

**Code de distribution interne :**

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

**Liste des données pour la décision  
du 3 juillet 2012**

**N° du recours :** T 0071/09 - 3.3.10

**N° de la demande :** 99402645.8

**N° de la publication :** 1002517

**C.I.B. :** A61K 7/13

**Langue de la procédure :** FR

**Titre de l'invention :**

Composition de teinture d'oxydation des fibres kératiniques et  
procédé de teinture mettant en oeuvre cette composition

**Titulaire du brevet :**

L'Oréal

**Opposant :**

Henkel Kommanditgesellschaft auf Aktien

**Référence :**

Composition de teinture/L'OREAL

**Normes juridiques appliquées :**

CBE Art. 54, 56

CBE R. 103(1) (a)

**Normes juridiques appliquées (CBE 1973) :**

CBE Art. 99(1)

CBE R. 55(c)

**Mot-clé :**

"Recevabilité de l'opposition (oui) (point 2)"

"Remboursement de la taxe de recours (non) : pas de vice substantiel de procédure (point 3)"

"Rejet par la division d'opposition de la demande de répartition des frais (confirmé) (point 4)"

"Usage public antérieur (non): objet de l'usage insuffisamment prouvé (point 5)"

"Nouveauté (oui) (point 6)"

"Activité inventive (non) - essais comparatifs ne mettant pas en oeuvre la composition revendiquée la plus proche de celle de l'état de la technique (points 7 et 9)"

**Décisions citées :**

T 0626/90, T 0939/92, T 0097/94, T 0750/94

**Exergue :**

-



N° du recours : T 0071/09 - 3.3.10

**D E C I S I O N**  
de la Chambre de recours technique 3.3.10  
du 3 juillet 2012

**Requérant :** L'Oréal  
(Titulaire du brevet) 14, rue Royale  
F-75008 Paris (FR)

**Mandataire :** Fevrier, Murielle Françoise E.  
L'Oréal  
D.I.P.I.  
25-29 Quai Aulagnier  
F-92600 Asnières-sur-Seine Cedex (FR)

**Intimé :** Henkel Kommanditgesellschaft auf Aktien  
(Opposant) Henkelstraße 67  
D-40589 Düsseldorf (DE)

**Mandataire :** Semrau, Markus  
Henkel AG & Co. KGaA  
VTP Patente  
D-40191 Düsseldorf (DE)

**Décision attaquée :** **Décision intermédiaire de la division  
d'opposition de l'Office européen des brevets  
postée le 15 octobre 2008 concernant le  
maintien du brevet européen n° 1002517 dans  
une forme modifiée.**

**Composition de la Chambre :**

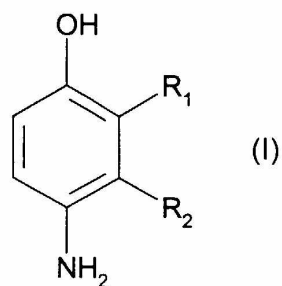
**Président :** P. Gryczka  
**Membres :** J.-C. Schmid  
F. Blumer

## Exposé des faits et conclusions

I. Le requérant (propriétaire du brevet) a introduit un recours contre la décision intermédiaire de la division d'opposition selon laquelle le brevet européen n°1002517 ne pouvait être maintenu que sous une forme amendée basée sur un jeu de revendications déposé sous la forme de la requête subsidiaire 2. La revendication 1 du brevet tel que délivré, objet de la requête principale, s'énonçait comme suit :

"1. Composition pour la teinture d'oxydation des fibres kératiniques et en particulier des fibres kératiniques humaines telles que les cheveux, caractérisée par le fait qu'elle comprend, dans un milieu approprié pour la teinture:

- au moins une base d'oxydation choisie parmi les para-aminophénols substitués de formule (I) suivante et leurs sels d'addition avec un acide:



dans laquelle :

- R<sub>1</sub> représente un atome d'hydrogène ou de fluor, un radical alkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, monohydroxyalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, polyhydroxyalkyle en C<sub>2</sub>-C<sub>4</sub>, alcoxyalkyle en C<sub>1</sub>-

C<sub>4</sub>, aminoalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, ou monohydroxyalkyle (C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>) aminoalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>;

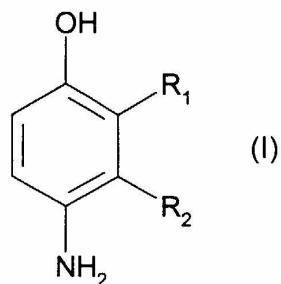
- R<sub>2</sub> représente un atome d'hydrogène ou de fluor, un radical alkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, monohydroxyalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, polyhydroxyalkyle en C<sub>2</sub>-C<sub>4</sub>, aminoalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, cyanoalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub> ou alcoxyalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, sous réserve qu'un seul des radicaux R<sub>1</sub> et R<sub>2</sub> représente un atome d'hydrogène;
- du 1,3-bis-(β-hydroxyéthyl)amino 2-méthyl benzène et/ou au moins l'un de ses sels d'addition avec un acide à titre de coupleur;

ladite composition étant exempte de base d'oxydation additionnelle choisie parmi la pyrimidine et ses dérivés, la 2-β-hydroxyéthyl paraphénylènediamine, et leurs sels d'addition avec un acide."

