



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maria Östling

Immateriellt skydd för traditionella kulturella uttryck

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Per Jonas Nordell

Immateriellt

VT 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Immaterialrätten inom nya områden	4
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsning och disposition	7
1.5 Terminologi	8
2 INNEBÖRDEN AV TCE	9
2.1 Två kategorier	9
2.2 "The public domain" (eller det fria området)	10
2.3 Vad kan utgöra TCE?	10
3 BEHOVET AV ETT SKYDD	13
3.1 Allmänt om skyddsbehovet	13
3.2 Skyddet enligt sedvanerätten	15
3.3 Kollektiva rättigheter och äganderätt	15
3.4 Exempel på kommersiella utnyttjanden	16
3.5 Det ökade intresset för TCE	19
4 UTVECKLINGEN MOT ETT INTERNATIONELLT RÄTTSLIGT SKYDD	20
4.1 Inledning	20
4.2 Immaterialrätten och den internationella handelsrätten – WTO och TRIPS-avtalet	20
4.3 Bernkonventionen artikel 15 (4)	21
4.4 Utveckling av nationella modellagar	22
4.4.1 The Tunis Model Law	22
4.4.2 The Model Provisions	23

4.5	Draft Treaty för internationellt skydd	23
4.6	WPPT (The WIPO Performances and Phonograms Treaty)	24
4.7	WIPO/UNESCO World Forum on the Protection of Folklore 1997	24
4.8	WIPO:s ”fact-finding missions”	25
4.9	Regionala rådgivande fora	25
4.10	WIPO:s mellanstatliga kommitté – IGC	26
4.10.1	Allmänt om kommittén	26
4.10.2	Första mandatet – fas ett	27
4.10.3	Andra mandatet – fas två	29
5	BEFINTLIGT IMMATERIALRÄTTSLIGT SKYDD	32
5.1	Inledning	32
5.2	Upphovsrätt	32
5.2.1	Allmänt	32
5.2.2	Problem vid tillämpning av befintlig upphovsrätt	33
5.2.2.1	Kommentar	35
5.2.3	Ideella rättigheter	36
5.2.4	Upphovsrätten i relation till sedvanerätt	37
5.2.5	Skydd för TCE i nationella upphovsrättsliga regleringar	38
5.3	Indirekt skydd genom upphovsrätt och närstående rättigheter	40
5.4	Industriellt rättsskydd	41
5.4.1	Allmänt	41
5.4.2	Mönsterskydd	41
5.4.3	Varumärkesskydd	42
5.4.4	Skydd för geografiska ursprungsbezeichnungar	44
5.4.5	Illojal konkurrens och skydd för företagshemligheter	45
5.4.6	Patent	46
5.5	Slutsats	46
6	EN LÖSNING SUI GENERIS	48
6.1	Allmänt	48
6.2	Ett exempel från nationell rätt	48
6.3	Problem vid tillskapande av sui generis-system för TCE	49
6.4	IGC: s förslag	50
7	NÅGRA ALTERNATIVA SKYDDSFORMER UTANFÖR IMMATERIALRÄTTEN	53
8	AVSLUTANDE DISKUSSION	55

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	59
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	63

Sammanfattning

Under senare tid har nya frågeställningar aktualiserats inom immaterialrätten i förhållande till vad som traditionellt har förknippats med ämnet. Utvecklingsländer och urbefolkningars ökade krav på ett skydd av deras förvaltning och innehav av "indigenous resources", dvs. genetiska resurser, traditionell kunskap och traditionella kulturella uttryck ("traditional cultural expressions", TCE), har lett till en aktualisering av frågan om immaterialrättens faktiska räckvidd. På internationell nivå, framförallt inom WIPO och dess mellanstatliga kommitté, IGC, pågår ett fortlöpande arbete med utveckling av ett internationellt rättsligt skydd för dessa områden. Ämnet är dock under inflytande av olika politiska och motstridiga intressen och överenskommelser är svåra nå.

Beträffande TCE förefaller lösningen vara mest svårfångad. TCE utgörs bl.a. av danser, sånger, sägner, ritualer, målningar, skulpturer, textilier och smycken. De förs vidare genom generationer, muntligt eller genom imitation, och återspeglar ett samhälles kulturella och sociala identitet. Funktionen är att förmedla religiösa och kulturella uppfattningar och de återskapas och utvecklas ständigt inom urbefolkningssamhället. Inom EU och många andra industriländer anses TCE befinna sig inom "the public domain", det fria området.

Vissa anser att immaterialrätten har potential att bereda skydd för TCE. En del menar att så är möjligt efter viss modifikation. Andra menar att ett helt nytt sui generis-system är nödvändigt. Ett sådant kan vila på immaterialrättslig grund eller vara helt nytt. I uppsatsen visas att det föreligger ett av urbefolkningar upplevt behov av rättsliga åtgärder för att skydda TCE. Urbefolkningskonst är ofta föremål för reproduktion och kommersiella utnyttjanden. Upphovsrätten ligger närmast till hands för ett skydd, men det föreligger svårigheter med dess tillämpning på TCE. Problemen bottenar i att det p.g.a. karaktären hos TCE är svårt bl.a. att identifiera en upphovsman, att fastställa skyddstider och att nå upp till kravet på originalitet. Andra delar av immaterialrätten kan bereda ett visst, begränsat rättsligt skydd för TCE. Det konstateras i uppsatsen att det är problematiskt att genom befintliga immaterialrättsliga institut täcka in de behov av ett fullständigt skydd som har uttryckts. Ett rättsligt skydd måste därför vara sui generis.

Ett immaterialrättsligt sui generis-system innebär dock att det immaterialrättsliga området sträcks bortom sin traditionella omfattning. Urbefolkningars syn på rättigheter och ägande skiljer sig i många hänseenden avsevärt från västvärldens, och därmed också från den internationella immaterialrätten. Genom att tillerkänna kollektiva rättigheter inom ramen för immaterialrätten motsägs den individtanke som immaterialrätten bygger på. Att göra TCE till föremål för ensamrätt innebär

att det fria området minskas och därmed också utrymmet för nyskapande – en annan av immaterialrättens byggstenar.

Förkortningar

BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
HD	Högsta domstolen
EoF	Expressions of Folklore
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta nationerna
FHL	Lag (1994:409) om skydd för företagshemligheter
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
IGC	Intergovernmental Committee
NGOs	Non-governmental Organizations
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PK	Pariskonventionen om industriellt rättsskydd
PRV	Patent – och registreringsverket
RK	Internationell konvention om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag (Romkonventionen)
TCE	Traditional Cultural Expressions
TK	Traditional Knowledge
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
VK	Världskonventionen om upphovsrätt
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
WTO	World Trade Organization

1 Inledning

1.1 Immaterialrätten inom nya områden

Under senare tid har nya frågeställningar aktualiserats inom immaterialrätten i förhållande till vad som traditionellt har förknippats med ämnet. Immaterialrätten har sina rötter i industrialismens Europa. I slutet av 1800-talet hade de flesta industriländer infört immaterialrättslig lagstiftning och det var även vid denna tidpunkt som ännu gällande, numera världsomspännande, internationella immaterialrättsliga överenskommelser ingicks, Pariskonventionen (PK)¹ och Bernkonventionen (BK)^{2,3}. Den internationella immaterialrätten är utformad efter västlig individualistisk modell och är inte alltid förenlig med andra kulturers synsätt.⁴ Utvecklingsländer och urbefolkningar ställer nu ökade krav på ett skydd av deras förvaltning och innehav av "indigenous resources", dvs. genetiska resurser, traditionell kunskap och folklöre, vilket har lett till en aktualisering av frågan om immaterialrättens faktiska räckvidd.⁵

Frågorna om ett rättsligt skydd för "indigenous resources" har dryftats under omkring fyra årtionden men har fått betydligt ökad uppmärksamhet under de senaste åren. Området är föremål för ett fortgående arbete, framförallt inom WIPO (World Intellectual Property Organization), som spelar en avsevärd roll i sammanhanget. Bl.a. utarbetas förslag till nya skyddsformer och utreds vilka möjligheter till skydd som ges under befintlig immaterialrätt. Utvecklingen av immaterialrätten sker även på flera plan och i olika fora. Förutom i WIPO behandlas immaterialrättsliga frågor på det nationella planet, inom EU (Europeiska unionen), FN (Förenta nationerna) och dess underorgan samt i WTO (World Trade Organization) och OECD (Organisation for Economic Co-operation). Arbetet är dock allt annat än smärtfritt. Överenskommelser inom området är komplicerade förfaranden och svåra att nå. Debatten kantas av politiska motsättningar och olika intressen och det kan numera konstateras att immaterialrätt har blivit världspolitik.⁶ De immaterialrättsliga spörsmålen grundas därmed inte längre bara på frågor gällande de incitamentsskapande ensamrätter som rättsområdet omfattar, utan har fått inslag av flera andra element.

¹ Pariskonventionen av den 20 mars 1883 för industriellt rättsskydd.

² Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk av den 9 september 1886.

³ Koktvedgaard, Mogens; Levin, Marianne, *Lärobok i Immaterialrätt*, Norstedts Juridik, 2003, s. 26 f. (cit. Koktvedgaard, Levin, 2003).

⁴ Se Battiste, Marie; Henderson, James Youngblood, *Protecting Indigenous Knowledge and Heritage: A Global Challenge*, Purich Publishing Ltd, 2003, s. 21 f. (cit. Battiste; Henderson, 2003) som talar om teorin "Eurocentricism", enligt vilken det europeiska synsättet är det härskande och Europa är världens centrum.

⁵ Olsson, Henry, *WIPO:s Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC)*, NIR 2004, s. 202 (cit. Olsson, 2004; 1). Henry Olsson är svensk delegat i WIPO:s mellanstatliga kommitté, IGC.

⁶ Levin, Marianne, *Jämställdhet i en global värld*, NIR 2003, s. 1 (cit. Levin, 2003).

Av de tre områdena av ”indigenous resources” ter sig den immaterialrättsliga lösningen gällande folklore (eller, som det numera allt oftare kallas, ”traditional cultural expressions”, nedan benämnt TCE) vara mest svårfångad och diskutabel.⁷ Möjligheterna till skydd i dagsläget är, vilket följer av problemet i fråga, begränsade.

Förutom de olika politiska viljorna bidrar den olikartade synen på TCE till svårigheter att nå en lösning på problemet. Inom EU och en rad andra industriländer anses TCE omfattas av tradition som befinner sig i ”the public domain” (eller det fria området) medan länder med stora grupper urbefolkning, inklusive industriländer som Australien och Kanada, har en annan syn på saken. Ytterligare komplikationer uppstår genom att urbefolkningarna, som har säte och stämma i WIPO:s mellanstatliga kommitté, IGC (Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore), ofta har andra åsikter och synsätt än respektive lands regeringar.⁸ För Sveriges del är arbetet av stor betydelse för samernas intressen av en tillfredsställande lösning av problemen. Samerna är för övrigt i hög grad aktiva i kommittéarbetet.⁹ Vidare kompliceras arbetet av den olikartade synen på rättigheter som kommer till uttryck i det västliga immaterialrättsliga systemet och i urbefolkningars sedvanerätt. Att behovet av ett skydd för TCE är olika stort i olika delar av världen bidrar också till ämnets svårhanterlighet.

Bevarandet av länders kultur och främjande av kulturell mångfald framhävs i flera internationella konventioner som centrala frågor.¹⁰ Många urbefolkningar, som förvaltar ett lands urtida kultur, och utvecklingsländer uttrycker ett stort behov av rättsliga regleringar för att tillgodose och skydda detta intresse, som har ett nära samband med kampen för självbestämmande. Samtidigt utgör kulturen en inspirationskälla till nyskapande. Vad som anses vara kreativitet ur en synvinkel kan framstå som kulturellt urholkande ur en annan.¹¹ Förhållandet mellan immaterialrätt och kulturella hänsynstaganden blir därmed en svår balansgång. Att utvecklingen av ett internationellt skydd samtidigt sker under inflytande av handelsorganisationer som WTO innebär att handelsrelaterade intressen starkt gör sig påminda och måste vägas in i balansen. Många frågor saknar än så länge klara svar. Vilken form av skydd för TCE tar samtidigt bäst hänsyn till kreativitet och utveckling? Vidare kan frågas var gränsen skall gå mellan otillåten användning av TCE och användning av TCE som konstnärlig inspiration. Är immaterialrättens bakomliggande syften och ändamål förenliga med de behov som uttrycks för skydd av TCE?¹²

⁷ A. a. s. 17.

⁸ Olsson, Henry, *Den internationella utvecklingen – växande kritik mot immaterialrättssystemet*, NIR 2004, s. 564 f. (cit. Olsson, 2004; 2).

⁹ A. a. s. 565.

¹⁰ Exempelvis the Universal Declaration of Human Rights, 1948. Se närmare nedan under kap. 7.

¹¹ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions, Annex, s. 5 (cit. WIPO/GRTKF/IC/5/3).

¹² WIPO/GRTKF/IC/5/3, s. 2 f.

Beträffande utformningen av ett eventuellt skydd kan två breda uppfattningar skönjas. Det finns de som anser att immaterialrätten har potential att bereda skydd för TCE. Inom denna linje skiljer sig åsikterna åt; en del anser att det befintliga immaterialrättssystemet tillgodoser skyddsbehoven, andra anser att en modifiering av systemet måste ske för att de nya områdena skall kunna rymmas under det medan andra åter förespråkar att nya immaterialrättsliga normer bör utvecklas, dvs. ett *sui generis*-system som grundar sig på immaterialrätten. Den andra uppfattningen är att immaterialrätten överhuvudtaget inte är ett lämpligt rättsområde för TCE utan att skyddet bör utformas som ett *sui generis*-system helt utan anknytning till immaterialrätten, utformat med hänsynstagande till kollektiva rättigheter.¹³

1.2 Syfte och frågeställningar

Huvudsyftet med denna framställning är att utreda vilka behov av ett rättsligt skydd för TCE som finns och hur TCE kan skyddas, immaterialrättsligt eller genom utveckling av *sui generis*-system, samt att redogöra för den internationella utvecklingen på området. De problem som föreligger gällande tillämpningen av befintliga immaterialrättsliga skyddsformer kommer att belysas. Vidare ställs frågorna i vad mån ett skydd för TCE är nödvändigt, huruvida det kan anses lämpligt att utsträcka immaterialrätten på ett dylikt sätt samt om immaterialrätten är lämpligt regelverk för ett sådant skydd. De olika intressen och politiska aspekter som i dagsläget gör sig gällande på det immaterialrättsliga området är också en i framställningen återkommande aspekt. Avsikten med uppsatsen är inte att leverera en heltäckande lösning på hur ett rättsligt skydd bör vara utformat, utan framförallt att uppmärksamma vissa aspekter av ett sådant samt att föra en diskussion kring detsamma.

1.3 Metod och material

Jag har i denna uppsats använt mig av traditionell juridisk metod. Som en följd av uppsatsens syfte är framställningen till stor del av deskriptiv natur. En del av uppsatsen ägnas åt att redogöra för traditionella kulturella uttryck och det rättsliga skyddsbehov som har uttryckts. I framställningens senare del undersöks gällande rätts möjliga tillämpning på området följt av en mindre utredning av andra eventuella skyddsformer. Jag har således funnit det nödvändigt att till viss del blicka bortom immaterialrättens gränser. Även sedvanerättsliga åskådningar behandlas, framförallt för att skapa en förståelse för urbefolkningars synsätt på rättigheter och skyldigheter samt hur detta förhåller sig till det befintliga immaterialrättsliga systemet.

¹³ Wendland, Wend B., *Intellectual Property, Traditional Knowledge and Folklore: WIPO's Exploratory Program*, IIC 2002, s. 501 f. (cit. Wendland, 2002).

Av det material som finns att tillgå hos de internationella organisationerna som behandlar ämnet har jag valt att koncentrera mig på WIPO:s material och arbete. Viss information som finns att tillgå hos andra organisationer och institutioner har också använts. De rättsfall som används för att illustrera vissa delar av uppsatsen har inhämtats från australiensisk praxis. I Sverige har ännu inte tillfälle getts för HD att ta ställning till det immaterialrättsliga regelverkets tillämpning på urbefolkningskultur. Då den svenska diskursen, med några undantag och i synnerhet för WIPO-delegaten Henry Olsson, inte i någon större utsträckning behandlar ämnet har information och ledning framförallt hämtats från utländsk doktrin. Vidare har gällande rätt, framförallt i form av internationella konventioner, studerats.

1.4 Avgränsning och disposition

Uppsatsen koncentreras till behandlingen av skyddet för TCE. Därför lämnas de övriga delarna av ”indigenous resources”, genetiska resurser och traditionell kunskap, huvudsakligen lämnas utanför framställningen. Utgångspunkten är ett internationellt rättsligt skydd. Dock uppmärksammas vissa exempel på nationella lösningar. Någon distinktion mellan common law respektive civil law-länder görs inte varför förekommande rättsliga skillnader i huvudsak lämnas utanför framställningen. Redogörelsen för den internationella utvecklingen har begränsats till att avse viktigare händelser på området. Den behandling av sui generis-system och skyddsformer utanför immaterialrätten som sker är av kortfattad och övergripande karaktär. Framställningens tonvikt ligger på det fortgående arbetet i WIPO, varför arbete som sker inom ramen för andra fora endast berörs delvis.

Framställningen är disponerad enligt följande. I uppsatsens andra kapitel förklaras innebörden av TCE, liksom till dess förhållande till det fria området. Därigenom svarar detta kapitel delvis på frågan om varför det idag föreligger problem med ett rättsligt skydd för TCE.

Kapitel tre syftar till att beskriva det upplevda behovet av ett rättsligt skydd för TCE samt att påvisa skillnader i inställningar till ägande och rättigheter. Kapitlet inleds med en allmän redogörelse för uttryckta behov och intressen samt TCE:s betydelse för urbefolkningar. Vidare behandlas sedvanerättslig syn på ägande och rättigheter i relation till det immaterialrättsliga systemet. Slutligen söker skyddsbehovet påvisas genom anförda exempel, generella som konkreta, och det ökade intresset för TCE förklaras.

I kapitel fyra följer en redogörelse för den internationella utvecklingen mot ett rättsligt skydd för TCE, med betoning på arbetet och diskussionerna som förs i WIPO. De politiska konflikter och motstridiga intressen som finns på området framträder emellanåt i kapitlet.

Kapitel fem behandlar den befintliga immaterialrättens tillämpning på TCE. Tonvikten ligger på upphovsrätten, vars relation till förekommande

sedvanerätt också behandlas, men även tillämpligheten hos övriga rättsområden undersöks. Kapitlet avslutas med en sammanfattande slutsats.

I sjätte kapitlet undersöks möjligheter att skydda TCE genom tillskapande av ett sui generis-system samt vilka problem som kan omgärda en sådan lösning. Vidare behandlas i kapitel sju kortfattat några alternativa former av skydd för TCE. Uppsatsen avslutas med reflektioner kring det som tidigare har behandlats och en diskussion kring lämpligheten av ett rättsligt, framförallt immaterialrättsligt, skydd för TCE.

