

BREXIT OG UDFORDRINGERNE MED BRITISK TILSLUTNING TIL UPC

Den 23. juni 2016 stemte et flertal i Storbritannien for at melde landet ud af EU. Storbritannien har nu overraskende den 28. november 2016 meddelt, at landet vil ratificere traktaten om den fælles patentdomstol (UPC). Det er muligt, at den nye patentdomstol kan træde i funktion allerede i 2017 eller primo 2018. Den britiske deltagelse i UPC uanset beslutningen om udmeldelse af EU skaber en række usikkerheder, der kan få betydning for den fælles patentdomstol og dermed også for alle, der er indehaver af et europæisk patent eller en europæisk patentansøgning. Spørgsmålene, der rejser sig i anledning af den britiske udmeldelse af EU, kan få betydning for alle, der bruger den fælles patentdomstol, uanset om patentet er gældende i Storbritannien.



AF ADVOKAT, PARTNER STURE RYGAARD
OG ADVOKAT PETER NØRSGAARD,
PLESNER ADVOKATFIRMA

Storbritanniens ratificering eller udtrædelse nødvendig for ikrafttræden

Den fælles patentdomstol er en domstol fælles for alle EU-lande med undtagelse af Spanien, Polen og Kroatien, der har valgt at stå uden for ordningen. Domstolen får kompetence til at behandle de mest centrale tvister vedrørende europæiske patenter og supplerende beskyttelsescertifikater udstedt på baggrund af europæiske patenter, herunder både krænkelser- og ugyldighedssager samt sager vedrørende foreløbige forbud og bevissikring. Undtaget er dog eksempelvis sager vedrørende ejerskab til patenter og opfindelser. Domstolens kompetence omfatter ikke nationale patenter og brugsmodeller. Den fælles patentdomstol får en national afdeling i Danmark.

Domstolen er etableret ved en international traktat, den såkaldte patentdomstolsaftale, som der p.t. arbejdes på at sætte i kraft. Arbejdet er langt fremskredent. En særlig nedsat forberedelseskomite (den såkaldte "Preparatory Committee") har stort set færdiggjort de forskellige regelsæt, og det samme gælder det elektroniske sagsstyringssystem. Herudover er man allerede godt i gang med at uddanne de dommere, der skal virke ved domstolen. Systemet var indtil Brexit sat til at skulle træde i kraft i begyndelsen af 2017.

Denne tidsplan led skibbrud efter den britiske folkeafstemning i juni. Storbritannien er nemlig et af de tre lande, der som udgangspunkt skal ratificere patentdomstolsaftalen, før den kan træde i kraft. Hvis ikke Storbritannien ville

ratificere aftalen, kunne den først træde i kraft, når Storbritannien trådte ud af aftalen. Efter Brexit-afstemningen var det usikkert om og i givet fald hvornår, en sådan britisk ratificering ville ske.

Usikkerheder som følge af Brexit

Usikkerheden, der er opstået, skyldes dels, at EU-Domstolen i en udtalelse i 2011 såede tvivl om, hvorvidt ikke-EU-lande kunne deltage i patentdomstolsordningen. EU-Domstolens afgørelse kan forstås på den måde, at man fandt, at hvis dette var tilfældet, var der fare for, at EU-reglerne på patentområdet ikke blev efterlevet korrekt, fordi – groft sagt – ikke-EU-landene ikke ville være underlagt EU-Domstolens overordnede fortolkning af reglerne. Denne forståelse blev bakket op af EU-Kommissionen; og patentdomstolsaftalen blev herefter ændret således, at kun EU-lande deltog. Den formelle undertegnelse af patentdomstolsaftalen fandt sted i 2013, og arbejdet med ratificering og ikrafttræden af systemet blev herefter sat i gang.

Problemet er nu, at når Brexit effektueres, vil Storbritannien ikke længere være et EU-land.

Der opstod derfor i kølvandet på Brexit-afstemningen forskellige diskussioner om konsekvenserne. Nogle mente, at Storbritannien burde ratificere UPC-aftalen så hurtigt som muligt, sådan at den kunne komme til at træde i kraft, og det fremskredne arbejde ikke ville være spildt. Herefter måtte man finde en løsning på problemerne i forhold til EU-retten.

