HAL
open science

Le brevet et ses controverses : des business methods à l'aube du brevet ? Longue durée et échos contemporains

Gabriel Galvez-Behar

▶ **To cite this version:**

Gabriel Galvez-Behar. Le brevet et ses controverses : des business methods à l'aube du brevet ? Longue durée et échos contemporains. 2009. halshs-00529067

HAL Id: halshs-00529067

https://shs.hal.science/halshs-00529067

Preprint submitted on 24 Oct 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le brevet et ses controverses : des business methods à l'aube du brevet ? Longue durée et échos contemporains

Gabriel Galvez-Behar

Université Lille Nord de France

Bien des traits semblent opposer l'historien au juriste. L'un fait commerce du passé qu'il analyse avec ses talents plus ou moins grands de généraliste spécialisé ; il s'exprime dans une langue naturelle qui lui permet d'être compris, voire apprécié, d'une audience plus large que celle de sa communauté. L'autre est tourné vers l'action, de manière plus ou moins immédiate, et déploie des compétences et une langue précises qui ne sont pas facilement accessible au profane. L'historien peut faire un usage naïf, voire sauvage, du droit que reflète ces textes juridiques épinglés dans des chronologies commodes. L'autre peut manifester à l'égard d'un passé trop lointain une indifférence polie. Reste que juristes et historiens ont en partage plusieurs intérêts qui doivent favoriser leur dialogue : la nécessité de l'argumentation et de la preuve, le souci de la référence, le goût de l'enquête. Avec le surgissement des questions mémorielles, l'historien est désormais convoqué comme expert dans les prétoires, tandis que la figure du juge d'instruction vient inspirer ses modèles épistémologiques – preuve, s'il en est, de l'utilité de ce dernier ! Bref, à partir du moment où l'historien n'est pas seulement considéré comme un pourvoyeur d'exotisme ou de nostalgie, à partir du moment où il accepte de respecter l'épaisseur de l'activité juridique, les bases d'un dialogue sont réunies.

La longue durée chère à Fernand Braudel offre un lieu propice à ce dialogue[1]. Entendons-nous bien. Évoquer Braudel ce n'est pas seulement se placer sous une protection prestigieuse en ignorant les limites d'une conception historienne largement revisitée depuis plusieurs décennies. Évoquer les structures, au sens braudélien du terme, c'est d'abord constater que certaines questions gagnent en intelligibilité lorsque l'historien fait apparaître des objets que « le temps use mal et véhicule très

1. F. Braudel, « Histoire et sciences sociales : la longue durée », *Annales*, 1958, vol. 13, n° 4, p. 725-753.

longuement ». C'est aussi faire émerger une « histoire inconsciente » qui construit notre relation au présent. L'idée n'est pas tant de reprendre les paroles de l'Ecclésiaste – « rien de nouveau sous le soleil » –, mais de se saisir d'un impensé.

À coup sûr, l'histoire de la propriété intellectuelle en général, et celle du brevet d'invention en particulier, possèdent leur longue durée. À ne regarder que les dates des grandes lois françaises sur les brevets – 1791, 1844, 1968 – on croirait avoir affaire à une histoire immobile[2]. Mais cette apparence d'une longue durée occulte mal les récriminations, les contestations et les conflits qui l'habitent et qui se poursuivent jusque dans nos débats contemporains. En vérité, la longue durée des brevets est d'abord celle d'une controverse jamais éteinte. C'est précisément ce paradoxe qu'il s'agit d'éclairer. Comment ces controverses ont-elle évolué ? Comment ont-elles permis au brevet de se maintenir ? Dans quelle mesure contribuent-elles à comprendre des enjeux actuels ? Ces questions, il convient d'y répondre en analysant, de manière historique, la tentative d'une définition métaphysique du brevet, en se penchant sur le processus de délimitation du brevetable et en examinant, enfin, les acteurs de cette régulation.

Métaphysique du brevet

Tout au long du XIXe siècle en France, le brevet d'invention donne lieu à des débats quasiment métaphysiques tendant à définir le droit de l'inventeur, à en discuter le caractère de propriété et à en établir la légitimité. Dès la fin du XVIIIe siècle, tant en France qu'en Grande-Bretagne, l'idée de reconnaître au créateur un droit naturel sur ses œuvres se diffuse. La *Lettre sur le commerce des livres* de Diderot n'affirme-t-elle pas dès 1763 :

> « En effet, quel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de ses veilles, de son temps, de ses recherches, de ses observations ; si les plus belles heures, les plus beaux moments de sa vie ; si ses propres pensées, les sentiments de son cœur, la portion de lui-même la plus précieuse, celle qui ne périt point, celle qui l'immortalise, ne lui appartient pas ? »[3]

2.. Sur cette histoire je me permets de renvoyer à mon ouvrage : *La République des inventeurs. Propriété et organisation de l'innovation en France (1791-1922)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008.
3.. Denis Diderot, « Lettre historique et politique sur le commerce de la librairie », in id., *Oeuvres complètes*, Paris, Garnier frères, 1876, p. 30.

Ce plaidoyer constitue l'un des fondements d'une propriété intellectuelle qui ne dit encore pas son nom. Parce que l'esprit est le propre de l'individu, les choses de l'esprit doivent être la propriété de leur créateur. Cette conception, en un sens libérale, ne s'impose toutefois pas de manière absolue dans la France des Lumières. S'il est vrai que l'on assiste à un « sacre de l'inventeur » selon l'expression de Liliane Hilaire-Pérez, bien des modes de promotion de l'invention restent soumis à une exigence d'utilité sociale[4]. De ce fait, l'invention révolutionnaire du brevet n'avait rien d'évident.

