

Droit américain des brevets : son fondement constitutionnel est-il d'inspiration française ?

*Philippe Signore**

Partenaire du Cabinet Oblon

Avocat au barreau de Virginie

Enseignant au CEIPI (Strasbourg)

Enseignant à l'Université George Mason

La loi américaine sur les brevets d'invention tire son origine de l'article 1, Section 8, Clause 8, de la Constitution des États-Unis d'Amérique. Dans quelle mesure les rédacteurs de cette Clause ont-ils été influencés par l'Encyclopédie française de Diderot et d'Alembert ? C'est à cette question que le présent article tente de répondre.

L'instauration d'un système de brevets d'invention aux États-Unis d'Amérique remonte à la naissance même de la nation américaine. Elle trouve en effet son fondement dans la Constitution de 1787, qui disposait :

« *Article I*

(...)

Section 8. The Congress shall have power

(...)

8. To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries .

(...) »

Trois ans plus tard, le 10 avril 1790, le Congrès votait la première loi régissant le droit des brevets

d'invention. Dans la littérature anglo-saxonne, cette Clause constitutionnelle est souvent appelée *Clause Intellectual Property*, ou *Clause IP* en abrégé. Elle est remarquablement concise à défaut d'être parfaitement claire. En effet, si l'on comprend bien le but poursuivi – encourager le progrès des sciences et des techniques – et le moyen pour l'atteindre – par l'octroi de droits exclusifs aux auteurs et inventeurs, on reste perplexe en revanche sur la terminologie employée : il est question de *science*, de « *useful arts* » ou bien encore de *découvertes*, là où l'on attendrait plutôt le mot « *invention* », étrangement absent.

L'origine de ce texte fondamental n'a donc pas manqué de susciter nombre d'interprétations, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. Elles s'appuient sur le droit anglais des lettres patentes en vigueur en Angleterre et dans les Colonies. Mais, dans un remarquable article paru récemment intitulé « *The Overlooked French Influence on the*

* L'auteur remercie Robert Sianore pour ses remarques et conseils

Intellectual Property Clause »¹, Sean M. O'Connor suggère une hypothèse originale: les rédacteurs de la *Clause IP* se seraient inspirés de l'*Encyclopédie* française éditée par Denis Diderot et Jean le Rond d'Alembert² peu avant la rédaction de la Constitution américaine !

Le présent article examine le bienfondé de cette hypothèse, en se référant au texte même de l'*Encyclopédie* et du *Discours préliminaire* qui le précède³. Dans un premier paragraphe, on rappellera ce que fut cette célèbre *Encyclopédie (I)* ; un deuxième paragraphe montrera comment certains Américains prirent connaissance de cet ouvrage *(II)* ; enfin, dans un troisième paragraphe, on tentera de relire la *Clause IP* à travers certains passages du *Discours préliminaire* et de l'*Encyclopédie (III)*. Il ne sera pas question ici du droit d'auteur prévu également dans cette *Clause IP* à travers les mentions « *authors* » et « *writings* ».

I. L'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert

En 1751 paraît le premier volume du « *Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers* », communément appelé *Encyclopédie*. Il est précédé d'un « *Discours préliminaire à l'Encyclopédie* » rédigé par Jean le Rond d'Alembert. Entre 1751 et 1772 paraîtront 17 volumes, auxquels s'ajouteront 11 volumes de planches et d'illustrations. Cet ouvrage monumental comprend 74 000 articles et 18 000 pages. Il est l'œuvre de 140 auteurs, dont Diderot et d'Alembert, qui en sont par ailleurs les éditeurs. Cet ouvrage exceptionnel est considéré comme le manuel de référence du siècle des Lumières.

L'*Encyclopédie* présente les sujets traités par entrées, lesquelles sont rangées par ordre alphabétique. L'une des originalités de l'ouvrage est d'utiliser des renvois d'une entrée à une autre. Par exemple, l'entrée « *INVENTION* » renvoie à

« *DÉCOUVERTE* », laquelle renvoie à « *DÉCOUVRIR* », etc. Ce système de renvois apparaît comme l'ancêtre de l'hypertexte actuel.

II. L'Encyclopédie et les Américains

Les Américains découvrent l'*Encyclopédie*... à Paris, tout au moins trois d'entre eux et non des moindres : Benjamin Franklin (1706 - 1790), Thomas Jefferson (1743 - 1826) et James Madison (1751 - 1836).

