

# Beskyttelse av tradisjonell kunnskap for planter og plantefordeling:

## Status, muligheter og framtidsutsikter

HANS MORTEN HAUGEN, dr.juris, førsteamanuensis ved Diakonhjemmets Høgskole, Oslo

English abstract: The article, originally presented as the given lecture for the PhD defense at the Faculty of Law, University of Oslo, 1 June 2006, elaborates on the development towards recognition of traditional knowledge as intellectual property eligible for intellectual property rights protection. After a clarification of relevant terms, particular emphasis is given to the distinction between defensive and positive protection. There are various forums involved in the discussion relating to intellectual property. WIPO's Intergovernmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore plays the most important role. A Norwegian proposal seeking to prevent misuse of traditional knowledge by the means of a provision protecting against unfair competition is used as an illustration of what might be feasible within the context of the Intergovernmental Committee.

Keywords: traditional knowledge, indigenous peoples, WIPO, unfair competition, WTO, TRIPS, Convention on Biological Diversity, FAO's International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture

Innenfor immaterialrettsbeskyttelse er det de siste årene blitt økt oppmerksomhet rundt tradisjonell kunnskap. Knapt noen oppmerksomhet ble viet tradisjonell kunnskap for 15 år siden, da forhandlingene om TRIPS-avtalen (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)<sup>1</sup> fant sted. Fortsatt er det ingen internasjonal avtale som spesifikt regulerer tradisjonell kunnskap. De mest relevante bestemmelsene i Konvensjonen om biologisk mangfold (CBD) lyder "... respektere, bevare og opprettholde de urbefolknings- og lokalsamfunnenes kunnskaper, innovasjoner og praksis ..." <sup>2</sup> og 'urfolks og tradisjonell kunnskap'.<sup>3</sup> Disse formuleringene representerer ikke reguleringer.

I arbeidet med å implementere CBD er imidlertid både nasjonale lover og regionale rammelover blitt vedtatt. Likevel: De to hendelsene som bidro til å sette tradisjonell kunnskap på den internasjonale dagsorden for alvor var Generalforsamlingen i 2000 i World Intellectual Property Organisation (WIPO) og Ministerkonferansen i 2001 i Ver-

---

1 Vedtatt 15. april 1994, registrert som 1869 U.N.T.S. 299, (Annex IC av Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 1867 U.N.T.S. 3); trådte i kraft 1. januar 1995.

2 CBD (vedtatt 5. juni 1992, 1760 UNTS 79; trådte i kraft 29. desember 1993), Artikkel 8(j) (utdrag).

3 Ibid, Artikkel 17.2 og 18.4.

dens Handelsorganisasjon (WTO). WIPO er en særorganisasjon innenfor FN-systemet, mens WTO formelt sett står utenfor FN.

Først vil en oversikt over begrepet 'tradisjonell kunnskap' bli gitt, med særlig vekt på relasjonen til planter og genressurser. Dernest vil de ulike prosessene og uenighetene internasjonalt bli gjort rede for. En mer presis vurdering av hvordan tradisjonell kunnskap kan kvalifisere for beskyttelse under eksisterende immaterialrettsavtaler vil deretter bli gitt. Dette følges av en analyse av den framvoksende erkjennelsen av at tradisjonell kunnskap må gis beskyttelse, illustrert gjennom både modeller og faktisk lovgivning. Deretter gis en framskriving av de utviklingstrekk vi nå ser, før en kort konklusjon presenteres til slutt.

## 1 Begrepene 'tradisjonell kunnskap', biologiske ressurser', inklusive planter og 'genressurser'

Tradisjonell kunnskap er en del av den lokale kulturen til urfolks- og lokale samfunn. Denne kunnskapen representerer avgjørende elementer i den holistiske tilnærmingen til både det menneskeskapte og det naturlige livsgrunnlaget til disse folkene. Slik kunnskap er sjelden i en skriftlig form, eller uttrykt på en formell måte, men formidles muntlig og gjennom praksis. Disse kjennetegnene reduserer på ingen måte verken gyldigheten eller verdien til tradisjonell kunnskap.

En sentral forutsetning er at uttrykket 'tradisjonell' ikke medfører at kunnskapen er gammel, men at det samfunnet som utgjør *konteksten* hvor denne kunnskapen oppstår og formidles, er tradisjonelt. Nylig tilegnet kunnskap, som er basert på eksisterende kunnskap, kan også være tradisjonell kunnskap. I tillegg kan kunnskapen være felles for et helt samfunn, eller den kan holdes av bare et fåtall anerkjente personer, eller bare én person. Tallet på personer som eier denne kunnskapen innvirker ikke på hvorvidt kunnskapen er distinkt og ny for verden utenfor.

Til sist kan det ikke utelukkes at tradisjonell kunnskap kan ha industriell anvendelse, også dersom det materielle objektet som den immaterielle kunnskapen er tilknyttet, ikke har vært gjort til gjenstand for noen vitenskapelig bearbeiding eller modifisering.

