

Kan tilgang til og godefordeling ved bruk av genetiske ressurser bidra til biologisk mangfold?

*Morten Walløe Tvedt**

1 Innledning og valg av tema

I den siste halvdel av 1990-tallet var Hans Chr. Bugge en av flere seniorforskere på et prosjekt om bioprospektering og de rettslige reguleringsrettigheter til genetiske ressurser under Konvensjonen om biologisk mangfold (CBD) som het *From plants in the South to Medicines in the North*. Temaet for dette prosjektet var rettigheter til genetisk materiale, og særlig reglene i CBD artikkel 15 som handler om tilgang til og rettferdig fordeling av utbytte fra bruk av genetiske ressurser (på engelsk «access and benefit sharing», forkortet ABS også her). Reguleringen av ABS er en av de sentrale mekanismene for å skaffe til veie økonomiske ressurser til bevaring og bærekraftig bruk av biologisk mangfold. Jeg var studentstipendiat på dette prosjektet i 1999–2000, hvor Hans Christian var min veileder.

I 2010 kom boken *Norsk genressursrett*, som handler om rettslige betingelser for innovasjon basert på bioteknologi i Norge og verden og tar opp mange av de samme problemstillingene som dette prosjektet arbeidet med.¹ Denne artikkelen baserer seg på arbeidet som ligger til grunn for boken, kombinert med den rettsutviklingen som har funnet sted etter at den gikk i trykken. Siden artikkel 15 i CBD var temaet for min studentavhandling og en artikkel² Hans Christian og jeg skrev sammen, passer det fint å vende tilbake hit i hans festskrift.

2 ABS i Konvensjonen om biologisk mangfold

Konvensjonen om biologisk mangfold ble vedtatt 1992 på *Earth Summit* i Rio de Janeiro i Brasil i 1992 sammen med Klimakonvensjonen. På mange måter er CBD den blyge og unnselige, men hardtarbeidende lillebroren til klimakonvensjonen. Selv

* Seniorforsker, Fridtjof Nansens Institutt.

1 Morten Walløe Tvedt, *Norsk genressursrett*, Cappelen Akademisk Forlag, 2010.

2 Hans Chr. Bugge og Morten Walløe Tvedt, «A legal look at Article 15 in the Convention on Biological Diversity: Access to Genetic Resources», i *Responding to Bioprospecting*, redigert av Svarstad and Dhillon, Oslo: Spartacus Forlag, 2000, s. 169–192.

om dens plass i media er marginal, setter den sentrale mål i internasjonal miljørett: å bevare biologisk mangfold, legge til rette for bærekraftig bruk av det og sørge for en rettferdig fordeling av utbytte som skapes ved bruk av biologisk mangfold (artikkel 3). Den er den første internasjonale konvensjonen som tar opp i seg begrepet «bærekraftig bruk» og stiller det opp som et formål med konvensjonen. En rettferdig fordeling av utbytte fra bruk av genetiske ressurser har en dobbeltrolle i konvensjonen: Det er både ett av tre formål med hele konvensjonen og etablert som en mekanisme i artikkel 15.

Kjernen i artikkel 15 er at land erkjennes å ha suverene rettigheter til sitt genetiske mangfold, og har, som følge av dette, suverene rettigheter til å regulere tilgangen til «genetisk materiale» innenfor sitt territorium. Forut for CBD var det ingen eksplisitt anerkjennelse av suverene rettigheter til genetiske ressurser, og de ble ofte ansett som en del av en menneskehetens fellesarv. Reelt sett innebar dette en ressurs som lå og ventet på å bli privatisert gjennom innsamling til private samlinger eller privat bruk. Konsekvensen av rettstilstanden forut for CBD var at patentretten ble brukt til å etablere tidsbegrensede eksklusive rettigheter til oppfinnelser basert på genetisk materiale. Dette kom først og fremst land med høyt kunnskapsnivå innenfor bioteknologi til gode. Da forhandlingene som ledet til CBD begynte, var utgangspunktet at den bare skulle pålegge plikter om bevaring av biologisk mangfold. Økonomisk utbytte fra bruk av genetiske ressurser ville tilfalle private bedrifter. Kostnadene ved å opprettholde biologisk mangfold ville bæres av utviklingsland med stort biologisk mangfold, mye fattigdom og få ressurser til å skape økonomiske verdier basert på det. Løsningen i CBD ble ABS. Tanken er at den som skaper økonomisk gevinst basert på bruk av biologisk mangfold, skal bidra til at det opprettholdes på lang sikt gjennom en rettferdig fordeling av utbyttet fra bruk av det. Det er derfor interessant å diskutere om ABS vil skaffe til veie et slikt økonomisk utbytte til bevaring.