1.5 Terminologi

Åtskilliga benämningar finns på området och ett behov av terminologisk klarhet har gjorts gällande upprepade gånger. I den internationella debatten används ofta termerna ”traditional cultural expressions” (TCE) och ”expressions of folklore” (EoF) synonymt. WIPO använder sig dock alltmer av benämningen TCE eftersom termen folklore av vissa länder och urbefolkningar anses ha en negativ bibetydelse.¹⁴ Bl.a. har hävdats att termen folklore ger associationer till kulturer av lägre stående slag. Folklore används alltjämt av ett flertal stater, organisationer och akademiker samt i viss utsträckning av WIPO, bl.a. i namnet på dess mellanstatliga kommitté och i samband med anknytning till äldre dokument.¹⁵ TCE har traditionellt behandlats som en underkategori till ”traditional knowledge” (TK) pga. dess nära släktskap men har sedermera brutits ut till att utgöra en egen kategori. I denna framställning kommer framförallt benämningen TCE att användas, men även svenska uttryck som traditionella kulturella uttryck förekommer.¹⁶

Begreppet ”indigenous communities” saknar direkt motsvarighet i svenska språket. I uppsatsen brukas därmed olika benämningar för detta, exempelvis urbefolkningssamhällen, urbefolkningsgrupper och stammar.

Vad som avses med traditionell kan också vara värt en förklaring. Begreppets omfattning är svårt att fastställa. Det kan dock sägas att tradition inte handlar enbart om imitation och reproduktion, utan även om förnyelse och skapande. Därmed kan konstateras att med ”traditionellt” i benämningen traditionellt kulturellt uttryck avses inte ”gammalt”.¹⁷

¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 18.

¹⁵ Wendland, 2002, s. 492.

¹⁶ Den svenska benämningen används bl.a. av Patent – och registreringsverket (PRV).

¹⁷ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 18.

2 Innebörden av TCE

2.1 Två kategorier

Det finns två kategorier av TCE emellan vilka en distinktion måste göras. Den första kategorin utgörs av sedan lång tid tillbaka underliggande traditioner och kulturella arv, dvs. den traditionella kulturen i sig. Denna kan refereras till som TCE *stricto sensu* eller TCE *per se* (nedan benämnt TCE *per se*). Av olika skäl föreligger svårigheter att tillämpa immaterialrättsligt skydd på denna kategori. Traditionen har ofta rötter i en tid långt tillbaka och innehas gemensamt av en eller flera urbefolkningsgrupper. Dess ursprung går ofta inte att fastställa, eftersom den är en produkt av lång och kontinuerlig utveckling.¹⁸ Den andra kategorin består av modern urbefolkningskonst, skapad av samtida generationer och är baserad på den traditionella kulturen i sig. Denna kategori anses generellt sett uppfylla kraven för immaterialrättsligt skydd, eftersom nya element har tillförts och konstnärerna oftast är vid liv och kan identifieras.¹⁹ Påståendet innehåller en central fråga i debatten om ett skydd för TCE, nämligen om det kan anses tillräckligt att denna kategori är möjlig att skydda immaterialrättsligt och således inte nödvändigt att utsträcka skyddet till att omfatta även den första kategorin.²⁰

På grund av TCE:s levande och ständigt utvecklande natur,²¹ är det inte alltid enkelt att avgöra vilka traditionella kulturella uttryck som faller inom respektive kategori. Analysen därav är dock högst relevant eftersom den andra kategorin är mer lämpad för skydd enligt befintlig immaterialrättslig lagstiftning och det framförallt är den första som är föremål för diskussion huruvida den bör åtnjuta skydd eller inte. Distinktionen åskådliggörs i viss nationell lagstiftning, bl.a. i den tunisiska²² som skiljer på ”folklore” och ”works inspired by folklore”. Även i WIPO:s och UNESCO:s (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) modellagstiftning, the Tunis Model Law²³, görs denna åtskillnad, där ”works derived from national folklore” skyddas som upphovsrättsliga verk, medan ”works of national folklore” bereds skydd under särskilda upphovsrättsliga *sui generis*regler.²⁴

¹⁸ Se under kap. 5. för närmare behandling.

¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 7.

²⁰ WIPO Information Booklet on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore, Publication No 913 E, s. 5 (cit. WIPO Inf. Booklet). Finns även tillgänglig online på <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/index.html>.

²¹ Se nedan under kap. 2.3.

²² Law 94-36 of February 24, 1994 on Literary and Artistic Property.

²³ The Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries. Se nedan under kap. 4.4.1.

²⁴ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 19.

Olika kulturella sammanhang har betydelse för omfattningen av begreppet TCE och vad som ryms inom det kan variera beroende på den plats eller inom det urbefolkningsområde som den där uttrycket har uppkommit och bevarats. Vad som anses vara del av det kulturella arvet är följaktligen en komplex och subjektiv fråga.²⁵

2.2 "The public domain" (eller det fria området)

Att något befinner sig i "the public domain", eller det fria området som det kan benämnas på svenska, innebär att det är tillgängligt för envar att använda fritt. Det finns två sätt på vilka något har fallit inom det fria området. Antingen har skyddstiden för ett tidigare upphovsrättsligt skydd löpt ut, eller så har skyddsförutsättningarna aldrig varit uppfyllda.²⁶ Inom EU och övriga industriländer anses de flesta traditionella kulturella uttryck befinna sig inom det fria området. Detta betraktas inte som hämmande för de traditionella uttryckens bevarande och utveckling utan istället som en möjlighet att föra dem vidare genom det nyskapande som kan ske på basis av dem. Detta resonemang ifrågasätts av utövare av TCE som inte anser att detta är den bästa lösningen för kulturellt bevarande och utveckling. Förespråkare för att TCE skall befinna sig inom det fria området menar emellertid att den fria användningen ger näring åt kulturen och till och med är nödvändig för dess överlevnad. Den tjänar som en källa för inspiration och idéer och bidrar till att kulturen hålls levande.²⁷ Det är således fråga om en gränsdragning mellan det fria området och det som anses skyddsvärt och bör tillerkännas ensamrätt.

2.3 Vad kan utgöra TCE?

Kännetecknande för TCE kan sägas vara att de muntligt eller genom imitation förs vidare genom generationer, att de återspeglar ett samhälles kulturella och sociala identitet, att de består av karaktäristiska element av ett samhälles kulturarv och att de är skapade av en okänd upphovsman eller av hela samhällen eller av individer i samhället som anses ha en rätt, en förpliktelse eller vara i en ställning att skapa dem. Vidare är de ofta inte skapade för kommersiella ändamål, utan för att förmedla religiösa och kulturella uppfattningar och de återskapas och utvecklas ständigt inom urbefolkningsområdet.²⁸

²⁵ Palethorpe and Verhulst, "Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law", studie på uppdrag av EU-kommisionen, 2000, s. 6 ff.

²⁶ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 13.

²⁷ A. a. s. 7.

²⁸ WIPO Inf. Booklet, s. 5.

Det finns, som tidigare nämnts, ingen entydig avgränsning av vad TCE omfattar. I 1982 års Model Provisions²⁹ ges dock en förklaring till innebörden genom en generell beskrivning och en indelning i de vanligaste typerna som enligt WIPO kan tjäna som en lämplig utgångspunkt.³⁰ Enligt denna avses med TCE skapelser bestående av karaktäristiska element av det traditionella konstnärliga arvet som har utvecklats och bevarats av ett urbefolkningssamhälle i ett visst land eller av individer som återspeglar de traditionella konstnärliga förväntningarna i ett sådant samhälle, i synnerhet:

- Språkliga uttryck såsom folksagor, poesi, gåtor, tecken, ord, symboler och kännetecken;
- Musikaliska uttryck såsom folksånger och instrumentell musik;
- Fysiska uttryck såsom danser, pjäser och konstnärliga ritualer, oavsett om de uttrycks materiellt eller ej;
- Uttryck som är inkorporerade i materiella ting, såsom ritningar, målningar, sniderier, skulpturer, krukmakeri, mosaik, konstverk av trä och metall, smycken, korgflätning, broderier, textilier, mattor och dräkter, musikinstrument och arkitektur.³¹

Traditionella kulturella uttryck kan således vara både materiella och immateriella eller, oftast, en kombination av de båda formerna. En handvävd pläd som ger uttryck för delar av en traditionell sägen kan utgöra en sådan kombination.³² Att endast konstnärligt kulturarv omfattas av definitionen innebär bl.a. att traditionella trosuppfattningar och vetenskapliga tänkesätt inte inryms under definitionen, såvida de inte kommit till uttryck på något estetiskt sätt. Å andra sidan skall termen konstnärligt kulturarv uppfattas i ordets vidaste bemärkelse såsom allt som tilltalar vårt estetiska sinne.³³

I WIPO:s dokument från IGC:s sjunde och senaste session³⁴, där ”policy objectives” och ”core principles” för ett skydd uppställs, anges under rubriken ”Scope of subject matter” en definition av TCE och således det tänkta skyddets tillämpningsområde. Definitionen är densamma som i Model Provisions, med undantag för formuleringen ”TCEs or EoF *may be understood as*” och en punkt b), som anger att mer specifika termer och närmare tillämpningsområde skall bestämmas på nationell och regional nivå.³⁵ Definitionen, genom dess utformning som en utförlig men endast

²⁹ Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions, (cit. Model Provisions). Se närmare nedan under kap. 4.4.2.

³⁰ Se WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 22.

³¹ Model Provisions, section 2.

³² WIPO Inf. Booklet, s. 6.

³³ Model Provisions, III, Commentary, p. 34.

³⁴ Se nedan under kap. 4.10.3.

³⁵ WIPO/GRTKF/IC/7/3, The Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore: Overview of Policy Objectives and Core Principles, Annex 1, s. 4 (cit. WIPO/GRTKF/IC/7/3).

exemplifierande uppräknin g, liksom punkten b) i förslaget, ger utrymme för extensiva tolkningar av tillämpningsområdet.³⁶

I utkastet till IGC:s nästa session, den åttonde, har ett förslag till vissa omformuleringar tagits fram med hänsyn till kommentarer framlagda i anslutning till den sjunde sessionen, bl.a. av EU och dess medlemsstater avseende en otydlig och för vidsträckt formulering av skyddets omfattning.³⁷ Förslaget skall granskas av IGC under den åttonde sessionen.³⁸

³⁶ För denna synpunkt se avsnitt 3.2 i PRV: s remissvar 2004-12-20 till Justitiedepartementet, kommentar till IGC:s sjunde session. Se

http://www.prv.se/om_prv/remissvar/skydd_traditionella_kulturella_uttryck_041220.doc.

³⁷ WIPO/GRTKF/IC/8/4, The Protection of TCEs/EoF: Revised Objectives and Principles, Annex, Annex, s. 25 f. (cit. WIPO/GRTKF/IC/8/4). Se närmare om förslaget under kap. 4.10.3 samt kap. 6.4.

³⁸ A. a. s. 3.

3 Behovet av ett skydd

3.1 Allmänt om skyddsbehovet

Under WIPO:s fact-finding missions³⁹ framkom olika typer av behov och intressen som urbefolkningar har angående TCE. Dessa kan sammanfattas i fyra typer av önskade rättigheter. För det första framkom ett behov av att kunna kontrollera offentliggörande och användning av det traditionella kulturella uttrycket. Offentliggörande av hemlig eller andlig TCE anses orsaka stor skada och missmod hos befolkningsgruppen. För det andra uttrycktes en önskan om en exklusiv rätt att kunna använda och kontrollera traditionell konst och kultur som en inkomstkälla. Att använda traditionella kulturella tillgångar som grund för samtida skaparkraft kan på olika sätt bidra till utvecklingen av urbefolkningssamhällen t.ex. genom turism i lämplig omfattning och etablering av företag inom samhället. Vidare kan det bidra till utveckling av konstnärliga färdigheter, tillskapande av arbetstillfällen och inkomster från försäljning av produkter.⁴⁰ För det tredje uttrycktes ett behov av en rätt till källangivelse och namngivelse. Ofta används information om urbefolkningskultur utan att det på ett korrekt sätt anges varifrån informationen kommer. För det fjärde framkom ett behov av att förhindra användning av TCE på sätt som kan uppfattas som stötande för urbefolkningen, vilket kan vara fallet när uttrycken exponeras utanför sitt kulturella sammanhang för kommersiella syften. Att diskussionen och arbetet kring ett internationellt skydd för TCE skall vägledas av urbefolkningars uttryckta behov och erfarenheter är en av de viktigaste iakttagelserna som har gjorts under WIPO:s olika konferenser och samråd sedan 1998.⁴¹

I ett flertal nationella lagstiftningar finns bestämmelser om skydd för TCE. Bl.a. har Nya Zeeland, Australien, Panama och ett flertal afrikanska länder infört sådana lagar.⁴² De flesta industriländer har inte infört något skydd för TCE, eftersom TCE per se i dessa länder generellt sett anses befinna sig i det fria området.⁴³ Behovet av ett internationellt skydd kan dock åskådliggöras genom följande exempel. I USA finns ett stort intresse för afrikansk urbefolkningskonst. Handel med sådan konst är följaktligen lönande och ett stort antal förfalskningar figurerar på marknaden. BK, PK och Världskonventionen (VK)⁴⁴ uppställer en princip om nationell likabehandling gällande de immaterialrättsliga regler som de behandlar, dvs.

³⁹ Se nedan under kap. 4.8.

⁴⁰ WIPO Inf. Booklet, s. 6.

⁴¹ Janke, Terri, *Minding Culture*, Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions, sammanställda för WIPO, 2003, s. 2 (Foreword) (cit. Janke, 2003).

För redogörelse för WIPO:s arbete se nedan under kap. 4.

⁴² Brown, Michael F., *Who Owns Native Culture?*, Harvard University Press, 2003, s. 7 (cit. Brown, 2003).

⁴³ Model Provisions, Introductory Observations, p. 3.

⁴⁴ Världskonventionen om upphovsrätt av den 6 september 1952.

att ingen diskriminering mellan medborgarna i de olika konventionsstaterna får förekomma. Detta hjälper dock inte urbefolkningar i afrikanska länder, varav många har ett nationellt skydd för TCE, när det gäller handel med afrikansk urbefolkningskonst i USA, eftersom USA saknar ett motsvarande skydd för sina egna medborgare. Därmed anses ett internationellt skydd vara nödvändigt.⁴⁵

I västvärlden anses immaterialrätter vara nödvändiga framförallt för att säkra ekonomisk ersättning för nedlagt arbete och att förhindra förlust av en förtjänst till någon annan. Urbefolkningar lider dock därutöver en annan typ av förlust som ofta av betydligt större värde, nämligen för den kulturella skada som uppstår när deras konst och traditioner, med rötter i århundraden tillbaka, exponeras utanför sitt sammanhang och med ett helt annat syfte än för vilket de uppkommit och förts vidare.⁴⁶ Konst, dans och musik m.m. har hos urbefolkningar inte bara ett underhållningsvärde, utan även en stor betydelse som bärare och återberättare av stammens historia och religion.⁴⁷ Stammens historia, religion och själ kan finnas förankrat i en sång, en dans eller en målning, som sedermera har erhållit försäljningsvärde som underhållning eller dekorativ konst. En del är importerat från urbefolkningssamhällen men en stor del är kopior som presenteras för allmänheten som original.⁴⁸ Idag förekommer handel med TCE mer än någonsin, vilket bl.a. har sin grund i att spridningen av den underlättas av modern teknologi. Urbefolkningskonst och traditioner tas ofta ur sitt sammanhang och omvandlas till en lättsåld vara, ofta utan att något av förtjänsten som den inbringar tillkommer urbefolkningsgruppen från vilken den härstammar. När sådant sker upplevs det av urbefolkningar som kränkande och som ett fränfalle av en del av det kulturella arvet.⁴⁹ På ett bredare plan spelar även nationalistiska strävanden in liksom en önskan att bevara sin kultur och skydda den från inverkan av andra kulturer.⁵⁰

Det upplevs också som orättvist att andra, utanför urbefolkningssamhället, kan komma i åtnjutande av immaterialrättsligt skydd för produkter skapade med utgångspunkt i TCE per se, medan urbefolkningarna själva inte kan få motsvarande skydd för denna urbefolkningskultur. På grund av den natur som TCE per se har, vilken gör den svårplacerad under något immaterialrättsligt skydd, blir det istället de som samlar in, skriver ned och bearbetar uttrycken som skyddas.⁵¹ Ytterst kan detta innebära att urbefolkningarna själva kan hindras från eller tvingas att betala ersättning för att få använda sin egen kultur.

⁴⁵ Kuruk, Paul, *Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*, American University Law Review, 1999, s. 827 f. (cit. Kuruk, 1999).

⁴⁶ A. a. s. 772 f.

⁴⁷ A. a. s. 780.

⁴⁸ A. a. s. 770 f.

⁴⁹ A. a. s. 822.

⁵⁰ A. a. s. 774.

⁵¹ Riley, Angela, *Recovering Collectivity: Group Rights to Intellectual Property in Indigenous Communities*, 18 Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 2000, s. 194, med vidare hänvisning (citeras Riley, 2000).

3.2 Skyddet enligt sedvanerätten

Många urbefolkningssamhällen har egna rättssystem som klart och tydligt fastställer och fördelar rättigheter och skyldigheter. Sedvanerätt skall i detta sammanhang förstås som en helt okodifierad praxis som återfinns hos en urbefolkning. Denna sedvanerätt bygger i de allra flesta fall på ett kollektivt synsätt och en respekt för gruppens gemensamma intressen. Någon eller några i gruppen kan utses till förvaltare av gruppens gemensamma tillgångar.⁵² De rättigheter och skyldigheter som sedvanerätten tillskriver stammedlemmarna baseras till stor del på olika sociala kriterier, som ålder, kön och den ställning som individen har inom gruppen. Vad gäller TCE finns särskilda bestämmelser som reglerar omständigheterna kring dess tillkomst och dess utövande. TCE åtnjuter således ett skydd under sedvanerätten.⁵³ De normer och sanktioner som förekommer är dock av relevans endast för medlemmarna av det traditionella samhället. Den största delen kommersiell exploatering av TCE står dock människor utanför denna grupp för vilket medför att sedvanerättssystemet trots allt inte är särskilt effektivt. Det kan även hända att den lönsamma marknaden för TCE lockar medlemmar av urbefolkningar att ge efter för kommersialiseringen och sälja ut TCE mot gruppens vilja, vilket kan ge upphov till en splittring inom urbefolkningsgrupperna. Sedvanerätten är med andra ord inte lika stark som tidigare, vilket också bidrar till behovet av ett annat sätt att skydda TCE.⁵⁴

3.3 Kollektiva rättigheter och äganderätt

Västvärldens syn på rättigheter skiljer sig avsevärt från den som återfinns i urbefolkningssamhällen. Urbefolkningar upplever inte konstnärliga alster som ett resultat av individuell kreativitet, utan som något som tillkommer hela stammen gemensamt. Hela strukturen i urbefolkningssamhällen är uppbyggd kring gemenskapen i familjen och i stammen. Fokus ligger på kollektivet och de personliga rättigheter som existerar är tilldelade de stammedlemmar som gemensamt utsetts till förvaltare av rättigheten.⁵⁵ Synen på traditionella kulturella uttryck som något som är föremål för äganderätt finns överhuvudtaget inte representerad i urbefolkningssamhällen. Innehav av en immaterialrätt innebär i våra ögon en frihet att förfoga över rättsobjektet och en möjlighet att dra ekonomisk fördel av den i förhållande till dess värde. I urbefolkningssamhällen sammankopplas TCE med gemenskapen och ett individuellt ansvar. En ”innehavare” av en sång, en berättelse eller ett hantverk betraktas inte som ”ägare” i vår mening, utan istället som bärare av ett ansvar för att TCE:n behandlas med vördnad och att det ömsesidiga förhållandet som finns mellan den och de människor, djur eller platser som den förknippas med

⁵² Brown, 2003, s. 88.