En foreslått definisjon av tradisjonell kunnskap er tatt fra et dokument produsert av WIPO:

*"... the content or substance of knowledge resulting from intellectual activity in a traditional context, and includes the know-how, skills, innovations, practices and learning that form part of traditional knowledge systems, and knowledge embodying traditional lifestyles of indigenous or local communities, or contained in codified*

*knowledge systems passed between generations. It is not limited to any specific technical field, and may include agricultural, environmental and medicinal knowledge, and knowledge associated with genetic resources.”<sup>4</sup>*

En mer omfattende forståelse av tradisjonell kunnskap vil bli gitt i del 3 og 4 nedenfor. Innledningsvis vil tre viktige relasjoner bli klargjort:

- (i) forholdet mellom biologiske ressurser og genetiske ressurser;
- (ii) forholdet mellom tradisjonell kunnskap og biologiske ressurser;
- (iii) forholdet mellom tradisjonell kunnskap og genetiske ressurser.

Hver av disse relasjonene vil kort bli gjort rede for.

For å forklare den første relasjonen tar vi utgangspunkt i definisjonen i CBD, som definerer biologiske ressurser som *”genressurser, organismer og deler av slike, bestander eller andre biotiske deler av økosystemer som er av faktisk eller potensiell nytte eller verdi for menneskeheten.”* En spiselig plante er en organisme som har faktisk eller potensiell nytte eller verdi for menneskeheten. Genressurser er en del av biologiske ressurser, men en smalere del.

CBD definerer genmateriale som *”ethvert materiale fra planter, dyr, mikrober eller av annen opprinnelse som inneholder funksjonelle arveener.”* Biologiske ressurser er med andre ord alt nyttig og verdifullt levende materiale, mens genressurser er arvematerialet som koder for visse proteiner, og dermed for en organismes egenskaper. Gener er unike blant de ulike biologiske ressursene, siden de kan modifiseres og deretter settes inn i organismer. Dette kan gi organismene nye egenskaper eller funksjoner. Slike nye funksjoner kan reproduseres i et uendelig antall nye etterkommere.

Den andre relasjonen er enklere, siden tradisjonell kunnskap kan knyttes til og utøves i forhold til enhver biologisk ressurs. Dette inkluderer kunnskap om alle former for høsting av biologiske ressurser, samt forholdet mellom de ulike biologiske ressursene.

Den tredje relasjonen, mellom tradisjonell kunnskap og genetiske ressurser, er noe mer komplisert. Kunnskap om en plantes egenskaper, slik som dens nærende eller helende effekt, er opplagt verdifull tradisjonell kunnskap. Slike og andre egenskaper ved planter er utviklet gjennom foredling gjennom tusener av år.

Den vitenskapelige kunnskapen anvendt på spesifikke, avgrensede og kontrollerbare gener, er nå gjenstand for immaterialrettsbeskyttelse, særlig patenter, i USA og EU. Det er den antatte nye og industrielt anvendelige kunnskapen om den spesifikke bruken av visse gener som har resultert i patentering av denne kunnskapen – og de organismer hvor denne nye kunnskapen gir seg uttrykk i nye eller forsterkede genetiske funksjonsmåter.

---

4 WIPO/GRTKF/IC/10/5 (The Protection of Traditional Knowledge: Revised Objectives and Principles), Annex 1, p. 19 (Article 3, paragraph 2 under ‘Substantive Provisions’). Se også WIPO/GRTKF/IC/6/4 Rev.1 (Revised Version of Traditional Knowledge: Policy and Legal Options), avsnitt 78 and 88 om hvem som rettmessig skal kunne regnes som en ‘holder’ av tradisjonell kunnskap, og hvor det understrekes at vedkommende må være en naturlig eller juridisk person.

Dette gir også eksklusiv rett til å bestemme hvordan andre har rett til å benytte denne beskyttede kunnskapen, muligens også omfattet til å dyrke vekster som faller innenfor patentbeskyttelsen, slik dette er formulert i patentkravene. I saker som neem, turmeric og nap hal, alle med opphav i India og med kontroversielle patentert i Europa eller USA, er det blitt funnet at kunnskapen om disse plantenes funksjoner faktisk hadde eksistert i flere tiår. Derfor var det galt å innvilge patenter til vestlige selskaper. Disse patentene er derfor blitt opphevet.

Mens genetiske ressurser og tradisjonell kunnskap er knyttet til hverandre, gjelder ulike prinsipper for eierskap og tilgang. 'Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization', som utdyper en av de viktigste og substansielle bestemmelsene i CBD, forklarer dette nærmere. Avsnitt 37 i Bonn Guidelines sier: "*Permission to access genetic resources does not necessarily imply permission to use associated knowledge and vice versa.*"<sup>5</sup>

## 2 Internasjonale prosesser og uenighetene der

Hvordan tradisjonell kunnskap skal anerkjennes og reguleres er ett av de mest spenningsfylte temaene innenfor hele immaterialrettsområdet. Skillelinjen går noe enkelt forklart mellom det teknologi-rike Nord og bioressurs-rike Sør. Folk og ledere i Sør ser at kun visse typer intellektuell innsats blir anerkjent og belønnet. Immaterialrettsavtaler er klart instrumentelle, forhandlet fram i fora dominert av industriland. Disse forhandlingene har til nå ikke tatt tilstrekkelig hensyn til de spesielle behovene i utviklingsland.

