet tel que délivré, satisfaisant ainsi aux exigences de l'article 123(2) et (3) CBE.

Nouveauté

5. La nouveauté des revendications du brevet litigieux a été mise en cause sur la base des documents D1, D9 et D11.
 - 5.1 Concernant le document D1, il n'est pas disputé que la revendication 23 divulgue une composition cosmétique

comprenant dans un milieu cosmétiquement acceptable un polymère fixant, une gomme de polydiméthylsiloxane non rigide (c'est à dire une résine silicone non volatile) dans une quantité comprise entre 0,05% et 7,0% en poids de la composition et une silicone volatile dans une quantité de 0,05% à 5,0% en poids de la composition. L'objection de défaut de nouveauté vis-à-vis de ce document repose sur une lecture de la revendication 23 à la lumière de l'enseignement donné page 3, lignes 47-50 de la description, selon lequel une gomme de silicone non rigide additionnelle utile à l'invention est une gomme de polydiphényldiméthylsiloxane définie entre autres par un poids moléculaire d'au moins 500 000 et une viscosité d'environ 10^7 centistokes. La question qui se pose est de savoir si l'homme du métier lecteur du document D1 est amené directement et sans ambiguïté à lire les deux passages de ce document cités en combinaison. La Chambre partage l'opinion de l'opposante 1 selon laquelle les revendications ne peuvent être lues de manière isolée, mais à la lumière de l'ensemble du document, y compris la description. Elle constate également, suivant en ce point la position de l'opposante 1 exprimée lors de la procédure orale, que la revendication 23 du document D1 résume les modes de réalisation préférentiels de l'invention divulguée dans ce document. Ces modes de réalisation particuliers sont en l'absence d'indication expresse lus par l'homme du métier tels quels, sans être mentalement modifiés. S'il avait été souhaité que les modes de réalisation préférentiels englobent également des compositions comprenant une silicone arylée telle que divulguée page 3, lignes 47-50 de la description, il ne fait nul doute que la demande eût alors compris une indication expresse à cet égard. La divulgation des silicones

arylées non volatiles page 3, lignes 47-50 ne peut être comprise par l'homme du métier que dans le cadre plus général de l'invention tel que défini dans la revendication 1 de ce document, qui cependant n'est pas restreinte à des compositions comprenant un polymère fixant, *a fortiori* dans une quantité définie dans la revendication 1 présente. Par ailleurs, le document D1 ne divulgue également pas l'utilisation conjointe de plages de concentration de 5 à 40% en poids à la fois pour la silicone volatile et la silicone non volatile. La modification de la revendication 23, sur laquelle se fonde les opposantes n'est pas divulguée dans le document D1 et ne peut que résulter d'une interprétation du contenu de ce document influencée par la connaissance des compositions selon la revendication 1 en litige. Pour ces raisons, l'objection de défaut de nouveauté au vu du document D1 ne peut qu'échouer.

- 5.2 L'objection de défaut de nouveauté vis-à-vis du document D9 repose sur la divulgation de l'exemple XIII concernant une composition conditionnante de fixation pour les cheveux, comprenant par rapport au poids total de la composition 3% d'un polymère fixant, 0,5% d'une gomme de silicone, 3% d'octaméthylcyclotétrasiloxane et 9% de diphénylpentaméthylidisiloxane. S'il n'est pas disputé que l'octaméthylcyclotétrasiloxane est une silicone volatile, les parties ont présenté des opinions divergentes quant au caractère volatile ou non de la résine diphénylpentaméthylidisiloxane. Il importe de garder à l'esprit qu'une revendication ne saurait être lue en oubliant la fonction qui lui est assignée, c'est à dire déterminer par l'utilisation d'un langage reconnu dans le domaine considéré l'étendue de la protection recherchée. Dans le cas d'espèce, la question n'est pas

