

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 4 août 2011**

N° du recours : T 1339/10 - 3.3.07

N° de la demande : 02292002.9

N° de la publication : 1291003

C.I.B. : A61K 8/81

Langue de la procédure : FR

Titre de l'invention :

Compositions cosmétiques contenant un copolymère d'acide méthacrylique, une silicone et un polymère cationique et leurs utilisations

Titulaire du brevet :

L'Oréal

Opposante :

Procter & Gamble Technical Centres Limited

Référence :

-

Normes juridiques appliquées :

CBE Art. 111(1)

Normes juridiques appliquées (CBE 1973) :

RPCR Art. 12(4)

Mot-clé :

"Preuves supplémentaires déposées avec le mémoire de recours - recevables (oui) - accessibilité au public (oui)"

"Renvoi (oui)"

Décisions citées :

-

Exergue :

-



N° du recours : T 1339/10 - 3.3.07

D E C I S I O N
de la Chambre de recours technique 3.3.07
du 4 août 2011

Requérante :
(Opposante)
Procter & Gamble Technical Centres Limited
Patent Department
Rusham Park, Whitehall Lane
Egham
Surrey TW20 9NW (GB)

Mandataire :
Fiesser, Gerold Michael
Herzog Fiesser & Partner
Patentanwälte
Isartorplatz 1
D-80331 München (DE)

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

Mandataire :
Dossmann, Gérard
Casalonga & Partners
Bayerstraße 71-73
D-80335 München (DE)

Décision attaquée :
Décision de la division d'opposition de
l'Office européen des brevets postée le
16 avril 2010 par laquelle l'opposition formée
à l'égard du brevet n° 1291003 a été rejetée
conformément aux dispositions de
l'article 102(2) CBE.

Composition de la Chambre :

Président : J. Riolo
Membres : G. Santavicca
M.-B. Tardo-Dino

Exposé des faits et conclusions

I. Le recours a été formé contre la décision de la division d'opposition de rejeter l'opposition formée à l'encontre du brevet européen n° 1 291 003.

II. Le libellé des revendications indépendantes 1 et 34 à 40 du brevet tel que délivré s'énonce respectivement ainsi :

"1. Composition cosmétique, caractérisée par le fait qu'elle comprend, dans un milieu cosmétiquement acceptable, au moins un copolymère réticulé d'acide méthacrylique et d'acrylate d'alkyle en C₁-C₄, au moins un polymère cationique ou amphotère et au moins une silicone choisie parmi:

(i) les polyorganosiloxanes, comportant dans leur structure générale, un ou plusieurs groupements organofonctionnels directement fixés sur la chaîne siloxanique ou fixés par l'intermédiaire d'un radical hydrocarboné à l'exclusion des silicones solubles choisies parmi les polydiméthylsiloxanes comportant des groupements polyoxyéthylénés terminaux et/ou latéraux;

(ii) les copolymères blocs linéaires polysiloxane(A)-polyoxyalkylène(B) de type (A-B)_n avec n>3;

(iii) les polymères siliconés greffés, à squelette organique non silicone, constitués d'une chaîne principale organique formée à partir de monomères organiques ne comportant pas de silicone, sur laquelle se trouve greffé, à l'intérieur de ladite chaîne ainsi qu'éventuellement à l'une au moins de ses extrémités, au moins un macromonomère polysiloxane;

(iv) les polymères siliconés greffés, à squelette polysiloxanique greffé par des monomères organiques non siliconés, comprenant une chaîne principale de

polysiloxane sur laquelle se trouve greffé, à l'intérieur de ladite chaîne ainsi qu'éventuellement à l'une au moins de ses extrémités, au moins un macromonomère organique ne comportant pas de silicone; (v) ou leurs mélanges."

"34. Utilisation d'une composition telle que définie dans l'une quelconque des revendications précédentes pour le lavage ou pour le soin des matières kératiniques."

"35. Procédé de traitement des matières kératiniques, telles que les cheveux, caractérisé en ce qu'il consiste à appliquer sur lesdites matières une composition cosmétique selon l'une quelconque des revendications 1 à 33, puis à effectuer éventuellement un rinçage à l'eau."

"36. Utilisation d'une composition telle que définie dans l'une quelconque des revendications 1 à 33 pour apporter de la brillance aux cheveux."