I det siste har imidlertid u-landene lyktes i å introdusere beskyttelse av tradisjonell kunnskap i flere internasjonale fora. CBD er allerede introdusert. I denne sammenheng er det relevant å peke på at misnøye med hvordan CBD adresserer immaterielle rettigheter er hovedgrunnen til at USA ikke har ratifisert denne konvensjonen. Det er to andre prosesser, innenfor WTO og WIPO som vil bli vektlagt spesielt i redegjørelsen nedenfor. I tillegg vil det vises til bestemmelser i Den internasjonale traktaten om plante-genetiske ressurser for mat og landbruk (ITPGRFA) fra 2001,<sup>6</sup> i hovedsak vedrørende bønders rettigheter og utbyttedeling.

WTO vedtok i 1994 TRIPS-avtalen. TRIPS inkorporerer andre immaterialrettstraktater, som Pariskonvensjonen om beskyttelse av industriell eiendomsrett. U-landene erfarte at deres interesser ble satt tilside. Imidlertid forsøkte de å gjøre bruk av den innebygde revisjonen ('review') av Artikkel 27.3(b) som omhandler patenter på bioteknologiske opp-

---

5 Paragraph 37 of COP/VI/24 'Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization', vedtatt 19. april 2002.

6 Se <[www.fao.org/AG/cgrfa/itpgr.htm](http://www.fao.org/AG/cgrfa/itpgr.htm)>. Traktaten trådte i kraft 29. juni 2004

finnelser og plantesortsbeskyttelse. I henhold til siste setning i denne paragrafen, skulle en slik 'review' skje i 1999.

Etter intenst press i to år greide u-landene til slutt å få inn et avsnitt i Ministererklæringen fra WTOs Ministerkonferanse i Doha i 2001. Avsnitt 19 lyder (utdrag): "*We instruct the Council for TRIPS [...] to examine, inter alia, the relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, the protection of traditional knowledge and folklore and other relevant new developments ...*"<sup>7</sup> Dette mandatet ble bekreftet i Ministererklæringen fra Ministerkonferansen i Hong Kong i 2005.<sup>8</sup> Kravene fra u-land er å få inn i TRIPS-avtalen en bestemmelse som sikrer at patentsøkeren plikter å oppgi *opprinnelsen* til det materialet som en oppfinnelse er basert på, mer spesifikt at patentsøkeren skal dokumentere:

- (i) opprinnelsesland og -område og den tradisjonelle kunnskapen involvert;
- (ii) hvorvidt bruken av materialet bygger på et informert forhåndssamtykke;
- (iii) hvorvidt det finnes avtaler som regulerer tilgang og utbyttedeling som følge av kommersialisering av produkter som tar utgangspunkt i den biologiske ressursen.<sup>9</sup>

Det andre sentrale vedtaket er fra Generalforsamlingen i WIPO i 2000 som opprettet en 'Intergovernmental Committee on Intellectual Property and on Genetic Resources Traditional Knowledge, and Folklore', som har fått fornyet sitt mandat i 2003 og 2005. Komiteen har til nå møttes til 10 sesjoner. Prosessen er i stor grad drevet fram av WIPO-sekretariatet, som formulerer forslag til to ulike internasjonale 'instrumenter', uten at det foreløpig er bestemt hva disse 'instrumentene' mer konkret skal være. Det er i det hele tatt ikke gitt hva utfallet av denne prosessen vil bli.<sup>10</sup> Et internasjonalt instrument kan komme i form av en erklæring, som kan legge grunnlaget for en traktat på et senere tidspunkt.

U-land er svært bevisste på at forhandlingene finner sted i både WTO og WIPO parallelt. Noen i-land vil at forhandlinger skal skje utelukkende i WIPO, og hevder at dette er det naturlige forum for å bringe opp nye initiativer knyttet til immaterielle rettigheter. U-land er *demandeurs* i WTO for å sikre formell anerkjennelse av tradisjonell kunnskap, og hindre urettmessig bruk av slik kunnskap. Det er svært få andre områder som i-land gjerne skulle ha flyttet fra WTO til FN.

7 WT/MIN(01)/DEC/W/1, vedtatt 14. november 2001.

8 WT/MIN(05)/DEC, vedtatt 18. desember 2005, avsnitt 44.

9 Se IP/C/W/368/Rev.1 'The Relationship between the Convention on Biological Diversity and the TRIPS Agreement: Summary of Issues Raised and Points Made, Note by the Secretariat', avsnitt 71. Disse kravene har nå fått støtte fra Norge (se IP/C/W/473, WT/GC/W566, TN/C/W42), hvor det konkret foreslås en ny paragraf 29bis.

10 Som et eksempel på hvor langt partene tilsynelatende er fra en konsensus, se innspillet fra Australia i dokumentet WIPO/GRTKF/IC/INF/2 (Circulation of Comments Received on Documents WIPO/GRTKFIC/9/4 and WIPO/GRTKFIC/9/5 – Document prepared by the Secretariat, 29 September 2006)

Den tredje internasjonale arenaen hvor u-land har lyktes – i det minste til en viss grad – i å sikre bestemmelser som oppfattes å være til gunst for deres bønder, er Den internasjonale traktaten om plantegenetiske ressurser for mat og landbruk (ITPGRFA). Denne traktaten ble vedtatt av FAO-konferansen i 2001, og skal implementeres i harmoni med CBD.<sup>11</sup> For det første inneholder traktaten en bestemmelse i artikkel 9 om bønders rettigheter som anerkjenner bønders bidrag, og visse prosessuelle rettigheter knyttet til deltagelse og anerkjennelse av deres tradisjonelle kunnskap. Artikkel 9 er imidlertid relativt svak, siden den i likhet med en rekke bestemmelser i CBD inneholder formuleringen 'på en hensiktsmessig måte, og i tråd med nasjonal lovgivning'. For det andre åpner traktaten for et mer robust system for utbyttedeling enn hva som ligger i CBD. Bestemmelsene om utbyttedelingen er imidlertid begrenset til de mat- og forplanter som er inkludert i 'det multilaterale systemet for tilgang og fordeling av goder' som etableres gjennom traktaten. Også i prosessen med å få etablert traktaten var bestemmelser som berørte immaterielle rettigheter de mest kompliserte.