de savoir s'il existe dans l'absolu une limite clairement définie entre les silicones dites volatiles et les silicones dites non volatiles, mais si dans le contexte de la revendication présente, c'est-à-dire dans celui de la cosmétique, l'homme du métier saurait sans ambiguïté aucune attribuer aux silicones utilisées dans ce domaine et en particulier à celles utilisées dans l'exemple XIII du document D9 une de ces deux catégories. L'absence d'une définition absolue des termes "volatile" et "non volatile" dans le domaine considéré ne saurait servir de prétexte à placer de manière arbitraire, c'est-à-dire en l'absence de documents le montrant, cette limite entre les deux silicones utilisées dans l'exemple XIII du document D9. La silicone arylée employée dans la composition selon l'exemple XIII en tant que solvant est qualifiée à la colonne 24, lignes 45-47 de ce même document de silicone volatile, au même titre que l'octa- et la décaméthylcyclopentasiloxane, le terme "volatile" étant attribué dans le contexte de ce document (colonne 16, lignes 54-55), comme il l'est dans le brevet litigieux (paragraphe [0031]), à des matériaux possédant une pression de vapeur mesurable. En l'absence de preuve que la phénylpentaméthylidisiloxane soit néanmoins également qualifiée dans le domaine de la cosmétique en tant que silicone non volatile, force est de constater que la composition de l'exemple XIII du document D9 ne contient pas une silicone arylée non volatile, mais une silicone arylée volatile. De surcroît, la quantité de silicone volatile requise par la revendication 1 amendée exclue celle divulguée dans l'exemple XIII du document D9. Par conséquent, la divulgation de la composition de l'exemple XIII du document D9 ne peut être préjudiciable à la nouveauté de l'objet revendiqué.

5.3 L'opposante 1 a également invoqué que l'objet revendiqué serait dépourvu de nouveauté au regard des compositions divulguées par les exemples 1, 2 et 6 du document D11 (page 29) motif pris de ce que la résine silicone MQ employée, qui selon la note 5 en haut de la page 30 est le polytriméthylhydrosilylsilicate contenu dans le produit SS4320 de General Electric, serait un polymère fixant. De même que les documents de l'état de la technique doivent être interprétés comme ils l'auraient été par l'homme du métier à leur date de publication, il est nécessaire d'attribuer aux revendications d'un brevet litigieux et par conséquent aux termes qu'elles comprennent leur signification pour l'homme du métier à la date de dépôt du brevet, ou le cas échéant à sa date de priorité. En l'espèce, la question à laquelle il convient de répondre n'est pas uniquement de savoir si la résine silicone MQ employée dans les exemples 1, 2 et 6 du document D11 remplissait également et inévitablement, indépendamment de sa fonction recherchée dans D11, la fonction d'un polymère fixant, ce qui resterait encore à démontrer, mais si l'homme du métier en faisant appel à ses connaissances générales aurait compris à la date de dépôt du brevet litigieux que l'expression "polymère fixant" telle qu'employée dans le brevet litigieux désignait une classe d'additifs englobant la résine silicone MQ en question. Le brevet litigieux permet selon son paragraphe [0012] l'utilisation de tout type de polymère fixant connu en soi, les différentes classes de polymères fixants étant décrites en détails aux paragraphes [0013] à [0028]. Il s'agit sans exception de polymères comprenant une chaîne polymérique organique non siliconée. Les seuls polymères possédant une portion polysiloxane possèdent également

une chaîne polymérique organique non-siliconée, l'une des deux portions constituant la chaîne principale du polymère, l'autre étant greffée sur la dite chaîne principale (paragraphe [0028]). Il ressort également de la description des polymères fixants dans le document D11 (pages 25 et 26) qu'il s'agit de polymères comprenant une chaîne polymérique organique adhésive (page 25, lignes 10-37). Or le polytriméthylhydrosilylsilicate utilisé dans les exemples 1, 2 et 6 de D11 ne contient aucune chaîne polymérique organique dont la présence est selon l'enseignement de D11 et celui du brevet litigieux commune aux polymères fixants. Par conséquent, la résine MQ de D11 ne pouvait de par sa structure être considérée à la date de dépôt du brevet litigieux comme un polymère fixant. Le document D16 cité par l'opposante 1 ne saurait être dans ce contexte pertinent. Outre le fait que de par sa date de publication ultérieure à celle de dépôt du brevet litigieux il ne peut démontrer quels étaient les polymères englobés par l'expression "polymères fixants" à la date de dépôt du brevet litigieux, le polymère mentionné dans ce document n'est pas décrit en tant que "polymère fixant" et sa désignation ne correspond pas à celle utilisée dans D11 (SS4230 et triméthylsiloxysilicate dans D16, contre SS4320 et polytriméthylhydrosilylsilicate dans D11). L'objection de manque de nouveauté de l'objet revendiqué vis-à-vis de D11 n'est donc pas fondée.