De to mest omtalte mekanismene som artikkel 15 foreskriver for å gjøre denne mekanismen funksjonell, er *fortidig informert samtykke* «prior informed consent» (PIC) og *gjensidige avtalte vilkår* «mutually agreed terms» (MAT). PIC er hovedsakelig ment som en godkjenning fra opprinnelseslandets myndigheter til å bruke genetisk materiale fra landet. MAT er en privatrettslig avtalemekanisme hvor opprinnelseslandet skal inngå avtaler med brukeren av genetisk materiale som typisk sett kommer fra et annet land. En kunne tenke seg at enhver bruker av genetiske ressurser ville føle seg forpliktet til å bidra til dets langsiktige bevaring og dermed inngår slike avtaler frivillig. Slik har historien fra 1993 til i dag ikke blitt. Suksesshistoriene om vellykkede avtaler som overførte en rettferdig del av utbytte fra bruken av genetiske

ressurser tilbake til kildelandet uteble. Årsakene til dette er flere, men det er særlig to grunner:

Den første grunnen knytter seg til *genetiske ressurser som ressurs*.³ Genetiske ressurser finnes i biologisk materiale. Det er DNA-molekylet og den informasjonen som ligger i det om hvordan en organisme skal utvikle seg. Når en eksporterer biologisk materiale eller tar med seg biologisk materiale over landegrensene, så følger det genetiske materialet faktisk sett med enten en vil eller ikke. Dette er en faktisk utfordring for at ABS skal bli virksom. I tiden etter 1993 forsøkte en del land å lage lovgivning som regulerte tilgang til genetisk materiale. Disse lovene hadde til formål å forplikte brukere til å fordele utbytte tilbake til landet, men har gjennomgående mislyktes i å etablere et funksjonelt system. Delvis skyldes dette suverenitetsprinsippet om at et lands lovgivning ikke kan håndheves under et annet lands suverenitet. Et afrikansk lands lover kan altså ikke uten videre håndheves i Norge. På slutten av nittitallet ble dette forsøkt avhjulpet ved å fremforhandle de såkalte Bonn Guidelines.⁴ Men disse ikke-bindende retningslinjene for tilgang og utbyttefordeling lyktes ikke i å løse de virkelige problemene for ABS som en internasjonal finansieringsmekanisme for bevaring av biologisk mangfold.

Den andre grunnen knytter seg til *manglende gjennomføring i brukerlandene*. For at slik lovgivning i opprinnelseslandet skal kunne gjennomtvinges, kreves lovgivning også i brukerlandet på grunn av suverenitetsprinsippet. CBD forplikter i artikkel 15.7 medlemslandene å innføre administrative, rettslige og policybasert tiltak for å sørge for at brukere av genetiske ressurser fra andre land fordeler en rettferdig del av utbytte med opprinnelseslandet. Da Tomme Young og jeg undersøkte dette empirisk i 2006–2007, fant vi ingen tiltak i noe brukerland som med rettferdighet kan sies å sørge for at slik fordeling av utbytte skal skje (Tvedt og Young 2007, *Beyond access*). Vi fant derimot ganske sterke disinsentiver for brukere til å inngå avtaler eller til å søke om godkjenning til å bruke genetiske ressurser.⁵ Hvis en kan ta med seg biologisk materiale ut av et land uten å løpe noen risiko, hvorfor skal en da bruke tid og ressurser på å forhandle frem en avtale om å ta det med seg? Hvis en kommersiell

3 For en grundig drøftelse av «genetiske ressurser» som term, se Peter Johan Schei og Morten Walløe Tvedt, «Genetic Resources in the CBD – The Wording, the Past, the Present and the Future» FNI Report 4/2010.

4 The Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization, Decision VI/24 fra det sjette partsmøte til CBD.

5 Morten Walløe Tvedt og Tomme R. Young, «Beyond Access – Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD», ABS Series No. 2, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/2, s. 103.

bruker kan forske på og utvikle et nytt produkt uten å risikere noen sanksjoner når selskapet ikke gjennomfører noen utbyttefordeling med opprinnelseslandet – hvorfor skal selskapet da dele? Det ensidige fokus på at avtaler, som ingen hadde insentiver til å inngå, skulle løse utbyttefordelingen, viste seg å ha spilt fallitt og ikke skapt de økonomiske ressursene som var forventet i konvensjonen.