L'invention révolutionnaire du brevet

Il faut s'attarder sur cette naissance qui apparaît aussi fortuite que fragile, mais qui résulte d'une pression déterminée des inventeurs et des artistes de l'époque. Dans l'exaltation de l'été 1790, ces derniers saisissent séparément l'Assemblée nationale constituante afin que soient reconnus leurs droits respectifs. La Société des inventions et des découvertes, dirigée par un homme haut en couleurs, Claude-Urbain Retz de Servières, semble dicter son rapport au chevalier de Boufflers, rédacteur du projet de décret réclamé par les inventeurs. Le 30 décembre 1790, cet homme des Lumières, né à la cour de Lunéville et membre de l'Académie française, déclare à la tribune de la Constituante :

> « S'il existe pour un homme une véritable propriété, c'est sa pensée. [..] L'invention, qui est la source des arts, est encore celle de la propriété ; elle est la propriété primitive, toutes les autres ne sont que des conventions ; et ce qui rapproche et ce qui distingue en même temps ces deux genres de propriété, c'est que les unes sont des concessions de la société, et que l'autre est une véritable concession de la nature. »[5]

C'est en des termes quasiment identiques que, quelques jours plus tard, le député Isaac-René Le Chapelier vient présenter la requête des auteurs dramatiques. Il la défend en déclarant que « « la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et […] la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain.»[6] Droit de l'inventeur et droit d'auteur laissent entrevoir à ce moment une réelle gémellité idéologique.

4. Liliane Hilaire-Pérez, *L'invention technique au siècle des Lumières*, Paris, Albin Michel, 2000.
5. *Archives parlementaires .., op. cit.*, 1re série, tome 21, Paris, P. Dupont, 1885 p. 722.
6. *Archives parlementaires .., op. cit.*, 1re série, tome 22, Paris, P. Dupont, s.d., p. 210 (13 janvier 1791).

Les inventeurs eurent toutefois plus de chance que les auteurs. Le 7 janvier 1791 le décret de l'Assemblée sur les droits de l'inventeur prend force de loi alors que les premières dispositions relatives aux auteurs n'interviennent que plus tard. Pourtant, lorsque Boufflers entreprend de faire voter un second projet prévu par la première loi, une forte opposition se fait aussitôt entendre. Certains députés, à l'instar de l'académicien Dionis du Séjour, s'inquiétent de l'absence d'examen préalable, d'autres du nombre de procès qu'une telle loi doit engendrer. Le report de la législation est alors exigé, de la part de députés juristes notamment. Face à cette fronde, le chevalier de Boufflers tient bon, visant à mots couverts l'immobilisme des uns et glorifiant l'apport des inventeurs à l'industrie du pays. Les sociétés d'inventeurs prennent le relais, dénonçant à l'Assemblée toute décision susceptible d'engendrer des conséquences « cent fois plus funestes à l'industrie et au commerce que n'en causa la révocation de l'édit de Nantes. »[7] Toute la détermination du chevalier de Boufflers combinée aux pressions de la Société des artistes-inventeurs –, elles-mêmes relayées par la presse – sont alors nécessaires pour que soit votée une loi nouvelle organisant la délivrance de ce que l'on appelle désormais les brevets d'invention (25 mai 1791).

Ce rapide récit de la genèse révolutionnaire du brevet en France met en lumière son caractère incertain. Même si la conception jusnaturaliste du brevet constitue une idéologie puissante, elle ne s'impose pas d'elle-même – on se demande d'ailleurs comment elle pourrait le faire. L'avènement du brevet requiert l'intervention et le lobbying de groupes pas nécessairement nombreux mais déterminés à faire valoir une certaine idée de l'invention mais aussi des intérêts propres. Quant aux contestations, on l'a vu, leur immédiateté indique l'absence de consensus en la matière. En somme, si cette histoire peut nourrir les débats contemporains, c'est d'abord en suggérant l'absence de tout âge d'or du brevet et en montrant que la naissance de ce dernier est aussi celle d'une controverse qui n'a pas fini de s'éteindre.

7. « Respectueuse pétition des artistes-inventeurs à l'Assemblée nationale » [2 avril 1791] citée *in* Claude-Pierre Molard, *Description des machines et procédés spécifiés dans les brevets d'invention*, Paris, impr. Huzard, 1811, p. 85.

Les contestations d'une propriété

L'adoption de la loi du 25 mai 1791 ne vient pas, en effet, calmer les contestations autour du brevet. Durant tout le XIXe siècle, ces dernières portent à la fois sur sa légitimité, sur sa nature et sur ses modalités. La légitimité du brevet d'invention ne va pas de soi en effet. Même chez les partisans d'une organisation démocratique des inventeurs, le brevet paraît moins intéressant que des récompenses délivrés par un « jury des arts et métiers ». Au cours des années 1820, certaines chambres de commerce s'élèvent contre une institution complexe et coûteuse. Mais c'est à partir de la seconde moitié du XIXe siècle que le brevet d'invention donne lieu à de vifs débats. Dès les années 1840, la question de la perpétuité des brevets est soulevée par Ambroise-Marcelin Jobard. Relancée en 1854 dans les colonnes du *Journal des économistes*, elle donne lieu à un vigoureux retour de flamme. La Chambre de commerce de Lille se prononce en 1855 contre la loi sur les brevets. Une réforme de la loi de 1844 alors est lancée. En 1862, profitant d'un rapport sur l'exposition universelle de Londres, l'économiste saint-simonien Michel Chevalier prend la tête du courant abolitionniste en France. L'argument est simple : l'invention est un phénomène collectif et ce qu'un inventeur a trouvé un autre aurait pu le découvrir. La polémique dure près de quinze ans. En 1878, Chevalier publie une nouvelle philippique mais le succès du congrès international de la propriété industrielle tenu la même année à l'occasion de l'exposition universelle de Paris met fin aux contestations les plus radicales.