- 5.4 En conséquence, l'objet du brevet litigieux satisfait aux exigences de l'Article 54 CBE.

Activité inventive

6. *Etat de la technique le plus proche*

6.1 L'état de la technique le plus proche est normalement un document qui divulgue un objet conçu dans le même but ou visant à atteindre les mêmes objectifs que l'invention revendiquée et présentant pour l'essentiel des caractéristiques techniques semblables, à savoir qui appelle peu de modifications structurelles (voir La Jurisprudence des Chambres de Recours de l'Office européen des brevets, 5^{ème} édition, 2006, I.D.3.1). Le brevet en litige concerne les compositions de maintien ou de mise en forme de la coiffure (paragraphes [0001] à [0004]). Il a pour objectif de proposer de telles compositions qui possèdent à la fois de bonnes propriétés de tenue dans le temps et d'excellentes propriétés de brillance (voir paragraphe [0005]). Ces objectifs sont réalisés selon le brevet litigieux en utilisant des compositions contenant un polymère fixant en association avec au moins une silicone arylée non volatile et au moins une silicone volatile dans un milieu cosmétiquement acceptable.

6.2 Le document D5 est un article vantant les effets bénéfiques apportés par les silicones aux compositions de fixation des cheveux, telles que sprays, mousses, gels et lotions, notamment en termes de brillance, de douceur, de réduction de la pégosité, sans apporter une sensation de gras. Pour les sprays, une quantité de seulement 0,2 à 0,5% de silicone agissant en tant que plastifiant de la résine de fixation et agent de conditionnement est indiquée pouvoir aider à réduire les problèmes tels que pégosité et tendance au poudrage qui

découlent de l'utilisation de quantités importantes de résine fixante (paragraphe à cheval sur les pages 36 et 39 et premier paragraphe de la page 39). Ce document enseigne en outre que les silicones grâce à leur caractère hydrophobe rendent la résine de fixation moins sujette à la réduction de son pouvoir fixant observée en milieu humide (page 39, 3 paragraphes suivants). Le tableau III (page 39) donne en particulier pour plusieurs résines de fixation communément employées des recommandations sur les résines silicones pouvant être utilisées, ainsi que leurs quantités respectives testées. Ce tableau divulgue pour les compositions comprenant 5,0% de Gantrez ES 225 (un polymère fixant anionique) l'utilisation de 0,5% de Cyclométhicone 344 de Dow Corning (une résine silicone volatile ; voir D7, premier paragraphe, page 29 et note b) en bas de page 32) ou de la même quantité de Phényltriméthicone 556 de Dow Corning (une résine silicone arylée non volatile, voir paragraphe [0039] du brevet litigieux). Le tableau divulgue également l'utilisation de la même quantité de Phényltriméthicone 556 de Dow Corning lorsqu'on utilise 3,0% de résine Amphomer (un polymère fixant amphotère). Un exemple de spray comprenant 7,6% en poids d'un polymère fixant anionique et 1,0% en poids de Cyclométhicone 345 de Dow Corning (une silicone volatile, voir D7, premier paragraphe, page 29 et note c) en bas de page 32) est divulgué par la formulation 2 du document D5, page 37. Les avantages décrits ci-dessus dans le cadre des sprays sont également rapportés pour des compositions sous forme de mousses, des quantités de silicones Cyclométhicone et Phényltriméthicone de 0,1 à 1% étant conseillées (D5, section concernant les mousses, pages 39 et 72). L'utilisation de silicones dans des quantités de 0,1 à 0,5% dans les gels et les lotions est