### 3 Krav til at tradisjonell kunnskap kan kvalifisere for immateriell rettighetsbeskyttelse under eksisterende immaterialrettskategorier

Siden det ikke finnes en avtale som spesifikt regulerer tradisjonell kunnskap, er det mulig å benytte to tilnærminger for å drøfte tradisjonell kunnskap i en immaterialrettslig ramme. For det første, basert i kriterier for å definere gjenstanden som skal reguleres (subject matter) innenfor *eksisterende* immaterialrettskategorier, kan det etableres en forståelse av hvorvidt de intellektuelle bidrag som resulterer i tradisjonell kunnskap kan kvalifisere for beskyttelse under disse eksisterende immaterialrettskategoriene. For det andre kan en ta utgangspunkt i de *foreslåtte* kriteriene for å definere den gjenstanden som skal reguleres innenfor tradisjonell kunnskap, for å identifisere hvorvidt kan utgjøre en ny immaterialrettslig kategori. Den første tilnærmingen blir benyttet nedenfor, mens den andre tilnærmingen benyttes i del 4.

De eksisterende immaterialrettskategorier som er mest relevante i en drøfting av tradisjonell kunnskap knyttet til eller benyttet på planter, er:

- (i) geografiske betegnelser, regulert i TRIPS del II, seksjon 3;
- (ii) patenter og plantesortsbeskyttelse, regulert i TRIPS del II, seksjon 5;
- (iii) Beskyttelse av fortlrolige opplysninger, regulert i TRIPS del II, seksjon 7.

---

11 Den internasjonale traktaten om plantegenetiske ressurser for mat og landbruk, artikkel 1.1 (Objectives).

Hver av disse vil nå bli gjennomgått.

Geografiske betegnelser er en form for beskyttelse som utelukkende beskytter betegnelsen for produktet, og ikke selve kunnskapen benyttet for å produsere produktet. I tillegg er det ingen forpliktelse for noen stat å beskytte slike betegnelser dersom betegnelsene ikke er beskyttet i det landet hvor produktet har sitt opphav.<sup>12</sup> Det er to grunner for hvorfor tradisjonelle planter kan kvalifisere for beskyttelse som geografiske betegnelser. For det første gir TRIPS anledning til å beskytte geografiske betegnelser også i fravær av et konkret geografisk navn. For å gi et eksempel, en rissort som har fått sine kvaliteter utviklet i Sør-Asia, kan ikke selges av risdyrkere i USA med det samme navnet, forutsatt at den geografiske betegnelsen er beskyttet i opprinnelseslandet. For det andre er det i TRIPS en forpliktelse til å besørge rettslige muligheter til å forhindre 'illojal konkurranse'.<sup>13</sup> Denne bestemmelsen henviser eksplisitt til 'illojal konkurranse'-bestemmelsen i artikkel 10*bis* i Pariskonvensjonen angående beskyttelse av den industrielle eiendomsrett. Pariskonvensjonens artikkel 10*bis* blir behandlet mer utførlig mot slutten av artikkelen.

Hva gjelder patent- og plantesortsbeskyttelse, gjelder relativt velkjente og anerkjente kriterier. Det første kravet er at vi står overfor en ny oppfinnelse eller plantesort. En oppfinnelse må i tillegg være tidligere ubeskrevet eller ikke-utstilt; den må ha en viss oppfinneshøyde; og den må ha industriell anvendelse.<sup>14</sup> En plantesort må heller ikke være ubeskrevet eller ikke-utstilt, selv om kravene her skiller seg fra patentkravene ved at utstilling av en plantesort en gitt tid før søknadstidspunktet ikke ødelegger nyhetskravet. Videre må plantesorten være distinkt, uniform og stabil.<sup>15</sup> En objektiv fastlegging av om disse kravene er møtt avhenger i prinsippet ikke av om søkeren tilhører en tradisjonell folkegruppe eller arbeider for et moderne genteknologisk selskap. Kinesisk tradisjonell medisin illustrerer at også tradisjonell kunnskap kan kvalifisere for patentbeskyttelse. I 2002 ble 4479 patenter på denne type medisiner utstedt i Kina.<sup>16</sup>

Til sist, hva gjelder beskyttelse av fortrolige opplysninger (forretningshemmeligheter), er det en økende erkjennelse av at tradisjonell kunnskap kan kvalifisere for beskyttelse, forutsatt at opplysningene er hemmelige; at opplysningene har forretningsmessig verdi fordi de er hemmelige; og at den som rettmessig har kontroll over opplysningene, har truffet etter forholdene rimelige tiltak for at opplysningene skal forbli hemmelige.<sup>17</sup>