Le brevet n'en devient pas pour autant un objet de consensus car les critiques auxquels il donne lieu portent autant sur les modalités de son existence que sur la nature de cette dernière. L'une des questions essentielles de toute l'histoire du brevet au XIXe siècle est de savoir si ce dernier constitue la trace d'une propriété ou non. Le débat est complexe et l'on n'en posera ici que les jalons. Le premier est l'affirmation originelle du droit de l'inventeur comme une propriété naturelle de l'homme sur le fruit de ses pensées. Toutefois, comme l'a montré Mikhaïl Xifaras, cette conception est largement battue en brèche par Augustin-Charles Renouard[8]. Si ce dernier porte sa

8. Sur cette critique, cf. l'ouvrage essentiel de Mikhaïl Xifaras, *La propriété étude de philosophie du droit,* Paris,

critique en premier lieu dans le cadre d'une discussion des droits d'auteurs, il n'en invalide pas moins la conception selon laquelle les idées pourraient être l'objet d'une propriété quelconque. Contrairement aux choses, qui, extérieures à la personne, font l'objet d'un effort d'appropriation, les idées font l'objet d'un dessaisissement. Dès lors qu'elles sont émises, elles ne peuvent pas faire l'objet d'une appropriation exclusive par qui que ce soit. La propriété des choses immatérielles est donc illusoire.

Pour être forte, l'argumentation de Renouard n'est pas pour autant décisive. Les débats parlementaires préludant à l'adoption de la loi de 1844 l'attestent. Alors que le ministère se refuse à examiner la question de principe qu'avait tranchée la Constituante – le brevet est-il une propriété ? –, pairs et députés prennent la liberté d'aborder la question. Sortie par la porte, la métaphysique du brevet revient par la fenêtre. Bien que plusieurs parlementaires réclament que l'on nomme la propriété industrielle par son nom, le gouvernement maintient sa position agnostique. Contrairement aux glorieuses lois révolutionnaires, celle de 1844 ne comprend aucun préambule mettant le droit de l'inventeur sur le même plan que ceux des droits de l'homme. Pourtant, au détour de l'article 20, la loi n'affirme-t-elle pas que « tout breveté pourra céder la totalité ou partie de la propriété de son brevet » ?

En l'espèce, la loi de 1844 ne règle rien. Des voix s'élèvent dans les années 1850 pour obtenir un droit perpétuel sur l'invention, à l'instar d'une propriété normale. Cette revendication nourrit en retour, on l'a vu, un fort courant abolitionniste. Pourtant, une fois passée la foudre, plusieurs partisans du brevet se battent encore pour son assimilation à une propriété. Écoutons le bâtonnier Eugène Pouillet déclarer en 1872 : « Pourquoi ne pas admettre qu'il y ait deux sortes de propriété, l'une dans l'ordre purement physique et celle-là perpétuelle, l'autre dans l'ordre intellectuel et celle-ci temporaire ? Pourquoi s'obstiner à les confondre et repousser l'une sous prétexte qu'elle ne saurait

---

Presses universitaires de France, 2004. Augustin-Charles Renouard, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature et les beaux-arts,*Paris, J. Renouard, 1838-1839.

s'accommoder des règles de l'autre ? »[9] Le congrès de 1878 est là encore un moment essentiel au terme duquel, grâce à des manœuvres ... de congrès, les délégués français, emmenés par Pouillet, obtiennent de voir inscrit dans le rapport final la formule suivante : « Le droit des inventeurs et des auteurs industriels sur leurs œuvres, ou des fabricants et négociants sur leurs marques, est un droit de propriété ; la loi civile ne le crée pas : elle ne fait que le réglementer. »[10]

Le sens d'une victoire

Le XIXe siècle s'achève en France par une double victoire du brevet qui non seulement a survécu mais apparaît encore comme le symbole d'une propriété. Pour saisir le sens de cette victoire, on pourrait dire que la propriété industrielle a sauvé le brevet d'invention. Il faudrait ici développer plus longuement l'argument. Disons seulement que l'idéologie libérale qui vient légitimer le brevet se conjugue aux effets de la loi de 1844. Malgré son silence sur le plan des principes et en dépit de toutes ses imperfections, cette dernière contribue à une démocratisation de l'invention, par l'abaissement du coût du brevet et par l'absence d'examen préalable. Concrètement le nombre de brevets pris dans la seconde moitié des années 1840 augmente sensiblement traduisant un meilleur accès à cette protection chez les artisans et les petits industriels.