également indiquée donner un aspect brillant sans sensation de gras (D5, page 72, premier paragraphe de la section intitulée "Silicones for Gels et Lotions"). Les compositions présentement revendiquées diffèrent de celles divulguées dans le document D5 par l'utilisation commune d'une silicone volatile et d'une silicone arylée non volatile, chacune étant présente dans une quantité comprise entre 5 et 40% en poids de la composition. En accord avec la titulaire, la Chambre considère que le document D5 qui décrit des compositions de fixation pour les cheveux abordant les buts essentiels du brevet litigieux, notamment de bonnes propriétés de tenue dans le temps et de brillance, peut adéquatement constituer le point de départ pour l'analyse de l'activité inventive. La Chambre constate par ailleurs que le document D5 a été également considéré par la division d'opposition comme constitutif de l'art antérieur le plus proche.

- 6.3 L'opposante 1 a considéré que le document D1 constituait l'état de la technique le plus proche puisqu'il concernait des compositions de fixation pour cheveux structurellement plus proches de celles revendiquées et, bien que ne mentionnant pas explicitement la brillance desdites compositions, divulguait néanmoins une telle propriété qui découlait de manière implicite pour l'homme du métier de l'utilisation de silicones. Le document D1 cependant ne fait aucune allusion explicite au problème de la brillance et celle-ci ne peut être considérée nécessairement obtenue avec les compositions qui y sont divulguées dû à la présence obligatoire d'argile, un agent matifiant *a priori* néfaste à la brillance recherchée dans le brevet litigieux. L'homme du métier ne peut donc de manière réaliste être incité à

partir des compositions spécifiques divulguées dans le document D1 lorsque le document D5 aborde explicitement et de manière constante les propriétés de brillance, c'est à dire celles recherchées dans le brevet litigieux. En outre, partant de D1, qu'il s'agisse des compositions de la revendication 23 ou des modes de réalisation préférés selon les exemples I et II, c'est à dire des compositions au sein de D1 les plus proches structurellement de celles présentement revendiquées, l'homme du métier devrait également procéder à au moins deux étapes pour aboutir aux compositions en litige, *i.e.* procéder au choix d'une quantité de silicone volatile comprise entre 5 et 40% en poids, ainsi qu'à celui de l'utilisation d'une silicone arylée non volatile dans une quantité également comprise entre 5 et 40% en poids. Par conséquent, l'argument de l'opposante 1 selon lequel les compositions décrites dans le document D1 seraient structurellement plus proches des compositions revendiquées que celles divulguées par le document D5 est sans fondement.

- 6.4 Les analyses d'activité inventive proposées par l'opposante 2 partent des documents D4, D2 ou D9 en tant qu'état de la technique le plus proche au prétexte d'une plus grande similitude structurelle entre les compositions qui y sont divulguées et celles présentement revendiquées. Le document D4 ne concerne cependant pas des compositions de fixation ou de mise en forme de la coiffure. Il ne peut donc par essence constituer un point de départ pour l'homme du métier souhaitant fournir de telles compositions. Le document D2 qui porte certes sur des compositions de fixation, ne divulgue pas *a contrario* de D5 l'obtention d'une quelconque brillance et ne peut constituer pour

l'homme du métier s'étant fixé les objectifs définis au point 6.1 *supra* un point de départ plus prometteur que l'état de la technique constitué par le document D5. La préparation de compositions de fixation pour les cheveux comprenant un polymère fixant est divulguée dans D9 (exemples XIII, XIV, XVI, XXI, XXII et XXXIII) sans pour autant que les propriétés cosmétiques de ces compositions y soient indiquées, celles-ci ne comprenant pas en outre de 5 à 40 % en poids d'une silicone arylée non volatile. Le choix de l'un des documents D2, D4 ou D9 en tant qu'état de la technique le plus proche, basé uniquement sur des similitudes structurelles, ne peut donc relever que d'une démarche rétrospective qui n'est pas admissible.