Andre tog det for givet, at Storbri-

tannien ikke ville deltage, og tvivlede sågar på, at patentdomstolen overhovedet ville komme i stand, da det ikke ville være tilstrækkeligt attraktivt, hvis Storbritannien ikke var med. Det blev af de fleste anset for politisk umuligt for Storbritannien at tilslutte sig den fælles patentdomstol, da det ville forudsætte, at landet accepterede at underordne sig EU-Domstolens afgørelser i patentsagerne, og et af argumenterne fra mange Brexit-fortalere var netop, at man var utilfreds med EU-Domstolens vidtgående fortolkninger. Omvendt spillede patentdomstolen en forsvindende lille rolle i den engelske Brexit-debat, der mere handlede om arbejdskraftens frie bevægelighed, økonomi og lignende. De fleste mente efter Brexit-afstemningen, at patentdomstolen nok ville blive til noget, men dog uden Storbritannien, og i den forbindelse begyndte en drøftelse af, hvordan systemet kunne tilpasses til en fremtid uden Storbritannien. En udfordring var i den forbindelse navnlig, at aftalen direkte foreskriver, at en afdeling af patentdomstolens centrale afdeling skulle ligge i London og håndtere de sager, der vedrører lægemidler og kemi (nærmere bestemt sager vedrørende patenter klassificeret i sektion A og C i WIPO's internationale patentklassifikation, det vil sige menneskelige fornødenheder samt kemi og metallurgi).

Det var derfor også til manges store overraskelse, at Storbritannien den 28. november 2016 meddelte, at man ville ratificere patentdomstolsaftalen så hurtigt som muligt. I pressemeddelelsen udtales det ikke, hvornår dette forventes at kunne ske, men det kan i princippet ske hurtigt. Meget af den implementeringslovgivning, der skulle på plads, havde Storbritannien således færdiggjort allerede før Brexit-afstemningen.

Patentdomstolens forberedelseskomite har varslet en ny tidsplan for ikrafttræden hurtigst muligt, men har samtidig understreget, at den har forståelse for, at virksomheder har brug for at kunne forberede sig til det nye system. Men principielt kan ordningen træde i kraft allerede i sommeren 2017, men mere realistisk er nok snarere ultimo 2017 eller i 2018.

Det må forventes, at der fra nu af bliver lagt et pres på Storbritannien for at få ratificeret så hurtigt som muligt, ikke mindst fra domstolens forberedelseskomite samt fra Den Europæiske Patentmyndighed (EPO).

Er britisk ratificering led i et forhandlingspil?

Selvom en ratificering og ikrafttræden kan ske hurtigt, er det dog langt fra sikkert, at dette vil blive tilfældet. I pressemeddelelsen fra den ansvarlige minister kædes ratificeringen af aftalen principielt sammen med Storbritanniens ønske om fortsat at deltage i EU's indre marked. I pressemeddelelsen hedder det således, at Storbritannien ser sig selv som en fortsat aktiv deltager i det indre marked – også efter udtræden af EU. Dette er af nogle blevet udlagt således, at Storbritannien vil bruge patentdomstolsaftalen som forhandlingsobjekt i de Brexit-forhandlinger, der forventes at blive påbegyndt i forbindelse med, at Storbritannien indleverer sin formelle anmodning om udtræden af EU. Dette vil muligvis ske allerede i slutningen af marts 2017. Ved disse forhandlinger ønsker den engelske regering at forhandle sig frem til de bedst mulige handelsrelationer med EU.

Omvendt understreges det i pressemeddelelsen fra den britiske minister, at ratificeringen ikke foregriber Storbritanniens mål og positioner i de forhandlinger, der skal finde sted med EU.

Britisk ratificering skaber usikkerhed for patenthavere

En britisk ratificering og en efterfølgende ikrafttræden af patentdomstolsaftalen vil skabe usikkerhed for patenthavere, som vil benytte sig af den nye fælles patentdomstol. Som nævnt var det tidligere holdningen hos EU-Kommissionen, at patentdomstolsaftalen og dermed patentdomstolen kun ville være lovlig, hvis der alene deltager EU-medlemslande. Hvad sker der så, når Storbritannien træder ud af EU, hvilket som udgangspunkt vil ske to år efter indleveringen af den formelle anmodning om udtræden, altså i marts 2019?