A. Benjamin Franklin

Il arrive en France en 1767. En 1776, il devient Ambassadeur officieux des États-Unis, qui viennent de déclarer leur indépendance. C'est un homme des Lumières, lettré, scientifique et inventeur prolifique (le paratonnerre, les lunettes à double foyer, le poêle à bois, etc.). Il parle français, est reçu dans les Salons parisiens et fréquente l'Académie française, où il rencontre Voltaire. De retour dans son pays en 1785, il collabore à la rédaction de la Constitution. Nul doute que l'*Encyclopédie*, consultée à Paris, l'ait inspiré lorsqu'il s'est agi de rédiger la *Clause IP*. En tant qu'inventeur il savait, plus que d'autres, de quoi il s'agissait.

B. Thomas Jefferson

Lorsque Jefferson arrive en France en 1785, l'*Encyclopédie* est parue dans sa totalité. Francophile et francophone, il participe à la vie culturelle de Paris. Il rencontre d'Alembert, coéditeur de l'*Encyclopédie* et auteur du *Discours préliminaire*. Il devient Associé étranger de l'Académie des inscriptions et belles lettres. Jefferson sera l'un des fondateurs de l'Office américain des brevets et des Marques (USPTO) et l'un des premiers Présidents.

Jefferson possédait la plus importante bibliothèque privée des États-Unis. Lorsqu'il était encore Gouverneur de Virginie il avait acquis, pour sa propre bibliothèque, un exemplaire de l'*Encyclopédie*. Lorsqu'il s'est agi de rédiger la *Clause IP*, il avait tout loisir de s'y reporter.

¹ S. M. O'Connor, « The overlooked French Influence on the Intellectual Property Clause », *The University of Chicago Law Review*, pp. 733 - 830.

² D. Diderot et J. le Rond d'Alembert, « *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers* », en ligne sur WIKISOURCE, la bibliothèque libre.

³ J. le Rond d'Alembert, « *Discours préliminaire à l'Encyclopédie* », *Edition électronique (ePub, PDF) v. :1,0 : Les Echos du Maquis*, 2011.

C. James Madison

Ami de Thomas Jefferson, Madison reçoit de lui un exemplaire de l'*Encyclopédie*. En outre, en 1785, il demande à son ami d'acheter et d'envoyer aux États-Unis divers ouvrages français, dont l'*Encyclopédie*. Madison sera l'un des principaux rédacteurs de la Constitution et il est important de souligner, pour le sujet qui nous occupe, qu'il lisait, écrivait et parlait parfaitement notre langue. Il pouvait donc avoir une excellente connaissance de l'*Encyclopédie*, dans sa version française. D'Alembert avait d'ailleurs pressenti l'intérêt de publier l'ouvrage en français et non pas en latin, comme c'était encore l'usage pour les œuvres philosophiques :

« Notre langue étant répandue par toute l'Europe, nous avons cru qu'il était temps de la substituer à la langue latine, qui depuis la renaissance des lettres était celle de nos savants ». [§ 137]

III. La Clause IP interprétée à travers le Discours préliminaire et l'Encyclopédie

La *Clause IP* contient quelques mots-clés comme « science », « arts », « inventeurs », « découvertes ». Leur consonance française n'étonnera guère, connaissant ses auteurs et, notamment, Madison, qui, comme nous venons de le préciser, maîtrisait notre langue⁴. Dans quelle mesure ces mots ont-ils pu être empruntés au *Discours préliminaire* ou à l'*Encyclopédie* ?

A. « Science » et « Art »

Que ces deux domaines soient groupés dans le préambule de la *Clause IP* pourrait paraître anodin, si l'on ne remarquait que c'est la présentation même adoptée dans le *Discours préliminaire* :

« Pour peu qu'on ait réfléchi sur la liaison que les découvertes ont entre elles, il est facile de s'apercevoir que les sciences et les arts se prêtent mutuellement des

secours, et qu'il y a par conséquent une chaîne qui les unit » [§ 3].

(...)

« L'empire des Sciences & des Arts est un monde éloigné du vulgaire où l'on fait tous les jours des découvertes, mais dont on a bien des relations fabuleuses » [§ 76].