7. *Problème résolu*

- 7.1 La titulaire a soutenu que le problème technique à résoudre vis-à-vis du document D5 était la mise à disposition de compositions de fixation dont les propriétés en termes de fixation, brillance et toucher avaient été améliorées. Pour étayer cette affirmation, la titulaire ne s'est pas référée aux seuls essais déposés le 31 décembre 2009, qui ont été écartés des débats par la Chambre en raison de leur tardiveté (voir point 3 *supra*), mais également aux essais comparatifs exposés à l'exemple 5 du brevet litigieux.
- L'argumentation offerte repose sur une comparaison des compositions A et B selon l'invention comprenant en poids 5% d'un polymère fixant anionique, 14% d'une silicone arylée non volatile et 20% d'une silicone volatile (A et B ne se différenciant que par l'utilisation de deux silicones arylées non volatiles différentes) avec les compositions C, D et E non

conformes à l'invention. Les compositions C et D diffèrent des compositions A et B uniquement par l'utilisation d'une silicone non arylée non volatile à la place de la silicone arylée non volatile. La composition E diffère de la composition A par l'absence de silicone volatile. Ces compositions comparatives C, D et E ne se basent donc pas de toute évidence sur des compositions représentatives de l'état de la technique le plus proche qui divulgue au plus une quantité de silicone de 1%, mais sur des compositions en contenant au minimum 20 fois plus.

- 7.2 Lorsqu'on procède à des essais comparatifs pour mettre en évidence quel est le problème résolu par l'objet revendiqué vis-à-vis de l'état de la technique le plus proche, il importe de montrer que l'ensemble des caractéristiques distinctives prises en combinaison, c'est-à-dire la solution au problème allégué proposée, permet effectivement de résoudre ledit problème. Lorsque le problème allégué est l'amélioration d'une propriété, la comparaison avec l'état de la technique doit être de nature à montrer de manière convaincante que cette amélioration trouve sa cause dans la combinaison desdites caractéristiques distinctives. Or, dans le cas en l'espèce, une comparaison avec une composition qui ne représente pas l'état de la technique le plus proche, c'est à dire qui contient une quantité additionnelle substantielle d'une résine silicone arylée non volatile (composition E) ou d'une résine silicone non arylée non volatile en combinaison avec une quantité additionnelle également substantielle de résine silicone volatile (compositions C et D) ne peut démontrer quel est le problème résolu par rapport aux compositions de l'état de la technique le plus proche, car l'influence de

l'addition aux compositions de l'état de la technique le plus proche de ces quantités substantielles de résines silicones n'a pas été établie. Concernant la décision T 197/86 (*supra*) citée par la titulaire, la Chambre ne nie pas qu'il puisse être nécessaire de modifier les éléments de comparaison, de manière qu'ils ne diffèrent que par la caractéristique distinctive. Cela implique cependant afin que l'on puisse tirer des conclusions de la comparaison offerte, que l'influence de la modification opérée sur l'état de la technique le plus proche puisse être évaluée, ce qui n'est pas le cas pour les essais présentement offerts. Le fait que la comparaison offerte par la titulaire ne soit pas de nature à démontrer l'effet allégué peut être par ailleurs illustré par le fait que les compositions C, D et E en tant que comparaison ne confèrent pas ou peu de brillance aux cheveux, alors que celles selon l'état de la technique le plus proche donnent aux cheveux un aspect brillant. Faute d'être supportée par des faits ou preuves techniques, l'affirmation de la titulaire selon laquelle les compositions litigieuses revendiquées apporteraient une amélioration de la fixation, du brillant et du toucher est pure spéculation et ne peut donc pas être retenue.

- 7.3 Dans ces conditions, le problème technique résolu par l'invention ne peut être défini de façon aussi ambitieuse. Il ne pourrait être qu'au plus considéré en accord avec le but de la présente invention exposé au paragraphe [0005] du brevet litigieux et les propriétés obtenues avec les compositions des exemples 1 à 4 et celles A et B de l'exemple 5 du brevet litigieux, comme celui de la mise à disposition d'autres compositions de fixation et/ou de mise en forme de la coiffure qui

