

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 15 février 2023**

N° du recours : T 0803/21 - 3.3.09

N° de la demande : 08163529.4

N° de la publication : 2033627

C.I.B. : A61K8/99, A61Q19/00, A61P17/00

Langue de la procédure : FR

Titre de l'invention :
Utilisation d'un lysat de Bifidobacterium species pour le
traitement de peaux sensibles

Titulaire du brevet :
L'Oréal

Opposante :
N.V. Nutricia

Référence :
Lysat de Bifidobacterium pour traiter la peaux/L'ORÉAL

Normes juridiques appliquées :
CBE Art. 54(2), 56, 83
RPCR 2020 Art. 12(6)

Mot-clé :

Requête auxiliaire 3 : suffisance de l'exposé - (oui) ;
nouveau - (oui) ; activité inventive - (oui)

Décisions citées :

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 0803/21 - 3.3.09

D E C I S I O N
de la Chambre de recours technique 3.3.09
du 15 février 2023

Requérant : N.V. Nutricia
(Opposant) Eerste Stationsstraat 186
2712 HM Zoetermeer (NL)

Mandataire : Schrell, Andreas
Gleiss Große Schrell und Partner mbB
Patentanwälte Rechtsanwälte
Leitzstrasse 45
70469 Stuttgart (DE)

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

Mandataire : Nony
11 rue Saint-Georges
75009 Paris (FR)

Décision attaquée : **Décision intermédiaire de la division
d'opposition de l'office européen des brevets
postée le 18 mars 2021 concernant le maintien du
brevet européen No. 2033627 dans une forme
modifiée.**

Composition de la Chambre :

Président A. Haderlein
Membres : A. Veronese
W. Sekretaruk

Exposé des faits et conclusions

I. Le recours a été déposé par l'opposante (requérante) à l'encontre de la décision de la division d'opposition jugeant que le brevet européen tel que modifié sur la base de la requête principale déposée le 8 décembre 2020 satisfaisait aux conditions énoncées dans la CBE.

II. L'opposante avait fait opposition au brevet dans son ensemble sur la base des motifs visés aux articles 100a) CBE (nouveau et activité inventive) et 100b) CBE.

III. La revendication indépendante 1 de la requête principale s'énonce comme suit :

"1.Utilisation cosmétique non-thérapeutique d'une quantité efficace d'au moins un lysat d'au moins un microorganisme du genre Bifidobacterium pour prévenir et/ou diminuer les sensations d'inconfort cutané au niveau d'une peau sensible, ledit lysat étant forme de tous les constituants biologiques intracellulaires et des constituants des parois et membranes cellulaires, lesdites sensations d'inconfort cutané étant choisies parmi les démangeaisons, les échauffements, les sensations de picotement et/ou de tiraillement."

IV. Les documents suivants ont, entre autres, été cités au cours de la procédure d'opposition :

D3: US 2006/0002910 A1

D4: FR 2 876 029

D5: EP 1 731 137 A1

D9: Y. Habu et al., J. Biochem., Vol. 102(6), 1987,
pp. 1423-1432

V. Dans sa décision, la division d'opposition a considéré, entre autres, que les revendications de la requête principale :

- étaient conformes aux articles 123(2) et 123(3) CBE
- satisfaisaient aux conditions de l'article 83
- en outre, que l'objet revendiqué était nouveau par rapport aux documents D3 à D6 et D8 et
- que l'objet revendiqué impliquait une activité inventive si l'on considérait l'un des documents D4 ou D5 comme l'état de la technique le plus proche
- en outre, que D9 n'aurait pas dû être admis dans la procédure d'opposition

VI. Avec son mémoire exposant les motifs du recours, la requérante a déposé le document suivant :

D10: M.M. Packard et al., Diagnostics, Vol. 3, 2013,
pp. 105-116

VII. Avec sa réponse au mémoire exposant les motifs du recours, l'intimée a déposé une requête principale, correspondant à la requête principale considérée comme recevable par la division d'opposition, et les requêtes subsidiaires 1 à 4. En outre, elle a déposé les documents suivants :

D11: X. Ren et al., Biochemical Engineering Journal,
Vol. 33, (2007), pp. 94-98

D12: J.J. Huang, Water Research, Vol. 45, 2011, pp.
2775-2781

VIII. Après avoir reçu l'opinion provisoire émise par la Chambre conformément à l'article 15(1) RPCR 2020, l'intimée a retiré la requête principale et les requêtes subsidiaires 1 et 2. En outre, elle a déposé une description adaptée aux revendications de la requête subsidiaire 3.