Selon d'Alembert, les mots « science » et « art » sont souvent équivalents et il est difficile de choisir l'un et d'écarter l'autre :

« On ne sait souvent quel nom donner à la plupart des connaissances où la spéculation se réunit à la pratique ; et l'on dispute, par exemple, tous les jours dans les écoles, si la logique est un art ou une science : le problème serait bientôt résolu, en répondant qu'elle est à la fois l'une et l'autre. Qu'on s'épargnerait de questions et de peines si on déterminait enfin la signification des mots d'une manière nette et précise ! On peut en général donner le nom d'art à tout système de connaissances qu'il est possible de réduire à des règles positives, invariables et indépendantes du caprice ou de l'opinion, et il serait permis de dire en ce sens que plusieurs de nos sciences sont des arts, étant envisagées par leur côté pratique » [§ 53].

On retrouve le même regroupement entre « Science » et « Arts » dans l'*Encyclopédie*, avec, toutefois, une distinction entre les deux :

« Origine des Sciences & des Arts. C'est l'industrie de l'homme appliquée aux productions de la Nature ou par ses besoins, ou par son luxe, ou par son amusement, ou par sa curiosité, &c. qui a donné naissance aux Sciences & aux Arts ; & ces points de réunion de nos différentes réflexions ont reçu les dénominations de Science & d'Art, selon la nature de leurs objets formels, comme disent les Logiciens. (Voyez OBJET). Si l'objet s'exécute, la collection & la disposition technique des règles selon lesquelles il s'exécute, s'appellent Art. Si l'objet est contemplé seulement sous différentes faces, la collection & la disposition technique des observations relatives à cet objet s'appellent Science. »

1. Arts libéraux et Arts mécaniques

Depuis le Moyen Âge, on connaît les Arts dits libéraux. Ce sont la grammaire, la rhétorique, la dialectique, l'arithmétique, la musique, la géométrie et l'astronomie. S'agissant de favoriser le progrès de

⁴ Cf. *supra* II, C.

certaines arts, comme l'énonce la *Clause IP*, il ne saurait s'agir de ces Arts libéraux, car, pour eux, la notion de progrès n'a pas de sens. Il ne peut donc s'agir que de la seconde famille des Arts, à savoir les Arts mécaniques. Ce sont les Arts exigeant un travail manuel ou l'emploi de machines. D'Alembert tente de les réhabiliter par rapport aux premiers :

« Les arts mécaniques, dépendant d'une opération manuelle, et asservis, qu'on me permette ce terme, à une espèce de routine, ont été abandonnés à ceux d'entre les hommes que les préjugés ont placés dans la classe la plus inférieure. L'indigence qui a forcé ces hommes à s'appliquer à un pareil travail, plus souvent que le goût et le génie ne les y ont entraînés, est devenue ensuite une raison pour les mépriser, tant elle nuit à tout ce qui l'accompagne. À l'égard des opérations libres de l'esprit, elles ont été le partage de ceux qui se sont crus sur ce point les plus favorisés de la nature. Cependant l'avantage que les arts libéraux ont sur les arts mécaniques, par le travail que les premiers exigent de l'esprit, et par la difficulté d'y exceller, est suffisamment compensé par l'**utilité** bien supérieure que les derniers nous procurent pour la plupart. C'est cette **utilité** même qui a forcé de les réduire à des opérations purement machinales, pour en faciliter la pratique à un plus grand nombre d'hommes. » [§ 53] (nous soulignons. cf. *infra*).

L'*Encyclopédie* reprend cette distinction entre arts libéraux et arts mécaniques :

« Distribution des Arts en libéraux & en mécaniques. En examinant les productions des Arts, on s'est aperçu que les unes étaient plus l'ouvrage de l'esprit que de la main, & qu'au contraire d'autres étaient plus l'ouvrage de la main que de l'esprit. Telle est en partie l'origine de la prééminence que l'on a accordée à certains Arts sur d'autres, & de la distribution qu'on a faite des Arts en Arts libéraux & en Arts mécaniques.

On s'attendrait donc à lire, dans la *Clause IP*, que le progrès qu'il convient de promouvoir est celui des Arts mécaniques. Or, de façon surprenante, on voit que les Arts en question sont qualifiés de « *useful* » et non de « *mechanical* ». On peut tenter une explication pour cette infidélité au texte français. Les considérations de d'Alembert datent de 1751 et ont donc un peu vieilli en 1787. Le qualificatif « *mécanique* » est devenu trop restrictif, car bien

d'autres techniques ont vu le jour depuis. On peut formuler une autre hypothèse : Benjamin Franklin ne pouvait se satisfaire de cette restriction aux Arts mécaniques, lui qui avait inventé le paratonnerre (installation électrique), les lunettes à double foyer (dispositif optique) et le poêle à bois (appareil thermique). Aucune n'était mécanique au sens strict. Il fallait donc trouver un autre qualificatif, moins limitatif. L'essentiel étant que l'invention trouve une application pratique, donc utile, le qualificatif « *useful* » semblait mieux adapté. D'ailleurs, l'utilité des arts mécaniques était déjà soulignée par d'Alembert dans son passage cité sur les arts mécaniques (cf. *supra* citation § 53). On restait donc fidèle à l'esprit du texte sinon à la lettre.