Som et eksempel kan benyttes et lokalsamfunn som har bygget opp kunnskap om visse kvaliteter til nærmere angitte planter, og hvor denne kunnskapen ikke er kjent utenfor dette lokalsamfunnet. Disse opplysningene *kan* gi effektiv beskyttelse mot illojal konkur-

12 TRIPS artikkel 24.9.

13 TRIPS artikkel 22.2(b).

14 TRIPS artikkel 27.1.

15 UPOV 1978 artikkel 6.1; UPOV 1991 artikkel 6-9.

16 Se dokumentet The Protection of Traditional Knowledge: Outline of Policy Options and Legal Elements (WIPO/GTRK/IC/7/6, Annex I), avsnitt 17.

17 TRIPS artikkel 39.2.

ranse, i samsvar med TRIPS artikkel 39, som eksplisitt henviser til Pariskonvensjonens artikkel 10*bis*. Med andre ord kan ikke denne kunnskapen utnyttes av andre utenfor lokalsamfunnet mot lokalsamfunnets vilje.

## 4 En ny kategori av immaterielle rettigheter knyttet til tradisjonell kunnskap?

I tillegg til å fokusere på eksisterende kategorier, er det relevant å operere med rettigheter avledet av tradisjonell kunnskap som en substansielt ny kategori av immaterielle rettigheter. Basert på eksisterende lover og rammelover, samt utkast til slike, har WIPO identifisert fem målsettinger ved å beskytte tradisjonell kunnskap.<sup>18</sup>

- (i) sikre rettigheter av tradisjonell kunnskap-holdere som immaterielle rettigheter;
- (ii) fremme bevaring, bærekraftig utnyttelse og overføring av biologiske ressurser, samt tradisjonell kunnskap knyttet til slike ressurser;
- (iii) styrke urfolks rettigheter;
- (iv) øke kapasiteten knyttet til teknologioverføring for bærekraftig utvikling;
- (v) fremme innovasjonspotensialet hos tradisjonelle folk og urfolk.

Det er ingen stor uenighet om prinsippene knyttet til en *defensiv* beskyttelse, for å unngå urettmessig tilegnelse og illojal konkurranse. Hva gjelder *positiv* beskyttelse er det større uenighet. En kort distinksjon mellom de to er som følger, hentet fra et ressursdokument produsert av WIPO-sekretariatet:

"Positiv beskyttelse handler om den aktive fastslåing av immaterialrettigheter for den gjenstanden som skal sikres beskyttelse for, med et formål å kunne ekskludere andre fra å kunne gjøre spesifikk bruk av det som er beskyttet. Defensiv beskyttelse handler ikke om en aktiv fastslåing av immaterialrettigheter, men har som formål å hindre andre fra å urettmessig kunne hevde og utøve rettigheter knyttet til en gjenstand."<sup>19</sup>

De følgende punktene utgjør potensielle elementer for en mulig ny kategori av *positive* immaterielle rettigheter:<sup>20</sup>

18 WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5 The Protection of Traditional Knowledge: Revised Outline of Policy Options and Legal Mechanisms), Annex 1, s. 3-4.

19 WIPO/GRTKF/IC/4/8: Elements of a Sui Generis System for the Protection of Traditional Knowledge, avsnitt 13 (egen oversettelse).

20 Disse punktene er basert på WIPO/GRTKF/IC/10/5 (se fotnote 4).



*Gjenstand som søkes beskyttes:* Gjenstanden må resultere i intellektuell aktivitet i en tradisjonell kontekst, innenfor landbruk, medisin eller andre områder, også knyttet til genetiske ressurser.

*Krav til beskyttelse, unntak fra beskyttelse:* Kunnskapen må være distinkt knyttet til et lokal- eller urfolkssamfunn, og må være en integrert del av den kulturelle identiteten til dette samfunnet,<sup>21</sup> noe som innebærer at andre ikke skal kunne framstille, bruke, tilby, eller selge (inklusive importere) uten aktiv tilslutning fra dette samfunnet. Når kunnskapen ikke lenger er distinkt assosiert med – eller en integrert del av kulturen til – dette samfunnet, skal den tradisjonelle kunnskapen ikke lenger gjøres til gjenstand for eksklusiv beskyttelse.

*Hvem skal nyte beskyttelse:* De lokalsamfunn som skaper, bevarer og overbringer kunnskap i en tradisjonell og intergenerasjonskontekst skal kunne nyte beskyttelse av deres kunnskap. Det er et uløst spørsmål hvorvidt samfunnet må forme organisasjon for å kunne utgjøre en juridisk person for å kunne nyte av slik beskyttelse. I tillegg er det enkelte lover og regionale instrumenter som eksplisitt sier at kun samfunn eller fellesskap skal kunne nyte beskyttelse. På den andre siden sier et utkast til et regionalt instrument forhandlet innenfor rammene av South Asian Association for Regional Cooperation at også 'anerkjente individer' innenfor disse samfunn og folk skal kunne sikres beskyttelse.<sup>22</sup>

*Omfang og varighet på beskyttelsen:* De som skal nyte godt av beskyttelse av deres tradisjonelle kunnskap skal ha rett til å ekskludere enhver fra å utnytte denne kunnskapen, så lenge kunnskapen er distinkt assosiert med eller en integrert del av kulturen til dette samfunnet. Den portugisiske dekret-loven 118,<sup>23</sup> som også etablerer en mekanisme for å beskytte lokale sorter som ikke nødvendigvis faller innenfor kriteriene for å sikres beskyttelse som plantesorter, gir en beskyttelsestid på 50 år, med muligheter for forlengelse. Under den samme dekret-loven kan det oppnås beskyttelse for genetiske ressurser hvorpå denne kunnskapen er anvendt i 10 år, også med mulighet for forlengelse.