En fait, la reconnaissance des droits de l'inventeur acquiert une portée indéniablement politique. Pour Eugène Pouillet, le brevet est le gage d'une société démocratique fondée sur la reconnaissance des capacités :

> « Supprimez les brevets, remplacez-les même par un système de récompenses quel qu'il soit, ne voyez-vous pas que le gros fabricant, pouvant dès à présent jouir de l'invention, s'en emparera au plus vite, et jouant son jeu ordinaire, écrasera ses concurrents ? […] Où sera en effet l'intérêt de ces grands seigneurs à faire mieux ? Ils seront seuls, et la consommation bon gré mal gré sera forcée de prendre leurs produits, puisqu'il n'y en aura pas d'autres. On reviendra ainsi à un état de choses pire encore que les maîtrises et les jurandes, et nous aurons simplement passé de l'excès d'un mal à l'excès d'un autre. Que ceux qui se disent démocrates, qui s'intitulent les amis du peuple, et qui en même temps réclament l'abolition des brevets, ouvrent les yeux. »[11]

9.. E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Paris, Cosse, Marchal et Billard, 1872, p. XIV.
10.. *Congrès international de la propriété industrielle tenu à Paris du 5 au 17 septembre 1878*, p. 128.
11.. E. Pouillet, *Ibid*., p. XX-XXI.

Le brevet d'invention ne se réduit pas à une fonction économique ou juridique. Dans la France du XIXe siècle où la poussée démocratique, quoique contrariée, est si forte, cet héritage révolutionnaire apparaît à plus d'un comme l'écho prometteur d'une République des inventeurs.

Cet écho se fait-il encore entendre aujourd'hui ? Loin d'être le symptôme d'une quelconque nostalgie, cette question est essentielle pour appréhender la complexité des débats contemporains. Elle interroge les modes de justification et de légitimation des régulations que l'on entend mettre en œuvre. Bien que nécessaires, les argumentations techniques et économiques ne sont pas à elles seules suffisantes pour ancrer les règles au corps social. Le discours juridique, quant à lui, n'est pas d'un bloc, loin s'en faut. Il ne permet pas, en outre, de faire l'économie d'une interrogation sur la légitimité voire la justice de la règle. Ce rapport aux valeurs de la règle et de la régulation a lui-même une histoire que modèle la multiplicité des contextes mais aussi des usages. Ainsi le brevet perçu comme un outil de promotion individuelle ne suscite-t-il pas la même reconnaissance que le brevet affiché comme outil de rentabilisation des investissements de grandes firmes. Mettre à jour cette dimension axiologique de la régulation et ses variations dans le temps est sans doute l'un des impératifs de l'analyse historique.

Les frontières du brevetable

Reste que la régulation n'est pas qu'affaire de valeur et d'idéologie. Elle embrasse des êtres de toutes sortes et les redistribue. En affirmant que « toute découverte ou nouvelle invention dans tous les genres d'industrie est la propriété de son auteur »[12], la loi du 7 janvier 1791 ouvre la voie à une double controverse : celle portant sur la propriété, on l'a vu, mais aussi celle portant sur son champ d'application. La notion d'industrie est en effet fort large à la fin du XVIIIe siècle. Longtemps au cours du siècle qui suit, elle continue de signifier l'habileté, le travail dont on tire le moyen de son existence, voire l'ensemble des activités ayant pour objet la production et l'échange de

12.. Il s'agit de l'article Ier de la loi du 7 janvier 1791.

marchandises. La question n'est donc pas d'appliquer le droit du brevet à un cadre préexistant que serait l'industrie. Dans une large mesure, le processus de définition de la brevetabilité participe de celui de l'industrie.

La distinction des droits de l'inventeur et de l'auteur illustre bien ce point. Si la défense des propriétés intellectuelles repose sur un socle idéologique commun, différents arguments sont avancés au XIXe siècle afin de distinguer les droits, mais aussi les statuts de ces deux figures de la création. Acteur important de la défense du droit d'auteur, Balzac suggère toute l'ambiguïté de ce rapport. Affichant dans son roman *Illusions perdues* la fraternité de l'inventeur et du poète, Balzac se garde bien, dans la réalité, de réclamer l'alignement des deux propriétés intellectuelles. Il n'y pas, pour l'auteur de la *Comédie humaine*, la « moindre parité », entre une invention technique et une œuvre de l'esprit[13]. La première engendre un besoin, s'avère utile, et de ce fait, indispensable à la société. En revanche, les œuvres artistiques perdent rapidement toute utilité ; dès lors, contrairement à celle des inventions, leur propriété, fût-elle perpétuelle, ne lèse aucun intérêt. Grâce à son inutilité l'auteur peut se voir reconnaître les droits les plus étendus, alors que l'inventeur, enfermé dans la cage de l'ophélimité, doit se sacrifier aux intérêts de la société.

À cet l'argument opposant le désintéressement de l'œuvre à l'utilité de l'invention, s'ajoute celui de la personnalité de la première opposée à l'anonymat de la seconde. Dans la seconde moitié du XIXe siècle, alors que les controverses sur la propriété industrielle battent leur plein, Michel Chevalier, contempteur du brevet d'invention n'hésite pas à voler au secours de la propriété littéraire. Pour lui :

> « Les œuvres littéraires ou artistiques ont un caractère d'individualité parfaitement tranché. Par cela même elles constituent une propriété distincte que la loi peut reconnaître. Au contraire ce caractère d'individualité manque aux découvertes réelles ou supposées qui font l'objet des brevets d'invention puisque ce que celui-ci a fait aujourd'hui un autre cent autres pourront le faire demain. C'est pour cela que le monopole conféré par des brevets doit en principe être taxé d'abusif et qu'il peut être complètement aboli par le législateur sans qu'il en résulte rien contre la reconnaissance de la propriété littéraire. »[14]

13.. Frédéric Pollaud-Dulian, « Balzac et la propriété littéraire », *L'Année balzacienne*, 2003-1, p. 197-223.
14.. Michel Chevalier, *L'exposition industrielle de 1862*, Paris, imprimerie et librairie des chemins de fer, 1862, p. 168.

