



LUNDS UNIVERSITET

VT 2008

Institutionen för handelsrätt

HARK01 - Kandidatkurs i handel och marknad

Kandidatuppsats

Är Kinas upphovsrättslag förenlig med TRIPS-avtalet?

Handledare: Jonas Ledendal

Författare: Karl Rogler

Sammanfattning

Kina har sedan början av 2000-talet haft hela världens ögon på sig på grund av en kolossal tillväxt, vilket har bidragit till ökade utländska direktinvesteringar och en betydelsefull plats i världen som en av de största ekonomiska supermakterna. I och med Kinas medlemskap i WTO har landet gått med på att uppfylla minimikriterierna i organisationens olika underliggande multilaterala avtal. I samma takt som den kinesiska marknaden utvecklats, har dock även piratkopiering av upphovsrättsskyddat material samt varumärkesförfalskning blivit ett växande problem, vilket väckt omvärldens ökade oro. Utifrån en given punkt i en aktuell stämningsansökan från USA riktad mot Kina skall denna uppsats utreda huruvida den kinesiska lagstiftningen, där bland annat censur tillämpas, kan anses vara förenlig med Kinas åtaganden i det till WTO underliggande TRIPS-avtalet, som rör krav på minimistandarder för skydd av immateriella rättigheter. Författaren har dragit slutsatsen att den kinesiska upphovsrättslagen inte kan anses stämma överens med TRIPS-avtalet om panelen bedömer USA:s spörsmål såsom *spörsmål om överträdelser*.

Nyckelord

Piratkopiering, TRIPS, upphovsrätt, varumärkesförfalskning, WTO

Abstract

Since the beginning of the twenty-first century, China has captivated global attention due to its astonishing economic growth. This development has resulted in an enormous growth in foreign direct investments, as well as the country's new role as economic super power. When joining the World Trade Organization in 2001, China agreed to adhere to the minimum requirements of the organization's several multilateral agreements. Yet in pace with the country's economy development are growing problems of piracy and trademark counterfeiting—a source of growing concern to the outside world. From a given issue in the current WTO litigation between China and the United States of America, this thesis examines if the Chinese Copyright Law—which includes censorship of literature, movies and music—can be regarded as compliant with China's commitments to the requirements of minimum standards for protection of intellectual property rights clarified in the WTO underlying TRIPS agreement. The author has made the conclusion that the Chinese Copyright Law can not be regarded as TRIPS compliant if the US complaint is regarded by the panel as a *violation complaint*.

Keywords

Copyright, trademark counterfeiting, piracy, TRIPS, WTO

Innehållsförteckning

SAMMANFATTNING	1
ABSTRACT	2
FÖRKORTNINGSLISTA	4
1 INLEDNING.....	5
1.1 Syfte och frågeställning.....	6
1.2 Avgränsningar.....	6
1.3 Metod och material.....	7
1.4 Språk.....	7
1.5 Disposition	7
2 ÄR UPPHOVSRÄTT OCH CENSUR KOMPATIBLA?	8
2.1 Utveckling av upphovsrätt i västerländska länder	8
2.2 Utveckling av upphovsrätt i Kina	9
2.2.1 <i>FÖRBJUDNA VERK</i>	12
3 USA STÄMMER KINA INFÖR WTO	13
3.1 Vad har hänt hittills?.....	15
3.2 <i>ANSÖKAN OM TILLSÄTTANDET AV EN PANEL</i>	15
4 DE RELEVANTA DELARNA AV TRIPS.....	17
4.1 Bernkonventionen.....	17
4.2 Spörsmål om överträdelser eller icke-överträdelser?	18
4.2.1 <i>ICKE-ÖVERTRÄDELSER</i>	18
4.3 Nationell behandling.....	20
4.4 TRIPS, artikel 14	21
4.5 Allmänna skyldigheter.....	22
4.6 Brottmålsförfaranden	23
5 IMPLEMENTERING AV TRIPS-AVTALET I KINESISK LAG	24
5.1 Bakgrund	24
5.2 Kinas tillträdesprotokoll	25
5.2.1 <i>TRIPS-PLUS</i>	26
5.2.2 <i>TRIPS-MINUS</i>	27
5.3 Förhållandet till internationella konventioner i kinesisk lag.....	27
6 ANALYS OCH SLUTSATS.....	29
7 REFERENSFÖRTECKNING	34
Offentligt tryck.....	34
Litteratur	34
Artiklar	35
Övriga källor	35
9 BILAGOR.....	38
9.1 E-mailkorrespondens med Julia Ya Qin, Wayne State University Law School.....	38

Förkortningslista

AB	Appellate Body
BK	Bernkonventionen (1971)
CA	the Chinese Copyright Act
DSB	Dispute Settlement Body
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
MGN	Mest gynnad nation
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual property rights
WTO	World Trade Organization
WIPO	World Intellectual Property Organization
USTR	United States Trade Representative

1 Inledning

Att Kina har varit på tapeten de senaste åren har inte kunnat undgå någon. Sedan landet ändrade styre 1978, och Deng Xiaoping tog över makten och införde *den öppna dörrens policy* har mycket hänt. Från att ha varit en mot omvärlden stängd totalitär socialistisk diktatur, har landet förändrats till en gentemot omvärlden mycket mer öppen hyperkapitalistisk diktatur. Man har behållit den socialistiska retoriken genom att kalla det nya systemet för *socialism med kinesiska kännetecken*. På trettio år har Kina gradvis öppnats upp för resten av världen, och utländska produkter, populärkultur, lagar (en följd av Kinas deltagande i internationella konventioner såsom WTO) har i stadig ström blivit en del av kinesernas vardag. Sedan början av 2000-talet har ett stort flöde av utländska direktinvesteringar kommit in i landet, och man har kunnat visa upp en genomsnittlig årlig tillväxt på cirka 10 procent. I och med de låga produktionskostnaderna har företag från hela världen valt att lägga sin produktion i Kina, vilket även har resulterat i ökade krav på exempelvis immaterialrättsligt skydd. Eftersom Kina på kort tid blivit hela världens verkstad, har detta även haft som effekt att landet blivit en av världens största producenter av piratkopierade och varumärkesförfalskade produkter, vilket tilldragit sig ökad oro från omvärlden och därmed ökade krav på ett fungerande rättsskydd.

Från att ha varit ett stängt land med en unik kultur som väsentligt skiljt sig från omvärlden, är det inte konstigt att allt detta nya inte kan smältas över en natt för Kinas befolkning, och därför inte heller omedelbart accepteras. Med detta i beaktande är det lättare att förstå trögheten i att implementera nya lagar och regler, som väsentligen skiljer sig från de traditionellt kinesiska. Med detta i beaktande får man även lov att säga att Kina gjort fantastiska framsteg i sina ansträngningar att få sina

lagar och regler, samt implementeringen av dem, att stämma överens med landets åtaganden i internationella konventioner såsom WTO-avtalet.

Sammanlagt åtta stämningsansökningar riktade mot Kina har lämnats in till WTO sedan landets tillträde 2001 (fem av dessa ansökningar är skickade från USA).¹ Fokus i uppsatsen ligger på en del i en aktuell stämningsansökan, som lämnades in i april 2007, som rör art. 4.1 i Kinas Upphovsrättslag, där immaterialrättsligt skydd nekas till de produkter som efter granskning av den kinesiska censuren inte tillåts säljas på den kinesiska marknaden. Båda parter syn på frågan belyses och syftet med WTO-avtalet, bilaterala överenskommelser, åtaganden enligt TRIPS-avtalet analyseras för att få svar på frågan om den kinesiska upphovsrättslagen kan anses stämma överens med kraven på minimiskydd av immateriella rättigheter som anges i TRIPS-avtalet.²

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att försöka klargöra om den kinesiska upphovsrättslagen kan anses vara överensstämmande med TRIPS-avtalet genom att besvara frågan: Innebär det faktum att produkter som inte får säljas på den kinesiska marknaden inte heller får ett immaterialrättsligt skydd, att Kina inte till fullo kan anses ha uppfyllt sina åtaganden enligt TRIPS-avtalet?