La revendication 1 de la requête subsidiaire 1 s'énonçait comme suit"

1. Procédé de teinture des fibres kératiniques et en particulier des fibres kératiniques humaines telles que les cheveux, caractérisé par le fait qu'on applique sur lesdites fibres au moins une composition tinctoriale, et que l'on révèle la couleur à pH acide, neutre ou alcalin à l'aide d'un agent oxydant qui est ajouté juste au moment de l'emploi à la composition tinctoriale ou qui est présent dans une composition oxydante appliquée simultanément ou séquentiellement, la composition tinctoriale étant caractérisée par le fait qu'elle comprend, dans un milieu approprié pour la teinture:

- au moins une base d'oxydation choisie parmi les para-aminophénols substitués de formule (I) suivante et leurs sels d'addition avec un acide:



dans laquelle :

- R<sub>1</sub> représente un atome d'hydrogène ou de fluor, un radical alkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, monohydroxyalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, polyhydroxyalkyle en C<sub>2</sub>-C<sub>4</sub>, alcoxyalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, aminoalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, ou monohydroxyalkyle (C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>) aminoalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>;
- R<sub>2</sub> représente un atome d'hydrogène ou de fluor, un radical alkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, monohydroxyalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, polyhydroxyalkyle en C<sub>2</sub>-C<sub>4</sub>, aminoalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, cyanoalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub> ou alcoxyalkyle en C<sub>1</sub>-C<sub>4</sub>, sous réserve qu'un seul des radicaux R<sub>1</sub> et R<sub>2</sub> représente un atome d'hydrogène;
- du 1,3-bis-(β-hydroxyéthyl)amino 2-méthyl benzène et/ou au moins l'un de ses sels d'addition avec un acide à titre de coupleur;

ladite composition étant exempte de base d'oxydation additionnelle choisie parmi la pyrimidine et ses dérivés,

la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine, et leurs sels d'addition avec un acide."

II. Une opposition avait été formée par l'intimé (opposant) en vue d'obtenir la révocation du brevet dans sa totalité pour manque de nouveauté et d'activité inventive (Article 100 (a) CBE) se basant, entre autres, sur le document suivant :

(1) DE-A-4132615

et un prétendu usage antérieur public basé sur les éléments de preuve suivants :

(V1) catalogue de produits de la société Hans Schwarzkopf GmbH daté de mai 1996,

(V2) bordereau de commande vierge de la société Hans Schwarzkopf GmbH,

(V3) extrait de la page 24 de recettes de la ligne Igora Soft Line Extension, document daté du 2 novembre 1995: recette 75855 du produit Weinlaub nuance 6-89 du 26 octobre 1995,

(V4) recette de la société Hans Schwarzkopf GmbH numérotée 175855, document daté du 05.02.1998 du produit "Igora Soft 6-89" et

(V5) recette du mélange de colorants de la société Hans Schwarzkopf GmbH numéroté 199185, datée du 10 novembre 1995.

Au cours de la procédure d'opposition, l'intimé avait également déposé le document

(5) EP-A-0 832 640

pour fonder une objection de manque d'activité inventive.

III. Selon la division d'opposition, l'opposition était recevable car satisfaisant aux exigences des articles 99(1) et 100 ainsi que des règles 1(1), 55 CBE 1973. Il suffisait qu'un des motifs de l'opposition fût suffisamment fondé pour que l'opposition fût reconnue recevable. Or, le motif d'opposition de manque de nouveauté avait été suffisamment motivé dans le mémoire d'opposition. Il importait peu que l'usage antérieur invoqué eût été effectivement rendu public car la recevabilité de l'opposition ne dépendait pas de son bien-fondé.

L'objet de la revendication 1 du brevet tel que délivré n'était pas nouveau au vu de l'usage antérieur public invoqué. Le produit "6-89 Weinlaub" de la série "Igora Soft" avait été mis à la disposition du public en mai 1996 par la biais d'un catalogue de produits (V1) destiné aux professionnels de la coiffure. Ce produit comprenait un mélange de coloration numéroté 99185 et une formulation de type crème numérotée 75855 (V3). La mise à disposition au public du produit par le biais du catalogue (V1) était suffisante pour justifier l'usage public antérieur. Par ailleurs, l'homme du métier était en mesure d'analyser ledit produit sans difficulté excessive et d'en identifier les constituants. Il n'était pas nécessaire d'avoir la preuve de la vente du produit pour reconnaître que l'usage antérieur fût



public puisqu'il n'était pas concevable qu'un produit proposé en catalogue par l'une des sociétés les plus actives dans la coloration des cheveux ne fût vendu. En outre, le procédé selon la revendication 1 de la requête subsidiaire 1 n'était pas nouveau en partant du principe que le produit "Igora Soft 6-89 Weinlaub" avait été commandé et donc utilisé, ce qui impliquait obligatoirement l'emploi d'un agent oxydant.

L'objet des revendications de la requête subsidiaire 2 était nouveau et impliquait une activité inventive en partant du document (1) comme état de la technique le plus proche.