En considérant que l'invention technique est par nature collective et par conséquent impersonnelle, Michel Chevalier dénie à l'inventeur toute propriété sur ses créations. N'imaginant guère renverser l'argument – après tout ce que Balzac a fait, un autre ne pouvait-il pas le faire ? – , il contribue de la sorte à faire de l'industrie un monde anonyme. Au nom de cette différence de conception, droit d'auteur et droit de l'inventeur sont amenés à connaître un cheminement séparé.

De l'interdiction des méthodes financières ..

L'histoire du brevet est ainsi l'histoire d'une constante définition de la brevetabilité. L'une des toutes premières interrogations en la matière porte sur les méthodes financières mises en place dans le contexte de la crise monétaire de la monarchie constitutionnelle. Rappelons-en le cadre. En septembre 1790, la Constituante met en place un assignat-monnaie à cours forcé. Au cours de l'année 1791 la monnaie-papier vient cependant chasser le numéraire : les émissions d'assignats ne cessent de s'enfler. Le 6 octobre 1791, Mathurin Roze de Chantoineau se voit décerner un brevet pour une « caisse générale de crédit national ». Parallèlement, pour contenir la fabrication de faux assignats, certains inventeurs proposent des papiers de sûreté mais aussi des organismes de contrôle. En six mois, à partir de l'automne 1791, au moins une douzaine de brevets sont décernés dans ce domaine sur la quarantaine de brevets accordés. Quelques mois plus tard, le 1er juin 1792, l'Assemblée législative annule un brevet pour un établissement de contrôle des assignats nationaux. Le 20 septembre 1792, alors que la monarchie sombre, le député d'Indre-et-Loire Baignoux demande la révocation des brevets d'invention en matière financière, considérés comme source d'agiotage. Il exige que la délivrance des brevets soit désormais limitée aux genres d'industrie relatifs aux arts et métiers. M. Mailhe, député de Haute-Garonne, prend alors la parole pour déclarer :

> « Je m'oppose à cette proposition. Que diriez-vous, en effet, après avoir adopté la motion de M. Baignoux, si quelqu'un venait vous proposer la découverte d'un moyen de rétablir les finances et de liquider les dettes de l'État.. Je crois que si vous adoptez le principe, il faut aller jusqu'au bout. Il faut alors tout simplement décréter la suspension de tout brevet d'invention, en laissant la Convention nationale libre de juger du fond de la question. »[15]

15. *Archives parlementaires* .., 1re série, tome 50, [20 septembre 1792], p. 185.

L'objection du député Mailhe n'eut aucun effet. Elle permet toutefois de mettre en perspective cet épisode. Pour des raisons d'ordre public – il s'agit de ne pas mettre aux mains de personnes peu scrupuleuses des actes administratifs qui peuvent faire illusion – les méthodes financières sont exclues du champ de la brevetabilité qui se voit alors limitée aux industries relevant des arts et métiers.

Cette délimitation est loin d'être suffisante pour répondre à toutes les interrogations. En 1829, alors qu'il envisage une refonte de la loi sur les brevets d'invention, le gouvernement interroge les chambres de commerce et les sociétés savantes sur la nouvelle forme à donner au brevet. L'une des questions envisage la possibilité de breveter ou non « les inventions dont les produits sont immatériels et n'exigent l'emploi d'aucun moyen dépendant des arts et métiers. »[16] Les réponses étonnent par leur diversité voire leurs contradictions. Bon nombre de corps constitués, comme les chambres de commerce de Bordeaux, Dunkerque ou Mulhouse, répondent en faveur de brevets protégeant des objets immatériels. D'autres enquêtés considèrent au contraire, à l'instar de la société d'agriculture du département de l'Aube, qu'il serait « contre les règles du bon sens que de donner à un individu le monopole d'un raisonnement ou d'une pensée. »[17] La chambre de commerce d'Amiens exige, quant à elle, que le brevet ne s'applique pas « aux méthodes de lecture, d'écriture, de sténographie, de mnémotechnie » mais aussi aux « remèdes et tous appareils et instruments relatifs à l'art de guérir. » Elle s'engage ainsi dans un des débats majeurs sur la brevetabilité au XIXe siècle.

... à celle du médicament

La loi de 1791 n'interdit pas de délivrer des brevets pour des remèdes. Au tout début du XIXe siècle, ses dispositions entrent en contradiction avec la police de la pharmacie qui se met alors en place. La loi du 21 germinal an XI (11 avril 1803) réglemente la profession de pharmacien et interdit à cette dernière de livrer des remèdes secrets, c'est à dire des remèdes dont la composition

16.. *Recueil industriel*, 1829, p. 130.
17.. *Ibid.*, p. 132.

n'aurait pas été rendue publique. Elle institue, en outre, un nouveau codex dont la publication est décidée en 1818. Pourtant, afin de ménager une transition, un décret du 25 prairial an XIII (13 juin 1805) rend possible la commercialisation de certains remèdes secrets. Le 18 août 1810, un nouveau décret vient interdire le commerce de tels remèdes mais offre à leurs inventeurs la possibilité de voir leurs compositions rachetées par l'État. Pour le conseil d'État, ce compromis est nécessaire pour garantir « les droits et la propriété des inventeurs ou propriétaires de remèdes secrets. »[18]