1.2 Avgränsningar

Avgränsningen görs till den ovan nämnda punkten i USA:s stämningsansökan. Denna uppsats skall inte utreda huruvida Kina uppfyllt sina åtaganden gällande USA:s övriga spörsmål. Eftersom fokus ligger på denna tredje punkt, där kritik riktas mot art.

¹ Ya Qin, J. *China, India and the law of the World Trade Organization*. Asian Journal of Comparative Law, 2008, s. 22

² *TRIPS-avtalet* är ett folkrättsligt instrument som kan användas mellan olika stater vid olika typer av tvister angående skydd av immateriella rättigheter. Avtalet kan inte åberopas av enskilda inför nationella domstolar. Se WTO:s hemsida: www.wto.org – ”the WTO agreements”

4.1 i den kinesiska upphovsrättslagen, analyseras även i stort sett enbart detta lagrum i kinesisk lag.

1.3 Metod och material

Metoden som används är traditionell juridisk metod, vilket innebär att författaren gör en analys av vad som är gällande rätt i det specifika fallet. Materialet som används är TRIPS-avtalet, Kinas tillträdesprotokoll, utarbetandet av TRIPS-avtalet, Bernkonventionen, GATT 1994, kinesiska upphovsrättslagen, artiklar samt relevant litteratur på området. I mån av brist på utrymme ägnas inte någon större del av uppsatsen till att förklara hur WTO-rätten och dess tvistlösningsmekanism fungerar. Dock ges förklaring till centrala begrepp i fotnoter där författaren ansett detta vara nödvändigt.

1.4 Språk

Svensk litteratur på området är i stort sett obefintlig. I de fall jag översätter uttryck som inte är allmänt vedertagna på svenska anger jag det i en fotnot för att undvika missförstånd.

1.5 Disposition

I kapitel 2 beskrivs immaterialrättens ursprung i demokratiska stater och problematiken då den skall implementeras i icke-demokratiska stater (som Kina) som tillämpar censur. För att förstå denna motsättning beskrivs i detta kapitel utvecklingen av upphovsrätt i västerländska länder och i Kina. I kapitel 3 redovisas händelseförloppet i den aktuella tvisten mellan USA och Kina och båda parter syn på USA:s spörsmål. I kapitel 4 beskrivs de delar av TRIPS-avtalets bakgrund som är relevanta för denna uppsats. Skillnaden mellan spörsmål om *överträdelser* och *icke-överträdelser* diskuteras även. I kapitel 5 beskrivs implementeringen av TRIPS-avtalet i kinesisk lag.

2 Är upphovsrätt och censur kompatibla?

Då den moderna västerländska immaterialrättsliga lagstiftningen som avspeglas i TRIPS-avtalet växt fram i demokratiska stater, som traditionellt inte tillämpar censur, blir utgångspunkten för globaliseringen av immaterialrätten genom WTO och TRIPS-avtalet till länder som inte har samma juridiska system lite speciell. För att kunna behandla huvudfrågan som rör upphovsrätt kontra censur, behövs kunskap om upphovsrättens bakgrund i de olika länderna.

2.1 Utveckling av upphovsrätt i västerländska länder

Upphovsrätten anses oftast ha sitt ursprung i Storbritannien i och med införandet av världens första upphovsrättslag, *Statute of Anne* 1709.³ Lagen gav upphovsrättsskydd i 14 år, med möjlighet till 14 års förlängning för de verk som publicerades efter lagens ikraftträdande och 21 år för verk som redan publicerats.⁴

Upphovsrätten blev dock etablerad på allvar som rättsdisciplin i samband med industriella revolutionen på 1800-talet. Under denna period satte massproduktionen av varor igång på allvar, och immaterialrättens betydelse ökade då också i samma takt. Den skotske uppfinnaren James Watt, som med sin uppfinning ångmaskinen revolutionerade tillverkningsindustrin, ses ofta som en av den industriella revolutionens pionjärer. Under tiden Watt utvecklade ångmaskinen fanns det

³ *Alford* med flera menar att upphovsrätten ursprungligen kommer från Kina. Se avsnitt 3.2.

⁴ Koktvedgaard M. & Levin M., *Lärobok i Immaterialrätt*, 2004, s. 27

samtidigt flera andra uppfinnare som arbetade på liknande lösningar. Anledningen till att Watt har fått äran för ångmaskinen beror på att han var den som först sökte patent för den.⁵

Ett vanligt argument för ett starkt immaterialrättsligt skydd är att det gynnar innovation, vilket i förlängningen leder till ökad global välfärd. Exemplet med Watt visar på att detta inte nödvändigtvis behöver vara fallet. *Boldrine & Levine* argumenterar i artikeln *Against Intellectual Monopoly* att Watts patent var direkt skadligt för den industriella utvecklingen. De uppfinnare som samtidigt arbetade med utveckling av ångmaskiner förhindrades att lansera sina produkter på marknaden på grund av Watts patent. När patentet löpte ut fullkomligt exploderade marknaden av nya, och i många fall mer effektiva, ångmaskiner. *Boldrine & Levine* hävdar att Watts patent resulterade i att den industriella revolutionen sköts upp cirka 30 år.⁶

Det går att urskilja ett samband mellan teknisk utveckling och ökat immaterialrättsligt skydd.⁷ En förklaring till att immaterialrättslig lagstiftning utvecklats i västerländska länder snabbare och tidigare än i utvecklingsländer är således att västerlandet är mer industrialiserat än utvecklingsländerna.

2.2 Utveckling av upphovsrätt i Kina

Enligt *Alford* har upphovsrätten inte sitt ursprung i Storbritannien utan existerade i Kina redan under Tangdynastin (618–906 e.v.t.).⁸ Det första mest kända skyddet för upphovsrättsligt material i Kina utvecklades dock under Qingdynastins styre i slutet av 1800-talet i samband med *The Westernization Movement*. Under denna rörelse etablerades nya företag, och de bästa studenterna vid universiteten blev uttagna för att

⁵ Koktvedgaard M. & Levin M., *Lärobok i Immaterialrätt*, 2004, s. 27

⁶ Boldrine M. & Levine K., *Economic and Game Theory, Against Intellectual Property*, 2007, s. 1

⁷ Koktvedgaard M. & Levin M., *Lärobok i Immaterialrätt*, 2004, s. 28

⁸ Alford, William P., *Stealing a book is an elegant offence – Intellectual property law in Chinese civilization*, 1995, s. 9

utbildas i att kunna hantera de nya teknikerna. För att initiera incitament och motivation för utvecklingen av nya uppfinningar tillät kejsare Guangxu ett skydd på 10 år för uppfinningar gjorda av vissa tillverkare.⁹ Kinas första upphovsrättslag infördes 1910 i form av *Qingdynastins lag om upphovsrätt*. Lagens historia blev dock kort, då Qingdynastins styre föll ett år senare. 1923 blev det i viss mån möjligt att ansöka om registrering av varumärke i samband med nya regleringar. 1944 införde det då regerande Nationalistpartiet Kinas första patentlag vilket gjorde det möjligt för utlänningar att ansöka om patent i Kina (något som tidigare varit förbjudet).¹⁰