La tenue d'une deuxième procédure orale fut provoqué par une nouvelle objection soulevée par la division d'opposition lors de la première procédure orale. Chaque partie devait supporter donc ses propres frais.

IV. Selon le requérant l'opposition était irrecevable, n'étant pas motivée. En effet, la nouveauté a été contestée sur la base d'un usage antérieur sans précision dans l'acte d'opposition du lieu et de la personne par qui l'objet de l'usage a été rendu accessible au public. Par conséquent, le motif de défaut de nouveauté n'était pas suffisamment motivé. S'agissant du motif de manque d'activité inventive le mémoire d'opposition se référait par erreur à une composition de coloration qui n'était pas l'objet du brevet litigieux. Ni le manque de nouveauté ni le manque d'activité inventive n'avaient donc été motivés dans le délai d'opposition et par tant l'opposition était irrecevable.

Pour reconnaître un usage public antérieur, il fallait s'assurer que les preuves produites permettent de constater avec une conviction pratiquement absolue l'objet et les circonstances du prétendu usage. Le document V1 établissait qu'un produit de coloration de la gamme IGORA SOFT GLANZ COLORATION nuance 6-89 Weinlaub, code 46364, figurait au catalogue de la société Schwarzkopf en mai 1996. Cependant, aucun des documents fournis ne permettait d'établir la composition exacte de ce produit de coloration. Le document (V3) daté de novembre 1995 décrivait une formulation 199185 appelée Weinlaub dans une gamme intitulée IGORA SOFT contenant des mélanges de colorants AB ou C. Le document (V4) daté du 5 février 1998 décrivait une formulation 199185 IGORA SOFT 6-89 contenant également des mélanges de colorant. Le document V5 daté du 10 novembre 1995, donc postérieur au document (V3), divulguait une composition "Farbpulvermischung AB" 199185. Aucun lien ne pouvait être fait entre les documents (V3), (V4), (V5) et le catalogue de mai 1996 (V1). En particulier, rien ne permettait d'établir au delà de tout doute que le produit de coloration IGORA SOFT GLANZ COLORATION du catalogue (V1) daté de mai 1996 avait la composition des recettes V3 et V4. En effet, il était de pratique courante dans le domaine de la coloration de faire évoluer les formulations sans en changer le nom. L'intimé était de mauvaise foi en affirmant qu'une nuance avait une unique recette de colorants et donc que l'appellation "Weinlaub 6-89" correspondait nécessairement à la recette des documents V3, V4 et V5. En effet, le document

P9 Copie de l'emballage des produits Igora Royal 4-68,  
5-88 et 6-99

montrait que la Société SCHWARZKOPF commercialisait des produits portant le même nom de nuance, mais avec des recettes de colorants très différentes.

En outre, en l'absence de facture il n'était pas possible de déterminer par qui et à quel endroit cet usage antérieur avait été rendu accessible au public. La division d'opposition en reconnaissant l'usage antérieur sans preuve de la vente du produit, mais simplement sur la base d'un catalogue, a commis un vice substantiel de procédure justifiant le remboursement de la taxe de recours. Lors de la première procédure orale devant la division d'opposition, l'opposant bien qu'ayant la charge de la preuve n'avait pas prouvé son affirmation selon laquelle la structure du p-amino-o-crésol était le 4-amino-2-méthylphénol, ce qui a conduit à la convocation d'une seconde procédure orale. Or l'opposant ne pouvait ignorer que ce composé était un ortho-aminophenol substitué. Sa mauvaise foi constituait un abus de procédure justifiant une prise en charge des frais du requérant à cette seconde procédure orale.

L'usage public antérieur ne pouvant être reconnu, l'objet de la revendication 1 de la requête principale était nouveau. Le problème objectif à résoudre par l'invention était la mise à disposition de compositions de coloration des cheveux présentant une résistance aux shampoings améliorée. Ce problème avait été résolu comme le montraient les essais comparatifs déposés avec la lettre du 27 sept 2007. Notamment, les essais additionnels A comparant une composition de l'invention comprenant un para-aminophenol substitué (3-méthyl p-aminophenol), le 1,3-bis-(2'-hydroxyéthyl) amino

2-methyl benzène à une composition selon le document (5) comprenant le 3-methyl p-aminophénol, le 1,3-bis-(2'-hydroxyéthyl)amino 2-methyl benzène, la 2,4,5,6-tétra-aminopyrimidine et la 2-(2'-hydroxyéthyl)-1,4-diamino)toluène montraient que la composition B selon l'invention permettait d'obtenir une coloration plus tenace face aux agents extérieurs, notamment aux shampoings. Ces essais complétaient ceux du brevet litigieux démontrant une amélioration de la ténacité de la coloration par rapport à une composition du document (1). Les essais B des tests comparatifs du 27 septembre 2007 montraient l'effet de la substitution du para-aminophénol lorsqu'il est associé au colorant 1,3-bis-(2-hydroxyéthyl)amino 2-méthyl benzène.

Tous ces essais montraient une amélioration substantielle de la tenue de la coloration des cheveux, notamment de la résistance aux shampoings. Cet effet n'étant pas prévisible au vu des documents (1) et (5), la revendication 1 du brevet tel que délivré impliquait par tant une activité inventive.