⁵³ Lucas-Schloetter, Agnes, i von Lewinski, *Indigenous Heritage and Intellectual Property; Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, 2004, Kluwer Law International, s. 316 f. (cit. Lucas-Schloetter, 2004).

⁵⁴ Kuruk, 1999, s. 786 f.

⁵⁵ Riley, 2000, s. 194.

består. För urbefolkningen har objektet ingen innebörd utanför detta sammanhang.⁵⁶

I internationella konventioner på immaterialrättens område är det den västliga synen på rättigheter som finns representerad. Många utvecklingsländer, som har stor del urbefolkning, upplever att de som avtalsparter till TRIPS-avtalet (TRIPS: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)⁵⁷ har fått anpassa sig till det västerländska immaterialrättssystemet och därigenom ”påtvingsats” bl.a. högre skyddsnivåer. I gengäld för detta vill många nu att deras intressen skall tillgodoses i större utsträckning.⁵⁸ I de internationella traktaterna har i stort sett ingen hänsyn tagits till kollektiva rättigheter eftersom det synsättet inte representeras av majoriteten av konventionsländerna.

3.4 Exempel på kommersiella utnyttjanden

Det finns många exempel på situationer där olika typer av TCE har utnyttjats för kommersiella syften och där urbefolkningar och utvecklingsländer upplevt ett behov av ett tillfredsställande rättsligt skydd för TCE. Vissa TCE är mer eftertraktade och därmed mer skyddsvärda än andra. I det följande redovisas några exempel på TCE för vilka urbefolkningar har uttryckt ett särskilt skyddsbehov samt en del konkreta fall av utnyttjanden.

1993 utkom låten ”Return to Innocence” med gruppen Enigma som blev en stor publikframgång. Med sina inlagda slingor av vad som kan beskrivas som munksång utgjorde den ett helt nytt sound (s.k. ”world beat”) inom populärmusiken och över fem miljoner exemplar av låten såldes. Return to Innocence kom även att användas som ledmotiv till de amerikanska TV-sändningarna från de Olympiska Spelen 1996. I södra delarna av Taiwan lever Ami-folket, som är landets största överlevande urbefolkning. Eftersom Ami-folkets språk inte finns nedskrivet, förs kulturen, inklusive seder, berättelser, sånger, historia och religion vidare muntligt. En av stammens äldre medlemmar och tillika förvaltare av stammens folksånger, Lifvon Gui, fick en dag ett telefonsamtal från en vän som hade hört en omgjord version av Lifvon Guis framförande av den traditionella Ami-sången ”Song of Joy” spelas på radion. Några år tidigare hade Lifvon Gui tillsammans med ett trettiotal medlemmar av stammen inbjudits av Kulturministeriet i Taiwan och i Frankrike att framföra sina traditionella sånger på olika ställen i Europa. I samband med dessa framföranden hade upptagningar av musiken skett utan deras vetskap och lagrats i ett arkiv för folkmusik där mannen bakom gruppen Enigma så småningom fann ”Song of Joy”. Gemensamt

⁵⁶ Battiste; Henderson, 2003, s.71.

⁵⁷ Se närmare nedan under kap. 4.2.

⁵⁸ Olsson, Henry, *Immaterialrätten på nya områden; genetiska resurser, traditionell kunskap och folklöre. Tredje sessionen av WIPOs Mellanstatliga Kommitté på området. Allmänt om kommitténs arbete*, NIR 2002 s. 411 (cit. Olsson, 2002; 2).

skapad, över tiden utvecklad TCE åtnjuter inget upphovsrättsligt skydd och Ami-folket kunde därmed inte göra någonting åt denna exploatering.⁵⁹ Enigma har tjänat stora summor pengar på "Song of Joy" och som det nya verk som det utgör skyddas Enigmas version av upphovsrätt. Folkmusik kan enkelt laddas ner från Internet och användas i nya musikarrangemang. Urbefolkningars samtycke till samplingen bortses ofta från men det händer också att tillåtelse inhämtas. Som exempel kan nämnas Mobys album "Play" från 1999 där samplingar från musikern Alan Lomax's "Sound of the South" förekommer.⁶⁰ Utövande av TCE, såsom det ovan omtalade framförandet av "Song of Joy", skyddas numera mot obehörig upptagning på fonogram enligt Romkonventionens (RK)⁶¹ tilläggsavtal WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty)⁶². Ett visst rättsligt skydd mot sådana kommersiella utnyttjanden erhålls därmed.

Urbefolkningars målningar reproduceras ständigt som tryck på tyg, kläder, mattor, vykort m.m. och säljs av andra än urbefolkningarna själva. Ett exempel är the Olympic Museum i Lausanne som, för att associera till Olympiska Spelen i Sydney 2000, utan samtycke publicerade tre vykort på dess hemsida föreställande australiensiska aboriginers målningar och uppmuntrade till nerladdning av bilderna som bakgrundsbilder till datorer. Efter förhandlingar mellan konstnärerna och museet togs bilderna bort och konstnärerna erhöll både en summa pengar och en skriftlig ursäkt som sedermera har publicerats på museets hemsida. Det är mycket vanligt att traditionella konstverk och musikinstrument, som exempelvis de australiensiska aboriginernas didgeridoo, massproduceras och säljs på den lukrativa marknaden för souvenirer. Urbefolkningar har också uttryckt ett stort behov av att kunna skydda handgjorda och handvävda textilier och klädesplagg mot efterbildningar och kommersialisering. Som exempel kan nämnas Iranska och Egyptiska mattor, saris från södra Asien, peruanska textilband, mockasiner från urbefolkningar i Nordamerika och "traditionella Appalachiska" filtar som tillverkas utanför USA och sedan säljs där till betydligt lägre priser än originalens. Genom dylik counterfeiting och reproducering upplever urbefolkningar att de inte bara görs ekonomisk orättvisa, utan också att överlevnaden av deras design och textiltillverkning hotas.⁶³

Historier och diktverk som vidareförs muntligt och som ofta skrivs ner, översätts och publiceras av folk utanför stammen väcker frågor om urbefolkningarnas rättigheter som tillhandahållande av detta material i relation till den upphovsrätt som de litterära verken erhåller.⁶⁴

⁵⁹ Riley, 2000, s. 175 ff. Se närmare om TCE och upphovsrätt nedan under kap. 5.2.

⁶⁰ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 30 f.

⁶¹ Internationell konvention om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag, 1961.

⁶² Se nedan under kap. 4.6 och 5.3.

⁶³ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 30 ff.

⁶⁴ A. a. s. 31.

Framföranden av danser, ritualer och sånger filmas och fotograferas och reproduceras ofta på CD-omslag, vykort, kalendrar etc. Som exempel i detta sammanhang kan nämnas fallet *Wik Peoples v Commonwealth*. Vartannat år hålls en festival i Cape York-regionen i Australien för att hedra traktens mångfald av urbefolkningskultur där aboriginiska sånger, danser och musik framförs. 1998 upptäcktes att en bild av några Wik Apalech-dansare hade tryckts på CD-skivor, vykort och en hemsida utan deras vetskap. Fotot av dansarna iförda kroppsmålningar och traditionella huvudbonader av fjädrar hade tagits under festivalen 1995 av en professionell fotograf. Dansarnas kroppsmålningar representerade deras klan tillhörighet (det finns fem olika Wik-klaner) och dansen som de utförde hade en helig innebörd. Att exponera dansen i det sammanhang som skett ansågs vanhelga den heliga andemeningen i dansen. Den obehöriga användningen upplevdes även som mycket stötande eftersom folkets egen sedvanerätt tydligt föreskriver vem av stammedlemmarna som har befogenhet att förfoga över deras TCE. Ett komplext och detaljrikt äganderättssystem beträffande sånger, danser och kroppsmålningar m.m. har utvecklats hos folket under lång tid. Bl.a. måste en äldre klanmedlem med rätt befogenhet närvara vid framförande av ceremonier. Deras samtycke krävs för reproduktion av varje enskilt element av ceremonin. När ceremonin återges utan de utsedda klanmedlemmarnas tillstånd, bär dessa likväl ansvaret för det inträffade och allvarliga konsekvenser, såsom uteslutande från deltagande i framtida ritualer, kan aktualiseras. Ett fotografi av en människa innebär också enligt Wik-folkets seder en utsträckning av en människas själ vilket kräver även den avbildades samtycke. I det aktuella fallet hade en av dansarna avlidit vid tidpunkten när bilden reproducerades. Att återge en bild av en avliden människa strider mot folkets sedvänja och väcker stor anstöt.⁶⁵ Utövande av uttryck av TCE skyddas enligt WPPT men endast vad gäller upptagningar på fonogram. Fotografier omfattas alltså inte av skyddet. Frågan är om Wik-folket bör ha en exklusiv rätt att tillåta respektive hindra att deras framföranden fotograferas.⁶⁶ Exemplet illustrerar även de motsättningar som kan finnas mellan immaterialrätt och lokal sedvanerätt.⁶⁷

Ord och uttryck är vidare något som kan vara föremål för utnyttjande i kommersiellt syfte, ofta som varumärken. Orden ”cherokee”, ”billabong”, ”boomerang”, ”yoga” och ”pontiac” har alla ursprung i urbefolkningspråk och brukas av företag som varumärken för diverse produkter. Nyligen uppmärksammades att leksaksföretaget LEGO använde sig av namn härstammande från Maori-folket på Nya Zeeland för en ny serie leksaker. I fallet var inte fråga om något försök till registrering av varumärke, men nyttjandet av namnen framstod som stötande för den Nya Zeeländska urbefolkningen. Efter påtryckningar valde Lego att respektera Maori-folkets vilja och konstaterade att man även i framtiden skulle ta hänsyn till dylika kulturella intressen.⁶⁸

⁶⁵ Janke, 2003, Case Study 5, s. 87 ff. *Wik Peoples v Commonwealth* (1996) 187 Commonwealth Law Reports 1.

⁶⁶ A. a. s. 95.

⁶⁷ Se närmare ovan under kap. 3.2 och 3.3 samt nedan under kap. 5.5.2.

⁶⁸ WIPO/GRTKF/IC/5/3, s. 33 f.

Som svenskt exempel i sammanhanget kan nämnas den samiska jojken, som har varit föremål för missbruk.⁶⁹ Det samiska sättet att sjunga betraktas som den äldsta bevarade musikkulturen i Europa och fyller sociala, musikaliska och religiösa funktioner.⁷⁰

3.5 Det ökade intresset för TCE

Förutom att den moderna teknologin avsevärt har förenklat möjligheterna till åtkomst av TCE och att urbefolkningarna själva i större omfattning söker genomdriva sina rättigheter, finns ännu en tänkbar anledning till problemets aktualisering, nämligen västvärldens ökade intresse för alternativa kulturer.⁷¹ Idag finns ett stort intresse för urbefolkningars konst, religion och levnadssätt. Vårt samhälle är på många håll präglad av stress och höga krav, vilket kan vara en förklaring till att många intresserar sig för alternativa levnadssätt. Allt fler söker sig till främmande religioner och olika typer av självläkningsprocesser inlånas från dessa folk som lever närmare naturen, som exempelvis yogan. New Age-rörelsen är ett exempel på en andlig rörelse som har lockat många västerlänningar.⁷² Innehav av urbefolkningskonst kan tänkas vara ett sätt att återspegla denna önskade andliga inställning till livet.

Urbefolkningssamhällen utgör populära turistmål och souvenirer är eftertraktade och lättsålda. Som exempel kan nämnas att den s.k. drömfångaren ("dreamcatcher"), som återfinns hos nordamerikanska indianstammar och som placerad ovanför sängen syftar till att fånga in onda drömmar, sannolikt hänger på många västerländska väggar.

Etnicitet och andlighet kan följaktligen sägas vara på modet. Den tekniska utvecklingens tillskapande av ökade möjligheter till åtkomst av olika TCE i kombination med marknadens ständiga sökande efter nyhet och spänning har gjort TCE i alla dess former till en handelsvara.⁷³

⁶⁹ Shev, Hanna, *Utvecklingen av Traditional Cultural Expressions (eller folklore)*, NIR 2004 s. 214 (cit. Shev, 2004).

⁷⁰ <http://www.saami.info/jojkk/jojkttext.pdf>.

⁷¹ Riley benämner fenomenet "Westerners fetish-ism with Native works", se Riley, 2000, s. 197.

⁷² Lucas-Schloetter, 2004, s. 261.

⁷³ Brown, 2003, s. 4.

4 Utvecklingen mot ett internationellt rättsligt skydd

4.1 Inledning

Immaterialrättsliga frågor på det internationella planet behandlas i flera internationella fora. WIPO, som är ett av sexton specialiserade FN-organ (en s.k. "specialized agency"), har under de senaste trettio åren arbetat med TCE-frågor, ofta i samarbete med UNESCO som sedan länge har arbetat med och uppmärksammat TCE-frågor.⁷⁴ WIPO har i dagsläget 182 medlemsstater och administrerar 23 internationella konventioner. Viktigast däribland är PK, som behandlar patent, mönster och varumärken, och BK, som behandlar upphovsrätt. Utöver WIPO och UNESCO har även Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, nedan benämnd WTO) kommit att spela en betydande roll för den utveckling av immaterialrätten med avseende på TCE som sker på det internationella planet. Frågor rörande TCE och de andra områdena av "indigenous resources" har funnits med i den immaterialrättsliga debatten sedan 1960-talet. På senare tid har påtryckningarna för ett internationellt skydd ökat och arbetet med detsamma intensifierats. Flera steg har tagits, med ökande takt, på vägen mot ett internationellt skydd för TCE.

4.2 Immaterialrätten och den internationella handelsrätten – WTO och TRIPS-avtalet

WTO skapades genom Uruguayrundan 1994 av medlemsstaterna till GATT (the General Agreement on Tariffs and Trade). Efter den 1 januari 1995 kom WTO att ersätta GATT som organisation⁷⁵ och har idag 148 medlemsstater. WIPO:s höga medlemsantal och spänningen mellan i- och u-länder i frågorna kan innebära komplicerade förhandlingar och medverka till svårigheter att genomföra reformer i WIPO:s regi. Några viktiga handelsrelaterade immaterialrättsliga frågor togs därför upp till behandling inom ramen för WTO-avtalet, vilket ledde till det så kallade TRIPS-avtalet.⁷⁶ TRIPS-avtalet trädde i kraft 1995 och behandlar med BK och PK som grund, som namnet deklarerar, handelsrelaterade aspekter på immaterialrättigheter. Ett medlemskap i WTO förutsätter ett undantagslöst godtagande av samtliga överenskommelser som ingicks under

⁷⁴ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 67 f.

⁷⁵ Se http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact5_e.htm. General Agreement används dock fortfarande av WTO som ramdirektiv ("umbrella treaty"), i uppdaterad form med anledning av Uruguay-rundan. Se under rubrik "What happened to GATT?" på ovan angivna länk.

⁷⁶ Koktvedgaard; Levin, 2003, s. 38 f.

Uruguayrundan, varav följer att samtliga medlemsländer har åtagit sig att följa bestämmelserna i TRIPS-avtalet.⁷⁷ För u-länderna innebar detta att antingen gå med på USA:s och EU:s villkor eller att hamna utanför handelsarbetet. TRIPS-avtalet grundas på det västliga immaterialrättsliga systemet som bygger på skydd för nyhet och originalitet. För i-länderna innebar inte avtalet några krav på förändringar i lagstiftningen eftersom kraven i stort redan var tillfredsställda. För u-länderna innebar det däremot en stor omställning och höga krav på skyddsnivån.⁷⁸ Bl.a. med anledning av dessa omständigheter har intresset för WTO: s utvecklingsländer av att få något i utbyte gjort sig gällande vilket har bidragit till frågornas aktualisering.⁷⁹ Under ministermötet i Doha i november 2001 erhöll TRIPS-rådet instruktioner om att behandla frågor om TK och TCE samt att undersöka dessa områdens ställning i förhållande till TRIPS-avtalet inför den framtida revisionen av avtalet i Mexico 2003.⁸⁰ Detta påvisar frågornas ökade omfattning. De immaterialrättsliga aspekterna på dessa frågor behandlas i WIPO samtidigt som de har aktualiserats inom ramen för TRIPS-avtalet och därmed också fått en utökad del i ett större sammanhang med handelsrelaterade och politiska intressen som grund. Vad som sker inom organisationerna avspeglas i de andra, varför en samordning av arbetet är önskvärd.⁸¹

4.3 Bernkonventionen artikel 15 (4)

Under en diplomatkonferens i Stockholm år 1967 gjordes ett första försök att internationellt reglera ett skydd för TCE.⁸² Frågan hade börjat uppmärksammas i takt med u-ländernas frigörelse och ökande självstyre, men även i i-länder med stor andel infödd befolkning som Kanada, USA, Australien och Nya Zeeland.⁸³ BK:s tillämplighet sträckte sig vid denna tidpunkt till individuella, identifierbara upphovsmän. Artikel 2 (1) i BK innehåller en icke uttömmande uppräkningslista av de konstnärliga och litterära verk som konventionen är tillämplig på. Ett förslag om att utvidga artikeln till att omfatta även TCE förkastades, eftersom det ansågs skapa problem vid tillämpningen. Artikel 2 (1) bygger på skydd för individuella, identifierbara upphovsmän medan det för TCE per se inte finns några sådana identifierbara skapare. Slutligen antogs istället ett förslag som ledde till införandet av artikel 15 (4) i BK.⁸⁴

Artikel 15 (4) (a) föreskriver att det för icke-utgivna verk, för vilka upphovsmannen är okänd men beträffande vilka det finns skäligen anledning

⁷⁷ Se WTO, på http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#Agreement.

⁷⁸ Levin, 2003, s. 7.

⁷⁹ Olsson, 2002; 2, s. 411.

⁸⁰ Olsson, 2004; 1, s. 202 samt von Lewinski, Silke, *The Protection of Folklore*, NIR 2004, s. 216 (cit. von Lewinski, 2004; 1).

⁸¹ Olsson, 2004; 1, s. 202 ff.

⁸² The 1967 Stockholm Diplomatic Conference for Revision of the Berne Convention for the Protection of Litterary and Artistic Works.

⁸³ Von Lewinski, 2004; 1, s. 218.

⁸⁴ Ibid.

att anta att upphovsmannen är medborgare i ett unionsland, är upp till landet i fråga att utse en behörig myndighet som skall företräda upphovsmannen och vara berättigad att tillvarata och utöva dennes rättigheter i unionsländerna. Vidare föreskrivs i (b) att unionsländer som har tillsatt en myndighet som avses i (a) skall ge skriftlig underrättelse därom till WIPO:s generaldirektör, innehållande full information om myndighetens kompetens.