ABS har ikke lyktes i å skape tilstrekkelige verdier til å bidra til å opprettholde biologisk mangfold. Samtidig fortsatte private selskaper å utvikle produkter bygget på genetisk materiale. På denne bakgrunn oppstod det et krav blant medlemslandene til CBD om å fremforhandle en ny protokoll som skulle løse disse problemene:

3 Nagoyaprotokollen som virkemiddel for å gjøre ABS funksjonelt

3.1 OVERORDNEDE PERSPEKTIVER

På Earth Summit i Johannesburg 2002 – Rio pluss 10 – kom spørsmålet om hvorfor ikke ABS skapte noen insentiver for å bevare biologisk mangfold opp. Dette ble konkretisert på partsmøtet til CBD i Kuala Lumpur i 2004, hvor en arbeidsgruppe fikk som mandat å diskutere hvordan ABS kunne utvikles videre for å bli denne sentrale mekanismen for å styrke bevaring av biologisk mangfold og bærekraftig bruk av den. I 2010, mens Japan seilet opp som arrangør av neste partsmøte (COP-10), fikk forhandlingen et politisk løft, og økonomiske ressurser ble gjort tilgjengelige til å ferdigstille en protokoll. Under forhandlingsmøte i Cali i mars 2010 antydte flere land at de ikke ville godta handlingsplanen for å stanse tapet av biologisk mangfold hvis ikke protokollen om ABS kom på plass i Nagoya. Etter fire forhandlingsmøter fra mars til oktober ble et «kompromissforslag» presentert av Japan som et take-it-or-leave-it – et være eller ikke være for ABS, som ble vedtatt som det som kalles «Nagoyaprotokollen».

Innholdet i Nagoyaprotokollen spenner vidt fra kunnskapsbygging til mer tekniske juridiske mekanismer. Grunntanken om at ABS skal løses gjennom privatrettslige avtaler mellom opprinnelseslandet og selskapet som bruker de genetiske ressursene er videreført. Protokollen styrker mekanismene for håndheving av slike avtaler. Når en leser protokollen, fremstår imidlertid ikke insentivene for private selskaper til å dele en rettferdig del av utbyttet med opprinnelseslandet som styrket. Også etter Nagoya vil gjennomføringen i nasjonal lovgivning av ABS være avgjørende for å få et funksjonelt system som kan hindre at tapet av biologisk mangfold fortsetter i stadig økende hastighet. Vi skal senere se litt på om Norges gjennomføring av ABS

i naturmangfoldloven kan bidra til dette, men først skal vi se på noen av de sentrale bestemmelsene i protokollen.

3.2 ET BLIKK PÅ ET UTVALG AV ENKELTBESTEMMELSER

Et viktig steg i retning av et funksjonelt system er at Nagoyaprotokollen søker å regulere *bruk* av genetiske ressurser (utilization) i tillegg til tilgang til genetiske ressurser (access). I boken *Beyond Access* identifiserte Tomme Young og jeg behovet for at det utvikles nasjonale regler som forplikter brukerne av genetiske ressurser fra andre land til å inngå avtale om utbyttefordeling og faktisk gjennomføre slik utbyttefordeling. Dette var i og for seg i ikke nytt da vi skrev om det i 2007, fordi det rettslige grunnlaget for dette følger av teksten i CBD fra 1992, men artikkel 15.7 var da et glemt kapittel i ABS. Alle snakket om *tilgang* til ressursene og avtaler som regulerer tilgang til genetiske ressurser. Nesten ingen snakket om rettslig regulering av *bruken* av og *utbyttefordelingen* fra slik bruk av genetiske ressurser. Å definere hva som ligger i «bruk av genetiske ressurser», er essensielt for å få på plass et funksjonelt internasjonalt system.

I Nagoyaprotokollen artikkel 2 c til e går protokollen inn i en ganske kronglete definisjon av hva som utgjør bruk av genetiske ressurser. Det er imidlertid ikke nok å ha en definisjon av bruk. Det må knyttes forpliktelser som hviler på den som bruker genetiske ressurser, for at den skal bli forpliktende og håndhevbar for brukere. CBD artikkel 15.7 oppstiller en forpliktelse for alle land som har brukere av genetiske ressurser:

Each Party shall take appropriate, effective and proportionate legislative, administrative or policy measures to provide that genetic resources utilized within its jurisdiction have been accessed in accordance with prior informed consent and that mutually agreed terms have been established, as required by the domestic access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements of the other Party.

Dette innebærer at alle medlemsland må ta 'rettslige, administrative og policybaserte virkemidler' i bruk for å sikre at brukere fordeler utbytte fra bruk av genetiske ressurser. Den folkerettslige regelen er altså at land med brukere av genetiske ressurser skal innføre tre typer av virkemidler for at andre lands lovgivning overholdes. Hvis denne forpliktelsen ikke gjennomføres i lovgivningen, vil den ikke i seg selv forplikte brukere til noen fordeling av utbytte. CBD artikkel 15.7 forplikter kun land til å gjennomføre tiltak og kan ikke tjene som rettslig grunnlag i intern rett. Effekten av

brukerlandslovgivning har potensial til å bidra til at ABS-lovgivning overholdes, og dermed bidra til bevaring av biologisk mangfold. Men i hvilken grad dette lykkes, vil avhenge av hvordan reglene i nasjonal lovgivning utformes.