I och med att Mao och Kommunistpartiet tog över makten 1949 slopades i stort sett alla gamla lagar och de nya lagar som infördes hade en djup marxist-leninistisk prägel.¹¹ Under Maos tid som Kinas ledare utvecklades en intolerans både mot allt som kunde kännetecknas tillhöra den imperialistiska västerländska världen och även mot det som tillhörde det gamla feodala Kina. Att den traditionella västerländska immaterialrätten inte utvecklades under denna tid behöver således ingen närmare förklaring. Ett tabu för privat äganderätt i allmänhet torde vara en faktor som bidragit till svårigheter att implementera immaterialrättslig lagstiftning i Kina på senare år. Bara en direkt översättning av namnet för Kinas kommunistiska parti ger en fingervisning om det: *Gòng chǎn dǎng* = Det gemensamma egendomspartiet.¹²

Vad som däremot utvecklades under denna tid, och som är relevant för denna uppsats frågeställning, var statlig censur av litteratur och inskränkning i yttrandefriheten. Yttrandefrihet har förvisso aldrig existerat i Kina, men under kampanjer som *Låt hundra blommor blomma* och *Kulturrevolutionen* spreds stor skräck bland vanliga människor och en rädsla över att verbalt eller skriftligt yppa åsikter, då

⁹ YANG, D. Intellectual property and doing business in China. Bradford University School of Management, 2003, s. 17 f.

¹⁰ *ibid*

¹¹ Ghanea, P & Pattloch, T, *Intellectual Property Law in China*, 2005, s. 207

¹² *Property rights in China - China's next revolution*. The Economist, vol. 382, nr. 8519, 2007, s. 11.

Kommunistpartiet systematiskt straffade människor med åsikter som kunde kännetecknas som kapitalistiska eller fientliga mot Partiet, den ledande arbetarklassens företrädare.

Sedan Mao dog 1976 och Deng Xiaoping tog över landet 1978 och öppnade upp Kina mot omvärlden i samband med *den öppna dörrrens policy* har livet om inte annat förbättrats materiellt för en stor del av Kinas befolkning. Det nya systemet som infördes innehöll både marknadsekonomi och socialism. Utländska direktinvesteringar började flöda in i landet vilket ledde till uppbyggnad av industrier och infrastruktur i kustprovinserna, till en början främst i städer som Tianjin, Shenzhen, Shanghai och Beijing. Denna nya politik har lett till att över hundra miljoner människor lyfts ur absolut fattigdom mellan 1985 och 2005.^{13 14} Under Kinas förvandling från planekonomi till marknadsekonomi, då västerländska tekniker i stadig takt kommit in i landet, har även västerländsk immaterialrättslig lagstiftning introducerats för kineserna i samband med att Kina tecknat olika multilaterala avtal eller ingått som medlem i bland annat World Intellectual Property Organization (WIPO) (1980), Pariskonventionen (1984), Madridprotokollet (1989), Bernkonventionen (1992), Genèvekonventionen (1993) och WTO (2001).

För att förstå svårigheterna med att implementera TRIPS-avtalets bestämmelser i kinesisk lag är det av största vikt att inse att lagar och regler gällande handel på en fri marknad är något relativt nytt i Kina. Under Maos tid som Kinas ledare existerade inte en fri marknad, och olika tvister löstes administrativt av partiets olika organ. Även om många nya lagar infördes med start i början av 1980-talet, så var det fortfarande samma människor som arbetade i domstolarna, ofta gamla militärer som saknade formell juridisk utbildning. Problem med korruption och avsaknad av

¹³ Absolut fattigdom: Mindre än en USD om dagen att leva på.

¹⁴ 100 Mln People Lifted Out of Poverty in China in 20 Years. Xinhua News Agency, publ. 2006-08-23

transparens är andra orsaker till att gällande rätt i Kina inte alltid är vad som beaktas när domstolarna tar sina beslut.¹⁵

Kina har sedan öppnandet mot omvärlden genomgått en egen industriell revolution på 30 år, och det är inte märkligt att implementeringen av ny västerländsk immaterialrättslig lagstiftning (som TRIPS-avtalet är byggt på) går långsammare än i västerländska stater (som började industrialiseras för cirka 250 år sedan). Att Kina i och med öppnandet mot omvärlden utvecklade storskalig marknadsekonomi och tillät utländska aktörer på marknaden, men behöll det totalitära socialistiska styret och censuren, har lett till en paradox som illustreras av det aktuella fallet, då man försöker implementera frihandelsavtal i ett land som tillämpar censur.

2.2.1 Förbjudna verk

Kina är år 2008 fortfarande en diktatur, där yttrandefrihet inte existerar och strikt censur av bland annat film och litteratur tillämpas. I den kinesiska upphovsrättslagen får detta uttryck i art. 4.1 där verk som inte fått tillstånd att säljas på den kinesiska marknaden inte heller ges något upphovsrättsligt skydd.¹⁶ Verk som exkluderas från upphovsrättsligt skydd är så kallade *förbjudna verk*.¹⁷ Verk som faller inom denna kategori är sådana som *inkräktar på det större nationella intresset av enighet, suveränitet, integritet och solidaritet mellan Kinas olika nationaliteter och minoriteter, avslöjar statshemligheter, propagerar för obscenitet och vidskepelse, glorifierar våld, förolämpar individer eller annars är förbjudet enligt lagen*.¹⁸

¹⁵ *US files intellectual property case with the WTO*, China law & practise. April 2007, s. 1

¹⁶ Chinese Copyright Act, art. 4.1

¹⁷ Ghanea, P & Pattloch, T. s. 226

¹⁸ *ibid*

3 USA stämmer Kina inför WTO

Den 10 april 2007 ansökte USA genom WTO:s Dispute Settlement Body (DSB) om samråd med Kina för att i två angivna fall utreda om Kinas lag kan anses stämma överens med de minimikriterier för immaterialrättsligt skydd som landet förbundit sig att uppfylla i och med medlemskapet i WTO, och det underliggande avtalet TRIPS.¹⁹ Det ena fallet rör ett alltför svagt skydd för upphovsrättsligt- och varumärkesskyddade produkter och det andra uttrycker oro över hinder för försäljning av amerikansk film, musik och litteratur på den kinesiska marknaden. Som nämnts i avgränsningen behandlas endast det andra fallet i denna uppsats. EU, Japan, Mexiko och Kanada ansökte om att få delta i tvisten som tredje part.²⁰²¹

I dagsläget genomgår all film, musik och litteratur som ska säljas på den kinesiska marknaden granskning. De verk som inte klarar denna granskning får inte heller något immaterialrättsligt skydd. USA menar att detta inte är förenligt med de minimistandarder som Bernkonventionen (1971) särskilt ger sådana verk. Vissa verk är även bundna att genomgå en så kallad ”pre-publication-” och ”pre-distribution”-granskning. Enligt USA förefaller dessa verk klara sig genom granskning i högre

¹⁹ *Dispute Settlement Body* är WTO:s tvistlösningsorgan. Om ett land anser att ett annat land inte uppfyllt sina åtaganden gällande något av de olika WTO-avtalen, kan man då genom DSB ansöka om samråd med detta land för att lösa tvisten. Om man inte kommer överens, kan man då ansöka om tillsättandet av en *panel* som skall avgöra hur fallet skall bedömas. Se WTO:s hemsida: www.wto.org ”Review of the Dispute Settlement Understanding”

²⁰ Tan, L.K., *Anti-counterfeiting: The Law Now, in 2010 and Beyond*, China Law and practice, 2007.