Även om termen ”folklore” inte användes i traktatstexten, troligen pga. definitionssvårigheterna på området, anges i förarbetena att det tänkta huvudsakliga tillämpningsområdet var folklore.⁸⁵ Med tanke på att TCE oftast är opublicerade och att upphovsmännen inte är identifierbara men ändå kan antas tillhöra ett visst land, uppfyller TCE rekvisiten för det område traktatstexten adresserar.

Det praktiska resultatet av införandet av artikel 15 (4) i BK blev dock inte särskilt framgångsrikt. Endast ett land, Indien, genomförde ett sådant utnämmande av en myndighet och en notifikation som bestämmelsen föreskriver.⁸⁶ En av anledningarna till detta kan ha varit att BK fortfarande utgick från ett individuellt upphovsmannaskap.⁸⁷

4.4 Utveckling av nationella modellagar

4.4.1 The Tunis Model Law

Nästa steg mot ett immaterialrättsligt skydd för TCE togs 1976 genom tillkomsten av the Tunis Model Law⁸⁸ genom ett samarbete mellan WIPO och UNESCO. Tanken bakom the Tunis Model Law var att den skulle utgöra ett ramverk för utveckling av nationell upphovsrättslig lagstiftning generellt, men den innehöll alltså särskilda bestämmelser om TCE.⁸⁹ Jämfört med BK från 1967 fanns här regler som var bättre anpassade till folklore, inklusive en definition av begreppet. Enligt the Tunis Model Law behövde inte TCE finnas upptaget i materiell form för att åtnjuta skydd och inte heller fanns någon tidsbegränsning av skyddet.⁹⁰ Fortfarande togs dock ingen hänsyn till TCE:s kollektiva natur, vilket var en tydlig brist i utformningen.⁹¹ The Tunis Model Law har emellertid tydligt influerat utformningen av upphovsrättsliga lagar i ett flertal afrikanska länder som exempelvis Burundi, Kamerun, Ghana, Guinea, Elfenbenskusten, Mali och Kongo.⁹²

⁸⁵ Von Lewinski, 2004; 1, s. 219, med vidare hänvisningar till the Report of the Main Committee I.

⁸⁶ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 23.

⁸⁷ Von Lewinski, 2004; 1, s. 219.

⁸⁸ The Tunis Model Law antogs i Tunis mellan 23 februari och 2 mars 1976.

⁸⁹ Von Lewinski, 2004; 1, s. 219.

⁹⁰ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 24, med vidare hänvisning till lagen. För närmare behandling av dessa problem, se under kap. 5.2.

⁹¹ Von Lewinski, 2004; 1, s. 219.

⁹² Kuruk, 1999, s. 814.

4.4.2 The Model Provisions

Redan 1978, påbörjades nya diskussioner med fokus på frågan om skyddet för TCE. En kommitté av sakkunniga sammankallades av WIPO och UNESCO vars arbete resulterade i antagandet av Model Provisions 1982. Model Provisions utgjorde, liksom the Tunis Model Law, riktlinjer för nationell lagstiftning, men var utformade som ett sui generis-skydd. I Model Provisions används inte begreppet verk, utan för att markera åtskillnaden mot traditionell upphovsrätt användes istället begreppen uttryck eller produktioner. Äganderättsbegreppet undveks också genom stadgandet att en kompetent myndighet skall utses till rättsinnehavare i respektive land. Bestämmelserna preciserar skyddsobjektet, handlingar för vilka tillstånd skulle behövas av den kompetenta myndigheten liksom de typer av användning av TCE för vilka undantag kan beviljas.⁹³ Vidare ställs, liksom hos dess föregångare, inget krav på upptagande i materiell form. Model Provisions utvecklades efter att oro uttryckts över att TCE, som utgör en viktig del av ett lands kulturella arv, misstänktes vara föremål för otillåtet och skadligt utnyttjande. Kommittén ansåg att sådan exploatering var skadligt för länders kulturella och ekonomiska intressen och att TCE som ger uttryck för intellektuellt skapande förtjänar ett skydd motsvarande skyddet för annat intellektuellt skapande.⁹⁴ Tanken var att TCE skulle skyddas reciprokt i de länder som antagit Model Provisions eller genom andra avtal länderna emellan.⁹⁵

Även om Model Provisions har tjänat som förebild för en del nationella lagstiftningar avseende skydd för TCE och innehåller värdefulla drag, fick bestämmelserna inte sitt förväntade genomslag och har således liten relevans.⁹⁶ Bl.a. har dess begränsning i avsaknaden av ett tillhandahållande av en exklusiv äganderätt till TCE framhållits.⁹⁷

4.5 Draft Treaty för internationellt skydd

Under arbetet med Model Provisions uppmärksammades ett behov av ett internationellt skydd. I december 1984 samlade därför WIPO och UNESCO en grupp experter för att återigen uppta ämnet till diskussion.⁹⁸ På dagordningen fanns ett förslag till ett internationellt fördrag baserat på Model Provisions och principen om nationell likabehandling. Särskilt uppmärksammades behovet av ett skydd som sträckte sig bortom de nationella gränserna, framförallt med hänsyn till den snabbt ökande

⁹³ Model Provisions section 9. Se Kuruk, 1999, s. 815 f. samt von Lewinski, 2004; 1, s. 220.

⁹⁴ WIPO/GRTKF/IC/3/10, Final Report on the National Experiences with the Legal Protection of Expressions of Folklore, s. 10 (cit. WIPO/GRTKF/IC/3/10).

⁹⁵ Kuruk, 1999, s. 817.

⁹⁶ Ibid. med vidare hänvisning.

⁹⁷ WIPO/GRTKF/IC/2/7, *Questionnaire on National Experiences with the Legal Protection of Expressions of Folklore*, s. 6 f., med vidare hänvisning (cit. WIPO/GRTKF/IC/2/7).

⁹⁸ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 25.

användningen av TCE genom modern teknologi.⁹⁹ Förslaget gick ut på att varje avtalsslutande stat skulle utse en behörig myndighet med uppgift att ansvara för skyddet av TCE inom landets egna gränser. Tillstånd för användning av TCE skulle sedan krävas från myndigheten i det land varifrån den aktuella TCE:n härstammade.¹⁰⁰

Samtidigt förelåg problem som inte gick att bortse ifrån. De inkallade experterna identifierade särskilt två problem med en internationell konvention; dels var det svårt att definiera de TCE som skulle åtnjuta skydd i andra medlemsstater, dels saknades förlikningsmekanismer beträffande fall när TCE återfinns i flera länder. Den föreliggande osäkerheten gällande fördragets omfattning resulterade i att flertalet av konferensens deltagare ansåg att tiden inte var inne för en internationell reglering och att effekterna av skydd på nationell nivå istället skulle inväntas, särskilt vilka effekter som Model Provisions skulle kunna ge upphov till.¹⁰¹ Försöket att denna gång få till stånd en immaterialrättslig reglering gällande TCE på internationell nivå gick därmed om intet.

4.6 WPPT (The WIPO Performances and Phonograms Treaty)

Efter några års tystnad aktualiserades frågorna gällande TCE igen i samband med diplomatkonferensen om de nya WIPO-fördragen, WCT (WIPO Copyright Treaty) och WPPT, i december 1996.¹⁰² I RK erhålls upphovsrättsligt skydd för utövande konstnärer som framför litterära och konstnärliga verk. Eftersom TCE inte täcks av den nämnda definitionen ges inget skydd enligt konventionen för utövande av TCE. Genom antagandet av WPPT som ett komplement till RK ges numera ett uttryckligt rättsligt skydd även för utövande konstnärer som framför uttryck av folklöre.¹⁰³

4.7 WIPO/UNESCO World Forum on the Protection of Folklore 1997

I anslutning till diplomatkonferensen för antagandet av de nya fördragen, WCT och WPPT, framfördes önskemål från framförallt utvecklingsländerna om att frågorna om ett skydd för TCE skulle återupptas.¹⁰⁴ Således beslutades att ett internationellt immaterialrättsligt forum skulle organiseras av WIPO och UNESCO året därefter i Phuket, Thailand, där skyddsbehovet och ett eventuellt fortsatt arbete med frågorna skulle diskuteras. Under mötet antogs en handlingsplan för det fortsatta arbetet, vad som sedermera

⁹⁹ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 25.

¹⁰⁰ Kuruk, 1999, s. 817 f., med vidare hänvisning.

¹⁰¹ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 25.

¹⁰² Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Rights Questions. Konferensen hölls mellan den 2 och den 20 december 1996 i Genève, Schweiz.

¹⁰³ Se WPPT artikel 2 (a).

¹⁰⁴ Von, Lewinski, 2004; 1, sid. 221.

har kommit att kallas "the Phuket Plan of Action".¹⁰⁵ Bl.a. uppmärksammades behovet av en ny internationell standard för det rättsliga skyddet av TCE samt vikten av att finna en balans mellan innehavare och användare av TCE. Vidare fastslogs i planen ett omedelbart tillsättande av en expertkommitté med uppgift att behandla frågan om det internationella rättsskyddet för TCE och att utarbeta ett utkast till en internationell överenskommelse, att ett antal regionala rådgivande fora i ämnet skulle hållas, liksom en diplomatkonferens i slutet av andra halvåret 1998. Planen utgjorde endast en viljeförklaring utan rättsligt bindande verkan, men dess ambitiösa upplägg resulterade ändock i USA:s och Storbritanniens fullständiga reservationer mot den.¹⁰⁶

4.8 WIPO:s "fact-finding missions"

Som en del i WIPO:s arbete företogs i 28 länder mellan maj 1998 och november 1999 nio s.k. fact-finding missions under vilka WIPO i samråd med skilda urbefolkningsgrupper, icke-statliga organisationer (non-governmental organizations, s.k. NGOs), statstjänstemän, akademiker, forskningsinstitut och representanter från privata organisationer sökte fastställa behovet av och förväntningarna på ett rättsligt skydd för TK.¹⁰⁷ Generella frågeställningar och behov även för TCE togs upp i denna rapport, som vid denna tidpunkt fortfarande behandlades som en undergrupp till TK. Resultaten av undersökningarna publicerades för kommentarer från allmänheten, vilka beaktades i den slutliga rapporten som publicerades 2001.¹⁰⁸ Rapporten innehåller detaljerade analyser av utredningarna och som huvudsakliga behov omnämndes behovet av ett klagande av immaterialrättens roll i relation till TCE och ett eventuellt skydd därav, förtydligande av skyddsobjektet och fastställande av andra viktiga begrepp, undersökningar av lokal sedvanerätt hos olika urbefolkningsgrupper, TCE:s kollektiva natur i förhållande till immaterialrätten och möjligheterna att utveckla nya immaterialrättsliga regler i ett internationellt sammanhang.¹⁰⁹

4.9 Regionala rådgivande fora

Under år 1999 organiserades fyra regionala fora, föranledda av the Phuket Plan of Action, av WIPO i samarbete med UNESCO. Vid vart och ett av mötena utarbetades och antogs rekommendationer angående immaterialrättsliga behov samt förslag till hur arbetet med TCE skulle fortskrida.¹¹⁰ För afrikanska länder hölls ett forum i Pretoria, Sydafrika i mars 1999, för asiatiska länder och länder i Stilla Havsregionen hölls ett

¹⁰⁵ Olsson, Henry, *Det internationella skyddet för folklore*, NIR 1997, s. 240 (cit. Olsson, 1997).

¹⁰⁶ A. a. s. 241.

¹⁰⁷ WIPO/GRTKF/IC/3/10, s. 12 f.

¹⁰⁸ WIPO Report on Fact Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), Geneve april 2001, WIPO Publication No. 768 E. Se <http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report/final/index.html>.

¹⁰⁹ A. a. s. 211 ff. samt s. 231 f.

¹¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/3/10, s. 14.

forum i Hanoi, Vietnam i april 1999, för arabländer i Tunis, Tunisien i maj 1999 samt för latinamerikanska och karibiska länder i Quito, Ecuador i juni 1999.¹¹¹ I samband med dessa bröts TCE ut från begreppet TK och behandlas hädanefter som en grupp för sig. De direktiv som riktades till medlemsstaterna utgjordes bl.a. av bestämmelser om skydd på nationell nivå, etablering av strukturer för att säkerställa skydd för TCE, stöd för urbefolkningsgrupper som är ansvariga för skapandet, underhållet och utvecklingen av TCE, att utarbeta en ”open list” med TCE som anses skyddsvärda samt att formulera rättsliga mekanismer för ett internationellt skydd. Vidare rekommenderades att staterna skulle anpassa befintlig lagstiftning i enlighet med Model Provisions, dock med hänsynstagande till den tekniska, rättsliga, sociala, kulturella och kommersiella utveckling som skett sedan 1982. De direktiv som riktade sig till UNESCO och WIPO bestod bl.a. av bestämmelser om juridisk, teknisk och ekonomisk assistans till de nationella projekten för identifikation, klassifikation och bevarande av TCE, bedrivande av studier och projekt i ämnet och att företa insatser för att öka samstämmigheten mellan staterna i fråga om en internationell konvention till skydd för TCE. Vidare beslutades om tillsättning av en mellanstatlig kommitté för handläggande av dessa frågor.¹¹²

4.10 WIPO:s mellanstatliga kommitté – IGC

4.10.1 Allmänt om kommittén

I oktober 2000 tillsatte WIPO:s generalförsamling en mellanstatlig kommitté, IGC, vars uppgifter bl.a. skulle vara att föra diskussionerna och arbetet gällande ett skydd för TCE framåt.¹¹³ Behovet av ett organ med fokus enbart på frågor om ”indigenous resources” framträdde bl.a. under de rådgivande regionala fora som hölls under år 1999. Under generalförsamlingens möte uttryckte medlemsstaterna att TCE, med tanke på framstegen inom området, borde behandlas som en egen grupp och inte längre som en undergrupp till TK.¹¹⁴ Enligt generalförsamlingen skulle kommitténs första uppgifter bestå av överväganden av en uppdatering av 1982 års Model Provisions i framförallt två avseenden, dels beträffande materiella kulturella uttryck, i synnerhet konsthantverk, dels beträffande en utvidgning av bestämmelserna till att avse ett gränsöverskridande skydd.

¹¹¹ Mötesbenämningar WIPO-UNESCO/FOLK/AFR/99, WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99, WIPO-UNESCO/FOLK/ARAB/99 respektive WIPO-UNESCO/FOLK/LAC/99.

¹¹² WIPO/GRTKF/IC/3/10 s. 14 ff. Se även Shev, 2004, s. 212.

¹¹³ Se dokument WO/GA/26/6, WIPO General Assembly, Twenty-sixth session, *Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*.

¹¹⁴ A. a. s. 3 f.

Uppgifterna grundade sig på behov som framkommit under de fyra regionala rådgivande fora som hållits under år 1999.¹¹⁵

IGC har hittills hållit sju sessioner med deltagande av delegationer från ett stort antal stater, mellanstatliga och internationella intresseorganisationer och representanter för "indigenous peoples and local communities", dvs. urbefolkningarna. Samrådet, som är en sammansättning av samiska organisationer i Sverige, Finland, Norge och Ryssland och har som huvudmål att arbeta för de samiska intressena och att stärka den samiska gemenskapen över landsgränserna, finns representerad i WIPO:s mellanstatliga kommitté. Till skillnad från den svenska delegationen, är rådet av uppfattningen att det, med hänsyn till de brister som finns i det upphovsrättsliga systemet, är nödvändigt att utveckla ett bindande skydd för TCE.¹¹⁶

Under sessionerna har betydande framsteg gjorts avseende identifikationen av problemen, liksom utarbetande av riktlinjer och handlingsätt, vilka ofta har baserats på empiriska undersökningar.¹¹⁷ I det senaste mötet, den sjunde sessionen, deltog delegater från 104 av WIPO:s medlemsstater, 20 mellanstatliga organisationer och 45 NGOs som får delta som observatörer.¹¹⁸ Eftersom de frågor som är föremål för behandling är nya för den internationella immaterialrätten och dessutom av kontroversiell karaktär är kommitténs arbete komplicerat och svårsamordnat. Redan etablerade rättigheter och motstridiga intressen skall försöka jämkas samman, vilket bidrar till svårigheten att tillskapa ett för alla parter tillfredsställande system. Mot bakgrund av dessa omständigheter måste kommitténs arbete bedrivas med särskild försiktighet. En del länder skulle gärna se ett omedelbart sui generis-skydd för TCE, medan andra skulle kunna dra sig ur kommittéarbetet om det gick för fort fram.¹¹⁹

4.10.2 Första mandatet – fas ett

Kommittén höll sitt första sammanträde mellan den 30 april och den 3 maj 2001, med en agenda bestående av olika frågor rörande vart och ett av de tre områdena genetiska resurser, traditionell kunskap och folklöre (TCE).¹²⁰ I fråga om TCE föreslogs tre arbetsuppgifter i enlighet med generalförsamlingens förslag; ett övervägande från medlemsstaternas sida om en uppdatering av 1982 års Model Provisions med hänsyn till den utveckling som skett sedan dess tillkomst och uppkomsten av nya typer av kommersiell exploatering, en förstärkning av skyddet för hantverk och andra materiella kulturella uttryck samt ett antagande av de under de regionala

¹¹⁵ A. a. s. 7. Se även WIPO/GRTKF/IC/1/3, *Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore – An Overview*, s. 28 (cit. WIPO/GRTKF/IC/1/3).

¹¹⁶ Shev, 2004, s. 214, med vidare hänvisning. Se även för information om Samrådet http://www.samer.se/servlet/GetDoc?meta_id=1089.

¹¹⁷ Exempelvis Janke, 2003.

¹¹⁸ Olsson, 2004; 2, s. 565.

¹¹⁹ Olsson, 2002; 2, s. 409.

¹²⁰ Olsson, 2002; 1, s. 141.

rådgivande fora utarbetade rekommendationerna och resolutionerna.¹²¹ Efter en uppdatering skulle Model Provisions kunna tjäna som underlag för ett skydd för TCE på såväl ett nationellt som regionalt och internationellt plan.¹²² Även nödvändigheten av samarbete med andra internationella organisationer som WTO uppmärksammades.¹²³ I övrigt präglades den första sessionen av frågornas politiska laddning, och att kommittén omfattar företrädare för motstridiga intressen gjorde sig tydligt påmint.¹²⁴

Den andra sessionen hölls den 10 - 14 december 2001. Som en del i diskussionerna kring en uppdatering av Model Provisions beslutades under den första sessionen att ge WIPO:s medlemsstater i uppgift att avge svar på ett frågeformulär gällande nationella erfarenheter av implementeringen av Model Provisions, vilka senare skulle ligga till grund för diskussion under den tredje sessionen. Eftersom vissa medlemsstater emellertid helt saknade lagstiftning för TCE medan andra hade lagstiftning som inte baserades på Model Provisions syftade formuläret också till att utreda dylika variationer mellan medlemsstaternas lagstiftning på området.¹²⁵

Inför den tredje sessionen, som ägde rum den 13 - 21 juni 2002, hade WIPO:s sekretariat sammanställt svaren på de utsända formulärens. Emellertid uppnåddes ingen konsensus, varken gällande en uppdatering av 1982 års Model Provisions eller någon närmare utredning av möjligheterna att åstadkomma en internationell konvention avseende ett skydd för TCE. Medan utvecklingsländerna visade ett stort intresse för att föra dessa frågor framåt, ansåg framförallt industriländerna att det ännu var för tidigt. Vissa länder grundade detta på modellbestämmelsernas svaga genomslagskraft och att det därmed saknades erfarenheter av hur skyddet fungerat i praktiken.¹²⁶ Av den orsaken begränsades WIPO:s kommande mandat till att avse ökad teknisk assistans för medlemsstaterna, deras urbefolkningar och organisationer beträffande förstärkning och implementering på nationell nivå av befintliga skyddssystem. Som exempel på sådana befintliga skydd anges upphovsrätt och närstående rättigheter, varumärkesrätt, mönsterskydd, geografiska ursprungsbezeichnungar, regler om illojal konkurrens eller andra "common law remedies". Därutöver uppmärksammades de skydd som kan erhållas genom the Tunis Model Law och 1982 års Model Provisions.¹²⁷ WIPO:s sekretariat fick också till uppgift att företa en studie i relationen mellan urbefolkningars sedvanerätt och det immaterialrättsliga systemet.¹²⁸

Kommitténs fjärde session hölls den 9 - 17 december 2002 och kan närmast betraktas som ett förberedande möte inför den femte sessionen som ägde rum den 7 - 15 juli 2003. Sessionen hamnade dock i skuggan av WTO:s stundande ministermöte i september samma år som bl.a. hade till syfte att

¹²¹ WIPO/GRTKF/IC/1/3, s. 28 f. Se även von Lewinski, 2004; 1, s. 222.