Forpliktelsene til å gjennomføre lovgivning i land som bruker genetiske ressurser kommersielt, er behandlet i flere artikler i Nagoyaprotokollen. Den sentrale bestemmelsen er NP artikkel 15, som i nummer 1 etablerer følgende regel:

Each Party shall take appropriate, effective and proportionate legislative, administrative or policy measures to provide that genetic resources utilized within its jurisdiction have been accessed in accordance with prior informed consent and that mutually agreed terms have been established, as required by the domestic access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements of the other Party.

Denne regelen pålegger parter en plikt til å ta «rettslige, administrative og policy-baserte virkemidler» i bruk. Disse virkemidlene skal etter ordlyden her regulere en bestemt situasjon, der kildelandets lovgivning krevde eller krever PIC eller MAT på tidspunktet for *tilgangen* til genetiske ressurser. I disse tilfellene der kildelandet har lovgivning, skal lovgivningen i brukerlandet sørge for at tilgangen til disse ressursene skjedde i overensstemmelse med lovgivningen og reguleringene i kildelandet. Bestemmelsen bygger på at kildelandets lovgivning skal respekteres på tidspunktet for tilgang til genetiske ressurser. Nagoyaprotokollen artikkel 15.1 forutsetter altså at det er lovgivning eller systemer som krever PIC og MAT i utviklingsland på tidspunktet da *tilgangen* til ressursene skjedde. Paradoksalt nok vil dette styrke stillingen til de kildelandene som har det beste lovverket, og som sjelden er blant de fattigste landene som trenger utbyttefordeling mest for å ha økonomiske verdier som kan bidra til bevaring av biologisk mangfold. Regelen gir de sterkeste kildelandene en bedre posisjon, men avhjelper ikke de fattigste landenes situasjon. Det er videre ingen forpliktelse til å kreve at landets brukere av genetiske ressurser funnet i andre land faktisk gjennomfører en utbyttefordeling.

I annet ledd oppstilles en supplerende regel som kan bidra. Denne sier at brukerlandene er forpliktet til å lage regler som regulerer de situasjonene der noen ikke har overholdt kildelandets lovgivning. Igjen er fokus på å overholde kildelandets regler. Denne regelen styrker også de landene som har ressurser til å lage lovgivning – og ikke de landene som ikke har ressurser til å implementere kildelandslovgivning.

Disse reglene etablerer ikke noen direkte sammenheng til bevaring av biologisk mangfold. Heller ikke de andre sentrale bestemmelsene om håndhevelse av avtaler

om bruk av genetiske ressurser (artiklene 17 og 18) har noen regler som forplikter kildelandet til å tilgodese bevaringsformål. Det stilles altså ikke noen krav verken her eller generelt i Nagoyaprotokollen som forplikter landene til at en del av utbyttet fra bruken av genetiske ressurser skal øremerkes til bevaringsformål. Tvert imot tilligger det *kildelandene suverene rettigheter* til å bestemme hvilke formål som skal tilgodeses som følge av en utbyttefordeling. Selv om Nagoyaprotokollen skulle lede til at utbytte altså fordeles på en rettferdig måte, så er det ingen garanti for at dette vil tilgodese bevaringsformål direkte. Indirekte ville et effektivt system for fordeling av utbytte kunne ha etablert en økonomisk verdi til genetiske ressurser. Hvis denne økonomiske verdien hadde vært høy nok, ville den indirekte kunnet ha bidratt til bevaring av biologisk mangfold.

Realiseringen av dette formålet blir dermed avhengig av hvordan systemet for tilgang til genetiske ressurser basert på CBD artikkel 15 nr. 1–6 og NP særlig artikkel 5 om tilgang blir omgjort til nasjonal lovgivning i det enkelte kildelandet. I gjennomføringen i slik nasjonal lovgivning vil det bli et spørsmål om nasjonale prioriteringer om hvilke formål som skal tilgodeses ved å bli tildelt ressurser fra bruk av genetiske ressurser. Bevaringsformålet vil dermed konkurrere med andre satsninger som for eksempel å bygge opp kapasitet til bioteknologisk forskning og utvikling i landet. Det er ikke gitt at alle land vil sette hensynet til bevaring av biologisk mangfold høyere enn andre formål.

I artikkel 10 foreslås det et system hvor bevaringsformålet kan komme til å bli tilgodesett. Etter denne bestemmelsen skal partsmøtet vurdere behovet for og innholdet i en mekanisme for utbyttefordeling fra bruk av genetiske ressurser som finnes i flere land eller der hvor PIC/MAT ikke har vært tilgjengelig.⁶ Det som skal tilgodeses etter en slik mekanisme, er bevaring og bærekraftig bruk av genetiske ressurser. Det er imidlertid usikkert om medlemslandene kommer til at det er behov for en slik forpliktelse. Før vi kan si noe om dette blir en mekanisme for å finansiere bevaring av biologisk materiale, må vi først se hva denne mekanismen ender opp med å inneholde.

