

Code de distribution interne :

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

**Liste des données pour la décision
du 24 mai 2023**

N° du recours : T 2498/17 - 3.3.09

N° de la demande : 10760039.7

N° de la publication : 2467024

C.I.B. : A21D8/04, A21D10/02, A21D10/00

Langue de la procédure : FR

Titre de l'invention :
PATE BOULANGERE FERMENTEE TOLERANTE A L'APPRET

Titulaire du brevet :
Lesaffre et Compagnie

Opposante :
Lallemand Inc.

Référence :
Pâte boulangère fermentée tolérante à l'apprêt/LESAFFRE

Normes juridiques appliquées :
CBE Art. 56, 83, 84
RPCR Art. 12(4)
RPCR 2020 Art. 13(2)

Mot-clé :

Requête principale - retrait de la requête devant la division d'opposition

Possibilité d'exécuter l'invention - requête subsidiaire (oui)

Modification après signification - prise en compte (non)

Activité inventive - requête subsidiaire (oui)

Description donnant lieu à une objection de défaut de conformité aux revendications (oui)

Décisions citées :

T 1329/04, T 0323/05, T 0388/12, T 1695/14, T 0052/15

Exergue :



Beschwerdekammern

Boards of Appeal

Chambres de recours

Boards of Appeal of the
European Patent Office
Richard-Reitzner-Allee 8
85540 Haar
GERMANY
Tel. +49 (0)89 2399-0
Fax +49 (0)89 2399-4465

N° du recours : T 2498/17 - 3.3.09

D E C I S I O N
de la Chambre de recours technique 3.3.09
du 24 mai 2023

Requérant :
(Titulaire du brevet)

Lesaffre et Compagnie
41, rue Etienne Marcel
75001 Paris (FR)

Mandataire :

Bandpay & Greuter
30, rue Notre-Dame des Victoires
75002 Paris (FR)

Intimé :
(Opposant)

Lallemand Inc.
1620 rue Préfontaine
Montréal, QC H1W 2N8 (CA)

Mandataire :

J A Kemp LLP
80 Turnmill Street
London EC1M 5QU (GB)

Décision attaquée :

Décision de la division d'opposition de l'Office européen des brevets postée le 4 août 2017 par laquelle le brevet européen n° 2467024 a été révoqué conformément aux dispositions de l'article 101(3) (b) CBE.

Composition de la Chambre :

Président A. Haderlein
Membres : M. Ansorge
 N. Obrovski

Exposé des faits et conclusions

- I. Le titulaire (la requérante) a formé un recours contre la décision de la division d'opposition révoquant le brevet.
- II. L'opposante avait fait opposition au brevet sur la base des motifs visés aux articles 100a) (manque de nouveauté et manque d'activité inventive), 100b) et 100c) CBE.
- III. La division d'opposition avait notamment décidé que la requête principale qui lui avait été soumise ne satisfaisait pas aux conditions de l'article 83 CBE et que la (seule) requête subsidiaire qui lui avait été soumise ne satisfaisait pas aux conditions de l'article 56 CBE.
- IV. La revendication 1 de la requête principale (le brevet tel que délivré) se lit comme suit:

"Utilisation de la levure *Saccharomyces chevalieri* et/ ou de la levure *Saccharomyces cerevisiae* var. *boulardii* pour stabiliser la fermentation lors de la phase d'apprêt d'une pâte boulangère fermentée."

Les revendications indépendantes 1, 8 et 13 de la requête subsidiaire n° 1 (correspondant à la requête principale soumise à la division d'opposition) sont les suivantes :

"1. Utilisation de la levure *Saccharomyces cerevisiae* var. *boulardii* ou utilisation de la levure *Saccharomyces chevalieri* et de la levure *Saccharomyces*

cerevisiae var. *boulardii* pour stabiliser la fermentation lors de la phase d'apprêt d'une pâte boulangère fermentée."