¹²² WIPO/GRTKF/IC/1/3, s. 32.

¹²³ Von Lewinski, 2004; 1, s. 221.

¹²⁴ Olsson, 2002; 1, s. 140.

¹²⁵ WIPO/GRTKF/IC/2/7, s. 2 ff.

¹²⁶ Olsson, 2002; 2, s. 412.

¹²⁷ WIPO/GRTKF/IC/3/10, s. 53 ff.

¹²⁸ A. a. s. 60.

behandla frågor gällande en revision av TRIPS-avtalet. Framförallt utvecklingsländerna strävade under denna session efter att inta en så bra position som möjligt inför detta möte och få framsteg gjordes inom ramen för WIPO:s arbete.¹²⁹ Några handlingsstrukturer övervägdes dock. Bl.a. diskuterades frågan om ett skydd för TCE kan beredas genom befintliga immaterialrättssystem eller om ett nytt sui generis-system är vad som krävs. Vidare debatterades innehållet i ett skydd för TCE samt vilka lärdomar som kan dras av urbefolkningars sedvanerätt.¹³⁰ Till stor del präglades mötet också av stridigheter kring frågan om WIPO:s eventuella finansiering av urbefolkningars representanters deltagande i kommitténs möten.¹³¹

4.10.3 Andra mandatet – fas två

IGC:s initiala mandat gick ut under 2003. Vid generalförsamlingens möte den 22 september till den 1 oktober 2003 beslutades att IGC skulle ges ett förnyat och utvidgat mandat med fokus på ett internationellt skydd. Det nya mandatet markerar IGC:s uppnådda ställning som ett internationellt erkänt forum för behandling av frågor gällande ”indigenous resources” och ger bl.a. IGC en rätt att utveckla internationellt bindande instrument på området.¹³²

Till skillnad från tidigare sessioner, som hade karaktäriserats av övergripande och lösa diskussioner, kom de följande att föra arbetet med TCE till ett mer konkret plan.¹³³ Vid kommitténs sjätte session, den 15 - 19 mars 2004, gjordes stora framsteg utan tidigare motstycke, eftersom det uppdrogs åt WIPO:s sekretariat att utarbeta ett första förslag till ”policy objectives” (dvs. bakomliggande skäl för ett skydd) och ”core principles” (dvs. principer för skyddet, både mera generella och ett tiotal specifika och mycket konkreta) samt en sammanfattning av de ”policy options” som finns (dvs. handlingsmekanismer för ett genomförande av skyddet) och ”legal mechanisms” (lagtekniska frågor) genom vilka skyddet kan genomföras. De båda senare baserades på hela den räckvidd av diskussioner som redan har förts i kommittén tillsammans med en analys av respektive alternativs politiska och praktiska konsekvenser.¹³⁴

Resultatet av sekretariatets arbete behandlades och bearbetades under den sjunde sessionen, som ägde rum den 1 - 5 november 2004. I ett dokument från sessionen anges uttryckligen att till grund för diskussionerna ligger, förutom WIPO:s tidigare sammanträden, bl.a. interventioner av

¹²⁹ Olsson, Henry, *Genetiska resurser, traditionell kunskap och folklore. Kris i WIPO:s mellanstatliga kommitté*, 2003, <http://www.nir.nu/aktuellt.asp?ID=98> (cit. Olsson, 2003; 1).

¹³⁰ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Overview, s. 8.

¹³¹ Olsson, 2003; 2, s. 150.

¹³² Nyhetsbrev, Update 234, Geneva, November 9, 2004, http://www.wipo.int/edocs/prdocs/en/2004/wipo_upd_2004_234.html (cit. Nyhetsbrev, Update 234) samt Press Release, PR/2003/362: WIPO Member States Agree to Fast-Track Work on Traditional Knowledge, Geneva, 2003, <http://www.wipo.int/wilma/pressinfo-en/200309/msg00009.html>.

¹³³ Olsson, 2004; 2, s. 565.

¹³⁴ WIPO/GRTKF/IC/6/14, Report, s. 31. Se även WIPO/GRTKF/IC/7/3, s. 3.

medlemsstater, folkgrupper och andra intressenter under dessa sammanträden och under nationella och regionala möten, rapporter som exempelvis fact-finding missions, nationella och internationella lagar och konventioner, genomförda studier och enkätsvar på utförda undersökningar. Vad som framkom under denna session var således inte nytt för kommittén. Däremot sammanställdes och bearbetades fakta byggda på tidigare diskussioner och erfarenheter, vilket mynnade ut i ett konkret förslag för kommitténs övervägande.¹³⁵ Diskussionen avsåg dock endast det materiella innehållet i ett eventuellt skydd för TCE och behandlade följaktligen inte formen för ett sådant, dvs. om skyddet bör ha formen av en bindande internationell konvention eller endast rekommendationer eller annan s.k. ”soft law”.¹³⁶

Det materiella innehållet i sekretariatets förslag erhöll, trots åtskilliga kommentarer på olika punkter, godkännande och kommittén kom överens om att arbetet med förslaget skulle fortskrida med beaktande av de kommentarer som hade gjorts under mötet och de ytterligare kommentarer som kunde göras skriftligen fram till och med den 25 februari 2005. Med hänsynstagande därtill kommer uppdaterade versioner att cirkuleras bland medlemmarna för vidare överläggning inför den åttonde sessionen, vilken kommer att äga rum i juni 2005. I samband med den sjunde sessionen begrundades även planer för ökat deltagande och inflytande för urbefolkningar. Antalet NGOs steg markant under denna session till mer än hundra, varav de flesta är representanter för urbefolkningar. Baserat på tidigare försök att förbättra dessa gruppers inflytande godtogs under sessionen en rad formella krav angående större utrymme i kommittén, bl.a. genom ett krav på utökad taltid.¹³⁷

Inför den åttonde sessionen har WIPO:s sekretariat, med hänsyn till de kommentarer och föreslagna formuleringar som gjordes under den sjunde sessionen och därefter, tagit fram ett utkast, en uppdaterad version av sjunde sessionen, innehållande materiella standarder som kan komma att ligga till grund för ett internationellt skydd för TCE.¹³⁸ Dessa grundar sig på såväl immaterialrättsliga som icke-immaterialrättsliga element. Trots att de föreslagna bestämmelserna utsträcker det rättsliga skyddet till att omfatta sådana uttryck som inte omfattas idag, är de djupt rotade i det immaterialrättsliga systemet och syftar till att skapa balans med detsamma genom att fungera som kompletterande och stödjande.¹³⁹

Utkastet syftar, liksom förslaget från sjunde sessionen, till att reflektera det väsentliga av vad som framkommit bl.a. under kommitténs tidigare sessioner, WIPO:s rådgivande fora dessförinnan och vad som i övrigt har uppmärksamats under de fyra årtionden som ämnet har dryftats.¹⁴⁰ Under

¹³⁵ WIPO/GRTKF/IC/7/3, s. 3 f.

¹³⁶ Olsson, 2004; 2, s. 566, samt WIPO/GRTKF/IC/7/3, s. 5.

¹³⁷ Nyhetsbrev, Update 234, samt Olsson, 2004; 2, s. 565.

¹³⁸ WIPO/GRTKF/IC/8/4. Se närmare om förslagets innehåll nedan under kap. 6.4.

¹³⁹ WIPO/GRTKF/IC/7/3, s. 7.

¹⁴⁰ WIPO/GRTKF/IC/8/4, s. 3.

den åttonde sessionen kommer IGC att behandla och ta ställning till de reviderade texterna avseende målsättningarna och principerna för ett skydd och besluta om hur kommitténs arbete skall fortskrida.¹⁴¹

¹⁴¹ http://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=110 samt WIPO/GRTKF/IC/8/1, Draft Agenda.

5 Befintligt immaterialrättsligt skydd

5.1 Inledning

Frågan om TCE kan inrymmas under något immaterialrättsligt skydd är synnerligen diskutabel. Vissa länder anser att tillräckligt skydd för TCE kan ges inom ramen för befintliga immaterialrättssystem medan andra menar att skyddsbehovet enbart kan tillgodoses genom ett sui generis-system. En tredje uppfattning är att befintliga immaterialrättssystem kan anpassas eller utvidgas till att omfatta TCE.¹⁴² Nedan följer en redogörelse för huruvida och i vilken utsträckning det befintliga immaterialrättsliga systemet kan bereda skydd för TCE.

5.2 Upphovsrätt

5.2.1 Allmänt

Av immaterialrätterna förknippas TCE enklast med upphovsrätten. I försök till utformning av internationella regleringar och i de nationella lagar som ger skydd för TCE har också detta synsätt kommit till uttryck. Under BK bereds upphovsmän skydd för sina ”konstnärliga och litterära verk”. I dess artikel 2 stadgas vidare att detta begrepp innefattar alla alster på det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området, oavsett på vilket sätt eller i vilken form de kommit till uttryck. Således kan tyckas att TCE bör kunna beredas skydd inom upphovsrätten. Den politiska och akademiska debatten har dock kommit till slutsatsen att TCE per se inte täcks av den upphovsrätt som återspeglas i nationell och internationell lagstiftning.¹⁴³ Anledningarna till detta är, som påvisas nedan, flera. Däremot omfattas typiskt sett samtida verk som skapats med TCE som inspirationskälla eller som innehåller vissa element därav. Sådana verk är skapade av en enskild person eller en grupp av personer, vilket medför att kravet på personligt skapande enkelt kan anses vara uppfyllt. Vidare kan skyddets längd med lätthet fastställas enligt vedertagna regler. Eftersom nya element har tillförts, anses dessa verk generellt också uppfylla kravet på originalitet.¹⁴⁴ Det är med andra ord beträffande den första kategorin, TCE per se, som tillämpning av befintlig upphovsrättslig lagstiftning är problematisk.

¹⁴² WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 34.

¹⁴³ Von Lewinski, 2004; 1, s. 222.

¹⁴⁴ A. a. s. 224.

5.2.2 Problem vid tillämpning av befintlig upphovsrätt

En av de främsta orsakerna till att TCE per se faller utanför upphovsrättens skyddsområde är dess kollektiva natur, vilken gör det svårt att fastställa vem som är upphovsman till verket. Medan TCE per se är ett resultat av en kontinuerlig utveckling och löpande förändringar hos en folkgrupp, bygger upphovsrätten på principen om en personlig identifierbar skapandeinsats.¹⁴⁵ Följaktligen uppfylls inte ett av upphovsrättens mest fundamentala krav.

I artikel 7 *bis* i BK anges att upphovsmannaskap kan vara gemensamt om verket är ett resultat av flera personers samarbete. Individuella, identifierbara upphovsmän krävs alltså vilket innebär att problemet inte heller härigenom kan avhjälpas. I upphovsrätten har man dock hittat vägar att komma runt kravet på identifierbar upphovsman i vissa fall. I artikel 7 (3) i BK finns nämligen en bestämmelse som behandlar verk vars upphovsmän är anonyma eller pseudonyma. Emellertid tillför detta föga till en lösning av problemet med TCE per se, eftersom artikelns sista mening tillägger att unionsländerna inte behöver skydda anonyma eller pseudonyma verk vars upphovsman skäligen kan antas vara avliden sedan femtio år.¹⁴⁶

Skyddets tidsbegränsning utgör ett annat betydande hinder. I artikel 7 i BK anges att skyddet omfattar upphovsmannens livstid och därefter en minimitid på femtio år. Enligt artikel 7 *bis* i BK äger samma sak tillämpning på gemensamt upphovsmannaskap. Eftersom det beträffande TCE per se inte finns någon identifierbar upphovsman, kan skyddstiden inte fastställas med utgångspunkt i upphovsmannens död. Skydd för anonyma verk upphör om publicering har skett femtio år därefter och för opublicerade verk då det kan antas att upphovsmannen är avliden sedan femtio år tillbaka.¹⁴⁷ Eftersom urbefolkningskonst har sin grund i traditioner, är det svårt att fastställa när traditionen kan anses ha uppkommit respektive upphört och från vems död skyddstiden skall räknas.¹⁴⁸ Ett rättsligt skydd för TCE bör således vara obegränsat i tiden. Detta har också uppmärksammats i tidigare lagstiftning. Varken 1982 års Model Provisions eller Panamas sui generislagar¹⁴⁹ innehåller någon tidsbegränsning.¹⁵⁰ Exempel kan även finnas i nationell upphovsrättslig lagstiftning, t.ex. i Kongolesisk rätt.¹⁵¹

Ett ytterligare hinder mot tillämpning av upphovsrätt på TCE per se är avsaknaden av originalitet. Generellt krävs i lagstiftningar världen över en viss nivå av originalitet.¹⁵² Detta kan också utläsas ur artikel 2 (1) och 2 (5) i BK som anger att skyddade litterära och konstnärliga verk måste utgöra

¹⁴⁵ A. a. s. 222.

¹⁴⁶ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 39 f. samt von Lewinski, 2004; 1, s. 223.

¹⁴⁷ Von Lewinski, 2004; 1, s. 224.

¹⁴⁸ Shev, 2004, s. 210, med vidare hänvisning.

¹⁴⁹ Se nedan under kap. 6. 2.

¹⁵⁰ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 43.

¹⁵¹ Kuruk, 1999, s. 800.

¹⁵² Shev, 2004, s. 207.

intellektuella skapelser. Innebörden av originalitetskravet definieras inte närmare i de internationella fördragen och oftast inte heller i nationell lagstiftning.¹⁵³ Dock kan sägas att verket skall härröra från upphovsmannen genom en personlig och nyskapande insats, men något krav på nyhet motsvarande patenträttens är det inte. Det är tillräckligt att verket utgör en nyhet för upphovsmannen, dvs. att det inte är en avbildning av någon annans verk.¹⁵⁴ Kravet kan vara svårt för urbefolkningskonst att uppfylla, eftersom existerande TCE, antingen pga. att skyddstiden har löpt ut eller pga. att den aldrig har uppfyllt kraven för skydd, ofta befinner sig i det fria området.¹⁵⁵ Obearbetade återgivningar av något ur det allmänna formförrådet liksom av i naturen förekommande företeelser utgör inte grund för upphovsrätt.¹⁵⁶ Originalitet kan då endast uppnås om de kontinuerliga och små förändringar som TCE per se som levande kulturarv är föremål för över tid resulterar i skapandet av nya och självständiga verk. Det kan dock ifrågasättas om sådana små och kollektiva förändringar som utövandet av konsten eller traditionen ger upphov till uppfyller originalitetskravet. Oftast torde krävas ett mer konkret individuellt skapande som kan vara fallet med modern urbefolkningskonst.¹⁵⁷

Så länge det kan anses att något nytt element har tillförts verket kan således originalitetskravet anses vara uppfyllt. Frågan om urbefolkningars verk uppfyller originalitetskravet har varit omdiskuterad i australiensisk doktrin och praxis.¹⁵⁸ Tidigare antogs generellt att aboriginisk konst och traditionella berättelser, pga. bristande originalitet och avsaknad av en identifierbar upphovsman, helt saknade förutsättningar för upphovsrätt. Denna inställning ändrades dock under slutet av 1980-talet. Efter en rad tidigare stämningar för upphovsrättsintrång kom denna attitydförändring för första gången till uttryck i fallet *Bulun Bulun v Nejlam Pty Ltd.*¹⁵⁹ 1989 stämde konstnären Johnny Bulun Bulun en T-shirt tillverkare för att utan hans vetskap och tillstånd ha återgett hans målning *Magpie Geese and the Waterlilies at the Waterholes*. Parterna ingick dock förlikning innan huvudförhandlingen enligt vilken tillverkaren ålades att betala ett skadestånd på A\$ 150 000 samt att dra tillbaka varorna från marknaden. Sakkunniga uttalade ett tydligt stöd för upphovsrättsliga grunder och i samband med fallet uppmärksammades att tretton andra aboriginiska konstnärer hade grund för rättsliga åtgärder mot T-shirt tillverkaren. Trots

¹⁵³ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 37.

¹⁵⁴ Koktvedgaard; Levin, 2003, s. 70 f. Jfr NJA 1994 s. 74 (Smultron), där kravet på verkshöjd var lågt. Skyddsomfånget, för vilket bedömningen tar utgångspunkt i verkets originalitet, ansågs dock vara relativt begränsat och ett liknande jordgubbsmönster konstaterades inte vara någon efterbildning.

¹⁵⁵ Von Lewinski, 2004; 1, s. 223.

¹⁵⁶ Koktvedgaard; Levin, 2003, s. 70.

¹⁵⁷ Von Lewinski, 2004; 1, s. 223 samt WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 39.

¹⁵⁸ Shev, 2004, s. 207.