Konklusjonen er altså stadig, også etter Nagoyaprotokollen, at sammenhengen mellom bruk av genetiske ressurser og bevaring av biologisk mangfold er avledet. De folkerettslige forpliktelsene alene er derfor ikke nok til å sikre at ABS selv i

⁶ I mars 2011 ble det arrangert et første møte for å diskutere gjennomføringen av NP artikkel 10 på Polhøgda. Morten Walløe Tvedt, «A Report from the First Reflection Meeting on the Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism», FNI Report 10/2011 oppsummerer diskusjonene fra møtet.

Nagoyaprotokollen vil bidra til bevaring av biologisk mangfold. Graden av suksess vil avhenge av hvordan disse reglene blir gjennomført i nasjonal lovgivning. Det er derfor interessant å se på sammenhengen mellom bevaring og rettigheter og regulering av tilgang til genetisk material i den norske naturmangfoldloven.

4 Norges gjennomføring av ABS

Norge har gjennomført forpliktelsene om ABS i naturmangfoldloven kapittel VII. De sentrale bestemmelsene er §§ 57–61. Problemstillingen her er i hvilken grad disse reglene vil bidra til bevaring av biologisk mangfold i Norge eller i utlandet. Disse reglene ble utviklet forut for Nagoyaprotokollen. Reglene i Nagoyaprotokollen stiller nye krav til norsk lovgivning. Det finnes ingen offentlig kjente suksesshistorier verken om at norske genetiske ressurser har bidratt til bevaring av biologisk materiale i Norge, eller noen kjente suksesshistorier om at norske selskaper har delt sitt utbytte på en slik måte at bevaringsformålet har blitt styrket. Nå har riktignok loven bare vært i kraft i to år så det kan tenkes at den ikke har virket lenge nok til å kunne vise til slagkraftige resultater. Siden det ikke finnes noen empiri om fordeling av utbyttet, må analysen basere seg på vurderinger av om de gjeldende bestemmelsene analytisk sett vil bidra til bevaring.

4.1 RETTIGHETER TIL GENETISK MATERIALE I NORGE

Rettigheter til genetiske ressurser i Norge er regulert i naturmangfoldloven § 57 om «forvaltning av genetisk materiale»:

Genetisk materiale fra naturen er en felles ressurs som tilhører fellesskapet i Norge og forvaltes av staten. Utnyttningen skal være til mest mulig gagn for miljø og mennesker i både nasjonalt og internasjonalt perspektiv, der det også legges vekt på en hensiktsmessig fordeling av fordelene ved utnyttning av genetisk materiale og slik at urfolks og lokalbefolknings interesser ivaretas.

Her nevnes «... mest mulig gagn for miljø ...» som et av de hensynene som skal tilgodeses som følge av utnyttningen av genetisk materiale fra Norge. Denne bestemmelsen er vid og det fremgår ikke hvordan dette er tenkt faktisk sett å skulle styrke bevaring av biologisk mangfold.

Den operative bestemmelsen som sier noe om reguleringen av uttak og utnyttelse av genetisk materiale fra naturen er nml. § 58 første og annet ledd:

Kongen kan fastsette at uttak fra naturen av biologisk materiale med formål om å utnytte det genetiske materiale eller utnytting av slikt materiale, krever tillatelse av departementet. Foreligger en tillatelse til uttak, kreves ikke ny tillatelse for senere utnytting, men vilkårene for tillatelsen gjelder tilsvarende for erververen av materialet eller resultatene fra uttaket. Uttak til offentlige samlinger og til bruk og videreforedling i jord- og skogbruk krever ikke tillatelse.

Første ledd innskrenker ikke den rett som en eier eller annen berettiget har på annet grunnlag til å nekte tilgang

- a) til det biologiske materialet, eller
- b) til grunnen som det genetiske materialet hentes fra.