*Unntak og begrensinger for beskyttelsen:* Beskyttelse av tradisjonell kunnskap skal ikke negativt påvirke tilgjengeligheten av denne kunnskapen til privat og ikke-kommersielt bruk, for sedvanebasert bruk, og for bruk i allmennhetens interesse.<sup>24</sup>

---

21 Artikkel 2 av South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC) 'draft Legal Framework on Protection of Traditional Knowledge'; og artikkel 2 av African Regional Industrial Property Organisation/ African Organisation for Intellectual Property (ARIPO/OAPI) 'draft Instrument on Traditional Knowledge'.

22 Ibid, artikkel 8.

23 Den portugisiske dekret-lov 118 for å etablere et rettslig regime for registrering, bevaring, rettslig eierskap og overføring av planteendogent materiale, vedtatt 20. april 2002; se WIPO/GRTKF/IC/8/13.

24 Se utkast til SAARC rammelov, artikkel 7ter og utkast til ARIPO/OAPI instrument artikkel 9.1. Se også OAU [nå AU] Afrikanske modell-lov for beskyttelse av rettighetene til lokalsamfunn, bønder og foredlere, og for regulering av tilgang til biologiske ressurser, del 2, artikkel 2.2; og Perus

*Administrasjon og håndheving av beskyttelsen:* En offentlig instans kan gis mandat til å bestemme hvorvidt det har skjedd en urettmessig tilegnelse av tradisjonell kunnskap, og hvorvidt en tilegnelse har skjedd i samsvar med ulike bestemmelser i internasjonal rett, inkludert, men ikke begrenset til, informert forhåndssamtykke, og rimelig utbyttedeling, som følger av kommersiell eller annen utnyttelse. Denne instansen kan også identifisere hensiktsmessige rettslige tiltak og gi hjelp til håndheving gjennom en rettslig prosess.<sup>25</sup> Det er sentralt at slike mekanismer er tilgjengelige og ikke representerer en ekstra byrde.

Denne listen bruker bevisst ikke begrepet 'rettighetshavere', men snarere 'de som skal nyte godt av beskyttelse'. Dette stiller åpent spørsmålet om hvorvidt beskyttelsen skal gis utelukkende ved hjelp av en form for immaterialrettslig beskyttelse, eller ved hjelp av andre juridiske virkemidler.

Til slutt er det sentralt å minne om at mange typer av immaterialrettigheter utelukkende gjelder den stat eller de stater som har aktivt kunngjort en slik rettighet. Begrepet 'beskyttelse', som benyttet for eksempel i artikkel 39 i TRIPS, er videre, og søker å beskytte mot alle former for illojal konkurranse. Framtidige internasjonale prosesser hva gjelder beskyttelse av beskyttelse av tradisjonell kunnskap knyttet til biologiske og genetiske ressurser vil møte på betydelige utfordringer, som nå vil analyseres.

## 5 Framtidig utvikling

Erfaringene så langt innenfor WIPO og WTO, samt CBD og ITPGRFA, viser at det er mulig å nå enighet om de overordnede målsettinger og prinsipper.<sup>26</sup> Jo mer detaljert inn i forhandlingsteksten en går, jo mer krevende er det å faktisk overføre disse prinsippene til substansielle bestemmelser.

Ett eksempel kan gis: Noen mener at eksklusive rettigheter knyttet til tradisjonell kunnskap kan utøves gjennom å fastslå et beskyttelsesvern som i det store og hele minner om dagens immaterialrettsbeskyttelse innenfor patent- og plantesortsbeskyttelse. Betyr dette at effektiv beskyttelse fordrer at rettighetene skal kunne forsvares mot urettmessig bruk i *alle* verdens land? Er det mulig å få en aktiv beskyttelse gjennom utstedelse av rettigheter som gjelder universelt? Som kjent gjelder patent- og plantesortsbeskyttelse bare i de landene hvor myndighetene ha innvilget denne rettigheten. På den andre siden vil åndsverkbeskyttelse og beskyttelse av forretningshemmeligheter ikke kreve aktiv utstedelse av en rettighet, og gjelder universelt.

---

lov nr. 27,811 av 10. august 2002 for å innføre et beskyttelsesregime for den kollektive kunnskapen til urfolk avledet av biologiske ressurser, artikkel 4.

25 Se utkast til ARIPO/OAPI-rammelov artikkel 11.1 og Den afrikanske modell-lov artikkel 68.

26 Se imidlertid Australias kommentarer i fotnote 10 overfor, hvor de på s. 67 uttaler: "... it is premature to consider draft negotiating text given that there is no consensus yet among Committee members on these initial objectives and principles."