¹⁵⁹ Federal Court of Australia, Olney J, 29 mars 1989. Ej refererat. För närmare behandling av fallet se Golvan, Colin, *Aboriginal Art and Copyright: The case for Johnny Bulun Bulun*, 1989, 10 *European Intellectual Property Review* s. 346.

att fallet inte avgjordes i domstol, anses det utgöra en vändning i uppfattningen om samtida verk av aboriginisk konst.¹⁶⁰

Denna inställning kom senare att bekräftas i *M*, Payunka, Marika and Others v Indofurn Pty Ltd.*¹⁶¹ Ett mattföretag, Indofurn, hade avbildat några aboriginiska konstnärers alster och använt som mönster på mattor. Beträffande frågan om förfarandet kunde anses utgöra upphovsrättsintrång konstaterade domstolen utan omvägar att ”även om alstren följer traditionell aboriginisk design och baseras på drömteman, är varje konstverk detaljerat och komplext och ger uttryck för stor skicklighet och originalitet”.¹⁶²

Stadgandet i artikel 2 i BK om att de nämnda verken erhåller upphovsrättsligt skydd oavsett i vilken form eller på vilket sätt de tas i uttryck kompletteras av ett förbehåll i artikel 2 (2). Där anges att det är förbehållet unionsländerna att föreskriva att det för skydd krävs att verket finns upptaget på ett materiellt underlag. Många länder har tagit fasta på detta i sin upphovsrättsliga lagstiftning.¹⁶³ Materiell upptagning fungerar som ett stöd för befintligheten av TCE och kan mer exakt påvisa skyddets omfattning.¹⁶⁴ En stor del TCE finns inte upptaget i materiell form, utan består som bekant av sånger, danser, ritualer m.m., vilket kan innebära att upphovsrättsligt skydd omöjliggörs på denna grund. Även om TCE finns upptagen i materiell form föreligger ett problem som har förankring i själva karaktären hos TCE. Eftersom TCE ständigt förändras genom befolkningens utövande av den, kommer den materiella upptagningen så småningom att bli inaktuell och kravet därmed inte längre vara uppfyllt.¹⁶⁵

Enligt TRIPS-avtalet utvidgas det upphovsrättsliga skyddet till att även omfatta uttryck. Det stadgas i avtalets artikel 9 (2), som vidare uttrycker den för upphovsrätten fundamentala principen, att skyddet inte omfattar idéer, förfaranden och metoder. I fråga om befolkningskonst är det ofta ett verks stil, tema eller grundtankar som reproduceras, vilket anses hänförligt till idéer snarare än uttryck. Ett sådant förfarande kan väcka anstöt hos befolkningsgruppen i fråga, men upphovsrätten utgör således inget hinder mot att så sker.¹⁶⁶

5.2.2.1 Kommentar

Utifrån ovanstående redogörelser kan slutsatsen dras att en möjlighet till upphovsrättsligt skydd finns för modern traditionsbaserad konst, skapad antingen av medlemmar av befolkningsgruppen där traditionen uppstått eller av andra, som, i de länder där ett sådant krav finns, är upptagna materiellt. Exempel kan hittas i kanadensisk och australiensisk rätt.¹⁶⁷ Därutöver kan, i

¹⁶⁰ Janke, 2003, Case Study 3, appendix 2.

¹⁶¹ (1994) 130 ALR 659. Även kallat *the Carpets Case*. Se även Janke, 2003, Case Study 1.

¹⁶² *M*, Payunka, Marika and Others v Indofurn Pty Ltd.* Se <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/cth/federal%5fct/unrep7290.html> punkt 20.

¹⁶³ Shev, 2004, s. 210.

¹⁶⁴ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 43.

¹⁶⁵ Von Lewinski, 2004; 1, s. 224.

¹⁶⁶ Shev, 2004, s. 210 med vidare hänvisning samt WIPO/GRTKF/IC/5/3, s. 45 f.

¹⁶⁷ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 45.

de länder där ett sådant krav inte uppställs, upphovsrättsligt skydd åtnjutas även av sådan samtida traditionsbaserad konst som inte har upptagits i materiell form. Samtida verk av detta slag har vanligen en identifierar upphovsman eller grupp av uphovsmän, vilket även ger ett underlag för beräkning av skyddstiden. För att skydd skall kunna ges, måste verket därutöver besitta sådan originalitet att ett nytt verk anses ha skapats.¹⁶⁸ Förutsatt att något nytt element har tillförts verket uppfyller samtida verk baserade på eller inspirerade av tradition oftast originalitetskravet.¹⁶⁹ Dock är skyddet tidsbegränsat, varför verket kommer att befinna sig i det fria området efter minimitiden om femtio år.

Det kan konstateras att upphovsrätten i sin befintliga form inte verkar vara rätt institut för ett skydd av TCE per se. Besvären som det skulle innebära att försöka utsträcka och modifiera upphovsrätten för att komma runt problemen med tidsbegränsning, originalitetskrav, identifierbar upphovsman och materiell upptagning påvisar rättsområdets olämplighet som inrymmande av ett skydd för TCE. Problemen är inte endast av teknisk natur, utan härrör från själva konceptet med upphovsrätt.¹⁷⁰

5.2.3 Ideella rättigheter

Upphovsrätten, liksom de övriga immaterialrätterna, tillgodoser i första hand ett ekonomiskt intresse och syftar till att ge uphovsmannen bästa möjliga förutsättningar att kunna sprida sitt verk till allmänheten. Bakom uppkomsten av TCE finns inget kommersiellt syfte och dess ändamål är inte att spridas till en allmänhet, utan tvärtom att bevaras inom den kultur som den har uppstått. Icke-ekonomiska, hedersrelaterade intressen spelar en lika viktig, om inte viktigare, roll som de ekonomiska för många urbefolkningar. Vid första anseende kan det därmed tyckas att ideella rättigheter, som traditionellt omfattas av rätten till namngivelse, rätten att motsätta sig kränkande användning av verket och rätten att besluta om det första offentliggörandet av verket, bör kunna bereda tillräckligt skydd för TCE.¹⁷¹ Någon tillfredsställande lösning tillhandahålls dock inte därigenom, eftersom tillämpningen av ideella rättigheter följer samma linje som övrig upphovsrätt, dvs. ovan omtalade hinder är fortfarande för handen. Vidare är ideella rättigheter ett främmande institut för common law-länder och på det internationella planet undantas de enligt artikel 9 från TRIPS-avtalets tillämpningsområde.¹⁷²

¹⁶⁸ Von Lewinski, 2004; 1, s. 224.

¹⁶⁹ WIPO/GRTKF/IC/5/3, s. 38.

¹⁷⁰ Lucas-Schloetter, 2004, s. 298 f.

¹⁷¹ I svensk rätt omfattas den ideella rätten endast av en rätt till namngivelse, paternitetsrätten, och en rätt att motsätta sig kränkande användning av verket, respekträtten. Se Koktvedgaard; Levin, 2003, s. 138.

¹⁷² Lucas-Schloetter, 2004, s. 298 f.

5.2.4 Upphovsrätten i relation till sedvanerätt

Ovan har konstaterats att upphovsrätten kan tilldela en skapare av samtida traditionsbaserad konst rättigheter i förhållande till sitt verk. I anslutning till detta påstående bör emellertid uppmärksammas att upphovsmannen samtidigt kan ha skyldigheter och rättigheter under sedvanerättsliga bestämmelser, där rätten till ett verk inte nödvändigtvis betyder samma sak som i den traditionella västerländska immaterialrätten.¹⁷³ Den inneboende spänning som förhållandet besitter har uppmärksamats och prövats i det australiensiska rättsfallet *Bulun Bulun and Milpurruru v R and T Textiles*.¹⁷⁴ Än en gång var det Bulun Buluns målning *Magpie Geese and the Waterlilies at the Waterholes* som var föremål för talan om kommersiellt utnyttjande. Denna gång hade textilföretaget R & T Textiles utan konstnärens tillstånd importerat tyger med motivet tryckt på. Enligt aboriginers synsätt utgjorde detta inte endast en kränkning av konstnärens rättigheter, utan även en kränkning mot hela stammen. Följaktligen hade målet två käranden, Bulun Bulun och, å stammens vägnar, Mr. Milpurruru. Den personliga rätt som Bulun Bulun hade som upphovsman kom enligt stammen inte i konflikt med detta synsätt, eftersom konstnären handlar som en slags förvaltare av kulturen å stammens vägnar.¹⁷⁵ I anslutning till detta resonemang väcktes frågor om denna sedvanerätt kunde ge upphov till förpliktelser för tredje man, dvs. personer utanför urbefolkningsgruppen. Kan vem som helst av stammedlemmarna ingå licensavtal om målningen? En annan fråga är om ett avtal som ingåtts med konstnären, upphovsmannen, är giltigt eller om det måste ingås även med resten av stammen. Vid tidpunkten för domslutet hade Bulun Bulun ingått förlikning med företaget och för prövning kvarstod följaktligen endast frågan om Mr. Milpurrurus eventuella rättigheter. Domstolen konstaterade att det inte kunde anses föreligga någon likvärdig rätt till verket men att den enskilde konstnären hade en omsorgsplikt gentemot sin stam som förhindrade denne från att handla på ett sätt som skulle kunna vara skadligt för stammen. Detta förhållande kunde enligt domstolen även innebära att om konstnären själv inte agerar för att hindra ett intrång kan stammen vara berättigat att göra det. I förevarande fall ansågs dock Bulun Bulun ha uppfyllt sin omsorgsplikt mot stammen varmed Mr. Milpurrurus talan ogillades. Fallet innebär ett erkännande av kollektiva rättigheter till traditionell konst i australiensisk rätt.¹⁷⁶

De motsättningar som kan finnas mellan upphovsrätten och sedvanerätten har varit ett av skälen bakom utvecklingen de sui generis-system som finns idag i modellagar och nationell lagstiftning.¹⁷⁷ Det finns emellertid de som påpekar att synpunkter gällande dessa motsättningar inte alltid är relevanta, eftersom det finns urbefolkningar som inte använder sig av sedvanerätt. Vidare har hävdats att ett antagande om att det finns ett allmänt

¹⁷³ A. a. s. 41 f. Se även ovan under kap. 3.2 och 3.3.

¹⁷⁴ (1998) 41 IPR 513, http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/1998/1082.html.

¹⁷⁵ Brown, 2003, s. 45 f.

¹⁷⁶ Brown, 2003, s. 64 f. Se även Janke, 2003, Case Study 3.

¹⁷⁷ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 42.

sedvanerättsligt egendomssystem för kollektiva rättigheter skulle vara en felaktig generalisering eftersom ett sådant synsätt bortser från den oerhörda mångfasettering och komplexitet som olika traditionella egendomssystem ofta besitter.¹⁷⁸ Att behandla sedvanerätt som annan lagstiftning är ett tänkbart sätt att angripa problemet med en sådan konfliktsituation. I artikel 17 i BK anges nämligen uttryckligen att konventionen inte inskränker ett konventionslands möjligheter att tillåta, övervaka eller förhindra spridning, framförande eller utställning av de verk som konventionen berör. En analog tillämpning av artikel 17 på sedvanerättsliga bestämmelser skulle då innebära ett hinder att agera i strid mot dessa.¹⁷⁹

Att konflikter kan uppstå då immaterialrättsliga regler introduceras i ett samhälle som redan lyder under etablerade sedvanerättsliga principer, innebär att det i sådana fall är av vikt att samtidigt införa tydliga regler som reglerar förhållandet mellan dessa två rättssystem.¹⁸⁰

5.2.5 Skydd för TCE i nationella upphovsrättsliga regleringar

På det nationella planet kan tre förhållningssätt till TCE på upphovsrättslig basis urskiljas; lagstiftning som överhuvudtaget inte nämner ämnet, lagstiftning som uttryckligen exkluderar TCE från dess tillämpningsområde och lagstiftning som erbjuder ett direkt skydd för TCE. Till den första gruppen hör de länder vilka till flertalet har modern upphovsrättslig lagstiftning. Dit räknas de flesta europeiska länder, de industrialiserade länderna Australien, Kanada, USA och Japan samt ett mindre antal av länderna i Asien, Afrika och Sydamerika. Den andra gruppen består framförallt av forna Sovjetunionens länder samt några av länderna i Latin- och Sydamerika. De senare sammankopplar TCE med det fria området. Den enda skillnaden i praktiken mellan dessa två grupper torde vara att frågan pga. den tydliga uteslutningen i de sistnämnda länderna inte är föremål för diskussion. Den tredje gruppen utgörs av tredje världens länder och består huvudsakligen av afrikanska länder men även av en del sydamerikanska och asiatiska länder.¹⁸¹

Frågan om en reglering av skyddet för TCE som en del av det internationella immaterialrättsliga systemet eller i nationell upphovsrättslig lagstiftning har som tidigare nämnts drivits särskilt hårt av länder i tredje världen. Alltsedan 1970 har ett flertal afrikanska länder infört bestämmelser om TCE i sina immaterialrättsliga lagstiftningar, huvudsakligen influerade av WIPO:s och UNESCO:s arbete. En anledning därtill förefaller vara att en stor del av dessa länders historia och kultur länge förts vidare muntligt och därmed inte åtnjuter skydd enligt upphovsrättslig lagstiftning som kräver materiell upptagning. Det finns även en utbredd uppfattning om att det i stor

¹⁷⁸ A. a. s. 42 punkt 122, med vidare hänvisningar.

¹⁷⁹ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 42.

¹⁸⁰ Von Lewinski, 2004; 1, s. 229.

¹⁸¹ Lucas-Schloetter, 2004, s. 284 ff.

utsträckning förekommer medvetna försök att utnyttja TCE från dessa länder kommersiellt.¹⁸² Regleringarnas innehåll och utformning varierar länderna emellan och det är inte alltid enkelt att avgöra om skyddet som uppställs är strikt upphovsrättsligt eller har mer karaktär av sui generis-system.¹⁸³ Vissa av länderna behandlar TCE separat utan referens till upphovsrätt, medan andra uttryckligen behandlar TCE som en del av det upphovsrättsliga systemet. Majoriteten av länderna har dock särskilda bestämmelser beträffande TCE. Flertalet löser identifikationsproblemet genom ett system baserat på tillstånd från en kompetent myndighet (i enlighet med Model Provisions) och erläggande av avgifter för kommersiellt utnyttjande av TCE. Bestämmelser av icke-ekonomisk karaktär som tillvaratar befolkningsgruppens ideella rättigheter är också förekommande. I vissa lagstiftningar har problemet som skyddets tidsbegränsning ger upphov till lösts genom stadganden om att något sådant inte skall finnas beträffande TCE. I de allra flesta fall ligger skyddet mycket nära upphovsrätten men skiljer sig också därifrån i flera hänseenden.¹⁸⁴

Verkningarna av Ghanas implementering av skydd för TCE i sin upphovsrättsliga lagstiftning har utvärderats i doktrinen. I the Copyright law of 1985 of Ghana ges TCE ett uttryckligt skydd genom dess artikel 5 som stadgar att (1) verk av ghanansk folklöre härmed skyddas av upphovsrätt och (2) upphovsmännens rättigheter till sådan folklöre under denna lag härmed tillerkänns republiken Ghana på samma sätt som om republiken skulle vara verkens ursprungliga skapare.¹⁸⁵ I enlighet med Model Provisions har också en kompetent myndighet för handhavande och administration av ärenden avseende TCE inrättats. För andra än ghananska medborgare krävs tillstånd av denna myndighet för sådan användning av TCE som faller utanför tillåtet användande. Ghananska medborgare som avser att använda ghanansk TCE för kommersiella ändamål måste för detta betala en av myndigheten fastställd summa.¹⁸⁶

Efter införandet av bestämmelsen kan skönjas ett växande motstånd mot lagstiftningen bland landets författare, konstnärer och artister. Kritiken grundar sig framförallt på uppfattningen att det kan förefalla orättvist att en ghanansk konstnär skall behöva betala för att använda sin egen kultur som efterlämnats denne och landets övriga medborgare av deras förfäder. Det finns de som hävdar att systemet istället kan vara till skada för bevarandet av den egna kulturen genom att landets konstnärer istället börjar använda sig av utländska influenser.¹⁸⁷

¹⁸² Amegatcher, *Protection of folklore by copyright – a contradiction of terms*, UNESCO Copyright Bulletin, Volume XXXVI, No. 2, 2002, s. 33 f. (cit. Amegatcher, 2002).

¹⁸³ Se nedan under kap. 6 för närmare behandling av sui generis-system.

¹⁸⁴ Lucas-Schloetter, 2004, s. 284 ff.

¹⁸⁵ Amegatcher, 2002, s. 35 f., fritt översatt.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ A. a. s. 36 f. med vidare hänvisning.

5.3 Indirekt skydd genom upphovsrätt och närstående rättigheter

Ovan har konstaterats att TCE per se inte omfattas av den befintliga upphovsrätten. Däremot kan ett visst indirekt skydd härledas från bearbetningar och samlingsverk av TCE liksom från det skydd som ges för närstående rättigheter. Samlingsverk och bearbetningar av TCE kan, som anförts ovan, åtnjuta upphovsrätt förutsatt att de uppfyller de allmänna kraven för skydd.

En del av den TCE som urbefolkningar önskar erhålla skydd för utgörs av traditionella framföranden av exempelvis danser, ritualer och pjäser. Genom WPPT utsträcks skyddet till en typ av TCE som tidigare ansågs vara en del av det fria området. I artikel 2 (c) erhåller uttryckligen utövande konstnärers framförande av uttryck för folklöre ett visst skydd inom medlemsstaternas territorium.¹⁸⁸ Även om exempelvis själva sången är upphovsrättsligt skyddad ges härigenom ett skydd för framförandet av den. Skyddet för närstående rättigheter är något mer begränsat än vad som gäller i den faktiska upphovsrätten, men ger utövande konstnärer både vissa ekonomiska och ideella rättigheter. Dessa anges i fördragets artikel 5 till och med artikel 10.¹⁸⁹ De rättigheter som utövande konstnärer tillskrivs härigenom kan förefalla tillräckliga för att tillgodose de behov av skydd som urbefolkningar önskar för sina TCE. Genom ett dylikt konstaterande bortses emellertid från de TCE som inte uttrycks genom sång, dans, pjäser eller berättelser. Vidare kan ett sådant antagande vara rimligt endast om utövaren är en medlem av befolkningsgruppen där traditionen har uppstått. Även om det torde vara det vanligast förekommande kan det finnas fall då utövaren är någon utanför befolkningsgruppen. I händelse därav kan själva uttrycket åtnjuta visst indirekt skydd men inga ekonomiska förtjänster kommer folkgruppen i fråga till godo.

Fördraget tillskriver också personer som framställer upptagningar av t.ex. traditionell musik eller berättelser på fonogram ett skydd. Framställare av fonogram är enligt fördragets artikel 2 (d) "...person som tar initiativ till och har ansvaret för den första upptagningen av ljuden från ett framförande eller andra ljud eller symboler för ljud...". Samma problem som nämnts ovan påträffas dock även här, eftersom skyddet omfattar endast sådan TCE som kan uppfattas med hörselsinnet. Vad beträffar framställaren är denna till skillnad från utövaren oftast en person som inte tillhör folkgruppen, vilket kan få den märkliga effekten att en medlem av en urbefolkning vid ett officiellt utövande av stammens tradition kan få betala en ersättning för användandet av en upptagning av sin egen TCE.¹⁹⁰

¹⁸⁸ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 46 ff.

¹⁸⁹ A. a. s. 47.

¹⁹⁰ Von Lewinski, 2004; 1, s. 226.

5.4 Industriellt rättsskydd

5.4.1 Allmänt

Utöver upphovsrätt och närstående rättigheter, är det möjligt att tänka sig att det industriella rättsskyddet kan utgöra en grund för visst rättsligt skydd för TCE. De internationella instrument som behandlar området är PK och i vissa delar TRIPS-avtalet. Enligt följande rättsområden kan endast en del uttryck beredas skydd och då i begränsad omfattning. Teoretiskt sett kan de inte komma att utgöra ett fullständigt, i enlighet med det uttryckta skyddsbehovet, tillfredsställande skydd för TCE, utan snarare ha en kompletterande funktion. En närmare undersökning av om och i vilken mån TCE omfattas av dessa rättsområden kan dock vara av värde att företa, eftersom visst rättsligt skydd möjligen kan erhållas härur.