"8. Composition de pâte boulangère comprenant une levure *Saccharomyces chevalieri* et une levure *Saccharomyces cerevisiae* var. *boulardii* selon l'une des revendications 1 à 3, et au moins un améliorant de boulangerie choisi parmi les enzymes de boulangerie, les agents d'oxydation, les émulsifiants, les matières grasses, les agents réducteurs, les sucres fermentescibles."

"13. Procédé de préparation d'un produit cuit ou frit à partir d'une composition de pâte boulangère selon l'une des revendications 8 à 12 consistant à :

- former une pâte en mélangeant la farine, l'eau, la levure, éventuellement au moins un améliorant de boulangerie choisi parmi les enzymes de boulangerie, les agents d'oxydation, les émulsifiants, les matières grasses, les agents réducteurs, les sucres fermentescibles, et entre 0,5 % et 10 % en poids de levure *Saccharomyces chevalieri* et *Saccharomyces cerevisiae* var. *boulardii*,

- à faire fermenter la composition de pâte boulangère à une température comprise entre 15°[sic] et 45°C pour obtenir une pâte fermentée ayant un volume spécifique d'au moins 1 ml/g, et

- faire cuire ou refroidir la composition fermentée."

Les revendications 2 à 7, 9 à 12, 14 et 15 de la requête subsidiaire n° 1 sont des revendications dépendantes.

V. Les documents cités dans le cadre de la procédure sont les suivants :

D8 : US 5,639,496

D14 : WO 2007/117145 A1

D21 : WO 2007/031129 A1

D22 : L. Edwards-Ingram et al., "Genotypic and Physiological Characterization of *Saccharomyces boulardii*, the Probiotic Strain of *Saccharomyces cerevisiae*", Applied and Environmental Microbiology, 2007, Vol. 73, No. 8, pages 2458 à 2467

D23 : K. Rajkowska et al., "Phenotypic and Genotypic Characterization of Probiotic Yeasts", Biotechnol. & Biotechnol. EQ. 23, 2009, pages 662 à 665

D24 : M.J. McCullough et al., "Species Identification and Virulence Attributes of *Saccharomyces boulardii* (nom. inval.)", Journal of Clinical Microbiology, 1998, Vol. 36, N0. 9, pages 2613 à 2617

D25 : Déclaration de M. Jean-Charles Bartolucci

VI. Requêtes

La requérante a demandé que la décision soit annulée et que le brevet soit maintenu sur la base des revendications du brevet délivré (requête principale). Subsidiairement, elle a demandé que le brevet soit maintenu sous une forme modifiée sur la base des requêtes subsidiaires n° 1 à n° 5, déposées avec le mémoire exposant les motifs du recours.

L'opposante (l'intimée) a demandé la révocation du brevet.

VII. Les arguments des parties sont exposés ci-après.

Motifs de la décision

REQUÊTE PRINCIPALE

1. Remarques préliminaires

Dans le cas présent, les levures mentionnées dans les revendications sont désignées comme suit :

Saccharomyces chevalieri = *S. chevalieri*

Saccharomyces cerevisiae var. *boulardii* = *S. boulardii*

Saccharomyces bayanus = *S. bayanus*

2. Article 12(4) RPCR 2007

2.1 Recevabilité du document D25

2.1.1 L'intimée a demandé que le document D25 ne soit pas admis dans la procédure.

2.1.2 La Chambre parvient à une conclusion différente pour les raisons suivantes.

Pendant la procédure orale devant la division d'opposition, la division d'opposition avait exprimé d'office et pour la première fois au cours de toute la procédure l'opinion que "au vu des paragraphes [0037] et [0045] du brevet et de l'annexe 1, la levure *S. boulardii* ne semblait avoir jamais été testée seule, et que, au vu des documents D23 et D24, ladite levure était décrite comme étant maltose positive ; ainsi les

conditions de suffisance de divulgation ne semblaient pas remplies."

Une telle objection n'a pas été soulevée au cours de la procédure écrite et a donc constitué un revirement surprenant pour le titulaire du brevet.