Ingen av disse bestemmelsene nevner bevaring av biologisk materiale. Forskriftshjemlene som bestemmelsene gir uttrykk for, er ennå ikke brukt. Departementet har pr. november 2011 ikke offentliggjort hvordan det tenker at disse hjemlene skal kunne brukes til bevaring av biologisk mangfold. Det er altså ikke enkelt å si noe mer konkret om i hvilken grad et tenkt fremtidig system for regulering av bruk av genetiske ressurser skal kunne tilgodese vern av biologisk mangfold i Norge. Slik loven står nå, uten noe system for å kreve utbytte, kan den ikke forventes å skaffe til veie ressurser til bevaringsformål. En måte å knytte slike tillatelser til bevaring av biologisk mangfold, ville kunne være å øremerke midler som oppnås ved avtaler om kommersiell bruk av genetisk materiale i Norge til bevaringstiltak. Erfaringer globalt sett i de snart tyve årene som CBD har vært i kraft, har vist at det ikke har vært enkelt å få ABS til å finansiere bevaring av biologisk mangfold. Departementet har en stor utfordring for hvordan forskriftshjemmelen om tilgang til genetisk materiale skal tilgodese formålet om bevaring av biologisk mangfold.

4.2 FRA ANDRE LAND

Den andre problemstillingen er i hvilken grad bruk av genetiske ressurser i Norge på grunn av naturmangfoldloven vil kunne bidra til bevaring av biologisk mangfold i kildelandet. Dette er regulert i nml. § 60 (første til tredje ledd) om genetisk materiale fra andre land:

Innførsel for utnytting i Norge av genetisk materiale fra en stat som krever samtykke for uttak eller utførsel, kan bare skje i samsvar med slikt samtykke. Den som rår over materialet, er bundet av de vilkår som er satt for samtykket. Staten kan håndheve vilkårene ved søksmål til fordel for den som har satt dem.

Når genetisk materiale fra et annet land utnyttes i Norge i forsknings- eller næringsøyemed, skal det følge med opplysninger om hvilket land det genetiske materialet er mottatt eller hentet fra (leverandørland). Hvis nasjonal rett i leverandørlandet krever samtykke til uttak av biologisk materiale, skal det følge med opplysning om slikt samtykke er innhentet.

Hvis leverandørlandet er et annet land enn opprinnelseslandet for det genetiske materialet, skal også opprinnelseslandet oppgis. Med opprinnelsesland menes det landet der materialet ble hentet ut fra sine naturlige omgivelser. Hvis nasjonal rett i opprinnelseslandet krever samtykke til uttak av genetisk materiale, skal det opplyses om slikt samtykke er innhentet. Er opplysningene etter dette leddet ukjent, skal det opplyses om dette.

Disse bestemmelsene er satt for at det skal være lettere for andre land som krever utbytte fra bruk av genetiske ressurser under deres jurisdiksjon, å forfølge det kravet i norsk jurisdiksjon. Reglene tar sikte på å sikre at andre land kan håndheve sine suverene rettigheter. Det er altså opp til hvert kildeland å innføre betingelser i det samtykket de gir som etablerer en linje mellom utbyttefordeling og bevaring av biologisk mangfold. I hvilken grad de gjennomfører slike regler, avhenger av politiske beslutninger og ikke av rettslige forpliktelser. I 2011 analyserte Ole Kristian Fauchald og jeg en hypotetisk case av hvordan det ville vært å forfølge et krav om utbyttefordeling gjennom det norske rettssystemet.⁷ I denne analysen fulgte vi tre situasjoner: der brukeren av genetiske ressurser har brutt reglene i kildelandet, der brukeren har fått et vedtak med tillatelse til å bruke genetiske ressurser, men ikke overholder villkårene, og den tredje situasjonen er der det er inngått en privatrettslig avtale mellom brukeren og kildelandet. Av disse tre situasjonene var det avtalen det var lettest å håndheve i norsk jurisdiksjon. Dette skyldes at systemet for å håndheve avtaler allerede er på plass rettslig sett. ABS-avtaler reguleres av de samme reglene og blir dermed enkle å gjennomføre for domstolene. Den største utfordringen i slike avtaler, når det først er inngått en avtale, er at innholdet i avtalen angir forpliktelsene presist og på en måte som kan fortolkes og anvendes for domstolene. Utfordringen for avtaler (MAT) er å skrive gode avtaler som fanger opp endringene i de faktiske forholdene etter hvert som bruken av de genetiske ressursene endrer seg.

Den situasjonen som kom dårligst ut i håndhevelsessituasjonene, var situasjonen

7 Morten Walløe Tvedt og Ole Kristian Fauchald, «Implementering the Nagoya Protocol on ABS: A Hypothetical Case Study on Enforcing Benefit Sharing in Norway», 14 *Journal of World Intellectual Property* (2011) s. 383–402.