5.4.2 Mönsterskydd

Mönsterskydd skyddar en produkts utseende och kan enligt artikel 25 (1) i TRIPS-avtalet erhållas för självständigt skapade mönster som är nya eller särpräglade. Innehavaren av ett mönsterskydd har rätt att hindra andra från att i kommersiellt syfte framställa, sälja eller importera varor som bär eller omfattar mönstret eller ett därmed liknande mönster.¹⁹¹ En stor andel TCE utgörs generellt av design av skilda slag, såsom textilier och andra konsthantverk, för vilka mönsterskydd kan komma till nytta. Urbefolkningar har dock gjort gällande att de många gånger är oförmögna att skydda sin design enligt mönsterskyddssystemet.¹⁹² Bland de brister som föreligger i tillämpningen av mönsterskydd på TCE bör framförallt dess krav på nyhet och särprägel beröras. Nyhetskravet innebär att skydd inte kan ges om en identisk eller mycket lik design tidigare har gjorts allmänt tillgänglig.¹⁹³ Eftersom traditionell kulturell design oftast har brukats i hundratals år och till följd därav anses hänförlig till det fria området, är kravet närmast omöjligt att uppfylla.¹⁹⁴ Även kravet på särprägel är svåruppfyllt, eftersom TCE bygger på nedärvd kultur från generation till generation. I många befolkningsgrupper anses konsten återspegla stammens historia och religion och utrymmet för konstnärliga utsvävningar är därmed begränsat.¹⁹⁵

En annan svaghet hos mönsterskyddet är den begränsade skyddstiden. TRIPS-avtalets minimikrav för skydd är 10 år.¹⁹⁶ Urbefolkningar har önskemål om ett tidsobegränsat skydd, särskilt beträffande sådan design som är av synnerligen kulturellt och religiöst värde. De anser även att det föreligger problem gällande kostnader för och kunskaper om registreringsförfarandet samt eventuella intrångsprocesser. I fråga om skydd

¹⁹¹ Artikel 26 (1) i TRIPS-avtalet.

¹⁹² WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 54 f. med vidare hänvisning.

¹⁹³ A. a. s. 54 f.

¹⁹⁴ Lucas-Schloetter, 2004, s. 306.

¹⁹⁵ A. a. s. 293, genom hänvisning från s. 306, not 260.

¹⁹⁶ Artikel 26 (3) i TRIPS-avtalet.

för textilmönster har man försökt begränsa dessa problem genom införandet av artikel 25 (2) i TRIPS-avtalet som ålägger medlemsstaterna att särskilt med avseende på kostnader, granskning eller offentliggörande inte otillbörligt minska möjligheterna att ansöka om och erhålla ett sådant skydd.¹⁹⁷

I likhet med vad som fastställdes gällande upphovsrätt måste en distinktion göras mellan TCE per se och modern urbefolkningskonst. Slutsatsen kan dras att mönsterskydd torde vara tillämpligt endast på sådan samtida design som skapats av enskilda konstnärer baserad på eller inspirerad av TCE som uppfyller kraven på nyhet och särprägel. Skyddet tillgodoser emellertid endast innehavarens ekonomiska intressen, vilket lämnar behovet av integritetsskydd helt otillfredsställt.¹⁹⁸

5.4.3 Varumärkesskydd

Ouppfyllda förhoppningar om den ideella rättens inflytande på en förstärkning av urbefolkningarnas rättigheter och de påtagliga konflikterna mellan upphovsrättens individuella och urbefolkningars kollektiva synsätt har lett till ett ökat intresse för vad varumärkesrätten kan erbjuda.¹⁹⁹ Många urbefolkningar har uttryckt ett missnöje över att från dem härstammande ord, namn, design och övriga tecken används kommersiellt och registreras som varumärken av företag och personer utanför befolkningsgruppen (jfr ovan s. 18). Samtidigt hävdas att de själva har svårt att registrera varumärken, eftersom skyddet på olika sätt inte motsvarar deras behov.²⁰⁰

Varumärkesskydd tjänar två huvudsakliga syften. Ett varumärke har en funktion som ursprungsangivare varigenom potentiella köpare kan identifiera en produkt och särskilja den från andra produkter. En rätt till ett varumärke ger även ett skydd mot andras obehöriga och vilseledande användning av det.²⁰¹ Många TCE är av sådan karaktär att en varumärkesregistrering är tänkbar. Urbefolkningssymboler, namn, ord m.m. används inte sällan av företag i kommersiella syften.²⁰² Sådan användning kan innebära att allmänheten vilseleds om en produkts ursprung och urbefolkningen kan komma att förknippas med något som de inte representerar.²⁰³ Varumärkesskyddet tillkommer den som har registrerat varumärket, eller i de länder där inarbetning är möjlig, den som har inarbetat det.²⁰⁴ Detta skulle, gällande TCE, kunna innebära problem, eftersom urbefolkningen som sådan inte utgör skyddsobjektet, utan endast personen som står för registreringen. Genom registrering av kollektivmärken ges emellertid en möjlighet för en sammanslutning, även sådana helt utan

¹⁹⁷ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 55 f.

¹⁹⁸ Lucas-Schloetter, 2004, s. 306.

¹⁹⁹ Brown, 2003, s. 74.

²⁰⁰ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 47.

²⁰¹ Brown, 2003, s. 74.

²⁰² Se ovan under kap. 3.4.

²⁰³ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 47 f. med vidare hänvisning.

²⁰⁴ Koktvedgaard; Levin, 2003, s. 350. Se artikel 15 p. 1 i TRIPS-avtalet.

kommersiellt eller industriellt syfte, att gemensamt vara innehavare av varumärket.²⁰⁵ Det enda som krävs för en sådan registrering är att urbefolkningen förenar sig på så vis att de kan stå som innehavare av skyddet. Det individualistiska koncept som återfinns i upphovsrätten utgör således inget större hinder inom varumärkesrätten.²⁰⁶

Ännu mer passande är möjligtvis garantimärken, som har som funktion att indikera och garantera vissa egenskaper hos en produkt eller tjänst, exempelvis att framställningen av en vara har skett i enlighet med vissa traditioner eller religiösa uppfattningar.²⁰⁷ I Australien har en möjlighet att erhålla en s.k. Label of Authenticity funnits sedan mitten av 1990-talet som en respons på den stora mängd imitationer av urbefolkningskonst på marknaden. Konsumenter kan därmed urskilja original från kopior.²⁰⁸

Andra fördelar med ett varumärkesskydd är att det praktiskt sett inte har någon tidsbegränsning och att det inte uppställer något krav på nyhet. Det är tillräckligt att tecknet har tillräcklig särskiljningsförmåga.²⁰⁹ Dessutom är tillämpningsområdet något bredare än mönsterskyddets, eftersom skydd också kan erhållas för annat än grafiska framställningar, exempelvis för ord i en sångtext eller olika ljud.²¹⁰

Ett problem som urbefolkningar upplever med varumärkesregistreringar av TCE är att det uppställs som krav för registrering att märket används i näringsverksamhet, vilket inte nödvändigtvis behöver vara fallet med urbefolkningskonst. Det innebär att skydd omöjliggörs för de grupper som inte företar någon handel med sin konst men som ändå önskar skydda den mot andras otillbörliga användning av den.²¹¹ Vissa praktiska problem föreligger också beträffande ansöknings- och förnyelseavgifter liksom bristande kunskaper om rättsliga förhållanden och processer.²¹² Ett varumärkesskydd kan ge ett visst skydd för TCE och bidra till att marknaden för imitationer sinar.²¹³ Liksom för mönsterskyddet, kan dock konstateras att TCE per se inte härigenom bereds något skydd.

²⁰⁵ Artikel 7 *bis* i PK.

²⁰⁶ Von Lewinski, 2004, s. 227.

²⁰⁷ Lucas-Schloetter, 2004, s. 308, med vidare hänvisning.

²⁰⁸ Janke, 2003, Case Study 8, s. 135. Organisationen i som beviljade märket, The National Indigenous Arts Advocacy Association (NIAAA) har sedermera upplösts (2002) och framtiden beträffande registreringar är oviss.

²⁰⁹ Lucas-Schloetter, 2004, s. 307, med hänvisning till att påståendet kan utläsas ur artikel 18 i TRIPS-avtalet, som stadgar att ”Registrering och förnyelse av registrering av varumärke skall gälla i minst sju år. Antalet förnyelser av registrering av varumärke är obegränsat.”

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 51.

²¹² A. a. s. 52.

²¹³ Von Lewinski, 2004; 1, s. 226, med vidare hänvisning.

5.4.4 Skydd för geografiska ursprungsbeteckningar

I likhet med varumärkesskyddet kan även skydd för geografiska ursprungsbeteckningar i viss mån tillämpas på TCE. Vissa TCE, som t.ex. hantverk tillverkade av särskilda naturmedel, kan tänkas utgöra föremål för skydd liksom en del TCE, t.ex. traditionella namn och symboler, som i sig själva kan utgöra geografiska ursprungsbeteckningar.²¹⁴ Enligt definitionen i artikel 22 (1) i TRIPS-avtalet avses med geografiska ursprungsbeteckningar ”beteckningar som anger att en vara har ett ursprung i en medlems territorium, eller i en region eller ort inom detta territorium, om varans egenskaper, rykte eller andra karaktäristiska egenskaper kan hänföras till dess geografiska ursprung”. I artikel 22 (2) anges vidare att medlemsstater skall tillse att berörda parter genom rättsliga förfaranden kan förhindra andra från att använda beteckningar som kan ge felaktigt intryck av att en vara har sitt ursprung i det aktuella området. Medlemsstaterna skall också enligt artikel 22 (3) vägra eller ogiltigförklara registrering av ett varumärke som innehåller eller består av en geografisk ursprungsbeteckning avseende varor som inte härrör från området om allmänheten därigenom kan vilseledas om ursprunget. Det kan exempelvis vara vilseledande om geografiskt ursprung att använda sig av urbefolkningsspråk eller en viss design på en vara som inte har någon anknytning till den urbefolkningen.²¹⁵

Till skillnad från varumärken, som innehas av fysiska eller juridiska personer, är geografiska ursprungsbeteckningar kollektiva rättigheter som innehas av alla tillverkare inom ett visst geografiskt område. En rätt att använda en geografisk ursprungsbeteckning kan således hävdas av de urbefolkningar som har sitt ursprung i det aktuella området, liksom en rätt att hindra utomstående från att otillbörligt använda sig av densamma.²¹⁶

Skyddet som urbefolkningar kan erhålla genom geografiska ursprungsbeteckningar kan beträffande vissa yttringar av TCE ses som relativt tillfredsställande. Ett föreliggande problem är emellertid svårigheterna för urbefolkningar att genomdriva sina rättigheter till geografiska ursprungsbeteckningar i avsaknad av status som juridisk person.²¹⁷ Liksom för tidigare redovisade skyddsformer kan även här påpekas att det inte är de traditionella kulturella uttrycken i sig som åtnjuter skydd, utan enbart dess ursprung.

²¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 53.

²¹⁵ Janke, Terri, *Our Culture, Our Future: Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights*, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 1998, avsnitt 5.6.4. (cit. Janke, 1998).

²¹⁶ Lucas-Schloetter, 2004, s. 311.

²¹⁷ A. a. s. 311 f.

5.4.5 Illojal konkurrens och skydd för företagshemligheter

Alla nationella lagstiftningar föreskriver på något sätt ett skydd mot illojal konkurrens.²¹⁸ I artikel 10 *bis* i PK stadgas även att unionsländerna är pliktiga att tillförsäkra dess medborgare ett verksamt skydd däremot. Enligt artikeln skall handlingar som syftar till att framkalla förväxling med annans vara eller verksamhet, oriktiga påståenden och misskreditering samt påståenden angående varor som är ägnade att vilseleda allmänheten särskilt förbjudas. Praktiska nackdelar med skyddet i fråga om TCE är att det för dess tillämplighet krävs någon form av kommersiell transaktion samt att ett konkurrensförhållande föreligger mellan urbefolkningen och någon utomstående som affärsmässigt använder sig av TCE.²¹⁹ Detta medför att endast vissa typer av TCE kan åtnjuta skydd enligt skyddet mot illojal konkurrens, nämligen kommersiellt betingade varor och tjänster.

För bevarande av integriteten av sådan TCE som anses helig eller som urbefolkningen vill skall stanna inom gruppen kan regler om företagshemligheter komma till viss användning. En sådan rätt fastställs under vissa förutsättningar i artikel 39 i TRIPS-avtalet och kan sannolikt vara till viss nytta för urbefolkningar.²²⁰ Ett åberopande av regler om företagshemligheter kräver emellertid att TCE:n i fråga är konfidentiell (vilket torde vara uppfyllt om endast de som i enlighet med urbefolkningens sedvanerätt är berättigade att känna till den), att en mottagande part känner till dess konfidentiella natur och att den har använts på ett icke tillåtet sätt.²²¹ En fördel med skyddet är dock att det varken förutsätter individuella rättigheter till uttrycken eller ett verkligt avtalsförhållande mellan parterna.²²² I svensk rätt återfinns bestämmelser om skydd för företagshemligheter i Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL).

Beträffande hemligt och för urbefolkningsgruppen heligt material som inte har offentliggjorts utanför urbefolkningsgruppen har detta rättsområde visat sig ge ett effektivt skydd.²²³ Skyddets begränsning ligger emellertid i just detta påstående, eftersom det omfattar endast sådan TCE som inte har offentliggjorts. I ett australiensiskt rättsfall, *Foster v. Mountford*, har common law-doktrinen om konfidentiell information tillämpats på TCE. Fallet gällde publicering av en bok innehållande kulturellt känslig information. En antropolog, dr. Mountford, hade i samband med en expedition hos en grupp aboriginer blivit förevisad heliga platser och föremål med för dem högt religiöst och kulturellt värde. Svaranden hade sedermera låtit publicera information om dessa platser och föremål i en bok, vilken aboriginerna framgångsrikt lyckades få tillbakadragen på grund av

²¹⁸ Lucas-Schloetter, 2004, s. 312.

²¹⁹ Von Lewinski, 2004; 1, s. 227.

²²⁰ Lucas-Schloetter, 2004, s. 313.

²²¹ Von Lewinski, 2004; 1, s. 228.

²²² Lucas-Schloetter, 2004, s. 314.

²²³ A. a. s. 313, med vidare hänvisningar.

missbrukat förtroende. Domstolen konstaterade att genom publiceringen skulle information av synnerlig vikt, som svaranden hade givits i förtroende, offentliggöras och att ett sådant förfarande var att anse som missbruk av förtroende.²²⁴

Regler om illojal konkurrens kan i vissa fall förhindra utnyttjande av det kommersiella rykte som en urbefolkning kan tänkas ha fått som tillverkare av viss konst, förutsatt att detta rykte kan tänkas ha skadats av utnyttjandet i fråga. Det kan dock innebära svårigheter att försöka bevisa detta, vilket kan begränsa skyddets tillämpning på TCE.²²⁵ Skyddet har dock flera fördelar för urbefolkningarna jämfört med en del andra skyddsformer. Inga formaliteter krävs för att uppnå skydd och det föreligger inga problem med skyddsinnnehavarens identitet eftersom skyddet tillkommer befolkningsgruppen. Gruppens möjligheter till genomdrivande av rättsliga processer torde dock i de flesta länder vara villkorad av ett uppfyllande av krav på viss juridisk status.²²⁶

5.4.6 Patent

Eftersom patenträtt kan uteslutas redan på den grunden att TCE aldrig har uppfunnits utan istället utvecklats över tiden, är rättsområdet av obetydligt intresse vad gäller skydd för TCE.²²⁷ Däremot finns en möjlighet att patentera traditionella metoder varigenom TCE tillverkas, vilket kan vara av betydelse för urbefolkningar.²²⁸ Beträffande de övriga områdena av ”indigenous resources”, traditionell kunskap och genetiska resurser, har patenträtten större betydelse.

5.5 Slutsats

Olika delar av immaterialrätten kan bereda skydd för TCE till en viss grad, men som har visats ovan föreligger svårigheter att genom befintliga immaterialrättsliga institut täcka in de behov av ett fullständigt skydd som har uttryckts. Det kan således konstateras att något heltäckande skydd för TCE per se inte kan erhållas genom befintliga immaterialrättigheter. Samtida urbefolkningskonst som baseras på TCE per se kan i större omfattning skyddas än TCE per se, eftersom upphovsrätt generellt sett är tillämplig på sådan. Det därigenom erhållna skyddet kan likväl i viss mån anses otillräckligt pga. de märkliga effekter det kan få. Som exempel kan än en gång nämnas den begränsning i framförandet av sin egen kultur som de egna stammedlemmarna kan få erfaras om någon utanför urbefolkningsgruppen har upptagit uttrycket och således åtnjuter skydd som producent. Vidare kvarstår det upplevda problemet med tidsbegränsat skydd, vilket medför att samtida urbefolkningskonst tillslut hamnar i det fria

²²⁴ *Foster v. Mountford* (1976) 29 FLR 233. Se även allmänt WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 60.

²²⁵ Von Lewinski, 2004; 1, s. 228.

²²⁶ Lucas-Schloetter, 2004, s. 315.

²²⁷ Kuruk, 1999, s. 797.

²²⁸ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 58 f.

området och blir föremål för samma problem som TCE per se. Övriga skyddsformer kan i viss utsträckning vara till nytta för att tillvarata en del av urbefolkningars intressen. Med utgångspunkt i de önskemål som har framställts om ett heltäckande skydd för TCE föreligger dock tillkortakommanden hos samtliga immaterialrättsliga skydd. Att försöka få området att passa bättre in i den befintliga immaterialrätten förefaller tämligen lönlöst. Därmed har frågan väckts om istället ett helt nytt skydd, helt särskilt från det immaterialrättsliga systemet eller som en ny del av det, istället är nödvändigt.

6 En lösning sui generis

6.1 Allmänt

Även om det är möjligt att argumentera för att de flesta TCE har haft en upphovsman i något skede, är det, som visats ovan, i de allra flesta fall på grund av dess karaktär svårt att tala om en upphovsman i upphovsrättslig mening. Det var med anledning därav som artikel 15 (4) BK om okända upphovsmän infördes, dock som tidigare nämnts med otillfredsställande resultat pga. unionsländernas obenägenhet att implementera den frivilliga föreskriften. Befintliga modellagar som bygger på sui generis-system använder sig inte heller av begreppen ”upphovsman” eller ens ”innehavare” av TCE. 1982 års Model Provisions identifierar utan omvägar en möjlighet till kollektiva rättigheter och använder sig av en modell där formella tillstånd från en särskild myndighet eller den berörda folkgruppen i fråga krävs för utnyttjande av TCE. Inget krav på en identifierbar upphovsman föreligger således. På liknande sätt uttrycker the Tunis Model Law att rätten att använda sig av TCE skall beslutas av en kompetent myndighet.²²⁹

Ett immaterialrättsligt sui generis-skydd, pga. den befintliga immaterialrättens brister att möta urbefolkningars behov av skydd, anses av många som den ideala skyddsformen för TCE. De flesta förslag till sui generis-system håller sig inom ramen för immaterialrätten. Eftersom det är immaterialrätten som är det enda rättssystem som reglerar rättigheter till kunskap, förutom sedvanerättsliga regler, kan det vara svårt att tänka sig något annat.²³⁰ Sui generis-system som adresserar ett särskilt behov finns redan i immaterialrätten beträffande exempelvis skydd för kretsmönster i halvledarprodukter genom Washingtonkonventionen²³¹ och för innehållet i databaser, som inte ansågs omfattas det vanliga upphovsrättsliga skyddet, genom det s.k. databasdirektivet²³².