- V. Selon l'intimé l'opposition était recevable car il suffisait qu'un seul des motifs d'opposition satisfasse à la Règle 55(c) CBE 1973, en l'occurrence, le motif d'absence de nouveauté basé sur l'usage public antérieur du produit Igora Soft par la société Schwarzkopf GmbH. Le mémoire d'opposition comprenait tous les éléments permettant de déterminer l'objet, ainsi que les circonstances de cet usage public antérieur. La composition du produit a été prouvée par les documents (V3), (V4) et (V5), tous datés dans un intervalle de temps de deux ans et demi avant la date de priorité du brevet litigieux et montrant ainsi que la composition du

mélange de colorants de cette nuance n'avait pas été modifiée du 10 novembre 1995 au 5 février 1998. Il ne pouvait donc y avoir aucun doute sur la composition du produit proposé à la vente en mai 2006. La revendication 1 du brevet tel que délivré manquait donc de nouveauté. L'état de la technique le plus proche de l'invention était le document (5). La composition de la page 10 de ce document différait de l'objet du brevet par la présence de bases d'oxydation supplémentaires, à savoir la 2,4,5,6-tetraaminopyridine et le 1-(2-hydroxyethyl)-2,5-diaminobenzène, ces dernières étant exclues de la revendication 1 du brevet litigieux par le biais d'une caractéristique négative. Cette forme de rédaction était apte à rendre nouveau l'objet revendiqué, encore fallait-il démontrer une activité inventive sur l'ensemble du domaine revendiqué. Dans les essais comparatifs du requérant datés du 27 septembre 2007 une composition selon le document (5) avait été comparée à une composition selon l'invention. Cette comparaison n'était cependant pas pertinente puisque la composition selon l'invention comparée comprenait une seule base d'oxydation à la place des trois bases d'oxydation dans la composition reflétant l'état de la technique, alors qu'il aurait fallu remplacer le dérivé de pyridine et la 2-(2-hydroxyethyl)-p-phénylènediamine par des bases d'oxydation structurellement proches. Faute d'essais comparatifs pertinents, le problème objectif ne pouvait être que la mise à disposition d'une composition de teinture d'oxydation alternative. Partant de l'enseignement du document (5), il était évident pour l'homme du métier d'utiliser la combinaison du dérivé de p-aminophénol et du 1,3-bis-( $\beta$ -hydroxyéthyl)amino-2-méthylbenzène avec d'autres colorants d'oxydation.

L'objet des revendications manquait donc d'activité inventive par rapport au document (5).

La tenue d'une deuxième procédure orale devant la division d'opposition avait été causée par le requérant qui n'avait pas traité dans ses écrits la question de la structure du p-amino-o-cresol cité dans l'acte d'opposition sur la base d'une structure erronée et qui, de plus, n'était pas préparé à débattre ce point devant la division d'opposition qui avait initié le débat sur la structure réelle de ce composé lors de la première procédure orale. La demande de prise en charge des frais du requérant par l'intimé n'était donc pas justifiée.

- VI. Le requérant a déposé la requête subsidiaire 1 examinée par la division d'opposition avec une télécopie datée du 28 juin 2012.
- VII. Le requérant a demandé par écrit l'annulation de la décision contestée et le maintien du brevet tel que délivré ou, à titre subsidiaire, le maintien du brevet selon la requête subsidiaire 1 déposée avec une télécopie datée du 28 juin 2012. Il a aussi demandé le remboursement de la taxe de recours ainsi que l'annulation de la décision sur la répartition des frais et la prise en charge par l'intimée des frais engagés lors de la seconde procédure orale devant la division d'opposition.

L'intimé a demandé par écrit le rejet du recours et le rejet de la prise en charge des frais.

VIII. La Chambre a rendu sa décision à la fin de la procédure orale tenue en l'absence des parties qui avaient annoncé qu'elles n'apparaîtraient pas à l'audience.

### **Motifs de la décision**

1. Le recours est recevable.
  
2. *Recevabilité de l'opposition*

Le requérant conteste la recevabilité de l'opposition prétextant une insuffisance des faits et preuves invoqués au soutien des motifs de manque de nouveauté et d'activité inventive dans l'acte d'opposition.

Pour que l'opposition soit recevable il faut, entre autres, que les faits et justifications indiqués à l'appui d'un des motifs d'opposition soient suffisants pour permettre de comprendre la cause de l'opposant. Il convient cependant de faire une distinction entre la suffisance de fondement du motif dans l'examen de la recevabilité de l'opposition et le bien fondé du motif, car dans l'examen de recevabilité, il n'y a pas lieu d'examiner le caractère probant des faits invoqués.

Dans le cas présent, l'opposant se fonde dans l'acte d'opposition notamment sur un manque de nouveauté basé sur un prétendu usage antérieur public d'un produit dénommé Weinlaub 6-89 qui aurait été mis à disposition du public à partir de mai 1996 par l'intermédiaire d'un catalogue de la société Schwarzkopf distribué aux salons de coiffure. L'acte d'opposition contient des pièces documentant la composition du produit Weinlaub 6-89 et

une copie dudit catalogue. Force est donc de constater que l'acte d'opposition contient les faits et justifications permettant de comprendre l'objection de manque de nouveauté.