"37. Utilisation d'une composition telle que définie dans l'une quelconque des revendications 1 à 33 pour apporter de la légèreté aux cheveux."

"38. Utilisation d'une composition telle que définie dans l'une quelconque des revendications 1 à 33 pour apporter de la douceur aux cheveux."

"39. Utilisation d'une composition telle que définie dans l'une quelconque des revendications 1 à 33 pour apporter, *[sic]* du lissage au toucher aux cheveux."

"40. Utilisation d'une composition telle que définie dans l'une quelconque des revendications 1 à 33 pour apporter de la souplesse aux cheveux."

III. Le brevet européen a été opposé dans son intégralité sur le fondement de l'article 100a) CBE, à savoir défaut de nouveauté et manque d'activité inventive, au vu, entre autres, des antériorités suivantes :

D1 : US-A-6 106 816 ;

D2 : WO-A-01/76552.

D'autres documents ont été remis par l'opposante avec son courrier du 15 octobre 2009, à savoir :

D3 : Brochures/fiches techniques (CASF1-011, CASF1-020, CASF1-021, CASF1-009, CASF1-007, CASF1-003, CASF1-001) (7 pages) concernant l'emploi du Carbopol® Aqua SF-1 Polymer dans des compositions de shampooing, émanant de la Société Noveon, portant les dates "Edition: December 2000" et "© Copyright 2002, Noveon, Inc." ;

D4 : Brochures "Lubrizon" (5 pages) ("Household Institutional and Industrial", "Personal Care", "Product Summary Sheet" et "Quick Start Guide"), concernant le Carbopol® Aqua SF-1 Polymer et son emploi dans des compositions cosmétiques, émanant de la Société Noveon. Les fiches "Product Summary Sheet" et "Quick Start Guide" portant les dates suivantes "Edition: June 2006. Previous Editions: December 2000/November 2002" et "© Copyright 2007 / The Lubrizon Corporation."

IV. D'après la décision attaquée :

a) Les documents D3 et D4 ne pouvaient être admis dans la procédure, car la date de leur mise à disposition du public n'était pas établie.

- b) Les compositions telles que revendiquées étaient nouvelles par rapport à celles divulguées par D1 et D2, car en partant des compositions connues d'importantes sélections devaient être opérées pour arriver aux compositions revendiquées.
- c) Concernant l'activité inventive, D1 décrivait l'état de la technique le plus proche. La composition faisant l'objet de la revendication 1 du brevet s'en distinguait par le polymère épaississant spécifique, par la silicone spécifique ainsi que par la présence obligatoire d'un polymère cationique ou amphotère. Au vu des résultats expérimentaux fournis par la titulaire au cours de la procédure d'examen, l'emploi d'un copolymère réticulé d'acide méthacrylique et d'acrylate d'éthyle conduisait à une meilleure stabilité. Cet effet était dérivable du problème posé à l'origine et il n'y avait pas de doutes quant à l'obtention de l'effet sur l'ensemble du domaine revendiqué. Comme l'état de la technique disponible ne suggérait ni de remplacer le copolymère non-réticulé de D1 par un copolymère réticulé, ni d'améliorer la stabilité, les compositions revendiquées ne découlaient pas de manière évidente de l'état de la technique invoqué.
- d) Par conséquent, l'opposition a été rejetée.

V. Avec son mémoire de recours, l'opposante (requérante) a produit de nouveaux moyens de preuve, à savoir :

D5 : Brochures CASF1-011 et CASF1-007 émanant de la Société BFGoodrich, portant une date "December 2000" (la fiche CASF1-011 comporte aussi deux autres dates, respectivement "© Copyright 1997, The B F Goodrich Co" et "PC-I October 1998". La fiche CASF1-007 comporte deux dates, soit

"© Copyright 2000, The B F Goodrich"), concernant l'emploi du Carbopol® Aqua^(TM) SF-1 Polymer dans deux compositions de shampoing, respectivement "Temporary Hair Color Shampoo (Medium Brown) Formulation" et "Anti-Dandruff Shampoo Formulation".

D6 : US-A-6 495 119.

D7 : Brochure CASF1-019 émanant de la Société BFGoodrich, portant la date "December 2000" et des dates de copyright non lisibles, concernant l'emploi du Carbopol® Aqua^(TM) SF-1 Polymer dans une composition de shampoing "Pearlized 3-in-1 Conditioning Shampoo Formulation".