2. « Inventeur »

L'*Encyclopédie* ne contient pas d'entrée « inventeur » mais une entrée « invention », sachant que l'inventeur est l'auteur d'une invention :

« INVENTION, s. f. (Arts & Sciences.) terme général qui s'applique à tout ce qu'on trouve, qu'on invente, qu'on découvre d'utile ou de curieux dans les Arts, les Sciences, & les Métiers. Ce terme est assez synonyme à celui de découverte, quoique moins brillant ; mais on me permettra de les confondre ici, sans répéter les choses curieuses que le lecteur doit lire préalablement au mot DECOUVERTE »

Découverte et invention sont donc deux mots différents pour désigner la même chose. L'article 35 USC 100 (a) de la future loi américaine ne dit pas autre chose : « *Invention* » signifie une invention ou une découverte ».

L'article « Invention » se termine par un éloge flatteur des inventeurs, comme on en trouve rarement dans la littérature :

« Qu'on parcoure l'histoire : les premières apothéoses ont été faites pour les inventeurs : la terre les adora comme ses dieux visibles. »

3. « Découvertes »

C'est le dernier mot de la *Clause IP*. L'*Encyclopédie* y consacre un article :

« DÉCOUVERTE, s. f. (Philosoph.) On peut donner ce nom en général à tout ce qui se trouve de nouveau dans

les Arts & dans les Sciences ; cependant on ne l'applique guère, & on ne doit même l'appliquer, qu'à ce qui est non-seulement nouveau, mais en même temps curieux, utile, & difficile à trouver, & qui par conséquent a un certain degré d'importance. Les découvertes moins considérables s'appellent seulement inventions. »

On pressent que la nouveauté seule ne suffira pas à l'obtention du droit exclusif prévu par la Constitution. Une condition supplémentaire sera exigée, et ce sera la condition de non-évidence de la future loi sur les brevets.

4. Le droit exclusif accordé pour un temps limité

La *Clause IP* ne précise pas la nature du droit qui devra être attribué aux inventeurs, si ce n'est qu'il est exclusif, c'est-à-dire qu'il permet à son titulaire d'exclure les tiers dans l'exploitation de l'invention. Ce n'est pas exactement ce qu'imaginaient les Encyclopédistes. Reportons-nous une dernière fois à l'entrée ART de l'*Encyclopédie* :

« Nous invitons les Artistes à prendre de leur côté conseil des savants, & à ne pas laisser périr avec eux les découvertes qu'ils feront. Qu'ils sachent que c'est se rendre coupable d'un larcin envers la société, que de renfermer un secret utile ; & qu'il n'est pas moins vil de préférer en ces occasions l'intérêt d'un seul à l'intérêt de tous, qu'en cent autres où ils ne balanceraient pas eux-mêmes à prononcer. »

Benjamin Franklin avait toujours suivi cet avis en mettant ses inventions immédiatement à la disposition du public, sans demander de Lettres Patentes. La perspective d'accorder un « *droit exclusif* » aux inventeurs a dû le contrarier. On peut imaginer qu'un compromis fut trouvé en accordant cette exclusivité pour « un temps limité ». La mise à la libre disposition du public de l'invention n'était que différée.

Convaincus que les inventeurs sont « *les dieux visibles* » de la terre et qu'on leur doit « *les premières apothéoses* » (cf. *supra* § III C), les lecteurs américains de l'*Encyclopédie*, devenus rédacteurs de la Constitution, se devaient de prévoir, dans le texte fondamental, une disposition encourageant ces héros. Quels mots employer? Ceux-là mêmes de l'*Encyclopédie* : « science », « arts », « inventions », « découvertes » etc. C'est bien la *Clause IP*. Elle est fidèle à l'esprit et à la lettre de l'*Encyclopédie*. A la question posée en titre de cet article on peut donc, sans grand risque, répondre par l'affirmative. Cela n'exclut pas, naturellement, d'autres influences, comme celle du droit anglais.

P. S.