²¹ Andra medlemmar kan delta i tvister vid DSB som tredje part. Se WTO:s hemsida: www.wto.org ”Review of the Dispute Settlement Understanding”

grad än andra.²² Detta faktum förefaller vara oförenligt med TRIPS art. 9.1, som säger att medlemsländerna skall följa bestämmelserna i Bernkonventionen art. 1-21 (med undantag för bestämmelserna i art. 6a).^{23 24}

Enligt USA förefaller det även vara så att kinesiska aktörer som ansöker om tillstånd att få sälja verk på den kinesiska marknaden får tillstånd i högre grad än utländska aktörer och även ett förmånligare eller snabbare immateriellt skydd. Detta tycks enligt USA bero på att ansökningar från kinesiska aktörer behandlas annorlunda än ansökningar från utländska aktörer. Dessa åtgärder förefaller vara oförenliga med Kinas åtaganden angående *nationell behandling* i TRIPS art. 3.1. Vidare förefaller det faktum att de verk som inte tillåts säljas på den kinesiska marknaden, som uttrycks i CA art. 4, inte heller får något immaterialrättsligt skydd, vara oförenligt med art. 9.1 i TRIPS då det är oförenligt med BK artiklarna 5 (1) och 5 (2) (som är införlivat i TRIPS genom TRIPS art. 9.1). Nekandet till vissa utländska verks inträde på den kinesiska marknaden enligt CA art. 4, medför även att Kina inte heller uppfyller kriterierna enligt TRIPS art. 41.1.²⁵ Att Kina inte tillåter alla verk samma immaterialrättsliga skydd leder till handelshinder, vilket uttryckligen är oförenligt med TRIPS-avtalet enligt ovan nämnda artikel. Motverkandet av handelshinder är för övrigt ett av WTO:s grundläggande syften.²⁶

²² Dispute DS362, China — Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights. WTO:s hemsida, Dispute Settlement, publ. 2007-08-20

²³ BK art. 5 (2) behandlas i kapitel 3

²⁴ Dispute DS362, China — Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights. WTO:s hemsida, Dispute Settlement, publ. 2007-08-20

²⁵ ibid

²⁶ The WTO ... in brief. WTO:s hemsida

3.1 Vad har hänt hittills?

3.2 Ansökan om tillsättandet av en panel

Under juni och juli månad 2007 förde de båda parterna samtal angående USA:s spörsmål om handelsbegränsningar för amerikanska varors tillträde till den kinesiska marknaden och de andra spörsmålen i USA:s stämningsansökan. Parterna lyckades inte komma fram till någon förlikning. Eftersom parterna inte lyckades komma överens om en lösning ansökte USTR (United States Trade Representative) om att WTO skulle tillsätta en panel för att utreda saken i tvistlösningsorganet Dispute Settlement Body (DSB).²⁷ Den 13 augusti 2007 ansökte USA om tillsättandet av en panel och panelen tillsattes den 25 september samma år. USA:s ansökan består av tre spörsmål för panelen att utreda (den tredje punkten utgör fokus för denna uppsats):

- Tröskelvärden som måste uppnås för att kunna initiera straffrättsliga åtgärder mot piratkopiering av upphovsrättskyddat material och varumärkesförfalskning, vilka verkar leda till otillräckliga åtgärder mot de som tillverkar, distribuerar eller säljer piratkopierade eller förfalskade varor i Kina
- Regler för avyttrande av immaterialrättsligt intrångsgörande varor beslagtagna av de kinesiska tullmyndigheterna.
- Det uppenbara nekandet av upphovsrättsligt skydd till verk som väntar på tillstånd om att få säljas på den kinesiska marknaden.²⁸

²⁷ *Dispute Settlement Body* är WTO:s tvistlösningsorgan. Om ett land anser att ett annat land inte uppfyllt sina åtaganden gällande något av de olika WTO-avtalen, kan man då genom DSB ansöka om samråd med detta land för att lösa tvisten. Om man inte kommer överens, kan man då ansöka om tillsättandet av en *panel* som skall avgöra hur fallet skall bedömas. Se WTO:s hemsida: www.wto.org ”Review of the Dispute Settlement Understanding”

²⁸ USTR, ”Special 301 report”, s. 16

Kina hade tidigare motsatt sig tillsättandet av en panel, men kan enligt reglerna i DSB inte göra det två gånger.²⁹ USA medgav vid detta tillfälle att Kina gjort stora ansträngningar för att förbättra det immaterialrättsliga skyddet, men att parterna inte lyckats komma överens om spörsmålen i USA:s ansökan och därför behövde en panel tillsättas. Kina uttryckte att det var beklagligt att USA på nytt ansökte om tillsättandet av en panel, att man fortfarande var säker på att Kinas åtgärder var förenliga med WTO:s regler och att man skulle försvara sina rättigheter genom hela processen. Japan, Mexiko, EU, Kinesiska Taipei och Argentina reserverade rättigheterna som tredje deltagare.³⁰ Panelens ledamöter tillsattes den 13 december 2007.³¹ Vid tidpunkten för författandet av denna uppsats har panelen fortfarande inte kommit med något utlåtande.

²⁹ Ollier, P., "*US-China dispute goes to WTO panel*", *Managing Intellectual Property*, publ. 2007-09-26

³⁰ *DSB establishes a panel on China's protection of IPR and a compliance panel to review US implementation in "zeroing" case*. WTO:s hemsida

³¹ USTR, "Special 301 report", s. 16

4 De relevanta delarna av TRIPS

Under Uruguayrundan, då WTO-avtalet utarbetades mellan GATT-länderna, såg industrin stora fördelar med ett effektivt upphovsrättsskydd i TRIPS-avtalet, på grund av de potentiella intäkterna från licensavtal och royaltyintäkter i samband med försäljning av litteratur, musik, film, databaser och mjukvara som ett effektivt skydd medför. Sedan 1970-talet har piratkopiering av filmer, musik och böcker varit ett stort problem för företag i denna bransch, och starka ekonomiska krafter har i olika länder således propagerat för ett mer effektivt skydd.³²

4.1 Bernkonventionen

Under förhandlingarna som rörde upphovsrätt under Uruguayrundan tillkännagavs att grundläggande standarder för upphovsrättsskydd redan fanns i *Bernkonventionen (BK)*, och man bestämde därför att i art. 9.1 i TRIPS helt enkelt införliva artiklarna 1-21 i BK, med undantag för art. 6bis som rör *moraliska rättigheter*. Moraliska rättigheter innefattar rättigheter för författare att namnges vid framställande av ett verk och ett förbud mot att andra gör vanställande förändringar av verket. Anledningen till att art. 6bis inte införlivades i TRIPS ligger i att USA under Uruguayrundan motsatte sig ett skydd för moraliska rättigheter. Moraliska rättigheter har inte något skydd i den amerikanska upphovsrättslagen. Anledningen till det är att starka ekonomiska intressen i filmindustrin i Hollywood motsatt sig skydd för dessa

³² Matthew, D., *Globalising intellectual property rights – The TRIPS agreement*, 2002, s. 50

rättigheter på grund av intressen för att skydda ägare till filmmanus snarare än författaren till det ursprungliga verket.³³

4.2 Spörsmål om överträdelser eller icke-överträdelser?

Eftersom inte något av de tidigare fallen som avgjorts av DSB (Dispute Settlement Body) rör liknande spörsmål om upprätthållandet av immaterialrättsligt skydd som de som USA nu riktar mot Kina, är det svårt att förutspå hur panelen kommer att döma i det aktuella fallet. För närvarande finns det inte något vägledande rättsfall i WTO som kan hjälpa till att klargöra de relevanta delarna av TRIPS-avtalet som klart kan tillämpas för att lösa tvisten.³⁴ För att försöka få något slags uppfattning om hur panelen kommer att döma kan det dock konstateras att det är viktigt om USA:s spörsmål bedöms som *spörsmål om överträdelser eller icke-överträdelser*.^{35 36} Spörsmål om överträdelser är enklare att hantera, och innebär endast att den käre parten pekat ut vissa artiklar i TRIPS som det förefaller att den svarande parten brutit mot.³⁷