La Chambre arrive donc à la conclusion que le motif de manque de nouveauté présenté dans le mémoire d'opposition est suffisamment circonstancié pour satisfaire aux exigences énoncées à la Règle 55 (c) CBE 1973.

L'opposition étant recevable par le seul fait du motif de manque de nouveauté, il n'est pas besoin d'examiner la recevabilité de l'opposition quant au motif d'absence d'activité inventive.

3. *Remboursement de la taxe de recours*

Le requérant a demandé le remboursement de la taxe de recours invoquant un vice substantiel de procédure par la division d'opposition puisqu'elle a reconnu un usage public antérieur sans appliquer les critères établis par la jurisprudence constante des Chambres de Recours et en acceptant les arguments non prouvés de l'intimé.

Cependant l'argumentation du requérant concerne le bien-fondé de la décision contestée en mettant en cause le jugement quant au fond de la division d'opposition sur la question de l'usage antérieur. Que cette décision quand au fond ait été prise en appliquant ou non tous les critères définis dans la jurisprudence constante des chambres de recours en matière d'usage antérieur ne constitue pas un vice substantiel de procédure, mais relève de la libre appréciation des moyens de preuve



dont dispose la division d'opposition pour déterminer la réalité d'un fait invoqué, ici un usage antérieur public. Par tant, la Chambre conclut que l'objection soulevée par le requérant quant au vice substantiel de procédure n'est pas fondée.

En absence d'un vice substantiel de procédure la requête en remboursement de la taxe de recours doit être refusée (Règle 103(1) (a) CBE).

4. *Répartition des frais*

Le requérant a demandé la prise en charge de ses frais relatifs à la tenue d'une deuxième procédure orale devant la division d'opposition, la tenue de cette deuxième procédure orale étant occasionné par l'intimé.

D'après le procès verbal de la première procédure orale du 28 novembre 2007, c'est suite à une requête du requérant lui-même lors de la discussion de la requête subsidiaire 2 alors pendante que la division d'opposition a ajourné la procédure orale.

Lors de la première procédure orale, l'intimé na pas contesté la nouveauté de l'objet de la requête subsidiaire 2, mais la division d'opposition a examiné "ex officio" ce motif et, en se fondant sur la nomenclature des composés divulgués dans le document (V5), était d'avis que la revendication 1 de cette requête manquait de nouveauté. Ceci a été contesté par le requérant qui a prétendu au soutien de la nouveauté que le composé désigné "p-amino-o-Kresol", contrairement à ce que sa dénomination laissait supposer, n'était pas le 4-amino-2-méthylphénol. La division d'opposition a

ajourné la procédure orale afin de permettre au requérant d'apporter la preuve de ce qu'il affirmait (voir pages 6 et 7 du procès-verbal).

La Chambre constate donc que la seconde procédure orale a eu lieu à la requête du requérant pour lui permettre d'organiser sa défense. Par conséquent, la Chambre ne voit aucune raison d'ordonner la prise en charge par l'intimé des frais engagés par le requérant pour cette seconde procédure orale.

En outre, le requérant a allégué que l'intimé était de mauvaise foi car il avait contredit en connaissance de cause ses propos sur la signification du terme "p-amino-o-Kresol". Cependant, il ressort clairement du procès verbal du 28 novembre 2007 que l'intimé a déclaré n'avoir aucune information concernant une erreur au sujet du terme "p-amino-o-Kresol" dans le document (V5) et que, d'après la nomenclature internationale, le p-amino-o-cresol était un 4-amino-2-méthylphénol (voir page 7). L'allégation du requérant quant à la mauvaise foi de l'intimé n'est donc pas fondée.

5. *Prétendu usage antérieur public*

L'intimé a invoqué un usage antérieur public prétendument préjudiciable à la nouveauté et à l'activité inventive de l'objet revendiqué. Cet usage antérieur émane de ses activités propres dans la mesure où les faits invoqués impliquent la vente du produit Weinlaub 6-89 par la société de l'intimé.

5.1 Selon la jurisprudence constante des Chambres de Recours, il ne devrait être conclu aux fins de l'Article 54(2)

CBE qu'un usage est compris dans l'état de la technique que si un examen rigoureux et minutieux des preuves produites permet de le constater (T 750/94, JO OEB 1998, 32, point 4). Par conséquent, avant de conclure qu'un usage est compris dans l'état de la technique, la Chambre doit s'assurer que les preuves produites permettent de constater avec une conviction pratiquement absolue, en d'autres termes avec une certitude allant au delà de tout doute raisonnable, que tel usage antérieur a bien eu lieu avant la date de priorité du brevet litigieux (T 97/94, JO OEB 1998, 467, point 5.1).

- 5.2 Le prétendu usage antérieur public consisterait en la commercialisation avant la date de priorité du brevet litigieux du produit Weinlaub 6-89 figurant dans un catalogue daté de mai 1996 (page 8 du document V1). Ce produit porte la référence 46364 et n'est associée à aucun lot de fabrication.
- 5.3 L'intimé affirme que le produit proposé au catalogue est celui du lot de fabrication du 26 octobre 1995 qui figure sur le document V3 daté du 2 novembre 1995.