Durant toute la première moitié du XIXe siècle, la police de la pharmacie prend le pas sur le droit de l'inventeur. En 1829, l'Académie royale de médecine, créée neuf ans plus tôt, se prononce contre la délivrance de brevets d'invention pour des remèdes[19]. Pourtant, l'avis n'est pas unanime dans le monde médical. A.-N. Gendrin, membre de la société de médecine de Paris et rédacteur du *Journal général de médecine*, conteste l'interprétation maximaliste de l'Académie. Pendant ce temps, l'administration se comporte de manière schizophrène. Saisie d'une demande de brevet pour un remède, elle consulte le comité consultatif des arts et manufactures puis se tourne vers l'Académie de médecine. Malgré les récriminations récurrentes de cette dernière, le ministère du Commerce délivre le brevet. Si le breveté prétend exploiter son invention pharmaceutique, il tombe sous le coup de la loi et peut se voir poursuivi par le ministère public. Le 19 novembre 1840, un arrêt de la cour de Cassation fixe les choses : la délivrance d'un brevet pour remède ne dispense pas de respecter les dispositions du décret du 18 août 1810[20]. La voie est alors ouverte à une éviction du médicament du champ de la brevetabilité.

Celle-ci a lieu en 1843 et 1844 avec la réforme de la loi sur les brevets d'invention[21]. Les partisans de la brevetabilité du médicament, emmenés par le chimiste Gay-Lussac, défendent trois types d'argument : la nécessité de distinguer la conception de l'exploitation des remèdes,

18.. Adolphe Trébuchet, *Jurisprudence de la médecine, de la chirurgie et de la pharmacie en France,* Paris. L.-B. Ballière, 1834, p. 368.
19.. *Archives générales de médecine*, 1829, p. 122
20.. Arrêt C. Cass., ch. Crim., 19 novembre 1840, Johnson c. ministère public.
21.. Maurice Cassier, « Brevets pharmaceutiques et santé publique en France : opposition et dispositifs spécifiques d'appropriation des médicaments entre 1791 et 2004 », *Entreprises et histoire*, vol. 36, n° 2, printemps 2004, p. 29-47.

l'importance du brevet pour encourager le marché du médicament et le respect du droit de l'inventeur. À ces trois raisons vient s'y ajouter une quatrième : en interdisant le brevet de médicament, le législateur condamnerait l'administration à procéder à un examen préalable honteux pour repérer les demandes susceptibles d'être rejetées. Pour les partisans de l'interdiction, il était indispensable de procéder à une moralisation du marché des médicaments. Non seulement il faut protéger le public du charlatanisme qu'encourage la détention d'un titre administratif, mais il faut en outre assumer le fait que la santé ne peut faire l'objet d'une appropriation exclusive, fût-elle temporaire. Le député Barthe se fait le porte parole de cette exigence éthique en évoquant le cas fictif d'un médecin qui confronté à une maladie en connaîtrait le remède sans en posséder le brevet :

> « Il ordonne au pharmacien de le composer pour un malade qu'il sauve. Eh bien ce médecin sera poursuivi pour avoir violé le brevet d'invention parce que l'inventeur de ce remède ne se serait pas trouvé là pour le fournir. C'est là une chose immorale. »[22]

L'argument de la lutte contre le charlatanisme et de la spécificité des biens de santé prévaudra. La loi de 1844 exclura les médicaments du champ de la brevetabilité.

Les ordres du brevet

Le brevetabilité qui se construit au XIXe siècle revêt un certain nombre de caractères qu'il convient à présent de remettre en perspective. En premier lieu, la définition de la brevetabilité n'est pas immédiate mais résulte d'un processus, d'une dialectique entre des formes de stabilisation de la règle et leur dépassement par des usages. Ces formes de stabilisation sont essentielles : elles s'inscrivent, par exemple, dans les règles, dans la jurisprudence voire dans la doctrine qui, parfois, peut être cohérente. Ces formes de stabilisation orientent le comportement des acteurs et produisent ainsi leurs effets. Le rôle des usages n'est pas moindre, cependant. L'exemple des méthodes financières et celui du médicament illustrent bien le fait que la question de leur brevetabilité se pose lorsqu'apparaît un usage imprévu du brevet : celui d'une utilisation symbolique et publicitaire qui favorise l'agiotage ou le charlatanisme. En somme, les usages viennent suggérer ou exiger la délimitation de nouveaux champs du brevet.

22.. Cité par Maurice Cassier, loc.cit.

L'autre caractéristique réside dans le fait que la brevetabilité contribue à construire les ordres dont elle doit dépendre. Définir le champ d'application du brevet d'invention, c'est façonner l'ordre industriel en lui attribuant des caractères d'utilité, d'impersonnalité ou de matérialité. C'est également définir un ordre moral. Car les arguments éthiques ne sont pas ici de pure circonstance – ou du moins ne le sont-ils pas toujours. Il faudrait rappeler l'action du comité consultatif des arts et manufactures qui, au début du XXe siècle, empêche en toute illégalité la délivrance de brevets dont on craint qu'ils ne soient destinés à favoriser la contraception ou l'avortement[23]. À côté de la brevetabilité de papier, pour ainsi dire, se pose le problème d'une brevetabilité effective qui, parfois, s'élabore en marge du droit. Enfin, le brevet crée son ordre propre. Pour qu'une règle soit effective, pour qu'elle puisse constituer le fondement d'une véritable régulation, il lui faut se reposer sur une multitude d'êtres humains ou non. C'est ce monde du brevet qu'il nous faut maintenant explorer.