VI. En réponse (courrier du 3 janvier 2011) au mémoire de recours, l'intimée a déposé 6 jeux de revendications modifiées, en tant que requêtes subsidiaires 1 à 6, ainsi que de nouveaux éléments de preuve, à savoir :

D8 : Rapport d'essais comparatifs du 21 juin 2006.

D9 : Complément aux essais comparatifs D8, déposé avec la lettre du 19 octobre 2009.

VII. En réponse à une notification de la Chambre en préparation de la procédure orale, portant sur les points à débattre et les questions à trancher :

a) l'intimée (courrier du 28 juin 2011) a déposé une nouvelle requête subsidiaire n° 1, remplaçant la requête de même numérotation telle que déposée avec le courrier du 3 janvier 2011, un autre rapport d'essais comparatifs (D10) ainsi que les fiches techniques des composés Carbopol 1342 (D11) et 1382 (D12) et les extraits du CTFA (International Cosmetic Ingredient Dictionary and Handbook) 2000 (D13) et 2002 (D14).

b) La requérante (courrier du 30 juin 2011) a invoqué un moyen de preuve supplémentaire (identifié comme D10, par la suite D15), afin de prouver la mise à la disposition du public des documents D3 à D5 et D7, lequel cependant n'était pas annexé au courrier. Une copie du document D15 a été remise le 3 août 2011.

VIII. Une procédure orale a eu lieu le 4 août 2011. Après la lecture des requêtes finales des parties et la clôture des débats, la décision de la Chambre a été annoncée.

IX. La requérante a essentiellement soutenu que :

Requête principale

Production tardive et pertinence de D5

a) La première question à trancher était celle de savoir si l'opposante avait eu la possibilité de déposer D5 en procédure d'opposition, donc si D5 était tardif. En fait, en procédure d'opposition, l'opposante avait remis D3 et D4 et donné d'amples raisons quant à leur pertinence. Toutefois, la division d'opposition, bien qu'elle ait reconnu, dans une opinion écrite préliminaire, leur pertinence, ainsi que les conséquences sur le maintien du brevet, avait décidé de ne pas admettre D3 et D4. Par conséquent, en procédure d'opposition, l'opposante n'avait aucune raison de penser que D3 et D4 ne seraient pas admis. La décision ayant créé une nouvelle situation, non prévisible, la requérante avait donc décidé de remettre un autre état de la technique tel que D3 et D4 mais ne présentant pas les problèmes évoqués dans la décision, soit présentant une date certaine

d'accessibilité publique. L'article 12(4) du Règlement de procédure de la chambre de recours de l'OEB (RPCR) permettait à la chambre de considérer de sa propre initiative la recevabilité de tout moyen produit tardivement, en tenant compte cependant de la pertinence du moyen ainsi que de tout possible abus de procédure. Dans la présente affaire il n'y avait pas de doute sur la pertinence de D3 et D4, lesquels si admis auraient conduit à la révocation du brevet litigieux, donc il n'y avait pas de doute non plus sur la pertinence de D5. Comme D5 portant 3 dates toutes antérieures à la date de priorité du brevet litigieux surmontait les problèmes liés à la question d'accessibilité publique, son introduction visait à simplifier plutôt qu'à abuser de la procédure. Par conséquent, D5 était admissible dans la procédure. À remarquer, aussi, que l'intimée, bien qu'elle ait contesté la date de D5, s'était bien gardée de remettre la fiche technique du polymère AQUA SF-1 utilisé.

Accessibilité publique de D5

- b) D5 se composait de 4 pages, concernait des compositions cosmétiques, notamment des shampooings, et portait une date de décembre 2000, une date de copyright de 1997 ainsi qu'une autre date d'octobre 1998. Ces dates concernaient différents événements, en particulier la date d'impression de D5 et l'année de la première publication de D5, soit la date à laquelle le contenu de D5 avait été imprimé tel quel pour la première fois pour être rendu accessible au public, donc pour prévenir toute reproduction non permise. Donc la page concernant la composition