Ce document donne le détail d'une série de compositions de la gamme "Igora Soft line extension", incluant le produit Weinlaub de nuance 6-89 dont la composition de couleur est référencée sous le numéro 99185 et sa formulation sous forme de crème sous le numéro 75855. D'après ce document, le produit contient le mélange de poudre de couleur AB ainsi que le mélange de poudre de couleur C, tous deux simplement identifiés par le même numéro, à savoir 11008. Par conséquent, même en considérant que le lot de fabrication décrit dans le document (V3) ait effectivement été proposé à la vente

par l'intermédiaire du catalogue (V1), le document (V3) ne permet pas à lui seul d'établir quels sont les colorants d'oxydation présents dans le produit Weinlaub de nuance 6-89, puisque les colorants utilisés dans sa préparation du produit sont codifiés, à savoir par un mélange de couleur 99185 ou bien par un mélange de poudre de couleur AB et C.

L'intimé se réfère à un lot de fabrication d'un mélange de poudre de couleur portant le numéro 199185 et daté du 10 novembre 1995 (document V5). Ce mélange de poudre de couleur a été fabriqué postérieurement à la date de fabrication du produit Weinlaub 6-89 selon le document (V3) daté du 2 novembre 1995. Le mélange de couleur du document (5) ne pouvait donc pas être utilisé dans la préparation du lot de fabrication du produit Weinlaub 6-89 selon le document (V3). Le document (V4) concerne un lot de fabrication du produit "Igora Soft 6-89" daté du 05 février 1998. Il est donc postérieur au catalogue (V1) daté de mai 1996. Par conséquent il ne peut établir la structure de la composition du produit Weinlaub de nuance 6-89 proposé au catalogue en mai 1996.

L'intimé au soutien de l'usage public antérieur a affirmé que toutes les compositions de mélange de couleur référencées sous le même numéro sont identiques et que par conséquence une composition de poudre de couleur identique à celle décrite dans le document (V5) a été utilisée dans la fabrication du produit Weinlaub 6-89.

Conformément à la jurisprudence constante des chambres de recours de l'OEB, chaque partie à la procédure supporte la charge de la preuve des faits qu'elle

allègue et si un fait présentant une importance pour la décision n'est pas prouvé, la décision est prise au détriment de la partie défaillante dans la preuve qui lui incombe. En l'espèce l'intimé allègue, sans apporter la moindre preuve, alors que lui seul en a la possession que le produit Weinlaub de nuance 6-89 figurant dans le catalogue (V1) est celui issu du lot de fabrication du document (V3) daté du 2 novembre 1995 et que toutes les recettes de poudre de couleur numéroté 99185 ont la même composition quelque soit leur date de fabrication.

Par ailleurs, il apparait du document (P9) concernant des copies d'emballage de produit de la gamme "Igora Royal" que des produits commercialisés sous la même nuance peuvent avoir des compositions de colorants différentes. Ainsi les produits 1 et 2 bien que tous deux dénommés "Igora Royal de nuance 4-68" n'ont pas la même composition de colorants. En effet, le o-aminophénol, le HC red 3 et le 4-amino 3-nitro phénol entrent dans la composition du produit 1, mais pas dans celle du produit 2, alors qu'inversement le 4-amino 2-hydroxy toluène n'est présent que dans le produit 2.

En conséquence, la Chambre considère que les pièces produites par l'intimé ne sont pas suffisance pour établir au-delà de tout doute raisonnable que la composition du produit Weinlaub de nuance 6-89 figurant dans le catalogue daté de mai 1996 soit celle figurant dans les documents (V4) et (V5).

Ainsi, la composition du produit "Weinlaub" de nuance 6-89 n'a pas été établie. Par conséquent l'usage antérieur allégué n'a pas été suffisamment prouvé et ne

peut donc faire partie de l'état de la technique (Article 54 (2) CBE).

Dans ces circonstances, il n'est pas nécessaire de répondre à la question litigieuse si la simple figuration de ce produit dans un catalogue, sans preuve de sa vente, équivaut à la mise à la disposition du public de la composition du produit.

*Requête principale (revendications du brevet tel que délivré)*

6. *Nouveauté*

L'objection de manque de nouveauté de l'objet de la revendication 1 est basée uniquement sur le prétendu l'usage antérieur qui ne fait pas partie de l'état de la technique (Article 54 (2) CBE) (voir point 5 ci-dessus), Par conséquent, l'objet des revendications est nouveau.

7. *Activité inventive*

7.1 *Art antérieur le plus proche*

Le brevet litigieux concerne des compositions de teinture d'oxydation des fibres kératiniques comprenant au moins un para-aminophénol monosubstitué à titre de base d'oxydation et du 1,3-bis-( $\beta$ -hydroxyéthyl)amino-2-méthyl benzène à titre de coupleur (voir paragraphe [0001] du brevet litigieux capable de conduire à des colorations puissantes, très chromatiques et résistant bien aux diverses agressions que peuvent subir les cheveux (voir paragraphes [0010] et [0013] du brevet litigieux). L'accent est notamment mis sur la résistance

de la coloration aux shampoings (voir paragraphes [0053] à [0061] du brevet).