De la règle à la régulation

Les controverses ou les contradictions auxquelles donne lieu le brevet d'invention dans la France du XIXe siècle ne se limitent pas uniquement à une discussion sur les principes ou sur l'extension du brevet. Elles concernent également l'application des règles et la possibilité d'une régulation efficace.

Le paradoxe libéral

Le droit de l'invention au XIXe siècle en France relève, en fait, d'un paradoxe libéral. L'un des fondements de ce droit, malgré les changements d'intonation introduits par la loi de 1844, reste son caractère naturel et individuel. La nature immatérielle de l'objet rend toutefois sa protection coûteuse pour la société. Le chevalier de Boufflers, qui avait pointé cette tension, en avait fait la source du caractère transitoire du brevet. La limitation temporelle de la propriété de l'inventeur était le prix à payer pour que la collectivité en assure une protection efficace. À dire vrai, le contrat n'a guère été respecté, l'État se cantonnant à une réserve frôlant la négligence, on le verra. La retenue

23.. G. Galvez-Behar, « Les faux-semblants du droit de l'inventeur ou l'examen clandestin des brevets d'invention dans la France de la Belle Époque », *Documents pour l'histoire des techniques*, n° 17, premier semestre 2009, à paraître.

de l'État peut se comprendre. Après tout, l'absence d'examen préalable est le meilleur moyen de respecter le droit naturel de l'inventeur et de s'interdire tout jugement technique arbitraire. Il faut, déclare en 1843 le député Desmousseaux de Givré, que « la loi réserve la question du mérite de l'invention au public, et la question de la propriété aux tribunaux. »[24] L'État n'intervient donc pas en amont, laisse faire le marché et n'agit qu'en cas de litige.

Reste qu'une telle conception s'avère extraordinairement limitée quand elle refoule le prix nécessaire de la régulation. Pour fonctionner, surtout après l'adoption de la loi de 1844, il était non seulement nécessaire que fût assurée une publication efficace des brevets d'invention, afin de faciliter les recherches d'antériorité rendues encore plus nécessaires par l'absence d'examen préalable, mais encore fallait-il que la sanction judiciaire se fît sentir efficacement. Ni l'une ni l'autre des conditions ne furent remplies. Longtemps la publication des descriptions à la délivrance du brevet fut perçue comme une incitation à la contrefaçon. Dans le cas français il faut attendre 1902 pour qu'elle devienne immédiate et intégrale. Cette longue hésitation, qui conduit les acteurs à ne disposer que d'une information bien souvent partielle ou tardive, s'explique essentiellement par le coût que l'État n'est guère disposé à supporter. Quant au traitement judiciaire des contentieux en matière de brevet, il est très vite – et pour longtemps – considéré comme coûteux et incertain. Dans une large mesure, pour reprendre la terminologie de Douglas North, l'État refuse d'appuyer l'institution – la règle – sur une organisation censée la rendre effective. La régulation, fût-elle assise sur des principes libéraux, nécessite toujours un investissement et a, de ce fait, toujours un coût.

La règle et ses acteurs

Ces limites font naître tout au long du XIXe siècle un profond sentiment d'insatisfaction qu'expriment des protestations aussi nombreuses que précoces. Sait-on que dans les premières années d'application des lois révolutionnaires le Conseil des Cinq-Cents envisage la mise en place d'un examen préalable ? Sait-on l'irritation du premier consul devant des brevets jugés par lui

24. Adrien Huard, *op. cit.* , p. 280.

insensés ? Sait-on les critiques fort précoces quant au coût des procédures qu'il occasionne ? Dès 1814, le conseil consultatif des arts et manufactures se lance dans une tentative de réforme de la législation. En 1829, on l'a vu, le ministre du commerce procède à une consultation nationale des chambres de commerce, des sociétés savantes et d'autres corps intermédiaires ; nombreuses sont les réponses exigeant des améliorations pratiques. La loi de 1844, censée répondre à toutes ces exigences, met fin aux brevets d'importation, abaisse le coût effectif du brevet mais laisse bien des problèmes en suspens. Les affaires de brevets restent du ressort du tribunal civil ou du tribunal correctionnel, alors que certains agents de brevets réclament, à l'instar de Armengaud, l'instauration d'une juridiction spécialisée où les juges seraient aussi techniciens. La publication des brevets reste médiocre tandis que certains commencent à se plaindre de l'absence d'examen préalable. Paradoxalement la loi de 1844 convient à beaucoup de monde mais ne satisfait personne. À mesure que le brevet d'invention paraît légitime, les modalités de sa délivrance et de son usage font l'objet de critiques de plus en plus vives.