der den norske brukeren har brutt lovgivningen i kildelandet uten å ha fått noen individualisert rettsakt i forhold til seg. I denne situasjonen innebærer suverenitetsprinsippet en stor utfordring siden det forhindrer at et lands lovgivning kan tvangsgjennomføres i en annen jurisdiksjon. Å åpne for at alle andre lands lovgivning skal ha bindende effekt, ville skape en rettslig usikkerhet i Norge. Videre er det mange andre utfordringer knyttet til å tvangsgjennomføre et annet lands lovgivning i det norske rettssystemet. Det oppstår også tolkningsproblemer og språkvansker for norske domstoler. Konklusjonen var at i situasjoner der en norsk bruker bare bryter lovgivningen til et annet land, så er det svært vanskelig å bruke norske domstoler til å håndheve ABS-kravene. Den som ikke forholder seg til kildelandets lovgivning, vil altså også være den det er vanskeligst å forfølge rettslig. Dette skaper et disinsentiv til å overholde kildelandets lovgivning. Hvordan etablere rettslige mekanismer som fanger opp denne gruppen av brukere som ikke respekterer ABS-lovgivningen, er den største utfordringen. Den norske naturmangfoldloven har ikke rettslige virkemidler som er egnet til å tvinge gjennom slike krav.

Den tredje situasjonen er der brukeren har fått et forvaltningsvedtak med tillatelse til å bruke genetiske ressurser fra et annet land, men senere ikke overholder disse betingelsene. Slike administrative vedtak fra et annet land er det problematisk å håndheve under norsk jurisdiksjon. Det oppstår spørsmål om fortolkning av slike vedtak, om gyldigheten av dem, om de kan ha bindende effekt utenfor landet der de er fattet, for å nevne noen sentrale problemer.⁸

Hovedkonklusjonen fra denne drøftelsen er at problemet med å håndheve andre situasjoner enn kontrakter for norske domstoler er at det skaper disinsentiver for å inngå avtaler siden andre rettslige situasjoner vanskelig kan gjennomføres for domstolene i Norge. Dette er utfordringer som flere land bør ha bevissthet rundt når de vurderer å etablere lovgivning som skal regulere rettigheter til genetiske ressurser brukt i andre land.

5 Vurdering av muligheten for ABS til bevaring av biologisk mangfold

På mange måter er Nagoyaprotokollen et vinn eller forsvinn for ABS og muligheten for å kanalisere en del av utbyttet fra bruk av genetisk materiale tilbake til bevaring av biologisk mangfold. Manglende suksess for ABS som virkemiddel for å skaffe til

8 *Ibid.* s. 394–397.

veie ressurser til bevaring av biologisk mangfold er en utfordring for CBD og for gjennomføringen i nasjonale regelverk. Den største utfordringen ligger i å skape insentiver for private brukere av genetiske ressurser til å bidra med finansielle ressurser til bevaring av den ressursen de bruker til å skape sin fortjeneste.

Forhandlingene av protokollen var preget av politiske motsetninger. EU, Canada, Sveits, Japan, Australia og New Zealand forhandlet for å unngå bindende forpliktelser for sine brukere av genetiske ressurser fra andre land, for store unntak fra anvendelsesområdet for protokollen og for vidtgående forpliktelser på utviklingslandene til å gjøre deres genetiske materiale tilgjengelig på enkle betingelser og uten sikre regler for utbyttefordeling. Mot siste runde inntok Sverige en overraskende rolle innad i EU som sterk motstander av bindende forpliktelser i Nagoyaprotokollen på bioteknologien. USA deltar kun i forhandlingene som observatør siden det, som ett av få land i verden, ikke er tilsluttet CBD.

På den andre siden stod gruppen av afrikanske land, de megadiverse landene (en forhandlingsgruppe av land som har en felles interesse i at de har stor grad av biologisk mangfold), asiagruppen, øystatene og Latin-Amerika, som kjempet for så bindende regler som mulig og en bredest mulig anvendelse for protokollen. Land som Brasil, India, Sør-Afrika, Mexico og Malaysia var sterke pådrivere på utviklingslandssiden.

En del av motstanden blant industrilandene mot ABS mener jeg å kunne tilbake-spore til noen underliggende økonomiske og politiske trekk i samtiden:

En viktig grunn til at de gamle industrilandene ikke vil påta seg noen forpliktelser og bindende gjennomføring av ABS, er at det vil innebære at deres bioteknologi vil måtte gi fra seg en del av utbyttet til andre land. Flere av de landene som er typiske brukerland er i en generelt sett vanskelig situasjon økonomisk med store gjeldsbyrder. Å pålegge sin industri forpliktelser som ikke skal gå til å rette opp landets egen økonomiske situasjon, blir vanskelig å argumentere for i innenrikspolitikken. I tillegg til dette kommer at noen av de mest profilerte av kildelandene i forhandlingene, Brasil, India og Malaysia, er land med stor økonomisk vekst og en sterk stilling. Å forplikte sin industri til å styrke disse landenes stilling kan vanskelig sies å være i brukerlandenes interesser, særlig når økonomien er skrantende på hjemmebane. Dette blir særlig sterkt når kildelandene ikke er villige til å påta seg klare forpliktelser om å kanalisere disse midlene til bevaring av biologisk mangfold.