IX. La revendication indépendante 1 de la requête subsidiaire 3 s'énonce comme suit :

"1. Utilisation cosmétique non-thérapeutique d'une quantité efficace d'au moins un lysat d'au moins un microorganisme du genre Bifidobacterium pour prévenir et/ou diminuer les sensations d'inconfort cutané au niveau d'une peau sensible, ledit lysat étant forme de tous les constituants biologiques intracellulaires et des constituants des parois et membranes cellulaires, lesdites sensations d'inconfort cutané étant choisies parmi les démangeaisons, les échauffements, les sensations de picotement et/ou de tiraillement, ledit lysat étant administré par voie topique."

X. Les arguments pertinents pour la présente décision qui ont été présentés par la requérante peuvent être résumés comme suit :

- la décision de la décision d'opposition de ne pas admettre D9 dans la procédure d'opposition est erronée et doit être annulée
- l'invention revendiquée n'est pas suffisamment divulguée
- l'objet revendiqué n'est pas nouveau par rapport à D3, D4 et D5

- l'objet revendiqué n'implique pas d'activité inventive si l'on considère D3 ou, à défaut, D4 ou D5 comme l'état de la technique le plus proche

XI. Les arguments pertinents pour la présente décision qui ont été présentés par l'intimée peuvent être résumés comme suit :

- La décision de ne pas admettre D9 était correcte et ce document n'aurait pas dû être admis dans la procédure de recours; D10, déposé avec le mémoire exposant les motifs du recours n'aurait pas non plus dû être admis
- l'invention revendiquée est suffisamment divulguée
- l'objet revendiqué est nouveau par rapport à D3, D4 et D5 ; ces documents ne décrivent pas un lysat bactérien ni les utilisations spécifiées dans les revendications
- l'objet revendiqué implique une activité inventive par rapport à l'état de la technique cité

Les requêtes

XII. La requérante a demandé l'annulation de la décision et la révocation du brevet dans sa totalité.

XIII. L'intimée a demandé le maintien du brevet sur la base des revendications de la requête subsidiaire 3 déposée avec la réponse au mémoire du recours et de la description adaptée déposée avec sa lettre du 12 septembre 2022.

Motifs de la décision

Requête subsidiaire 3

1. La requête subsidiaire 3 est la seule requête pertinente, car la requête principale et les requêtes subsidiaires 1 et 2 ont été retirées par l'intimée.

2. *Admission du document D9*
 - 2.1 D9 a été déposé après l'expiration du délai d'opposition à l'appui d'une nouvelle objection d'insuffisance de l'exposé.

 - 2.2 Comme l'a noté à juste titre l'intimée, conformément à la jurisprudence des chambres de recours, les faits et les preuves invoqués par l'opposant doivent être déposés dans le délai de neuf mois prévu pour faire opposition. Les faits et preuves présentés après l'expiration de ce délai peuvent également être admis s'ils sont déposés en réaction à un argument ou à une question de la partie adverse, de sorte qu'ils n'auraient pas pu, en l'espèce, être fournis plus tôt.

 - 2.3 Cette situation ne s'est pas produite dans la présente espèce. Donc, même s'il a été déposé dans le délai fixé par la règle 116 CBE, D9 a été déposé tardivement et son admission était soumise au pouvoir d'appréciation de la division d'opposition (article 114(2) CBE).

 - 2.4 Dans sa décision, la division d'opposition a correctement établi que D9 avait été déposé tardivement. En outre, elle a considéré que ce document ne soulevait pas, de prime abord, de doutes raisonnables quant à la possibilité de mettre en œuvre l'invention. Elle a notamment considéré que, même si D9

montrait qu'il existait certaines différences dans la composition de la paroi des microorganismes des genres *Bifidobacterium*, ce document restait totalement silencieux quant aux effets au niveau des sensations d'inconfort cutané ou des troubles cutanés d'une peau sensible. Pour ces raisons, elle a ensuite conclu que D9 n'était pas pertinent de prime abord et ne devait pas être admis dans la procédure d'opposition.

2.5 Il n'y a aucune raison de considérer que la division d'opposition a exercé son pouvoir d'appréciation sur la base de principes erronés, qu'elle n'a pas tenu compte des principes corrects, ou qu'elle a exercé son pouvoir de manière déraisonnable et a ainsi dépassé les limites du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré. Il n'y a donc pas non plus de raison de renverser sa décision de considérer D9 comme inadmissible et de l'admettre dans la procédure de recours (article 12(6) RPCR 2020).