À dire vrai, ces récriminations sont aussi le signe d'une vitalité du brevet. Celui-ci est de plus en plus utilisé dans le dernier quart du XIXe siècle. La contestation abolitionniste a été contenue par les associations d'inventeurs et par les juristes, tandis que bon nombre de carences de l'État ont été palliées par les agents de brevets. Ces derniers, dont la profession s'organise tout au long du XIXe siècle et aboutit à la création d'un syndicat en 1884, procèdent à la publication des brevets et à leur promotion. Ils participent ainsi à la construction d'un marché des techniques. Avec les juristes, ils contribuent à la résolution des contentieux par la voie de l'arbitrage ou de l'expertise. En somme, jusqu'à la fin du XIXe siècle, le brevet d'invention est porté par le monde de la propriété industrielle. Toutefois, lorsque celle-ci se déploie à l'échelle du monde, l'initiative privée ne suffit plus. Dans la dernière décennie du XIXe siècle, le nombre de brevets croît de façon rapide et la propriété industrielle s'est internationalisée. Les lois allemandes de 1877 et de 1891, la création de l'Union de Paris en 1883 puis la réforme de la loi britannique en 1907 font naître un décalage de plus en plus

profond avec la vieille législation de 1844, amendée à la marge en 1902. Les agents peinent à assurer la publication de brevets toujours plus nombreux, voire à en prendre connaissance. La vieille salle de consultation du ministère du Commerce, rue de Varennes, ne suffit plus à leur travail. La propriété industrielle croule sous son propre poids.

L'appel à l'État

Pour sortir de cette situation, l'appel à l'État s'impose. Or, le développement industriel, l'émergence de la notion de service public et la conjoncture politique – l'arrivée du socialiste Alexandre Millerand au ministère du Commerce et de l'Industrie est un élément clef de cette histoire – sont autant d'éléments propices à une réforme de la propriété industrielle en France. La loi de 1844 ne subit pas de modifications profondes. Les nombreux projets d'avant-guerre visant à introduire, par exemple, un avis préalable à la délivrance du brevet, restent lettre morte. En revanche, la création de l'Office national de la propriété industrielle en 1901 et l'adoption d'une réforme à la marge en 1902 tentent de mettre le brevet d'invention au cœur d'une régulation plus efficace où l'État prend toute sa part. Les brevets d'invention sont publiés intégralement dès leur délivrance et de nouveaux moyens sont mis en place pour s'orienter dans une information technique sans cesse foisonnante. Le monde de la propriété industrielle est quant à lui intégré à l'appareil administratif grâce au comité technique de l'ONPI où siègent des juristes ainsi que des représentants des inventeurs et des conseils en propriété industrielle. La guerre vient accélérer cette lente réforme pour aboutir au déménagement de l'ONPI, à son autonomie et la progressivité du coût du brevet. Elle permet avant tout de faire du brevet l'un des objectifs économiques de la paix. Sans cesser d'être controversée, la propriété industrielle apparaît désormais comme l'une des armes de la puissance des nations.

La longue durée du brevet renvoie à une apparente stabilité de la règle et à la récurrence de sa contestation. Comment donc une institution aussi controversée a-t-elle pu se maintenir jusqu'à nous ? Pour répondre à une telle interrogation il faut d'abord constater que le brevet a satisfait les aspirations et les intérêts de ceux qui se sont toujours levés pour le défendre : sociétés d'inventeurs, juristes, agents de brevets furent autant d'acteurs qui ont promu ce dernier et qui en ont aussi tiré profit. Il y a tout lieu de penser que le phénomène persiste aujourd'hui et que l'existence d'un monde du brevet tendant à persévérer dans son être est sans doute l'un des meilleurs remparts pour le brevet lui-même. Il est clair également que le brevet a prouvé une forme d'utilité, même s'il n'est pas évident de savoir s'il a produit les effets que l'on attendait de lui. Quoi qu'il en soit, il a participé au développement d'un discours technique et d'un ordre industriel, accompagnant le développement économique depuis le XIXe siècle. Toutefois, il me semble qu'une raison plus profonde doit être prise en compte. En France, le brevet – et sans doute plus largement la propriété intellectuelle – repose sur une contradiction majeure déjà suggérée par le rapport du chevalier de Boufflers. Le droit de l'inventeur trouve sa justification dans une philosophie individualiste forte mais suppose, du fait de l'immatérialité de l'invention, une contrainte sociale tout aussi puissante pour être effectif. Cette aporie explique que le brevet soit, par nature, controversé car il institue une société qui doit défendre chèrement ce droit de l'individu. Dans la France d'alors, il était inconcevable de ne pas payer d'une manière plus ou moins généreuse ce tribut aux idéaux révolutionnaires.

Cette analyse autorise enfin quelques conclusions prudentes sur la régulation, car le brevet au cours de ce long XIXe siècle ne relève pas d'une réglementation stricte où l'État contraindrait l'économie, mais bel et bien d'un encadrement souple du marché. Telle qu'elle se donne à voir sous cet angle, la régulation apparaît comme l'articulation d'un discours – celui de la règle et des valeurs qui la portent–, d'un fondement social – la place des acteurs qui la défendent ou la contestent – et d'une pratique – la réalisation de la règle dans sa matérialité. Cette articulation n'est pas immobile tant il est vrai que la régulation possède une mémoire et, pourquoi ne pas le dire, une histoire. La

longue durée, qu'elle se manifeste sous l'apparence d'une tradition, d'un corps de doctrine ou d'un idéal sans cesse ranimé, inspire les règles et rend possible leur effectivité. En retour, la régulation procure aux agents la stabilité nécessaire à leur commerce et leur fournit ainsi un cadre que l'on se plairait presque à croire immuable. Fruit d'une histoire qu'elle refoule en partie, la régulation ne se présente-t-elle pas comme un territoire partagé du juriste et de l'historien ?

Gabriel GALVEZ-BEHAR
Université Lille Nord de France, France
Université Lille 3, CNRS, IRHiS (Institut de Recherches Historiques du Septentrion), UMR 8529
F-59653 VILLENEUVE D'ASCQ, France