Like konkurransebetingelser for bioteknologisk industri er en annen forklaringsfaktor for hvorfor medlemslandene til CBD ikke ønsket å påta seg strenge forpliktelser i Nagoyaprotokollen. Et helt sentralt land for bioteknologisk forskning og ut-

vikling, USA, er ikke tilsluttet CBD og vil naturligvis heller ikke gjennomføre disse forpliktelsene i nasjonal rett. Dette betyr at hvis Canada, EU, Japan og Australia innfører strenge regler for utbyttefordeling, vil bioteknologiselskaper ha et argument for å flytte virksomheten. Det er ikke sikkert at effekten av dette vil bli så sterk, men det vil bli et tilleggsargument i en lokaliseringsdiskusjon for forskningsaktivitet.

En tredje grunn til at det sitter langt inne å påta seg denne typen av forpliktelser er at sammenhengen mellom utbyttefordeling til bevaring av biologisk mangfold ikke er klar og tydelig; utviklingslandene bruker de suverene rettighetene som argument for at de skal kunne vurdere hvordan eventuelle fordeler skal benyttes innad i landet. Men denne usikkerheten omkring mulighetene for at utbyttefordeling faktisk leder til mer bevaring av biologisk mangfold svekker trolig den politiske villigheten til å dele slikt utbytte med andre lands regjeringer. Sjansen for at slikt utbytte forsvinner til korrupsjon heller enn til faktisk bevaring av biologisk mangfold, kan også spille inn i dette bildet. Konsekvensen av at kildelandene ikke ønsker å påta seg en slik forpliktelse om å øremerke ressurser til bevaringsformål, blir til et argument for brukerlandene mot å forplikte seg til utbyttefordeling. Dette brukes igjen som et argument for å ikke påta seg strengere forpliktelser.

På denne bakgrunnen ser det ut til at Nagoyaprotokollen og ABS generelt sliter i motbakke for å bli det virkemiddelet for bevaring av biologisk mangfold og bærekraftig bruk av det, som mekanismen var ment som.

Det avgjørende for at ABS skal bli en virksom mekanisme for bevaring av biologisk materiale, er at det skapes insentiver for dem som tjener penger basert på bruk av genetiske ressurser, til å bidra. Slike insentiver kan ta form av bindende regler som tvinger selskaper og andre til forpliktende fordeling av utbytte til bevaringsformål. Når de politiske underliggende argumentene mot å etablere rettslig sett bindende forpliktelser for brukere av biologisk mangfold er sterke, blir det viktigere å se på insentiver til å skape frivillig utbyttefordeling til fordel for bevaring av biologisk mangfold. Nagoyaprotokollen går ikke veldig tydelig til verks i å etablere insentiver for brukere av genetiske ressurser. Som vi har sett over, er gjennomføringen av ABS i kildelandet viktig også etter Nagoyaprotokollen. Hvordan brukerlandene innfører systemer for å oppfordre brukere – selskaper og andre forskere – blir avgjørende for i hvilken grad det vil skje en rettfærdig overføring av utbytte fra slik forskning og utvikling.

Dette betyr at det må jobbes nasjonalt i brukerlandene for å etablere mer enn rettslige løsninger for å skape insentiver til utbyttefordeling. Selskapene og forskerne som bruker genetisk materiale, må vurdere det slik at det er mer fordelaktig for dem å fordele en del av utbyttet til kildelandet enn ikke å gjøre det. Trolig må en

gå veien om å skape positiv omtale av de utbyttefordelingsavtalene som faktisk er fordelaktige for selskaper. Dette er arbeid som landene kunne ha startet forut for Nagoyaprotokollens ferdigstilling. Men i tiden forhandlingene pågikk, ble det ikke gjort veldig mye når det gjaldt gjennomføring av ABS på nasjonalt nivå. Mange land satt litt på gjerdet og avventet situasjonen som ville komme under protokollen. Nå må arbeidet med å skape insentiver til slik utbyttefordeling komme i gang. Min observasjon er at kildeland som lykkes i å forplikte selskaper til å bidra med direkte bevaringstiltak og prosjekter som legger til rette for bærekraftig bruk av det biologiske mangfoldet, har større sjanse til å lykkes i å gjøre ABS funksjonelt på bakkeplan. Trolig er det strategisk viktig å bruke den politiske oppmerksomheten og midler tilgjengelige for gjennomføring av protokollen til å bygge opp nasjonale institusjoner og rammeverk for å motta utbyttefordeling knyttet til konkrete prosjekter for bevaring og bærekraftig bruk av biologisk mangfold. På denne måten kan Nagoyaprotokollen ha potensial til å bidra til at utbyttefordeling bidrar til bevaring av biologisk mangfold.