3. Suffisance de l'exposé

3.1 La requérante considère que le brevet opposé ne contient pas suffisamment d'information permettant à l'homme du métier faisant appel à ses connaissances générales de mettre en œuvre l'invention sur l'ensemble de la portée revendiquée. En particulier, elle considère qu'il existe des doutes sérieux quant à la capacité d'un homme du métier de mettre en œuvre l'invention en administrant un lysat de microorganisme du genre *Bifidobacterium* autre que le *Bifidobacterium longum*.

3.2 La requérante a fait valoir que le brevet montre seulement qu'un lysat de *Bifidobacterium longus* peut être utilisé pour traiter des troubles cutanés. En outre, que rien ne prouve que d'autres types de

bifidobacterium peuvent être utilisés pour obtenir les mêmes effets. Elle a également fait référence à D9 pour prouver que la paroi cellulaire d'autres types de *Bifidobacterium* contient des polysaccharides différents. Cet argument n'est pas convaincant. Comme indiqué ci-dessus, D9 ne devrait pas être admis dans la procédure et il n'existe pas d'autres preuves à l'appui des allégations de la requérante. En particulier, il n'y a pas de preuve que d'autres types de *Bifidobacterium* sont si différents qu'ils ne soient pas en mesure d'induire les mêmes effets bénéfiques.

3.3 Pour ces raisons, il est conclu que l'invention revendiquée est suffisamment divulguée (Article 83 CBE).

4. *Nouveauté*

4.1 La requérante considère que l'objet revendiqué est dénué de nouveauté par rapport à D3, D4 et D5.

5. Concernant D3 : L'objection d'absence de nouveauté vis-à-vis de D3 est basée sur la présomption que les produits obtenus par traitement thermique de *Bifidobacterium lactis* à 90°C pendant 2 heures, qui sont décrits dans les exemples 5 et 6 de D3, sont des lysats tels que définis dans les revendications indépendantes 1 et 6. En outre, en mentionnant l'utilisation pour le traitement des peaux sensibles, D3 divulgue implicitement le traitement et la prévention des affections spécifiques mentionnées dans les revendications.

5.1 Ces présomptions ne sont pas fondées.

- 5.2 À la lecture de l'expression "tous les constituants biologiques intracellulaires et des constituants des parois et membranes cellulaires" dans les revendications 1 et 6, l'homme du métier comprend que tous les composants constituant la bactérie doivent être présents dans le lysat. On ne peut pas s'attendre à ce que cela se produise lorsqu'une culture bactérienne est soumise aux conditions extrêmes mentionnées dans les exemples 5 et 6 de D3, à savoir 90°C pour deux heures.
- 5.3 Il ne fait aucun doute que, comme l'a fait valoir la requérante en se référant à D10, les cellules subiront une lyse dans ces conditions extrêmes. Cependant, il n'est pas crédible que le lysat obtenu contienne tous les constituants biologiques de la cellule. De fait, comme l'a mentionné l'intimée, l'homme du métier s'attendrait à ce que la plupart des protéines soient dénaturées et précipitent dans ces conditions. Ceci est confirmé par l'étude divulguée dans D11.
- 5.4 En ce qui concerne la revendication 6, celle-ci est caractérisée aussi par la présence d'un composé susceptible d'induire une irritation cutanée et un autre micro-organisme probiotique annexe ou son lysat. Les compositions des exemples 5 et 6 de D3 comprennent des composés pouvant induire une irritation cutanée, tels que des agents de conservation, de l'hydroxyde de sodium, du lauryl sulfate de sodium. Toutefois, la présence d'un autre micro-organisme probiotique annexe ou d'un lysat de celui-ci n'est pas divulguée directement et sans ambiguïté.
- 5.5 En ce qui concerne les utilisations revendiquées, il faut également tenir compte des aspects suivants. D3 enseigne que les compositions divulguées peuvent être

utilisées pour traiter la peau sensible : voir paragraphe [0066]. La requérante a fait valoir que le traitement de toutes les affections touchant typiquement les peaux sensibles, y compris de celles qui sont mentionnées dans la revendication 1, est implicitement divulgué dans D3 : en particulier, le traitement des démangeaisons, des échauffements, des sensations de picotement et/ou de tiraillement est, à son avis, implicitement divulgué.