4.2.1 Icke-överträdelser

I vissa situationer kan en WTO-medlem ansöka om samråd med en annan medlem inför DSB även om det inte direkt går att peka ut att ett brott mot något av avtalen begåtts. Detta kallas *spörsmål om icke-överträdelser*, och är tillåtna om en medlem har berövats en förväntad fördel på grund av en åtgärd vidtagen av en annan medlem,

³³ Matthew, D., s. 51

³⁴ Athanasakou, K.K., *China IPR enforcement: Hard as steel or soft as tofu? Bringing the question to the WTO under TRIPS*. Georgetown Journal of International Law. 2007, s. 237

³⁵ TRIPS: 'NON-VIOLATION' COMPLAINTS (ARTICLE 64.2), *background and the current situation*. WTO:s hemsida

³⁶ "spörsmål om överträdelser och icke-överträdelser": översättning av "violation- and non violation complaints"

³⁷ TRIPS: 'NON-VIOLATION' COMPLAINTS (ARTICLE 64.2), *background and the current situation*. WTO:s hemsida

eller på grund av någon annan typ av situation.^{38 39} Denna typ av spörsmål stadgas i TRIPS art. 64 och är en införlivning av artiklarna XXII och XXIII i GATT 1994.⁴⁰ De relevanta lagrummen är GATT XXIII:

“Article XXIII: Nullification or Impairment

1. If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of

(a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or

(b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or

(c) the existence of any other situation”

Det går att se att (a) i denna artikel rör “vanliga” så kallade *spörsmål om överträdelser*, och att (b) och (c) rör *spörsmål om icke-överträdelser*. Spörsmål om icke-överträdelser är möjliga att använda vid fall gällande varor och tjänster. Medlemsländerna har dock kommit överens om att inte tillämpa spörsmål om icke-överträdelser. Detta så kallade *moratorium* var från början menat att gälla under WTO-avtalets fem första år, men det har blivit förlängt flera gånger sedan dess. Överenskommelsen om införlivandet av GATT XXIII, moratoriet och möjligheten att förlänga moratoriet är stadgat i TRIPS art. 64:

“1. The provisions of Articles XXII and XXIII of GATT 1994 as elaborated and applied by the Dispute Settlement Understanding shall apply to consultations and the

³⁸ TRIPS: ‘NON-VIOLATION’ COMPLAINTS (ARTICLE 64.2), *background and the current situation*.

WTO:s hemsida

³⁹ ”förväntad fördel”: översättning av ”expected benefit”

⁴⁰ TRIPS, art. 64.1

settlement of disputes under this Agreement except as otherwise specifically provided herein.

2. Subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 shall not apply to the settlement of disputes under this Agreement for a period of five years from the date of entry into force of the WTO Agreement.

3. During the time period referred to in paragraph 2, the Council for TRIPS shall examine the scope and modalities for complaints of the type provided for under subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 made pursuant to this Agreement, and submit its recommendations to the Ministerial Conference for approval. Any decision of the Ministerial Conference to approve such recommendations or to extend the period in paragraph 2 shall be made only by consensus, and approved recommendations shall be effective for all Members without further formal acceptance process.”

I punkt 2 klargörs att moratoriet skall gälla under WTO:s fem första år och i punkt 3 att det kan förlängas efter ett beslut taget under samstämmighet under ministerkonferenserna.⁴¹ Moratoriet har blivit förlängt flera gånger och gäller fortfarande.⁴²

4.3 Nationell behandling

Bestämmelser om *nationell behandling* stadgas i art. 3.1 i TRIPS, och handlar om icke-diskriminering av utländska aktörer. Det innebär till exempel att man inte får ge amerikanska medborgare ett mindre förmånligt immaterialrättsligt skydd än det man ger kinesiska medborgare. Bestämmelsen om nationell behandling har beskrivits som den viktigaste “grundprincipen” i TRIPS-avtalet. Angående undantag för nationell behandling hänvisas till de undantag som är beskrivna i *Pariskonventionen*, *Bernkonventionen*, *Romkonventionen* eller *Överenskommelsen om rättsligt skydd för*

⁴¹“ samstämmighet”: översättning av ”consensus”, innebär att det måste råda enighet mellan medlemsstaterna

⁴² Athanasakou, K.K., s. 230

*kretsmönster i halvledarprodukter.*⁴³ Bestämmelser om nationell behandling, som är en väl etablerad princip, existerar redan *Paris-, Bern-, Romkonventionerna* och i *Washingtonavtalet*, och har förts över till TRIPS-avtalet genom att placeras i denna artikel. Art. 3.1 utsträcker även principen för utövande konstnärer, framställare av ljudupptagningar och TV- och radiostationer för vilka skyldigheterna om nationell behandling endast är tillämpliga med avseende på rättigheterna i TRIPS-avtalet.^{44 45}

46 47

Undantag till nationell behandling stadgas under art. 3.2. Undantagen i punkt 1 är tillåtna i samband med rättsliga och administrativa förfaranden. Dessa undantag är endast tillåtna när det anses nödvändigt för att kunna säkerställa efterlevnaden av lagar och andra författningar som är förenliga med TRIPS-avtalet, och endast om tillämpningen inte sker på ett sådant sätt att det resulterar i en dold inskränkning av internationell handel.⁴⁸

4.4 TRIPS, artikel 14

I TRIPS art. 14 stadgas upphovsrättsligt skydd för utövande konstnärer, och även *näralliggande rättigheter* för producenter och TV- och radiostationer.^{49 50} Enligt TRIPS art. 14.1 skall utövande konstnärer ha rätt att kunna ge tillstånd eller hindra otillåtna framställanden eller återproducering av deras verk:^{51 52}

⁴³ TRIPS, art. 3.1

⁴⁴ Matthews, D. s. 47

⁴⁵ "utövande konstnär": översättning av "performer"

⁴⁶ "framställare av ljudupptagning": översättning av "producer of phonogram"

⁴⁷ "TV- och radiostationer: översättning av "broadcasting organizations"

⁴⁸ TRIPS, art. 3.2

⁴⁹ Matthews, D. s. 52

⁵⁰ "näralliggande rättigheter": översättning av "neighbouring rights"

⁵¹ Matthews, D. s. 53

⁵² "återproducering": översättning av "reproduction"

“In respect of a fixation of their performance on a phonogram, performers shall have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the fixation of their unfixed performance and the reproduction of such fixation. Performers shall also have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the broadcasting by wireless means and the communication to the public of their live performance.”⁵³

4.5 Allmänna skyldigheter

I art. 41.1 i TRIPS-avtalet stadgas de allmänna skyldigheter medlemmarna har att i sina rättsordningar införa angivna förfaranden som gör det möjligt att vidta åtgärder mot de intrång som beskrivs i TRIPS-avtalet. I artikeln anges även att de angivna tillvägagångssätten skall utföras på ett sådant sätt att handelshinder inte uppkommer och att tillvägagångssätten inte missbrukas:

“Members shall ensure that enforcement procedures as specified in this Part are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights covered by this Agreement, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements. These procedures shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.”⁵⁴

Under utvecklingen av TRIPS-avtalet insisterade de industrialiserade länderna på att avtalet skulle innehålla bestämmelser för upprätthållande av immaterialrättsligt skydd inom ramverket för GATT-avtalet. Utvecklingsländerna motsatte sig detta, och menade att det måste tas i beaktande vilka begränsningar olika länder har gällande administration och resurser. Den slutliga texten i avtalet bygger dock på de industrialiserade ländernas hållning i denna fråga.⁵⁵