Dette er der ingen, der kan give et præcist svar på. De engelske advokater Richard Gordon QC og Tom Pascoe har i et offentliggjort notat vurderet, at dette ikke er noget problem, hvis blot Storbritannien på patentområdet accepterer blandt andet EU-Domstolens overhøjhed samt relevant EU-lovgivning, herunder fremtidig lovgivning. Der synes at være en bred tilslutning til denne fortolkning, men det er ikke givet, at EU-Domstolen vil være enig her. Skulle EU-Domstolen underkende fortolkningen, risikerer Storbritannien ikke at kunne deltage i den fælles patentdomstol. I alle

tilfælde vil en model, hvor Storbritannien forbliver medlem af patentdomstolen efter Brexit, kræve en ændring af patentdomstolsaftalen.

For patenthavere er situationen uheldig, hvis der ikke skabes klarhed. Det er ikke betryggende, at der er usikkerhed om, hvorvidt man kan regne med patentdomstolens afgørelser. Alle europæiske patenter vil, når aftalen træder i kraft, som udgangspunkt blive omfattet af domstolens kompetence. Dette betyder, at en sag om ugyldiggørelse af et europæisk patent på et lægemiddel som udgangspunkt skal anlægges ved den centrale afdelings underafdeling i London. En dom om eksempelvis ugyldiggørelse vil kende patentet ugyldigt med virkning for alle de EU-lande, hvor det er gældende (såfremt landene deltager i patentdomstolsaftalen). Det samme gælder en afgørelse om forbud (hvad enten det er permanent eller foreløbigt). Den britiske afdeling af domstolen kan afgøre sådanne sager, uanset om det europæiske patent er gældende i Storbritannien. De enkelte afdelinger har grænseoverskridende kompetence og kan behandle såvel ugyldigheds- som krænkelssager, der ikke vedrører det land, hvori de er beliggende.

Så længe Storbritannien er medlem af EU, vil der ikke være problemer. I denne periode vil der kunne anlægges sager ved de britiske afdelinger af patentdomstolen; og disse kan træffe afgørelser på lige fod med de andre afdelinger.

Men hvad sker der, hvis EU-Domstolen finder, at den fælles patentdomstolsaftale er i strid med EU-retten, når Storbritannien træder ud af EU omkring 1. april 2019? Kan man så fortsat støtte ret på de afgørelser, der kommer fra den fælles patentdomstol? Vil et ugyldiggjort patent kunne live op igen? Vil et nedlagt forbud ophøre med at have virkning? Skal sagerne gå om? Ingen af delene er formentlig tilfældet. Hvis afgørelsen er truffet, mens Storbritannien stadig var gyldigt medlem af EU, må afgørelser også være gyldige efterfølgende.

Men hvordan forholder det sig med sager, der afgøres efter, at Storbritannien er udtrådt af EU, men fortsætter med at være medlem af patentdomstolen i en situation, hvor patentdomstolsaftalen viser sig at være i strid med EU-retten? Her er det noget usikkert, hvad der vil ske. Der er risiko for, at i hvert fald afgørelser truffet af de britiske afdelinger ikke kan tillægges virkninger i de deltagende medlemslande.

Dette er et "worst case"-scenarie, men det er uheldigt, hvis en domstol

sættes i kraft, før man ved, om den faktisk kan vise sig at være ulovlig. I alle tilfælde bør der laves klare regler for, hvad der gælder, hvis dette viser sig at være tilfældet.

Mulighed for fravalg af den fælles patentdomstols kompetence – opt-out

Patentdomstolsaftalen indeholder en mulighed for, at patenthaveren kan fravælge den fælles patentdomstols kompetence ("opt-out"). Denne mulighed kan benyttes i en overgangsperiode på syv år efter ordningens ikrafttræden,

men der er mulighed for, at perioden kan forlænges med yderligere syv år. Et fravalg skal være benyttet inden, der anlægges en sag ved patentdomstolen vedrørende patentet. Et fravalg betyder, at patentsager altid skal anlægges ved nationale domstole, og at man derfor undgår de usikkerheder, der kan være forbundet med systemet. Omvendt unddrager man sig også de fordele, der kan være forbundet ved at kunne anlægge sager ét sted med virkning for 25 af de 28 EU-lande.

Som patenthaver må man således følge situationen nøje i de kommende måneder. Hvis Storbritannien ratificerer

patentdomstolsaftalen, og der tages skridt til, at patentdomstolsaftalen sættes i kraft uden, at der er skabt mere klarhed om konsekvenserne af et Brexit, bør man for sine europæiske patenter afveje usikkerheden ved systemet over for fordelene.

De nærmere regler om fravalgsordningen og forhold, der bør indgå ved en beslutning om eventuelt fravalg, vil blive gennemgået i en artikel i en senere udgave af Dansk Biotek.