- 5.6 Cet argument n'est pas convaincant : le fait que ces affections puissent toucher "typiquement" des sujets ayant une peau sensible ne signifie pas que D3 divulgue directement et sans ambiguïté leur traitement avec les compositions selon l'invention.
- 5.7 Pour ces raisons, D3 ne peut pas être considéré comme étant destructeur de nouveauté pour les revendications du présent brevet.
- 5.8 Concernant D4 et D5 : ces documents divulguent des compositions cosmétiques et dermatologiques comprenant du *Bifidobacterium* qui peuvent être administrées par voie orale ou topique pour prévenir et/ou traiter la peau sensible et/ou sèche et l'apparition de sensations d'inconfort chez les sujets ayant une peau sensible. Ces sensations peuvent être, par exemple, des picotements, des démangeaisons, une sensation de brûlure, un échauffement et un tiraillement. Des érythèmes et des prurits peuvent également apparaître chez ces sujets. Le *Bifidobacterium* peut être sous forme vivante, semi-active ou inactivée.
- 5.9 L'objection d'absence de nouveauté est basée sur la présomption de la requérante selon laquelle les

cellules bactériennes inactivées constituent des lysats cellulaires tels que définis dans les revendications.

- 5.10 Cette présomption n'est pas non plus correcte. Une bactérie qui a été "inactivée" ne subit pas nécessairement une lyse et peut même, dans certains cas, être réactivée, comme le montre le document D12.
- 5.11 Ainsi, la simple et seule présence du terme "inactivée" se rapportant à une bactérie dans D4 et D5 ne peut être considérée comme désignant directement et sans ambiguïté un lysat tel que défini dans les présentes revendications. Par conséquent, D4 et D5 ne divulguent pas un lysat bactérien tel que défini dans les revendications.
- 5.12 L'objet des revendications indépendantes 1 et 6, ainsi que celui des revendications dépendantes, dont la portée est plus limitée, est donc nouveau par rapport à D3, D4 et D5 (Articles 54(2) CBE).
- 5.13 Compte tenu de cette conclusion (voir notamment point 5.3 ci-dessus), il n'y a pas de raison de discuter de l'admission du document D10, qui a été déposé par la requérante avec les motifs du recours.

6. *Activité inventive*

- 6.1 L'invention revendiquée concerne une composition comprenant un lysat d'une bifidobacterium pour prévenir et traiter certaines affections spécifiques qui sont associées à une peau sensible. Ces affections comprennent, en particulier, des sensations comme les picotements et/ou les tiraillements de la peau, les démangeaisons, les prurits et les échauffements.

État de la technique le plus proche

- 6.2 La division d'opposition a décidé que D5 et D4 représentent l'état de la technique le plus proche. La Chambre ne voit pas de raisons de s'écarter de ce choix. Ces documents portent, comme le brevet en cause, sur l'utilisation d'une composition comprenant un *Bifidobacterium* ou une fraction de celui-ci pour le traitement de ces mêmes troubles chez des sujets présentant une peau sensible. Selon D5, le *Bifidobacterium* est le *Bifidobacterium lactis* en association avec le *Lactobacillus paracasei* : voir paragraphe [0004], [0008], exemple 10, revendication 1 de D5. En particulier, l'exemple 10 décrit des essais dans lesquels ces bactéries induisent des effets positifs sur la peau chez des sujets ayant une peau sensible. D4 fournit un enseignement similaire, et son contenu technique ne va pas au-delà de celui de D5. Par conséquent, dans ce qui suit, la Chambre se concentrera sur D5.
- 6.3 Dans son mémoire exposant les motifs du recours, la requérante a fait valoir que D3 devrait, plutôt que D4 ou D5, être considéré comme état de la technique le plus proche. La Chambre n'est pas d'accord. D3 divulgue la préparation de compositions à usage cosmétique, pharmaceutique ou vétérinaire comprenant des bactéries ou des extraits bactériens, y compris de *Bifidobacterium*, qui sont destinés à stabiliser et/ou à réguler l'écosystème cutané des mammifères. Parmi un certain nombre de conditions, D3 mentionne les peaux sensibles. Cependant, aucune mention n'est faite de l'une des conditions spécifiques qui sont énumérées dans les revendications. En outre, aucun des exemples étudiant les propriétés des compositions revendiquées ne concerne l'utilisation de ces compositions chez des

sujets présentant une peau sensible. Par conséquent, D3 ne peut être considéré comme l'état de la technique le plus proche.