⁵³ TRIPS, art. 14.1

⁵⁴ TRIPS, art. 41.1

⁵⁵ Matthews, D s. 60

4.6 Brottsmålsförfaranden

Enligt art. 61 skall medlemsländerna vid uppsåtlig varumärkesförfalskning eller piratkopiering av upphovsrättsskyddat material i kommersiell omfattning, säkerställa att brottsmålsförfaranden och straffrättsliga påföljder tillämpas. Det anges även att påföljderna skall omfatta fängelsestraff eller böter som är tillräckligt avskräckande. Straffen skall motsvara de påföljder som utdöms för jämförbar brottslighet:

“Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offence. Members may provide for criminal procedures and penalties to be applied in other cases of infringement of intellectual property rights, in particular where they are committed wilfully and on a commercial scale.”⁵⁶

⁵⁶ TRIPS, art. 61

5 Implementering av TRIPS-avtalet i kinesisk lag

5.1 Bakgrund

År 1978, det vill säga samma år som Deng Xiaoping tog över makten i Kina, publicerades ett första utkast till en ny upphovsrättslag. Förklaringen till att denna lag publicerades så tidigt efter styrelseskiftet har sin grund dels i krav från kinesiska intellektuella som ville ha skydd till sina verk, och dels i två bilaterala avtal med USA som ingicks samma år. Det dröjde dock ända till 1990 innan en mer omfattande upphovsrättslag kunde införas. Lagens införande blev fördröjd flera gånger av anledningar som att Kina vid denna tidpunkt inte var redo för en upphovsrättslag samt att en sådan främst skulle gynna utlänningar.⁵⁷

1990 års kinesiska upphovsrättslag kan beskrivas som en relativt modern upphovsrättslag och baseras huvudsakligen på kontinental europeisk upphovsrätt. Exempelvis skilde den på olika *moraliska rättigheter* som *publicering*, *tillstånd*, *omarbetning* och *hinder mot stymning av verk*. Trots att 1990 års upphovsrättslag innebar en klar förbättring av det upphovsrättsliga skyddet, visade sig lagen vara verkningslös på många områden. Bristerna berodde många gånger på en oro för

⁵⁷ Ghanea, P & Pattloch, T., s. 210-211

ett ”överskydd” som är vanligt i utvecklingsländer, och även på brist på erfarenhet i att stifta lagar.^{58 59}

Kina ansökte om medlemskap i WTO:s föregångare GATT redan 1986, och blev slutligen 15 år senare medlem av WTO 2001. Under *Uruguayrundan*, då WTO-avtalet utformades närvarade Kina som observatör, och erhöll då stor kunskap om hur det internationella handelssystemet fungerar. Under ansökningstiden ägnade sig landet dock mest åt bilaterala förhandlingar med olika medlemsländer som handlade om under vilka premisser landet skulle kunna ansluta sig till WTO. Dessa överenskommelser är sammanfattade i Kinas *tillträdesprotokoll*, som diskuteras mer utförligt nedan.⁶⁰ Vid den *Nionde Folkkongressens Tjugofjärde Möte* den 27 oktober 2001, kungjordes *Tillägget till Folkrepubliken Kinas Upphovsrättslag*, som trädde i kraft samma dag. Man gjorde då omfattande förändringar av enskilda regler, men behöll den ursprungliga strukturen.⁶¹ Efter tillträdet i WTO 2001 har stor kraft ägnats åt att få kinesisk lagstiftning att stämma överens med WTO-avtalet och de olika åtagandena i tillträdesprotokollet.⁶²

5.2 Kinas tillträdesprotokoll

I Kinas tillträdesprotokoll som utfärdades i samband med att nationen blev medlem i WTO, gjorde Kina speciella åtaganden gällande immaterialrättsligt skydd, förutom de åtaganden om *nationell behandling*, *mest gynnad nation* och *transparens* som man förbundit sig till i samband med tecknandet av WTO-avtalet.^{63 64} Vissa medlemmar, däribland USA, ansåg att det skulle bli en svår och tidskrävande uppgift för Kina att

⁵⁸ *ibid*, s. 211

⁵⁹ ”överskydd”: översättning av ”overprotection”

⁶⁰ ”History of China’s accession to the WTO”, *WTO News*, Press/243, 2001-09-17

⁶¹ Ghanea, P & Pattloch, T., s. 211

⁶² ”Report to congress on China’s TRIPS compliance”, USTR:s hemsida, s.17

⁶³ Athanasakou, K.K., s. 230

⁶⁴ ”tillträdesprotokoll”: översättning av ”Accession Protocol”

göra de nödvändiga förändringarna som behövdes. För att lagen skulle uppnå full överensstämmelse med TRIPS, behövdes någon typ av årligt övervakningssystem för att granska hur långt man kommit i utvecklingen av implementeringen av WTO-avtalet. Detta kompletterande åtagande fördes in under art. 18 i protokollet.⁶⁵ Enligt protokollet förbinder sig Kina, bland mycket annat, att ändra existerande lagar eller skapa helt nya för att kunna få kinesisk immaterialrättslig lagstiftning att helt överensstämma med TRIPS-avtalets bestämmelser.⁶⁶ De åtaganden som Kina förbundit sig till enligt protokollet är även en del av WTO:s lagstiftning, och är således möjliga att tillämpa genom organisationens tvistlösningsmekanism.^{67 68}

De olika åtaganden Kina förbundit sig till genom protokollet kan karaktäriseras som extra förbindelser utöver vad som krävs enligt WTO-avtalet (*TRIPS-plus*) och förbindelser som tillåter en importerande WTO-medlem att avvika från och sänka WTO:s standarder gällande internationell handel genom att tillämpa speciella skyddsåtgärder mot kinesisk export (*TRIPS-minus*).⁶⁹ Exempel på dessa olika åtaganden ges nedan.

5.2.1 TRIPS-plus

I art. 5.1 i protokollet stadgas att Kina måste öppna upp sin marknad fullständigt för internationell handel och får inte heller, direkt eller indirekt, påverka affärsrelaterade beslut tagna av statligt ägda företag. Enligt *Ya Qin* innebär detta att frågan huruvida Kina tillämpar en marknadsekonomi inte längre enbart är en del av landets

⁶⁵ U.S.-China Economic and Security Review Commissions hemsida: *The transitional review mechanism*

⁶⁶ China Accession Protocol, *supra* note 17, p. 1, § 2

⁶⁷ Ya Qin, J., s. 6

⁶⁸ China Accession Protocol, avsnitt 1.2

⁶⁹ Ya Qin, J., s. 6

ekonomiska politik – det har blivit en del av WTO:s lagstiftning.⁷⁰ Innan detta protokoll trädde i kraft fanns inte några direkta krav på att ett medlemsland måste tillämpa marknadsekonomi (Kuba var till exempel ett av de ursprungliga WTO-länderna).⁷¹

I art. 18 i protokollet stadgas att Kinas åtaganden att implementera TRIPS-avtalets bestämmelser skall granskas årligen genom en så kallad *mekanism för övergångsgranskning*.⁷² Enligt denna mekanism skall en årlig granskning genomföras de första åtta åren efter Kinas tillträde till WTO, samt en slutlig granskning det tionde året.⁷³ Tidigare har inte något annat medlemsland varit utsatt för denna typ av omfattande granskning.⁷⁴