Le document (5) concerne aussi des compositions pour la teinture des fibres kératiniques conduisant à des colorations de bonne intensité et résistantes à la lumière, aux shampoings et aux frictions (voir page 3 lignes 10, 11 et 39 à 42). La composition décrite à la page 10, ligne 49 à la page 11, ligne 1 comprend du 3-méthyl-p-aminophénol qui est un para-aminophénol monosubstitué selon la formule (I) de la revendication 1 et du 1,3-bis-( $\beta$ -hydroxyéthyl)amino-2-méthyl benzène (composé K1; 2,6-Bis(2-hydroxyethylamino)toluol), donc tous les composants requis par la revendication 1 du brevet litigieux. La composition divulguée dans cet exemple comprend en outre le composé E1 qui est la 2,4,5,6-tetra-aminopyrimidine (voir page 10, ligne 6) et le composé E7 qui est la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine (voir page 10, ligne 13).

La Chambre considère que le document (5) constitue l'état de la technique le plus proche de l'invention et donc le prend comme point de départ pour l'évaluation de l'activité inventive.

## 7.2 *Problème technique sous-jacent au brevet litigieux*

Selon le requérant le problème technique à résoudre est de fournir des compositions de coloration des cheveux présentant une résistance aux shampoings améliorée (voir dernier paragraphe de la page 7 du mémoire de recours daté 19 janvier 2009).

### 7.3 *Solution*

La solution proposée par le brevet litigieux est la composition selon la revendication 1 caractérisée par l'absence dans la composition d'une base d'oxydation choisie parmi la pyrimidine et ses dérivés et la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine.

### 7.4 *Succès*

Le requérant se réfère aux résultats des essais comparatifs déposés avec sa lettre datée du 27 septembre 2007 comparant la résistance au lavage, à la sueur, à la lumière et à la permanente de colorations obtenues à l'aide d'une composition B selon l'invention et d'une composition A dite comparative et reflétant une composition selon le document (5).

La composition B selon l'invention se différencie de la composition A de l'état de la technique uniquement par le remplacement de la 2,4,5,6-tétra-aminopyrimidine et de la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine par une quantité équimolaire de 3-méthyl-p-aminophénol.

Lorsqu'on procède à des essais comparatifs pour fonder une activité inventive sur un effet se produisant dans le domaine revendiqué, la comparaison avec l'état de la technique le plus proche doit être de nature à montrer de manière convaincante que cet effet trouve sa cause dans la caractéristique distinctive de l'invention.

Or, dans les circonstances de l'espèce, l'unique comparaison de ces deux compositions ne peut guère démontrer que la solution proposée par le brevet pour



résoudre le problème technique, c'est-à-dire l'absence de pyrimidine et ses dérivés ainsi que de la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine (voir point 7.3 dessus), soit à l'origine de l'effet allégué et, que cet effet soit présent dans toute la portée de la revendication.

En effet, la composition revendiquée choisie à fin de comparaison n'est pas la plus proche de l'exemple du document (5) puisqu'elle s'en diffère par le remplacement de la 2,4,5,6-tétraaminopyrimidine et de la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine par la 3-méthyl-p-aminophénole. Or la solution revendiquée est caractérisée par l'absence d'une base d'oxydation choisie parmi la pyrimidine et ses dérivés et la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine. La revendication 1 prévoit donc la possibilité de bases d'oxydation structurellement beaucoup plus proche de la 2,4,5,6-tétraaminopyrimidine que ne l'est le 3-méthyl-p-aminophénole. Ces bases d'oxydation structurellement plus proche sont en particulier les dérivés de diaminopyridines connues des documents (1) et (5) (voir document 1, page 4, lignes 51 à 56 et document (5), page 3, ligne 18).

Il ne peut pas être établi par l'unique comparaison proposée, si l'amélioration serait nécessairement due à l'absence d'une base d'oxydation choisie parmi la pyrimidine et ses dérivés et la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine, caractéristique distinctive des compositions revendiquées, ou plutôt, à la présence du 3-méthyl-p-aminophénole au lieu et place de la 2,4,6-tétraaminopyrimidine et de la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine.

Il s'ensuit que la Chambre ne peut ignorer le fait qu'une amélioration de la tenue aux shampoings ne résulte pas nécessairement de l'exclusion de bases d'oxydation choisies parmi la pyrimidine et ses dérivés et le 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine, mais qu'elle puisse être causée par d'autres facteurs, en l'occurrence par le choix d'une base d'oxydation particulière dans la composition en substitution à la 2,4,5,6-tétraaminopyrimidine et de la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine.

Que l'amélioration de la tenue aux shampoings puisse être obtenue pour l'ensemble des compositions couvertes par la revendication 1 reste ainsi purement spéculatif et ne peut être pris en compte dans l'appréciation de l'activité inventive.