Prosesen innenfor WIPO har til nå tatt seks år, med overraskende liten grad av enighet om de substansielle bestemmelsene. Min vurdering er at det vil kunne gå ytterligere seks nye år før en traktat kan bli vedtatt. Et ikke-bindende instrument, på den annen side, kan bli vedtatt innen to år. I mellomtiden kan *andre* forslag, slik som felles eierskap av en immateriell rettighet, som omtalt i Bonn Guidelines,<sup>27</sup> utredes videre.

Forklaringer på denne lange prosessen kan være at det ikke er mange sterke pressgrupper som står bak kravet om en internasjonal traktat, i motsetning til de kreftene som mobiliseres for *andre* typer immaterielle rettigheter. For det andre finnes det flere urfolk som ikke er komfortable med å introdusere mekanismer for å sikre eksklusivt eierskap over deres kunnskap knyttet til planter og genetiske ressurser. Det er like mye deres sedvanerett knyttet til disse planter og genetiske ressursene de vil ha anerkjent. For det tredje, siden det finnes så mange ulike lokale sedvanerettslige ordninger, tilsier dette at det må brukes mer tid i denne forhandlingsprosessen. Dermed kan det sikres både at urfolk får større eierskap til både prosessen og det eventuelt ferdige produktet, samt at deres sedvanerettslige oppfatninger og begreper kan gjenspeiles bedre.

Den norske delegasjonen i den intergovernmentale komiteen under WIPO som arbeider med tradisjonell kunnskap reintroduserte sitt forslag fra 2002 i forkant av forhandlingsmøtet våren 2006.<sup>28</sup> I 2002 konkluderte den intergovernmentale komiteen med at "... WIPO-sekretariatet kunne diskutere hvorvidt det ville være mulig å etablere beskyttelse for tradisjonell kunnskap langs samme linjer som i artikkel 10*bis* i Pariskonvensjonen som gjelder illojal konkurranse."<sup>29</sup>

2006-forslaget fra Norge bygger på at beskyttelse av tradisjonell kunnskap *ikke* skal skje gjennom tilkjennelse av positive rettigheter, siden eierskap over tradisjonell kunnskap er en integrert del av kulturen til urfolk.<sup>30</sup> Det norske forslaget fra 20. april 2006 er en anbefaling i form av en erklæring med bare tre artikler. Disse tre artiklene er avledet av artikkel 10*bis* i Pariskonvensjonen og artikkel 15 i CBD. Den siste foreslåtte artikkelen i det norske forslaget inneholder en anerkjennelse av rettigheter til tradisjonell kunnskap, hvor de som besitter tradisjonell kunnskap skal ha effektive virkemidler for å sikre at:

- "(i) the principle of prior informed consent applies to access to traditional knowledge;*
- (ii) benefits arising from certain uses of traditional knowledge are fair and equitabl(y) shared;*
- (iii) all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the origins of the traditional knowledge are repressed;*

27 Se fotnote 5 overfor, Appendix II, avsnitt 2(q).

28 WIPO/GRTKF/IC/9/12: Norway: Memorandum on Documents WIPO/GRTKF/IC/9/4 and WIPO/GRTKF/IC/9/5. 2002-forslaget kan gjenfinnes i WIPO/GRTKF/IC/3/17, Report adopted by the Committee, pp. 58-59, avsnitt 227.

29 WIPO/GRTKF/IC/3/17 (se fotnote 28 overfor) s. 67, avsnitt 249.

30 WIPO/GRTKF/IC/9/12 (se fotnote 28 overfor), avsnitt 37.

(iv) *all acts of such a nature that would be offensive for the holder of traditional knowledge are repressed.*<sup>31</sup>

Dette forslaget fikk positiv mottakelse blant mange, også fordi forslaget kan realistisk brukes som et utgangspunkt for en tekst som det kan bli enighet om før WIPOs Generalforsamling i 2007, slik at et endelig vedtak kan skje her. Samtidig opplever mange u-land at forslaget ligger langt unna å faktisk representere et grunnlag for faktisk *positive* immaterialrettigheter, siden det norske forslaget legger hovedvekten på det defensive aspektet ved beskyttelsen. I tillegg legger det norske forslaget byrden på dem som besitter tradisjonell kunnskap for å sikre at kravene om utbyttedeling og informert forhåndssamtykke faktisk blir etterlevd. En mer fornuftig løsning hadde vært å legge mer av denne byrden over på dem som ønsker å utnytte denne kunnskapen og de tilliggende ressursene.

Et alternativ er å kreve at patentsøkere selv skal besørge bevis på at den relevante kunnskapen er tilegnet på lovlig vis. Denne informasjonen skal gjøres tilgjengelig for patentkontorene. Ufullstendig dokumentasjon vil resultere i at søknaden ikke behandles.<sup>32</sup> Det er her imidlertid interessant å merke seg at det norske WTO-forslaget skiller seg fra den norske patentloven.

Norge endret sin patentlovgivning ved å ta inn en ny paragraf (§8(b)),<sup>33</sup> som sier i siste ledd: "Brudd på opplysningsplikten er straffbart så langt det følger av straffeloven § 166. Opplysningsplikten berører ikke behandlingen av patentsøknaden eller gyldigheten av patentet." I det norske forslaget til WTO heter det imidlertid i avsnitt 7 at et brudd på opplysningsplikten er en formell feil som skal medføre at søknaden ikke behandles.<sup>34</sup> Dermed er hensiktsmessig ('appropriate') skal søknaden avvises på dette grunnlaget. Det norske WTO-forslaget går altså lengre enn den norske patentloven.