L'interprétation de la division d'opposition, selon laquelle les paragraphes [0037] et [0045] du brevet montreraient qu'un mélange de *S. boulardii* et *S. bayanus* a été testé, et non la levure *S. boulardii* seule, a également été avancée pour la première fois lors de la procédure orale devant la division d'opposition.

D25 a été déposé avec le mémoire exposant les motifs du recours en réaction à cette opinion de la division d'opposition exprimée pour la première fois lors de la procédure orale.

L'intimée a fait valoir que le document D25 est irrecevable car il n'a aucune pertinence concernant la suffisance de l'exposé à la lumière de la divulgation du brevet en combinaison avec les connaissances générales d'un homme du métier. La Chambre ne partage pas cette opinion. D25 fait à tout le moins apparaître que l'effet revendiqué peut être obtenu par l'utilisation de la levure *S. boulardii* seule. Comme montré ci-dessous, l'effet revendiqué a également été démontré dans le brevet (voir les points 3.2.2 à 3.2.6).

Ce n'est qu'avec le mémoire de recours, et non à un stade antérieur, que le titulaire du brevet a pu déposer D25 et qu'il a été en mesure de réagir. D25 est donc à prendre en considération dans la procédure de recours (article 12(4) RPCR 2007).

2.2 Recevabilité de la requête principale

2.2.1 La requérante a demandé que la requête principale soit admise dans la procédure de recours.

2.2.2 La Chambre parvient à une conclusion différente pour les raisons suivantes.

La revendication 1 de la requête principale comprend l'utilisation de la levure *S. chevalieri* seule pour stabiliser la fermentation lors de la phase d'apprêt d'une pâte boulangère fermentée. Aucune des requêtes poursuivies en première instance ne contient cet objet.

Le retrait d'une requête peut avoir lieu de manière explicite ou implicite (cf. T 1695/14). Il y a retrait implicite de requêtes lorsqu'il ressort indubitablement des circonstances que certaines requêtes ne doivent pas être poursuivies (cf. T 388/12 et T 52/15).

Dans les circonstances présentes, la requérante avait retiré, au moins de manière implicite, au cours de la procédure d'opposition la requête correspondant au brevet tel que délivré qui concernait l'utilisation de la levure *S. chevalieri*. Cela n'est pas contesté.

Le but du recours consiste à examiner ce qui a été décidé par l'instance du premier degré, et non pas à examiner ce sur quoi elle ne s'est pas prononcée. Dans le cas présent, il n'existe pas de décision de la division d'opposition concernant l'utilisation de la levure *S. chevalieri* seule pour stabiliser la fermentation lors de la phase d'apprêt d'une pâte boulangère fermentée.

Pour cette raison, la Chambre n'admet pas la requête principale dans la procédure de recours (article 12(4) RPCR 2007).

REQUÊTE SUBSIDIAIRE N° 1

3. Suffisance de l'exposé

3.1 L'intimée a allégué que l'objet de la revendication 1 ne remplit pas l'exigence de l'article 83 CBE, parce qu'il n'a pas été montré dans le brevet (qui correspond à cet égard à la demande telle que déposée) que l'utilisation de *S. boulardii* seule était capable de stabiliser la fermentation lors de la phase d'apprêt d'une pâte boulangère fermentée. En particulier, selon l'intimée, il n'était pas plausible que cet effet puisse être obtenu si l'on utilise *S. boulardii* seule.

3.2 La Chambre a conclu que l'invention satisfait à l'exigence de l'article 83 CBE pour les raisons suivantes.

3.2.1 Selon le paragraphe [0045] du brevet, sur les figures 7 et 8, le comportement des levures *S. chevalieri* de référence 1, *S. boulardii* de référence 2 et *S. bayanus* est comparé à celui d'une levure de référence 3 utilisée classiquement en panification pour une utilisation à une température de 30°C.