#### 7.5 *Reformulation du problème technique*

Etant donné qu'un effet ne peut être pris en considération pour la définition du problème technique que lorsqu'il est possible de l'obtenir sur l'ensemble de la revendication (voir décisions T 626/90, point 4.3.2 des motifs, non publié au JO OEB ; T 939/92, JO OEB 1996, 309, point 2.5.4 des motifs) et qu'il n'a pas été établi que la tenue de la coloration se trouve améliorée pour l'ensemble des compositions revendiquées, le problème technique tel que défini dessus (point 7.2) nécessite une reformulation n'incluant pas cette amélioration.

Dans ces circonstances, comme le requérant n'a proposé aucun autre effet susceptible d'être pris en compte, le problème technique objectif se résume à proposer une

alternative aux compositions de coloration des cheveux de l'art antérieur le plus proche de l'invention.

- 7.6 Il demeure à déterminer si la solution proposée par le brevet litigieux pour résoudre ce problème objectif découle à l'évidence de l'état de la technique disponible.

La composition de teinture d'oxydation divulguée à la page 10, ligne 49 à la page 11, ligne 1 du document (5) comprend notamment du 1,3-bis-( $\beta$ -hydroxyéthyl)amino 2-méthyl benzène à titre de coupleur et du 3-méthyl-p-aminophenol qui est une base d'oxydation (voir revendication 9). Cette composition comprend en outre la 2,4,5,6-tetraaminopyrimidin et la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine également à titre de base d'oxydation. L'association particulière du coupleur 1,3-bis-( $\beta$ -hydroxyéthyl)amino 2-méthyl benzène et de la base d'oxydation 2,4,5,6-tetraaminopyrimidine et/ou la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl paraphénylènediamine est décrite dans le document (5) comme conduisant une coloration intense rouge ou orange (page 1, ligne 39 à 42; revendication 1).

Le document (1) concerne également des compositions pour la teinture d'oxydation des cheveux basée sur une combinaison base d'oxydation et coupleur (voir revendication 5). Ce document enseigne que le coupleur 1,3-bis( $\beta$ -hydroxyéthyl)amino)-2-méthyl benzène peut être associé à la plupart des bases d'oxydation connues pour aussi aboutir à des colorations intenses (voir page 2, lignes 29 à 35). Il était ainsi évident pour l'homme du métier se proposant de produire des compositions de teinture d'oxydation alternatives de remplacer la 2,4,5,6-tetraaminopyrimidine et la 2- $\beta$ -hydroxyéthyl

paraphénylènediamine présentes à titre de base d'oxydation dans la composition du document (5) par d'autres bases d'oxydations connues, par exemple par des bases d'oxydation de type amines hétérocycliques comme la 2,5-diaminopyridine comme enseigné dans le document (1), page 4, ligne 51 à 56 et d'aboutir ainsi aux compositions revendiquées.

Par conséquent, l'enseignement du document (1) conduit à l'évidence l'homme du métier désireux de produire de alternatives aux compositions de teinture d'oxydation du document (5) à celles revendiquées.

Il s'ensuit que l'objet de la revendication 1 du brevet en litige découle de manière évidente de l'état de la technique et par conséquent n'implique pas d'activité inventive.

#### *Requête subsidiaire 1*

#### 8. *Modifications (Article 123(2) et (3) CBE)*

La revendication 1 de la requête subsidiaire qui concerne le procédé de teinture mettant en œuvre la composition tinctoriale selon la revendication 1 du brevet tel délivré est basée sur la revendication 9 du brevet tel que délivré et de la demande telle que déposée.

Les exigences de l'Article 123(2) et (3) CBE sont donc satisfaites.

9. *Activité inventive*

La revendication 1 de la requête subsidiaire 1 concerne un procédé de teinture des fibres kératiniques mettant en œuvre des compositions de la revendication 1 de la requête principale.

Une des alternatives du procédé de teinture d'oxydation selon la revendication 1 consiste à révéler la couleur à pH acide, neutre ou alcalin à l'aide d'un agent oxydant qui peut être ajouté juste au moment de l'emploi à la composition tinctoriale. Cependant les compositions du document (5) trouve également leur utilisation dans un procédé de teinture d'oxydation des fibres kératiniques comprenant l'emploi d'un agent oxydant ajouté à la composition tinctoriale au moment de l'emploi (page 8, lignes 24 à 26).

Par conséquent, le changement de catégorie de revendication, à savoir de la composition de teinture revendiquée en tant que telle dans la requête principale à un procédé de teinture à l'aide des mêmes compositions, les seules caractéristiques de procédé étant divulguées dans l'état de la technique le plus proche, ne modifie pas les conclusions négatives quand à l'activité inventive en relation avec la requête principale qui s'appliquent donc, *mutatis mutandis*, à l'objet de la revendication 1 selon la requête subsidiaire.

L'objet de la revendication 1 selon la requête subsidiaire n'implique donc pas d'activité inventive et cette requête doit par conséquent également être rejetée.

## **Dispositif**

**Par ces motifs, il est statué comme suit :**

1. Le recours est rejeté.
2. La requête en annulation de la décision sur la répartition des frais est rejetée.
3. La requête en remboursement de la taxe de recours est rejetée.

La Greffière

Le Président

C. Rodríguez Rodríguez

P. Gryczka