Det norske forslaget nærmer seg dermed den praksisen som allerede gjelder i enkelte lover og rammelover i u-land. Andesfelleskapets 'felles immaterialrettsregime' sier at mangel på dokumentasjon av samtykke til å tilegne seg og bruke genetiske ressurser og tradisjonell kunnskap skal medføre at patentmyndighetene kan beslutte at et patent skal oppheves.<sup>35</sup>

Vi har allerede sett at illojal konkurranse-bestemmelsen i Pariskonvensjonen er tatt inn i flere bestemmelser i TRIPS-avtalen, som geografiske betegnelser og beskyttelse av fortrolige opplysninger (forretningshemmeligheter). Denne bestemmelsen om 'effektiv beskyttelse mot illojal konkurranse' har bred anerkjennelse som et viktig prinsipp i immaterialretten. Formålet i immaterialrettsbeskyttelsen er å hindre andre fra å utnytte ens intellek-

31 Ibid, avsnitt 38.

32 Se det norske forslaget til WTO, fotnote 9 overfor.

33 Endring i patentloven gjennom lov av 19. desember 2003, nr. 127.

34 Fotnote 9 overfor.

35 Andean Community Decision 486: Common Intellectual Property Regime, artikkel 75(g) og 75(h).

tuelle bidrag uten samtykke. De norske forslagene, både i WIPO-komiteen og i WTO søker å sikre en bedre defensiv beskyttelse. Samtidig synes det rimelig å konkludere at ingen av disse forslagene rommer en anerkjennelse av positive rettigheter for holdere av tradisjonell kunnskap.

En siste bekymring som må tas med i en vurdering av de framtidige utsiktene vedrørende immaterialrettsbeskyttelse for tradisjonell kunnskap, er forslagene om et internasjonalt register for planter som brukes av tradisjonelle samfunn og urfolk.

De som arbeider med immaterialrettsspørsmål i i-land støtter et slikt register.<sup>36</sup> Gjennom tilgang til et slikt register blir det enklere å fastlå hva som er kjent kunnskap, noe som er avgjørende for å fastsette om nyhetskravet er tilfredsstillt. Samtidig innebærer dette at ens tradisjonelle kunnskap knyttet til visse planter blir gjort kjent for offentligheten, og kan blant annet ikke beskyttes som fortrolige opplysninger. Å dokumentere i en offentlig tilgjengelig register innebærer både å hindre urettmessig tilegnelse og eventuell patentering – og å avsløre kunnskapen slik at denne ikke lenger blir ny for eksterne personer.

Dette gir opplagte dilemmaer for holdere av tradisjonell kunnskap. Tilgang til egen kunnskap og ressurser kan bli bedre tilrettelagt gjennom et slikt register.<sup>37</sup> Samtidig er det et gjeldende prinsipp at tilgangen til ressurser skal reguleres av nasjonale myndigheter, i samsvar med CBD artikkel 15.1 og ITPGRFA artikkel 10.1.

## 6 Konklusjon

Artikkelen har vist at beskyttelse av tradisjonell kunnskap knyttet til planter og planteforedling har blitt anerkjent i økende grad i både nasjonale lover, regionale instrumenter og globale forhandlingsprosesser.

Videre har vi sett at økt innovasjonsevne, samt bevaring og bærekraftig bruk er målsettinger for beskyttelsen av tradisjonell kunnskap. Vil beskyttelse av lokale samfunns tradisjonelle kunnskap som forholder seg til genressurser resultere i sterkere insentiver for lokal foredling og sterkere innsats for bevaring? Dette er vanskelig å besvare entydig, men samtidig kan det hevdes at slik anerkjennelse i seg selv har en verdi. Samtidig er det vanskelig å se at slik beskyttelse av tradisjonell kunnskap vil ha en negativ innvirkning på industriell planteforedling. Det må også forventes at det vil være stor interesse blant disse foredlerne av å ha et godt forhold til relevante myndigheter og lokalsamfunn, for å kunne legge grunnlaget for fortsatt tilgang til de originale ressursene.

---

36 Se WIPO/GRTKF/IC/9/13: The Patent System and Genetic Resources, Document submitted by Japan.

37 Se imidlertid forslaget til substansielle bestemmelser i WIPO-dokument WIPO/GRTKF/IC10/5 (fotnote 4 over), hvor det heter i artikkel 11.2 (s. 39) at slike registre ikke skal innvirke på ('compromise') statusen til hittil ikke allment kjent tradisjonell kunnskap.

Til sist må det understrekes at bestrebelsene for å komme fram til et internasjonalt instrument for beskyttelse av tradisjonell kunnskap i større grad må forsøke å reflektere den lokale sedvanerett hos urfolk. Urfolk bygger i økende grad sin argumentasjon i menneskerettigheter, forankret i alle folks rett til selvbestemmelse, også over egne naturressurser. Ved å gi større rom for urfolks forståelsesrammer, kan det også gis rom for en tydeligere menneskerettslig forankring av et eventuelt framtidig internasjonalt instrument, der også balansering mellom ulike menneskerettigheter står sentralt.