3.2.2 La Chambre interprète le paragraphe [0045] du brevet en ce sens que la référence 1 et la courbe 1 correspondent à *S. chevalieri* utilisée seule, la référence 2 et la courbe 2 correspondent à *S. boulardii* utilisée seule, et la référence 3 et la courbe 3 correspondent à la levure témoin. Par conséquent, la référence/courbe 2 ne représente pas un mélange de *S. boulardii* et de *S.*

bayanus, car dans le paragraphe [0045], l'expression "et *S. bayanus*" figure après la mention de la référence 2.

- 3.2.3 Cela est confirmé par le paragraphe [0037] du brevet, qui décrit que la figure 7 représente le profil fermentaire obtenu en mesurant la vitesse de dégagement gazeux liée à la fermentation en fonction du temps pour les levures *S. chevalieri*, *S. boulardii* et *S. bayanus*, utilisées seules, comparées à une levure de boulangerie classique.
- 3.2.4 Par conséquent, la Chambre ne partage pas l'appréciation de la division d'opposition et de l'intimée selon laquelle le paragraphe [0045] et les figures 7 et 8 décrivent comme référence 2 un mélange de levures *S. boulardii* et de *S. bayanus*.
- 3.2.5 Cela est également confirmé par le document D25, qui montre l'effet revendiqué pour *S. boulardii* seule et met en évidence le fait que les courbes pour *S. bayanus* et pour *S. boulardii* sont presque congruentes. À cet égard, la Chambre ne partage pas l'avis de l'intimée que D25 ne peut rien apporter à l'évaluation de la suffisance de l'exposé.
- 3.2.6 Ainsi, il est démontré dans le brevet lui-même que la levure *S. boulardii* utilisée seule est apte à produire l'effet revendiqué dans la revendication 1, à savoir la stabilisation de la fermentation lors de la phase d'apprêt d'une pâte boulangère fermentée.
- 3.2.7 L'intimée n'a pas soulevé de doutes sérieux fondés sur des faits vérifiables, qui pourraient démontrer que l'effet revendiqué ne peut pas être obtenu pour l'espèce de *S. boulardii* décrite dans le brevet ou pour

d'autres espèces. Bien que les levures *S. boulardii* soient en général maltose-positives (voir D23 et D24), le brevet montre que la levure *S. boulardii* testée dans les figures 7 et 8 est apte à produire l'effet revendiqué dans la revendication 1 (voir les figures 7 et 8 du brevet, courbe 2).

- 3.2.8 Sur la figure 7 au cours des quatre premières heures de fermentation, les levures *S. chevalieri* et *S. boulardii* (courbes 1 et 2) donnent des résultats très similaires en termes de dégagement gazeux et donc de stabilisation de la fermentation lors de l'apprêt.

Par conséquent, l'invention revendiquée dans la requête subsidiaire n° 1 est exposée dans le brevet de manière suffisamment claire et complète pour que l'homme du métier puisse l'exécuter.

4. Activité inventive

- 4.1 L'intimée a fait valoir que l'objet de la revendication 1 de la requête subsidiaire n° 1 n'implique pas d'activité inventive au regard de D8 ou de D14 comme état de la technique le plus proche.

- 4.2 L'objection de manque d'activité inventive en partant de D8 comme état de la technique le plus proche a été soulevée pour la première fois lors de la procédure orale devant la Chambre.

Selon l'article 13(2) RPCR 2020, qui s'applique dans le cas présent, toute modification des moyens présentée par une partie après la signification d'une citation à une procédure orale n'est, en principe, pas prise en compte, sauf en cas de circonstances exceptionnelles,

que la partie concernée a justifiées avec des raisons convaincantes.

La Chambre ne voit aucune circonstance exceptionnelle qui pourrait plaider en faveur de l'admission de cette objection de manque d'activité inventive en partant de D8 comme état de la technique le plus proche. De telles circonstances n'ont par ailleurs pas été invoquées par l'intimée. Par conséquent, cette objection n'a pas été admise dans la procédure (article 13(2) RPCR 2020).

4.3 Pour les raisons suivantes, la Chambre conclut que l'objet de la revendication 1 de la requête subsidiaire n° 1 implique une activité inventive au regard de D14 comme état de la technique le plus proche.