"Hair Color Shampoo" et portant la date copyright 1997 était publique depuis 1997. Même si la date d'impression était considérée, soit décembre 2000, cette date la plus tardive de D5 serait néanmoins antérieure de 9 mois par rapport à celle de la priorité du brevet litigieux (11 septembre 2001). Ces dates constituaient donc des moyens de preuve suffisants. D'après la jurisprudence constante de l'OEB, un document clairement destiné à la distribution, tel qu'un prospectus de vente d'un produit, imprimé 7 mois avant la date de priorité du brevet était considéré comme ayant été rendu accessible au public avant la date de priorité du brevet. D5 ne pouvait être un document destiné à l'usage interne, car il comportait des éléments, tels que marques commerciales, annonces d'autres polymères (Carbopol®, Pemulen® et Avalure®), formulations type, dates de copyright, qui n'étaient pas usuels pour des documents à usage interne. Au contraire, tous ces éléments étayaient la forte présomption que D5 fût accessible au public bien avant la date de priorité du brevet litigieux. L'intimée n'avait illustré aucun scénario plausible prouvant que D5 ne fût pas accessible au public. Les décisions citées par l'intimée portaient sur des affaires ayant à faire avec des dates de publication non plausibles. Par contre, dans la présente affaire, le scénario des événements autour des dates était plausible. D2 divulguait des compositions telles que reproduites par exemple par D3, D5 et D7. Le fait qu'il n'y avait pas de définition officielle pour les polymères réticulés d'acrylates avant 2004 ne signifiait pas que D2 ne divulguait pas des copolymères d'acrylates. En fait, D2 divulguait les composants et leur

proportion pondérale dans les copolymères selon l'invention. Si l'on considérait tous les éléments provenant de D5, D2, CTFA et D10, la seule conclusion plausible était que D5 fût accessible au public. Donc, les décisions citées par l'intimée ne sauraient être applicables. Quant à la remarque d'après laquelle plus élevée était la probabilité de révocation du brevet litigieux plus la preuve devait être forte, elle ne tenait pas compte du fait que le brevet même si maintenu pouvait néanmoins être invalide, par exemple puisque son objet n'était pas nouveau. En fait, le critère de la balance des probabilités pouvait être appliqué à la présente affaire. Néanmoins, un autre élément de preuve, D10, toujours dans la présente affaire, confirmait que les prospectus CASF 1-011 et 1-007 avaient été reçus par le laboratoire de Wella AG le 30 mai 2001. L'autre date (18 mars 2002) de D10 étant la date à laquelle le service brevet de Wella l'avait reçu, ne jouait donc aucun rôle. Wella AG étant le public, D5 était accessible publiquement avant la date de priorité du brevet litigieux.

Renvoi

- c) Tous les moyens de preuve et les arguments étayant les objections de défaut de nouveauté et de manque d'activité inventive avaient été fournis. Les essais comparatifs déposés tardivement par l'intimée n'étaient pas recevables. La Chambre était donc à même de décider l'annulation de la décision attaquée et la révocation du brevet litigieux. Par conséquent, un renvoi de l'affaire ne se justifiait pas.

X. L'intimée a essentiellement répliqué que :

Requête principale

Tardiveté et pertinence de D5

- a) D3 et D4 eux mêmes étaient, déjà en procédure d'opposition, tardifs, et n'avaient pas été admis. D5, ayant un contenu très proche de celui de D3, et visant à surmonter les conséquences de la production tardive de D3 et D4, n'avait été produit qu'avec le mémoire de recours, bien qu'il ait pu être déposé en procédure d'opposition. S'agissant d'un document tardif, il devait être pertinent pour être admis. Cependant, il portait une date d'impression de décembre 2000, laquelle ne saurait être une date de mise à la disposition du public. Par conséquent, son accessibilité publique à la date de priorité du brevet litigieux n'était pas certaine. La pertinence alléguée ne pouvait donc être solide. En plus, la chambre, ayant un pouvoir d'appréciation sur la recevabilité des documents qui auraient pu être produits en procédure d'opposition (article 12(4) du Règlement des chambres de recours de l'OEB (RPCR)), devait considérer les graves conséquences découlant de la recevabilité de D5, lequel était crucial pour la brevetabilité. La Chambre devait donc avoir un degré de certitude élevé que D5 soit éminemment pertinent.