5.2.2 TRIPS-minus

Protokollet innehåller även vissa *handelsmedel* för andra medlemsländer, som exklusivt kan användas mot kinesiska produkter.⁷⁵ Dessa handelsmedel utgörs av åtgärder gällande *antidumping*, *antisubventionering*, och *skyddsåtgärder* för att lindra de skador för den inhemska industrin som import av kinesiska produkter resulterat i.⁷⁶

5.3 Förhållandet till internationella konventioner i kinesisk lag

Om Kina ingår ett internationellt avtal, enligt *Civilrättens Generella Principer*, Sec. 142 (2), lag, är detta avtal en del av den kinesiska lagstiftningen från det att Kina

⁷⁰ *ibid*, s. 7

⁷¹ *ibid*, s. 6

⁷² "mekanism för övergångsgranskning": översättning av Transitional Review Mechanism

⁷³ China Accession Protocol, avsnitt 18.4

⁷⁴ Ya Qin, J., s. 7

⁷⁵ "handelsmedel": översättning av "trade remedy"

⁷⁶ Ya Qin, J., s. 8

ingår avtalet.⁷⁷ Undantaget är eventuella reservationer Kina gjort mot delar av avtalet.⁷⁸ Eftersom TRIPS-avtalet är en så kallad ”paketlösning”, enligt art. 72 där möjligheter till reservationer inte ges, är TRIPS-avtalet således en del av kinesisk lag. I TRIPS art. 72 stadgas:

“Reservations may not be entered in respect of any of the provisions of this Agreement without the consent of the other Members.”

Det är alltså rent teoretiskt möjligt att göra förbehåll mot någon del av TRIPS, men detta sker inte i praktiken då man då måste få ett godkännande av samtliga medlemmar.

I *Reglerna om Internationell Implementering*, regel 19, stadgas enligt *Ghanea & Pattloch* även följande:

”if national laws and regulations deviate from international conventions to which China is party, the respective convention shall be directly applied.”⁷⁹

⁷⁷ Ghanea, P & Pattloch, T., s. 227

⁷⁸ Zheng, C, *The TRIPS agreement and Intellectual Property protection in China*. Duke Journal of Comparative & International Law, 1999, Vol 9:219, s. 220

⁷⁹ Ghanea, P & Pattloch, T., s. 227

6 Analys och slutsats

Frågan blir då om ett land som Kina, som genom lagen tillämpar censur, det vill säga inte tillåter all sorts litteratur att säljas på den inhemska marknaden, samtidigt kan anses ha uppfyllt TRIPS-avtalets krav på minimiskydd? Enligt TRIPS art. 9.1 skall medlemmarna följa bestämmelserna i artiklarna 1-21 i Bernkonventionen (BK) och dess bilaga (rättigheter och skyldigheter enligt artikel 6a i BK är undantagna). I Bernkonventionen art. 5 (2) stadgas:

“foreign authors of protected works shall enjoy all the rights granted to domestic authors, as well as all the rights specially granted by the Berne Convention.”⁸⁰

Att utländska produkter skall åtnjuta samma immaterialrättsliga skydd som kinesiska produkter har även stöd i TRIPS art. 3.1 i frågan om *nationell behandling*:

“Each Member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favourable than that it accords to its own nationals with regard to the protection of intellectual property, subject to the exceptions already provided in, respectively, the Paris Convention (1967), the Berne Convention (1971), the Rome Convention or the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits. In respect of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations, this obligation only applies in respect of the rights provided under this Agreement. Any Member availing itself of the possibilities provided in Article 6 of the Berne Convention (1971) or paragraph 1(b) of

⁸⁰ Bernkonventionen, art. 5 (2)

Article 16 of the Rome Convention shall make a notification as foreseen in those provisions to the Council for TRIPS.”⁸¹

Nekandet av immaterialrättsligt skydd för produkter som inte tillåts säljas på den kinesiska marknaden uttrycks i art. 4 i CA:

“Works the publication or distribution of which is prohibited by law shall not be protected by this Law.”⁸²

Om USA:s farhågor visar sig vara riktiga, att kinesiska och utländska aktörer behandlas olika i sina ansökningar, kan detta förhållande inte anses vara förenligt med TRIPS art. 3.1 angående *nationell behandling*. Det kan inte heller anses stämma överens med Bernkonvention art. 5 (2), som är införlivad i TRIPS genom art. 9.1, som explicit uttrycker att utländska författare till skyddade verk skall ges samma skydd som inhemska författare. Om USA:s farhågor gällande *de facto* olika behandling av ansökningar från kinesiska och utländska aktörer angående tillstånd till försäljning på den kinesiska marknaden, inte kan bevisas existera, måste i alla fall det uttryckliga nekandet, *de jure*, av upphovsrättsskydd till så kallade *förbjudna verk* anses stå i strid med ovan nämnda artiklar i TRIPS och Bernkonventionen.

Kina bör inte heller kunna åberopa de undantag till nationell behandling som stadgas i TRIPS art. 3.2, eftersom undantag till principen om nationell behandling endast är tillåtna då det anses nödvändigt för att kunna säkerställa efterlevnaden av lagar och andra författningar som är förenliga med TRIPS-avtalet, och endast om tillämpningen inte sker på ett sådant sätt att det resulterar i en dold inskränkning av internationell handel.⁸³ Rekvisiten i CA art. 4.1 kan som sagt inte anses stämma överens med TRIPS-avtalet, och resultatet av dess tillämpning måste även kunna anses vara en

⁸¹ TRIPS, art. 3.1

⁸² Chinese Copyright Act, art. 4

⁸³ Se avsnitt 5.2

inskränkning av internationell handel, då verk som inte går igenom granskningen uttryckligen diskrimineras från upphovsrättsligt skydd.

CA art. 4 kan inte heller anses stämma överens med TRIPS art. 14, eftersom nekandet till upphovsrättsligt skydd även medför att innehavare av skyddade verk då inte heller kan ge tillstånd eller hindra otillåtna framställanden eller återproducering av deras verk.⁸⁴ Vidare kan CA art. 4 inte heller stämma överens med TRIPS art. 41.1, då censuren onekligen leder till handelshinder, då alla verk inte ges samma skydd.⁸⁵ Till sist verkar CA art. 4 även strida mot TRIPS art. 61 där det anges att brottsmålsförfaranden och straffrättsliga påföljder skall tillämpas vid uppsåtlig varumärkesförfalskning eller piratkopiering av upphovsrättsskyddat material i kommersiell omfattning.⁸⁶ De verk som nekas tillträde till den kinesiska marknaden åtnjuter i dagsläget inte detta skydd.

Om USA ”vinner” tvisten och panelen bedömer den kinesiska upphovsrättslagen vara icke överensstämmande med TRIPS-avtalet, har Kina möjlighet att överklaga till DSB:s organ för överklagan, *The Appellate Body* (AB). Ett tänkbart scenario är då att Kina hänvisar till *Reglerna om Internationell Implementering*, regel 19, där det stadgas att, om den nationella lagstiftningen skiljer sig från Kinas åtaganden enligt internationella konventioner, skall bestämmelserna i den aktuella internationella konventionen ha företräde.⁸⁷

TRIPS-avtalet medför inga direkta krav på hur medlemsländerna skall utforma lagstiftningen, utan ställer endast vissa minimikrav för immaterialrättsligt skydd,⁸⁸

⁸⁴ Se avsnitt 5.4

⁸⁵ Se avsnitt 5.5

⁸⁶ Se avsnitt 5.6

⁸⁷ Se avsnitt 6.5

⁸⁸ TRIPS-avtalet, art. 1.1

“Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement. Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice.”