4.3.1 D14 concerne l'utilisation d'une souche de levure particulière, *S. bayanus*, pour améliorer la tolérance à l'apprêt d'une pâte (voir revendication 1 de D14).

4.3.2 L'objet de la revendication 1 diffère de D14 en ce qu'une autre levure, *S. boulardii*, ou une combinaison d'autres levures, *S. chevalieri* et *S. boulardii*, est utilisée pour stabiliser la fermentation lors de la phase d'apprêt d'une pâte boulangère fermentée.

4.3.3 Le problème technique objectif est considéré comme consistant à trouver une levure alternative pour stabiliser la fermentation lors de la phase d'apprêt d'une pâte boulangère fermentée.

4.3.4 L'homme du métier confronté au problème technique objectif n'aurait pas été conduit par D14 à l'invention revendiquée.

- 4.3.5 D14 ne suggère pas que *S. boulardii* est capable de stabiliser la fermentation lors de la phase d'apprêt d'une pâte boulangère fermentée.
- 4.3.6 Ni D8, ni D21, ni D22 ne divulguent que l'utilisation de *S. boulardii* ou de *S. chevalieri* et *S. boulardii* permet de résoudre le problème technique objectif consistant à trouver une levure alternative pour stabiliser la fermentation lors de la phase d'apprêt d'une pâte boulangère fermentée.
- 4.3.7 De plus, les documents D21 et D22 n'enseignent pas l'utilisation de *S. boulardii* ou de *S. chevalieri* et *S. boulardii* en tant que levures de panification.

Par conséquent, la revendication 1 de la requête subsidiaire n° 1 implique une activité inventive au regard de D14 comme état de la technique le plus proche.

- 4.3.8 L'intimée a affirmé que conformément aux principes énoncés dans la décision T 1329/04, il n'était pas possible pour la requérante d'apporter des preuves postérieures au dépôt comme D25 pour illustrer un tel effet technique.

Pour les raisons susmentionnées (voir les points 3.2.2 à 3.2.6), la Chambre considère que le brevet (et la demande telle que déposée qui correspond au brevet à cet égard) démontre déjà l'effet revendiqué dans la revendication 1. D25 complète cette démonstration. Ainsi, D25 ne sert pas de base unique pour prouver que le problème a bien été résolu. Pour cette raison au moins, le raisonnement selon la décision T 1329/04 (voir en particulier point 12 des motifs) n'est pas applicable au présent cas. Par conséquent, la Chambre

ne partage pas l'avis de l'intimée selon lequel les informations techniques sur l'utilisation de *S. boulardii* ne sont fournies dans le brevet que dans le contexte de sa combinaison avec *S. bayanus*.

- 4.3.9 L'intimée a avancé que les arguments pour justifier l'activité inventive de l'objet *S. boulardii* sur le seul fondement de l'effet technique affirmé devraient être rejetés.

La Chambre ne partage pas ce point de vue, car l'effet revendiqué est une caractéristique de la revendication 1 et il a été démontré dans le brevet que cet effet est également obtenu en utilisant *S. boulardii* seule.

- 4.3.10 L'intimée a aussi fait valoir que le problème à résoudre pour toutes les revendications concernant l'utilisation de *S. boulardii* seule pour stabiliser la fermentation lors de la phase d'apprêt ne peut pas englober l'obtention effective d'une telle stabilisation, et doit au contraire être reformulé de manière à porter sur l'utilisation de *S. boulardii* dans une étape particulière de la préparation d'un produit à base de pâte fermentée, la solution étant la phase d'apprêt.

Pour les raisons susmentionnées (voir les points 3.2.2 à 3.2.6), la Chambre considère que le brevet lui-même démontre l'effet revendiqué, à savoir la stabilisation de la fermentation lors de la phase d'apprêt. Il ne peut donc pas être fait abstraction de cet effet lors de la formulation du problème objectif à résoudre.