Accessibilité publique de D5

- b) La question à trancher n'était pas celle de savoir si D5 donnait l'impression qu'il était destiné au public

mais à quelle date il avait été rendu accessible au public. En fait, D5 comportait plusieurs dates. Par exemple, pour celle de décembre 2000, il n'était pas clair qu'il s'agissait d'une date d'impression, car il n'y avait pas d'indication comme pour D3. En outre, la date d'impression pouvait être une date de diffusion interne. Aussi, D5 portait deux dates de copyright (1997 et 2000). Donc, il y avait une incohérence entre au moins deux dates, qui les rendait inexploitable. Quant à la date de copyright, elle indiquait seulement que le document ne pouvait être reproduit. D'après la décision T 48/96 du 25 août 1998 (Point 8 des motifs), la seule indication d'une date dans un catalogue ne saurait constituer une preuve de son accessibilité publique. Selon la décision T 77/94 du 28 avril 1998, le fait qu'une notice publicitaire ait vocation à être distribuée, en supposant même que la date de diffusion suivrait immédiatement la date d'impression, requerrait néanmoins une confirmation. Enfin, d'après T 750/94 du 1 avril 1997, la détermination de l'accessibilité publique d'un document supposé préjuger le maintien d'un brevet litigieux devait être rigoureuse. Dans la présente affaire, il n'y avait aucune certitude que D5 fût accessible au public à sa date d'impression ou de copyright. La date de parution de D5 étant donc simplement probable, l'accessibilité publique de D5 ne restait qu'une allégation, qui requerrait une confirmation, jamais apportée par la requérante. A cet égard, D10 était tardif et ne pouvait être pertinent non plus, car il portait deux dates (30 mai 2001 et 18 mars 2002) et il n'était pas clair que le laboratoire de Wella constituât le public. Donc, D10 ne parvenait pas à

surmonter les doutes sur D5. D2 ne donnait que des définitions génériques et le Carbopol de l'invention n'était pas un "acrylate crosspolymer", tel que mentionné par D2, mais un "acrylate copolymer". Il n'y avait pas d'identité entre "acrylate crosspolymers" et "acrylate copolymers". Ces derniers n'étaient pas référencés dans le CTFA 2000, pas plus que le Carbopol de l'invention, lequel cependant était cité parmi les acrylates copolymers dans le CTFA 2002. Quant à la présence dans D2 de certaines compositions cosmétiques correspondant à celles de D5 ou D7, cette présence en soi ne permettait pas de conclure que D5 fût publiquement accessible avant la date de priorité du brevet litigieux. D5 ne pouvant être admis, il n'était pas un état de la technique opposable au brevet litigieux.

Renvoi

- c) Une décision finale de la Chambre ne permettrait pas à l'intimée de bénéficier d'un double degré de juridiction. En outre, l'intimée avait toujours requis le renvoi de l'affaire à la première instance au cas où le document D5 serait introduit dans la procédure. Par conséquent, si la Chambre décidait d'admettre D5, un renvoi s'imposait.

Requêtes finales

XI. La requérante (opposante) a demandé l'annulation de la décision objet du recours et la révocation du brevet.

XII. L'intimée (titulaire du brevet) a demandé le rejet du recours ou à défaut le maintien du brevet sur la base de

l'une des six requêtes subsidiaires actuellement dans le dossier. En outre, dans l'hypothèse où le document D5 serait déclaré recevable, l'intimée a sollicité le renvoi immédiat de l'affaire devant la première instance, pour suite à donner en l'état du dossier.

Motifs de la décision

1. Le recours est recevable.

Recevabilité des documents produits en recours - D5

2. D5 a été produit par la requérante avec son mémoire de recours, en réaction à la décision de ne pas admettre dans la procédure d'opposition les documents D3 et D4, donc en réaction à la décision de la division d'opposition. Il s'agit d'une première circonstance qui milite en faveur de la recevabilité du document.
 - 2.1 En effet, quand la division d'opposition a refusé d'examiner les moyens de preuve produits par l'opposante parce-que tardifs, la situation procédurale était telle qu'elle a pu exercer son pouvoir discrétionnaire dans ce sens. Mais la situation des parties ne demeure pas figée à l'instant de la décision rendue par la première instance et la partie perdante doit pouvoir ajuster la défense de son cas au besoin à l'aide de nouveaux moyens en fonction de la décision rendue, à condition que ces nouveaux moyens s'inscrivent dans le cadre d'une évolution normale et non surprenante de la situation procédurale initiale.

2.2 C'est pourquoi, s'agissant d'un nouveau moyen de preuve joint en annexe au mémoire de recours la chambre se doit maintenant d'apprécier dans l'exercice de son pouvoir reconnu par les dispositions de l'article 12(4) du Règlement de procédure de la chambre de recours (RPCR) s'il y a des raisons d'admettre ce document dans la présente procédure, bien que non produit en première instance.