6.4 *Caractéristique distinctive*

L'objet revendiqué diffère de l'enseignement de D5 en ce que la composition est un lysat "entier", c'est-à-dire un lysat comprenant tous les constituants biologiques de la cellule bactérienne, y compris les constituants intracellulaires et les constituants de la paroi bactérienne. Selon D5, la composition comprend le *Bifidobacterium* vivant, mort ou sous forme inactivée, ou une de ses fractions ou métabolites : voir paragraphe [0008], revendication 1 et exemple 10. Dans la composition utilisée dans les essais décrits dans l'exemple 10, la bactérie est sous forme vivante.

Effet technique

6.5 Le brevet montre qu'un lysat entier selon l'invention est efficace pour diminuer les sensations de picotement grave chez des sujets humains présentant une peau sensible, et en outre que ce lysat diminue les réactions neurogènes, les œdèmes et les inflammations dans un modèle de peau humaine. Ces essais rendent crédible l'idée que le lysat revendiqué est efficace pour prévenir et traiter les affections mentionnées dans les revendications.

6.6 La requérante a fait valoir qu'il n'existe aucune preuve de ce que la composition revendiquée est efficace lorsqu'elle est administrée par voie orale. Toutefois, étant donné que l'objet revendiqué de la demande auxiliaire 3 a été limité à l'usage topique, cette objection n'est plus pertinente. L'objection de

la requérante selon laquelle le brevet ne rend pas crédible le fait que tous les types de *Bifidobacterium* seront capables d'induire les effets revendiqués n'est pas non plus convaincante, pour les raisons déjà présentées lors de l'examen de la suffisance de l'exposé.

- 6.7 L'intimée a fourni des tests supplémentaires montrant que l'activité du lysat revendiqué, comprenant l'ensemble des composants cellulaires, est supérieure à celle des compositions comprenant uniquement les composants intracellulaires ou de la membrane. Cependant, comme l'a noté la division d'opposition, ces tests comparatifs ne montrent pas que le lysat entier revendiqué a une efficacité supérieure par rapport à celle divulguée dans l'exemple 10 de D5, qui comprend *Bifidobacterium* sous forme vivante.

Le problème sous-jacent

- 6.8 Par conséquent, le problème technique sous-jacent peut être considéré comme la mise à disposition d'une composition alternative pour traiter les affections associées à la peau sensible qui sont énumérées dans les revendications.

Caractère non évident de la solution revendiquée

- 6.9 Ni le document D5 ni aucun des autres documents cités ne divulguent l'utilisation d'un lysat entier tel que mentionné dans les revendications, et encore moins son utilisation pour traiter des affections associées à une peau sensible. Aucun de ces documents n'incite à utiliser ce lysat. Par conséquent, aucun de ces documents n'inciterait à utiliser un lysat de ce type.

6.10 En outre, D5 et D4 enseignent qu'une combinaison d'un *Bifidobacterium* et d'un *Lactobacillus*, ou de leurs fractions ou métabolites, est nécessaire pour obtenir les effets pertinents. Un seul de ces ingrédients n'est pas suffisant. Dans ces documents, l'homme du métier ne trouve pas le moindre indice permettant de conclure qu'en utilisant un lysat entier d'un *Bifidobacterium*, l'inclusion d'un composant dérivé de *Lactobacterium* peut être évitée. Ainsi, D4 et D5 ne suggèrent pas la solution revendiquée.

6.11 D3 ne suggère pas non plus la solution revendiquée. D'une part, ce document ne mentionne pas un lysat entier tel que défini dans les revendications et d'autre part, il ne mentionne pas les conditions spécifiques qui sont revendiquées.

7. L'objet des revendications indépendantes 1 et 6, ainsi que celui des revendications dépendantes, dont la portée est plus limitée, implique donc une activité inventive (Articles 56 CBE).

8. *Adaptation de la description*

8.1 L'intimé a déposé une description modifiée, adaptée aux revendications de la requête subsidiaire 3. La requérante n'a pas soulevé d'objection aux modifications et la Chambre n'en a pas non plus.

Dispositif

Par ces motifs, il est statué comme suit

1. La décision attaquée est annulée.
2. L'affaire est renvoyée à la division d'opposition afin que le brevet soit maintenu tel qu'il a été modifié dans la version suivante :

Description :

Pages : 2 à 16 produites avec la lettre du 12 septembre 2022 ;

Revendications :

N° : 1 à 10 de la requête subsidiaire 3 produite avec la réponse au mémoire exposant les motifs du recours.

La Greffière :

Le Président :



M. Schalow

A. Haderlein

Décision authentifiée électroniquement