Eftersom denna frihet ges till medlemsländerna, kan det i detta perspektiv tänkas att den kinesiska lagstiftningen bör anses stämma överens med TRIPS. Dock har Kina i sitt tillträdesprotokoll till WTO gjort speciella åtaganden om att fullständigt öppna upp sin marknad för internationell handel.⁸⁹ Genom att neka vissa verk tillträde till den kinesiska marknaden, och då även ett upphovsrättsligt skydd, torde detta innebära att man bryter mot dessa bestämmelser i protokollet. Om ett specifikt åtagande enligt Kinas tillträdesprotokoll står i strid med någon bestämmelse i TRIPS-avtalet, skall, enligt professor *Julia Ya Qin* vid Wayne State University Law School, åtagandet enligt protokollet gälla vid en eventuell tvist i DSB.⁹⁰ Protokollet rör främst handel med varor och tjänster, men eftersom det anges att Kina måste öppna upp sin marknad fullständigt för varor och tjänster, innebär art. 4.1 i CA att alla varor och tjänster som inte får tillträde till marknaden, inte heller då kan få något immaterialrättsligt skydd. Även detta faktum talar för att USA har fog för sina frågor.

Ett tänkbart scenario är att de båda länderna går med på någon typ av förlikning. Kina kanske då går med på att låta amerikanska verk få obegränsat tillträde under förutsättningen att man inte ansöker om skydd för produkter med verk som kan tänkas innehålla kontroversiellt material. En sådan överenskommelse skulle dock lätt kunna leda till framtida frågor från andra medlemmar då en särskild gynnsam behandling av ett medlemsland inte är tillåtet enligt bestämmelserna om *mest gynnsam nationsbehandling* (MGN) i TRIPS art. 4.

⁸⁹ Se avsnitt 6.3

⁹⁰ Se bilaga 9.1

Med grund i de argument som angivits ovan bedömer författaren att den kinesiska upphovsrättslagen, som uttryckligen nekar upphovsrättsligt skydd till upphovsrättsinnehavare till verk som inte klarat sig igenom den kinesiska censuren, inte kan anses stämma överens med artiklarna 3.1, 9.1, 14, 41.1 och 61 i TRIPS-avtalet. Angående USA:s chanser att gå ”segrande” ur denna tvist beror detta på om panelen bedömer USA:s spörsmål såsom *spörsmål om överträdelser* eller *spörsmål om icke-överträdelser*. Om spörsmålen bedöms som den senare varianten har USA små chanser till framgång, då spörsmål om icke-överträdelser för närvarande inte är tillåtna enligt det så kallade *moratoriet* i TRIPS art. 64.⁹¹

⁹¹ Se avsnitt 5.2 och 5.3

7 Referensförteckning

Offentligt tryck

Bernkonventionen (1971)

China Accession Protocol

GATT 1994

the Chinese Copyright Act

TRIPS-avtalet

Litteratur

Alford, William P., 1995. *Stealing a book is an elegant offence – Intellectual property law in Chinese civilization*. Stanford.

Ghanea, Peter & Pattloch, Thomas, 2005. *Intellectual Property Law in China*. Hague.

Koktvedgaard, Mogens & Levin, Marianne, 2004. *Lärobok i Immaterialrätt*. Åttonde upplagan. Stockholm.

Matthews, Duncan, 2002. *Globalising intellectual property rights – The TRIPS agreement*. Oxon.

Artiklar

Athanasakou, K.K., 2007. *China IPR enforcement: Hard as steel or soft as tofu? Bringing the question to the WTO under TRIPS*. Georgetown Journal of International Law; Fall 2007; 39, 1; ABI/INFORM Global, s. 237

Property rights in China - China's next revolution, 2007. The Economist, vol. 382, nr. 8519, s. 11.

Tan, L.K., *Anti-counterfeiting: The Law Now, in 2010 and Beyond*, 2007. China Law and practice, Juni 2007, s 1.

Ya Qin, Julia, 2008. *China, India and the law of the World Trade Organization*. Asian Journal of Comparative Law. vol 3, iss. 1, art. 8, s. 6

Yang, D., 2007. *Intellectual property and doing business in China*. Bradford University School of Management. s. 17-18

Zheng, C, 1999. *The TRIPS agreement and Intellectual Property protection in China*. Duke Journal of Comparative & International Law, Vol 9:219, s. 220

Övriga källor

100 Mln People Lifted Out of Poverty in China in 20 Years. Xinhua News Agency, publ. 2006-08-23, <http://www.china.org.cn/english/features/poverty/178868.htm>, besökt 2008-04-18

Boldrine M. & Levine K., 2007. *Economic and Game Theory, Against Intellectual Property.*, s.1, <http://www.dklevine.com/papers/aneu01.pdf>, besökt 2008-04-09

Dispute DS362, China — Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights. WTO:s hemsida, Dispute Settlement, publ. 2007-08-20, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds362_e.htm, besökt 2008-05-08

DSB establishes a panel on China's protection of IPR and a compliance panel to review US implementation in "zeroing" case. WTO:s hemsida, publ. 2007-09-25, http://www.wto.org/english/news_e/news07_e/dsb_25sep07_e.htm, besökt 2008-01-08

Ollier, P., *US-China dispute goes to WTO panel.* Managing Intellectual Property, publ. 2007-09-26, <http://www.managingipjobs.com/Article/1441374/US-China-dispute-goes-to-WTO-panel.html>, besökt 2008-05-08

The transitional review mechanism. U.S.-China Economic and Security Review Commissions hemsida, publ. 2003-11-26, [http://www.uscc.gov/researchpapers/2004/stewartpaper/transitionalreviewmechanism\(II-b\).htm](http://www.uscc.gov/researchpapers/2004/stewartpaper/transitionalreviewmechanism(II-b).htm), besökt 2008-04-26

The WTO ... in brief. WTO:s hemsida, http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/inbrief_e/inbr00_e.htm, besökt 2008-04-13

TRIPS: 'NON-VIOLATION' COMPLAINTS (ARTICLE 64.2), background and the current situation. WTO:s hemsida, publ. 2005-11-21,

http://www.wto.org/english/tratop_e/TRIPS_e/nonviolation_background_e.htm,

besökt 2008-05-16

Report to congress on China's TRIPS compliance. USTR:s hemsida. s.17,
www.ustr.gov/assets/Document_Library/Reports_Publications/2007/asset_upload_file625_13692.pdf, besökt 2008-04-20

Special 301 report. USTR:s hemsida. s. 16,
http://ustr.gov/Document_Library/Press_Releases/2008/April/USTR_Issues_2008_Special_301_Report.html, besökt 2008-04-20

US files intellectual property case with the WTO, China law & practise.

<http://www.chinalawandpractice.com/Article/1690295/US-FILES-INTELLECTUAL-PROPERTY-CASE-WITH-THE-WTO.html>, besökt 2008-05-03

9 Bilagor

9.1 E-mailkorrespondens med Julia Ya Qin, Wayne State University Law School

2008-05-20

Dear Karl,

The best tool for searching WTO case law on TRIPS is probably the WTO Case Law Index provided by worldtradelaw.net. Your university may have subscribed to the service.

On non-violation claims, you should be able to find both WTO case law explaining the issue and many relevant articles in major international trade law journals.

As to what might happen if China loses a WTO case and refuses to change its law found inconsistent with WTO law, the consequence should not be different from any other country. That is, China would be required to make compensation or be subject to trade retaliation authorized by the DSB.

Most of WTO-plus and minus obligations relate to goods and services, rather than TRIPS. When there is a conflict between a China-specific obligation in the Protocol and the generally applicable WTO rules, the Protocol prevails.

Hope this helps.

Julia Ya Qin
Associate Professor of Law
Wayne State University Law School
Detroit, MI 48202
Tel. 313-577-3940
Fax. 313-577-2620