- 4.4 L'intimée n'a pas soulevé d'objection individualisée pour manque d'activité inventive contre les

revendications indépendantes 8 et 13, mais seulement une objection générale contre la totalité des revendications. En ce qui concerne cette objection générale, la Chambre ne voit aucune raison pour laquelle les revendications indépendantes 8 et 13 devraient être évaluées différemment de la revendication indépendante 1. Par ailleurs, ces revendications requièrent, au-delà de *S. boulardii*, la présence de *S. chevalieri* qui, quant à elle, n'est pas non plus divulguée dans D14.

Par conséquent, la même conclusion s'applique aux revendications 8 et 13 et aux revendications dépendantes.

5. La requête subsidiaire n° 1 est donc admissible.
6. Adaptation de la description (article 84 CBE)
 - 6.1 Lors de la procédure orale devant la Chambre, la requérante a déposé les versions 1A et 1B en tant que description adaptée. Dans la version 1A, seul le paragraphe [0020] de la description a été adapté. Dans la version 1B, les paragraphes [0020], [0022], [0024], [0025] et [0036] ont été adaptés et le paragraphe [0026] a été supprimé.
 - 6.2 Pour les raisons suivantes, seule la version 1B répond à l'exigence de l'article 84 CBE.
 - 6.2.1 Selon la requérante, bien qu'une adaptation de la description aux revendications selon la requête subsidiaire soit en principe nécessaire, cette obligation ne s'étend pas à l'adaptation de passages qui, déjà lors de la délivrance, n'étaient pas conformes aux revendications du brevet délivré. Ainsi,

au paragraphe [0024] relatif à la composition, la présence simultanée de *S. boulardii* et de *S. chevalieri* était optionnelle (cf. "et/ou"), tandis que dans la composition selon la revendication 8 du brevet délivré, la présence simultanée de ces deux souches était obligatoire.

6.2.2 La Chambre ne partage pas cet avis. Il est vrai que, dans le cadre d'une opposition, l'objet de la procédure de recours est non pas d'examiner si la description est conforme à l'ensemble du jeu de revendications devant être maintenu, mais seulement d'examiner si la description a été correctement adaptée compte tenu des modifications apportées aux revendications telles qu'elles ont été admises (T 323/05, point 3 des motifs). Toutefois, ce critère n'est pas rempli pour la description selon la version 1A.

6.2.3 Dans le cas présent, la présence simultanée des deux souches *S. chevalieri* et *S. boulardii* n'était obligatoire que pour certaines revendications (voir les revendications 8 s.) du brevet délivré, tandis que d'autres revendications n'exigeaient que la présence d'une des deux souches (voir les revendications 1 à 7). Cependant, le jeu de revendications selon la requête subsidiaire 1 en instance est limité à la présence simultanée des deux souches. Les passages de la description qui ne sont pas modifiés et peuvent donner l'impression que la présence simultanée des deux souches n'est pas obligatoire, ne sont par conséquent pas adaptés compte tenu des modifications apportées aux revendications telles qu'elles ont été admises. Cela est le cas au moins pour le paragraphe [0024] (voir au point 6.2.1).

6.2.4 Cependant, ni l'intimée ni la Chambre n'ont soulevé d'objection à l'encontre de la version 1B de la description adaptée. Celle-ci est donc admissible.

Dispositif

Par ces motifs, il est statué comme suit

1. La décision contestée est annulée.

2. L'affaire est renvoyée à la division d'opposition pour maintien du brevet tel qu'il a été modifié dans la version suivante :

- revendications 1 à 15 selon la requête subsidiaire n° 1, déposée avec le mémoire exposant les motifs du recours ;
- description paragraphes [0001] à [0019], [0021], [0023], [0027] à [0035] et [0037] à [0046] du fascicule de brevet et paragraphes [0020], [0022], [0024], [0025] et [0036] de la description 1B déposée lors de la procédure orale devant la Chambre de recours ;
- figures 1 à 8 du fascicule de brevet.

La Greffière :

Le Président :



M. Schalow

A. Haderlein

Décision authentifiée électroniquement