2.3 Par conséquent, D5 doit être considéré par la Chambre.

Accessibilité publique de D5

3. D5 se compose de deux brochures/fiches techniques (4 pages) émanant de la Société B F Goodrich et concernant l'emploi du Carbopol® Aqua^(TM) SF-1 Polymer dans deux compositions de shampoing.

3.1 La première brochure (CASF1-011) comporte, sur sa première page, une entête (contenant, entre autres, les signes : "B F Goodrich", identification numérique "CASF1-011", date "December 2000"), la formulation d'un shampoing ("Temporary Hair color Shampoo (Medium brown) Formulation") ainsi que, tout en bas de page, des logos tels que "Carbopol ETDTM Polymers", "Carbopol UTREZTM Polymer", "PEMULENTM Polymeric emulsifiers" et "AVALURETM Film Forming Polymers". La deuxième page de la première brochure de D5 porte sur la procédure de préparation du shampoing illustré sur la première page, mentionne des propriétés et des avantages du Carbopol AQUA SF-1, porte la référence CASF1-011 et la date "December 2000" ainsi qu'une déclaration de non responsabilité sur les informations contenues dans la brochure, un avis de droits d'auteur (soit la "copyright notice" "© Copyright

1997, The B F Goodrich Co") et une autre date, non complètement lisible, apparemment "PC-I October 1998".

- 3.2 La deuxième brochure (CASF1-007) comporte, sur sa première page, une entête (contenant, entre autres, les signes : "B F Goodrich", identification numérique "CASF1-011", date "December 2000"), la formulation d'un shampoing ("Anti-Dandruff Shampoo Formulation") ainsi que, tout en bas de page, des logos tels que "Carbopol ETDTM Polymers", "Carbopol UTREZTM Polymer", "PEMULENTM Polymeric emulsifiers" et "AVALURETM Film Forming Polymers". La deuxième page de la deuxième brochure de D5 porte sur la procédure de préparation du shampoing illustré sur la première page, mentionne des propriétés et des avantages du Carbopol AQUA SF-1, et porte aussi la référence CASF1-007 et la date "December 2000" ainsi que deux autres avis de droits d'auteur ("© Copyright 2000, The B F Goodrich Co") et une déclaration de non responsabilité.
- 3.3 D5 vise donc à présenter un nouveau polymère, en mettant en exergue son emploi dans un exemple de formulation d'une composition cosmétique, en illustrant ses avantages, mais dans un contexte comportant des notes et des logos ainsi qu'une déclaration de non responsabilité pour les informations fournies, tout à la fin de la dernière page. Il s'agit donc d'un document (prospectus de vente et brochure technique) destiné aux clients potentiels pour les informer sur ce nouveau copolymère, et montrer ses possibilités de formulation et avantages à obtenir ou à escompter. D5, de par sa nature, n'est donc pas un document confidentiel.

- 3.4 Bien au contraire, la pratique en la matière veut que des documents tels que D5 soient distribués aussi tôt que possible après leur préparation.
- 3.5 Concernant les dates portées par D5, l'interprétation de la date de "December 2000" qui s'impose raisonnablement est qu'il s'agit, comme pour D3 qui le mentionne explicitement, de la date d'impression. Les autres dates (1997 et 2000) sont incluses dans l'avis de droits d'auteur (copyright notice), qui se compose selon l'usage : du symbole ©, signifiant l'existence d'un droit d'auteur (copyright), lié à la création et généré par la création elle même ; l'année de la première publication de la création ; la désignation du titulaire des droits d'auteur liés à la création. Donc, à partir de la date de copyright le document peut être distribué à tout moment. Cela revient à dire que, sauf aléa exceptionnel, la mise à la disposition du public de D5 après ladite date s'inscrivait comme l'étape suivante normale de la carrière de ce document eu égard à sa destination.
- 3.6 Dans la présente affaire, cette forte présomption de publication ou d'accessibilité publique de D5 n'est pas remise en cause, ou détruite, par les moyens de preuve disponibles. Aucun aléa exceptionnel qui aurait pu entraver le processus normal n'est allégué et *a fortiori* établi.
- 3.7 Le scénario des faits établis par les moyens de preuve est en fait le suivant :
- 3.7.1 D2 (page 10, lignes 19-24) divulgue que des copolymères appelés "Acrylates Crosspolymers" mais indiscutablement

correspondant aux copolymères d'acrylate faisant l'objet du brevet litigieux (revendications 5, 16, 30 et 55 de D2) étaient vendus par la société B F Goodrich Company en l'année 2000. En outre, les formulations divulguées par D2 incluent (Exemples 7 et 8) les deux formulations reproduites par D5. Ces éléments divulgués par D2 viennent donc corroborer les éléments d'information apportés par l'avis de droits d'auteur indiqués sur la brochure de D5.