possèdent un bon pouvoir fixant, un aspect très brillant et un toucher non gras. Cela revient à dire que le problème technique résolu par l'invention pourrait être formulé uniquement comme la mise à disposition d'une simple alternative aux compositions de l'état de la technique le plus proche. Dans ce contexte, la titulaire a exposé que les silicones dans les quantités utilisées dans le brevet litigieux, c'est à dire au moins 5 fois supérieures à celles utilisées pour les compositions de l'état de la technique comprenant un polymère fixant, n'avaient pas uniquement un effet plastifiant, mais menaient de plus au gainage des cheveux, un effet qui ne dépendait pas de la nature du polymère fixant. Considérant d'une part le phénomène exposé vraisemblable et d'autre part les quantités de silicones et de résines fixantes utilisées dans les exemples représentatives des quantités définies dans les revendications, la Chambre accepte que ce problème technique soit effectivement résolu sur toute la portée de la revendication 1.

8. *Evidence de la solution*

8.1 La seule question en suspens est de savoir si la solution proposée par le brevet litigieux pour résoudre le problème technique ainsi défini découlait à l'évidence de l'état de la technique disponible, en d'autres termes, s'il était évident de modifier les compositions selon le document D5 par l'emploi combiné d'une silicone volatile dans une quantité comprise entre 5 et 40% en poids et d'une silicone arylée non volatile dans une quantité comprise également entre 5 et 40% en poids. Selon l'opposante 1, la solution proposée par le brevet litigieux serait suggérée par les documents D5, D6, D7 ou D8. La Chambre note cependant qu'aucun de ces

documents n'enseigne ni ne suggère l'utilisation d'une quantité de silicone arylée non volatile ou de silicone volatile d'au moins 5% en poids. Ces documents n'enseignent par ailleurs également pas l'utilisation d'une quantité totale de silicone d'au moins 10% en poids. Lorsque ces documents enseignent l'utilisation d'une silicone arylée non volatile ou d'une silicone volatile pour des compositions de fixation ou de mise en forme de la coiffure comprenant un polymère fixant dans les mêmes quantités que celles définies présentement, ceux-ci recommandent une quantité de silicone qui est tout au plus de 1,0% dans D5, 0,4% dans D6, 0,5% dans D7 ou 1,1% dans D8. Par conséquent, indépendamment de la question de savoir si l'homme du métier connaissait sur la base de ces documents l'influence des silicones sur le pouvoir fixant, la brillance et le toucher dans le cadre des concentrations qui y sont divulguées, rien ne permet d'affirmer que l'homme du métier aurait pu escompter obtenir avec les compositions revendiquées un bon pouvoir fixant, un aspect très brillant et un toucher non gras, car l'effet de quantités d'au moins 5% en poids de silicones volatiles ou de silicones arylées non volatiles sur le pouvoir fixant et le toucher n'y était pas enseigné. L'opposante 2 avait argumenté dans son mémoire de recours que l'enseignement de D4 mènerait en combinaison avec le document D5 à l'objet du brevet litigieux. La Chambre note que D4 n'enseigne pas l'utilisation simultanée d'un polymère fixant et d'une silicone. Il ne peut donc également pas suggérer la solution revendiquée. Les opposantes n'ont pas cité d'autres documents qui inciteraient l'homme du métier partant du document D5 et cherchant à résoudre le problème indiqué au point 7.3 ci-dessus à adopter les mesures revendiquées. La Chambre constate en outre que

les autres documents cités dans la procédure ne suggèrent pas non plus la solution proposée par le brevet litigieux sous sa forme modifiée. Il est noté en particulier que les documents D1, D2, D9, D11, D12 et D14 ne permettent pas d'entrevoir quelle pourrait être l'influence de la quantité de silicones sur les propriétés des compositions comprenant un polymère fixant.

8.2 En conclusion, la solution proposée par le brevet litigieux ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. Par conséquent, l'objet de la revendication 1 en litige et, pour les mêmes raisons, ceux des revendications dépendantes 2 à 19 et des revendications indépendantes 20 et 21 qui s'y réfèrent impliquent une activité inventive au sens de l'article 56 CBE.

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 avec l'injonction de maintenir le brevet sur le fondement de la requête principale déposée pendant la procédure orale tenue devant la Chambre de recours (revendications 1 à 21) et d'une description demeurant à y adapter.

Le Greffier :

Le Président :

S. Fabiani

B. ter Laan