3.7.2 Les copies du CTFA produites par l'intimée montrent que le copolymère d'acrylate faisant l'objet du brevet a été classé dans les années 2000 ou 2001.

3.7.3 Enfin, D10 atteste que l'emploi du Carbopol AQUA SF-1 dans des formulations prototypes (entre autres celles de D5) était connu du laboratoire de Wella AG, au moins à partir du 30 mai 2001, donc avant la date de priorité du brevet litigieux.

3.7.4 Il suit de tout ce qui précède qu'il existe une forte présomption d'accessibilité au public de D5 qu'aucun élément dans le dossier ne permet de détruire, cette présomption étant au contraire corroborée, au moins par D2.

3.8 L'intimée a soutenu que la preuve de la date effective de la mise à disposition au public de D5 n'avait pas été rapportée. Cependant, elle n'a ni soulevé de doutes crédibles sur l'accessibilité publique de D5 avant la date de priorité du brevet litigieux, ni apporté des indices qui introduiraient des doutes, pas plus qu'elle n'a fourni des preuves contraires que D5 n'était pas accessible au public avant le 11 septembre 2001.

- 3.9 Par contre, dans son brevet litigieux (paragraphe [0023] et [0024]), elle reconnaît que les copolymères faisant l'objet du brevet litigieux étaient décrits par D2 et commercialisés par la société Noveon. Puis, elle a fourni une copie du CTFA des années 2000 et 2002, les quelles montrent bien que le produit Carbopol AQUA SF-1 n'avait pas été retenu dans l'édition 2000 mais figurait dans l'édition 2002, impliquant une accessibilité publique entre 2000 et avant 2002.
- 3.10 La date la plus tardive de D5 (décembre 2000) étant suffisamment antérieure (environ 9 mois avant) à la date de priorité du brevet litigieux (11 septembre 2001), tous ces éléments de preuve, en ligne avec la jurisprudence établie des Chambres de recours de l'OEB (6e édition 2010, I.C.1.8.2), conduisent à la conclusion que D5 était publiquement accessible entre décembre 2000 et 11 septembre 2001, soit avant la date de priorité du brevet litigieux.
- 3.11 Par conséquent, D5 constitue une divulgation de l'état de la technique au sens de l'article 54(2) CBE.

Pertinence de D5

4. Toutes les parties sont convenues que D5 est assez pertinent pour remettre en cause le maintien du brevet (ce qui, par ailleurs, découle de la décision attaquée qui a reconnu la pertinence de D3, lequel a le même contenu que D5).

Renvoi

5. L'affaire a été traitée de manière prioritaire par la Chambre en prévision d'un possible renvoi, dans l'hypothèse où la conclusion viendrait à s'imposer que des documents jugés très pertinents, ainsi qu'évoqué dans les motifs de la décision attaquée, mais non admis dans la procédure d'opposition devaient finalement être admis en phase de recours.
- 5.1 L'intimée a toujours requis le renvoi à la première instance au vu du caractère crucial de D5 pour ne pas perdre deux instances de juridiction.
- 5.2 Le droit à deux instances de juridiction n'est pas absolu mais dans le présent cas la décision contient des vices quant à la nature de D2 (état de la technique selon l'article 54(2) ou 54(3) CBE?) ainsi qu'à sa divulgation (quelles sélections seraient nécessaires pour arriver à l'invention?) qui méritent un examen plus précis.
- 5.3 Pour toutes ces raisons le renvoi de l'affaire s'impose.

Dispositif

Par ces motifs, il est statué comme suit :

1. La décision objet du recours est annulée.
2. L'affaire est renvoyée devant la division d'opposition pour suite à donner.

Le Greffier :

Le Président :

S. Fabiani

J. Riolo