6.2 Ett exempel från nationell rätt

Många av de nationella lagstiftningar som uppställer ett skydd för TCE har också formen av sui generis-system. Det första på nationell nivå infördes i Panama år 2000 genom en lag ”angående det särskilda immaterialrättsliga institutet för urbefolkningars kollektiva rättigheter, gällande skyddet och försvaret av deras kulturella identitet och traditionella kunskap”.²³³ Ett sådant kollektivt skydd för TCE erhålls genom registrering utan tidsmässig

²²⁹ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 40.

²³⁰ Chidi Oguamanam, *Localizing Intellectual Property in the Globalization Epoch: The Integration of Indigenous Knowledge*, 11 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2004, s. 136 (cit. Oguamanam, 2004).

²³¹ The Treaty on Intellectual Property in respect of Integrated Circuits, 1989.

²³² Direktiv 96/9/EEG. Se artikel 7.

²³³ Lag nr. 20 av den 26 juni 2000. Fritt översatt.

begränsning eller krav på avgifter. Därmed har vissa problem som redogjorts för ovan kunnat undvikas. I lagen stadgas att skyddets innehåll skall bestämmas med utgångspunkt i existerande sedvanerätt hos respektive befolkningsgrupp, förutsatt att denna har registrerats och erhållit ett godkännande av the National Copyright Office of the Ministry of Education eller the Directorate General of the Register of Industrial Property.²³⁴

Kravet på registrering kan dessvärre ge upphov till problem, eftersom sedvanerätten, liksom TCE, ständigt utvecklas och således kan hämmas av en fast upptagning i ett register.²³⁵ Det lagstadgade erkännandet av sedvanerättsliga regler kan dock generellt sägas ge uttryck för en positiv utveckling, som skulle kunna ha i åtanke vid ett eventuellt tillskapande av ett internationellt skydd, dock med undvikande av dess registreringskrav.²³⁶ Många befolkningsgrupper har redan regler gällande TCE som exakt fastställer olika rättigheter och reglerar vem i gruppen som rättigheterna tillkommer.²³⁷ Lagens mest intressanta bestämmelse ur internationell synvinkel är dess artikel 25 som fastslår att även andra länders TCE bereds skydd enligt Panamas lag under förutsättning att bilaterala avtal länderna emellan har ingåtts. Möjligheten till ett på detta sätt internationellt erkännande av andra länders TCE kan utgöra en lämplig utformning av ett internationellt skydd för TCE. Även om det är för tidigt att fastslå lagens framgång, anses den - som det första initiativet på nationell nivå att tillskapa kollektiva immaterialrättigheter - vara ett mycket intressant system.²³⁸

6.3 Problem vid tillskapande av sui generis-system för TCE

Det mesta pekar således på att ett sui generis-system, immaterialrättsligt eller ett helt nytt, är den bästa lösningen på ett internationellt skydd för TCE per se. Möjligheterna till ett tillskapande av ett sådant system omgärdas dock av ett flertal frågor och utmaningar för att kunna så att säga återvinna traditionella kulturella uttryck som befinner sig i det fria området, antingen, som tidigare nämnts, pga. att skyddstiden för ett tidigare upphovsrättsligt skydd har löpt ut eller för att kraven för skydd aldrig har varit uppfyllda. Den mest fundamentala frågan gäller skyddets form. Bör TCE, som i dagsläget befinner sig i det fria området, omfattas av ett skydd som ger en rätt att hindra respektive tillåta användning eller begränsas till en rätt till ersättning för utnyttjandet? Är det kanske tillräckligt med ett skydd som tillgodoser urbefolkningens ideella behov, som syftar till förhindrande av integritetskränkningar och rätt till namn- och ursprungsangivelse?²³⁹

²³⁴ Von Lewinski, 2004; 1, s. 228, med hänvisning till Gaceta Oficial No. 24,083 of 27 of June 2000.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ Von Lewinski, 2004; 2, s. 387.

²³⁷ Se ovan under kap. 3.2 och 3.3.

²³⁸ Von Lewinski, 2004; 1, s. 229.

²³⁹ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, s. 13.

En uppmärksammas fråga är hur behovet av ett erkännande av kollektiva rättigheter skall beaktas i ett sui generis-system. Som framkommit ovan, finns också ett behov av ett tidsmässigt obegränsat skydd, eftersom TCE annars så småningom kommer att hamna i det fria området. Kollektiva rättigheter finns representerade i det immaterialrättsliga systemet i form av kollektivmärken och geografiska ursprungsbeteckningar, vars skydd är obegränsade i tiden, men det önskade skyddsbehovet tillgodoses som bekant inte genom dessa skyddsformer. Någon måste också stå som ”ägare” av TCE:n samt som ansvarig för administration av rättigheterna. En möjlighet är att, som i en del nationella lagstiftningar, ålägga staten eller en statligt utsedd myndighet denna uppgift. Emellertid kan det vara svårt för staten att avgöra vilka TCE som tillkommer en viss folkgrupp.²⁴⁰

Ett annat problem är hur man skall förhålla sig till ”icke-traditionella”, dvs. alla historiska, litterära och konstnärliga, verk som också befinner sig i det fria området. Är det rimligt att TCE skall ges en i relation till dessa verk förmånlig rättslig status? Definition av vad som kategoriseras som traditionellt blir därmed en viktig del i utvecklingen av ett sui generis-skydd. Vidare föreligger ett stort behov av klargörande av skyddsobjektet. En tydlig definition av urbefolkningssamhällen (”communities”) är alltså nödvändig. Det har även ifrågasatts om ett tillskapande av ett nytt rättssystem enbart för vissa befolkningsgrupper utgör en acceptabel policy. Därutöver måste ett sui generis-system vara förenligt med immaterialrättsliga rättigheter och skyldigheter enligt internationella konventioner och överenskommelser.²⁴¹

Många anser att ett nytt rättsligt skydd bör utvecklas med befintlig sedvanerätt som grundval.²⁴² Sedvanerätten existerar redan och skulle således ”endast” behöva erhålla allmängiltigt erkännande. Detta är dock ingen enkel uppgift. Som har berörts ovan under kap. 3.3, har systemet endast relevans för medlemmar av det aktuella urbefolkningssamhället och det skulle vara svårt att motivera andra att följa dessa regler. Dessutom måste ett sedvanerättsligt system jämkas samman med andra rättsområden, liksom med andra sedvanerättsliga system, vilket skulle vara en svår uppgift.²⁴³

6.4 IGC: s förslag

De av IGC utarbetade målsättningarna och principerna för ett rättsligt skydd för TCE, som skall vidare undersökas under den åttonde sessionen, har formen av ett immaterialrättsligt sui generis-system. Som tidigare nämnts, är de föreslagna principerna fast rotade i immaterialrättslig policy och praxis.²⁴⁴ Nedan redogörs översiktligt för de viktigaste bestämmelserna i förslaget.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ A. a. s. 14.

²⁴² Se exempelvis Battiste; Henderson, 2003, s. 269 samt von Lewinski, 2004; 2, s. 386.

²⁴³ Von Lewinski, 2004; 2, s. 386 f.

²⁴⁴ WIPO/GRTKF/IC/7/3, s. 7. Kommentar till förslagets artikel 2.

Vad som framförallt skiljer förslaget från den traditionella immaterialrätten är dess erkännande av kollektiva rättigheter.²⁴⁵ Eftersom samtida verk av individuella upphovsmän kan åtnjuta skydd inom upphovsrätten är kollektiva rättighetsinnehavare snarare än individuella i förslagets fokus.²⁴⁶ Det betonas också i förslaget att det inte skall inverka på skyddet för sådana TCE som åtnjuter skydd under befintlig immaterialrätt.²⁴⁷

Beträffande skyddets omfattning görs en distinktion mellan sådana TCE som anses vara av särskilt värde, andra TCE samt TCE som är av hemlig karaktär, för vilka olika grader av skydd erbjuds. Beträffande den första kategorin skall urbefolkningen enligt förslaget åtnjuta en exklusiv rätt att kräva dess samtycke avseende i stort sett samma handlingar som täcks av immaterialrättsligt skydd. En förutsättning är att TCE:n är registrerad i ett allmänt register. Alternativet är till för sådan TCE som har gjorts tillgängliga för allmänheten.²⁴⁸ Användning av TCE i den andra kategorin, som inte är registrerade, är tillåten utan samtycke, med begränsningar som liknar bestämmelser om ideella rättigheter och illojal konkurrens. Vidare har urbefolkningen en rätt till ersättning när användningen sker för kommersiella ändamål. Bestämmelsen syftar till att tillgodose önskan om att bibehålla viss kreativitet och konstnärlig frihet.²⁴⁹ För TCE som är av hemlig karaktär krävs ingen registrering, eftersom sådana inte har gjorts tillgängliga för allmänheten. För dessa stadgas att de skall erhålla likvärdigt skydd som annan konfidentiell information. Bestämmelserna är allmänt utformade för att ge utrymme för flexibilitet både hos medlemsstaterna och urbefolkningarna.²⁵⁰ Bearbetningsrätt finns således i olika grader beroende på vilken typ av TCE det är fråga om.²⁵¹ En ansökan om användning av TCE kan enligt förslaget göras antingen till en urbefolkningsgrupp eller, när urbefolkningen önskar, till en utsedd myndighet å urbefolkningens vägnar.²⁵² Enligt förslagets artikel 7 (ii) skall information om de TCE som är registrerade av rättsäkerhetsskäl hållas tillgänglig för allmänheten.

Förslaget innehåller dessutom ett antal undantag, enligt vilka användning får ske utan begränsning. Exempelvis skall det vara fullt tillåtet att använda sig av TCE inom urbefolkningssamhället. Vidare skall bl.a. användning av TCE i utbildningssyfte, i nyhetsrapportering och för privat bruk vara tillåtet.²⁵³ Beträffande skyddets tidslängd anges att en kompromiss krävs mellan urbefolkningars önskan om ett tidsmässigt obegränsat skydd och upprätthållande av en balans inom immaterialrättssystemet, vilken är beroende av att verk så småningom träder in i det fria området. Förslaget antar därmed en slags mellanväg, genom att föreslå en tidsbegränsning

²⁴⁵ WIPO/GRTKF/IC/8/4, Annex, s. 31.

²⁴⁶ A. a. s. 24 f.

²⁴⁷ A. a. s. 36.

²⁴⁸ A. a. s. 37 f. Kommentar till förslagets artikel 3.

²⁴⁹ A. a. s. 38 f. som hänvisar till kommentarer anförda bl.a. av EU och dess medlemsstater.

²⁵⁰ A. a. s. 39, med hänvisning till fallet *Foster v. Mountford*, se ovan under kap. 5.4.5.

²⁵¹ A. a. s. 40.

²⁵² A. a. s. 44. Kommentar till förslagets artikel 4.

²⁵³ A. a. s. 48, förslagets artikel 5.

liknande varumärkesskyddets. Skyddet skulle således upphöra när TCE:n inte längre används.²⁵⁴

²⁵⁴ A. a. s. 52. Kommentar till förslagets artikel 6.

7 Några alternativa skyddsformer utanför immaterialrätten

På grund av de begränsade möjligheter till rättsligt skydd som erbjuds TCE inom immaterialrätten, har flera förslag lagts fram avseende skydd enligt andra rättsområden och system.

Ett förslag är att genom införande av ett s.k. ”domain public payant”-system bereda ett visst skydd för verk som befinner sig i det fria området. Ett sådant system finns beträffande TCE redan i flera afrikanska länders upphovsrättsliga lagstiftningar.²⁵⁵ Sådana system har även införts beträffande andra verk för vilka skyddstiden har löpt ut. Systemet innebär att allmänheten fritt får utnyttja verket, men mot erläggande av viss ersättning.²⁵⁶ I TCE:s fall skulle en sådan ersättning exempelvis kunna erläggas till en fond för tillvaratagande av kulturella intressen. En sådan lösning skulle medföra ett tillgodoseende av den ekonomiska delen av skyddsbehovet, men ger inga möjligheter för urbefolkningen att kontrollera användningen av de traditionella kulturella uttrycken.²⁵⁷ I vissa länder skulle dessutom ett sådant system uppfattas som beskattning, varför ett införande skulle vara förenat med svårigheter.²⁵⁸ Ett domain public payant-system är också förenat med stora administrativa kostnader.²⁵⁹ Vidare har hävdats att om man anser att det fria området skall fortsätta att vara fritt, skulle även ett införande av ett domain public payant-system innebära ett hinder mot kreativa bearbetningar och vidareförande av TCE.²⁶⁰

Till viss del kan avtalsrättsliga mekanismer komma till nytta för att skydda TCE från obehöriga utnyttjanden. Genom en sådan lösning kan, till skillnad från i immaterialrätten, kollektiva rättigheter tillskrivas och problem med exempelvis tidsbegränsning undvikas. Det har skett en avsevärd ökning av användandet av avtalsrättsliga lösningar på området för traditionell kunskap. Exempelvis har amerikanska ”National Cancer Institute” (NCI), som är ett statligt organ för cancerforskning, utvecklat ett standardavtal som ligger till grund för överenskommelser med afrikanska organisationer, enligt vilket NCI åtar sig att betala en viss kompensation vid utnyttjande av den traditionella kunskapen, både till organisationen och till berörda individer. Avtalsrättsliga lösningar är dock inte särskilt vanligt förekommande på

²⁵⁵ Kuruk 1999, s. 831. Se ovan under kap. 5.2.3.

²⁵⁶ Koktvedgaard; Levin, 2003, s. 182.

²⁵⁷ Protecting Traditional Cultural Expressions: Policy Issues and Considerations from a Copyright Perspective, study prepared by Wayne Shinua, Copyright Policy Branch Department of Canadian Heritage, 2004, del V, p. 8. Se http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/culturalexpressions/index_e.cfm (cit. Shinua, 2004).

²⁵⁸ Ibid. med vidare hänvisning.

²⁵⁹ Koktvedgaard; Levin, 2003, s. 182 f.

²⁶⁰ Shinua, 2004, del V, p. 8.

området för TCE. Den stora nackdelen med en avtalsrättslig reglering är att den kommer urbefolkningarna till godo endast om en annan part är samarbetsvillig.²⁶¹

Det stora antal internationella överenskommelser som finns på området för Human Rights kan anföras i debatten om ett skydd för TCE. Av intresse är framförallt the 1948 Universal Declaration of Human Rights, vars artikel 27 (2) stadgar en allmän rätt till skydd för de moraliska och materiella intressen som härrör från varje vetenskapligt, litterärt eller konstnärligt verk till vilket han är upphovsman.²⁶² I kombination med artikel 7 i konventionen, enligt vilken alla är lika inför lagen, kan artikeln konstruera ett visst skydd för TCE, eftersom innebörden blir att alla, även urbefolkningar, har en rätt att få skydd för immaterialrättigheter.²⁶³ Dock gäller för denna konvention och andra dylika instrument att de, trots att de erkänner kollektiva rättigheter, i praktiken är av begränsad nytta, dels eftersom de är vaga och generellt utformade, dels eftersom de endast ger instruktioner till stater och således inte fastställer något direkt skydd för urbefolkningar och TCE.²⁶⁴

Det finns även ett antal konventioner som syftar till att bevara kulturarv. Den främsta av dessa är the 1972 UNESCO Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage ("the World Heritage Convention").²⁶⁵ Konventionen är tillämplig endast på materiella TCE, såsom monument, arkitektur, skulpturer och målningar. Den ålägger medlemsstaterna att föra register över den egendom som utgör kulturarv.²⁶⁶ Skyddet som ges enligt dessa konventioner avser bevarande av vissa TCE och tillgodoser inte alla de behov av skydd som har framställts.

²⁶¹ Kuruk, 1999, s. 833 f.

²⁶² Tillgänglig på <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/swd.htm>.

²⁶³ Lucas-Schloetter, 2004, s. 333.

²⁶⁴ A. a. s. 340.

²⁶⁵ Se http://whc.unesco.org/world_he.htm.

²⁶⁶ Lucas-Schloetter, 2004, s. 321 f.

8 Avslutande diskussion

Utifrån exemplen som har redovisats i denna framställning kan konstateras att det bland urbefolkningar föreligger ett behov av ett fulltäckande skydd för TCE. Frågan kvarstår dock vilken hänsyn som bör ges till detta behov och i vilken utsträckning det bör tillgodoses. Många människor i samhället har olika typer av behov och kan uppleva att rättssystemet inte tillgodoser deras önskemål på ett tillfredsställande sätt. Frågan är följaktligen om immaterialrätten bör utsträckas till att omfatta även sådan TCE som befinner sig inom det fria området, om istället ett helt nytt sui generis-system, vilande på immaterialrättslig grund eller annan, bör införas eller om sådana uttryck inte bör åtnjuta skydd överhuvudtaget. Problemet bottnar i en gränsdragning mellan det skyddsvärda och det fria området.

I uppsatsen har möjligheterna att skydda TCE inom den befintliga immaterialrätten diskuterats och utretts och de hinder som ligger i vägen för ett sådant skydd har belysts. Det har konstaterats att immaterialrätten i dess nuvarande tappning inte kan bereda ett i enlighet med det uttalade skyddsbehovet tillfredsställande skydd för TCE. Upphovsrätten ligger närmast till hands, men besitter en rad tillkortakommanden, såsom begränsad skyddstid och krav på en identifierbar upphovsman och originalitet. Som de australiensiska rättsfallen illustrerar finns det dock en möjlighet att skydda modern urbefolkningskonst upphovsrättsligt. Vissa upplevda problem föreligger alltjämt; den begränsade skyddstiden, vilken medför att TCE:n efter en viss tid kommer att hamna i det fria området tillsammans med TCE per se, att även personer utanför urbefolkningsgruppen kan åtnjuta upphovsrätt till sådan konst samt de motsättningar som finns mellan immaterialrätt och sedvanerätt.

Pga. de många hinder som måste övervinnas för att en tillämpning av befintlig immaterialrätt på TCE per se skall vara möjlig förefaller det inte lämpligt att ens försöka. Med tanke på den utveckling som har skett inom IGC och var man befinner sig idag är det inte heller särskilt troligt att så kommer att ske. Det har konstaterats att ett sui generis-system är nödvändigt, som i IGC:s förslag vilar på immaterialrättslig grund. Huruvida detta förslag kommer att realiseras och i vilken juridisk form - som en bindande konvention eller endast en rekommendation - återstår att se.

Ett immaterialrättsligt sui generis-system, som det i IGC:s förslag, innebär trots sin nya utformning att det immaterialrättsliga området sträcks bortom sin traditionella omfattning. Trots att IGC:s förslag innehåller många teoretiska lösningar på de problem med ett sui generis-system som har uppmärksamats i det tidigare arbetet, kvarstår många olösta frågor. Det största problemet är att motivera immaterialrätten som forum för ett rättsligt skydd. Att immaterialrättsligt skydda verk som befinner sig inom det fria området kan ge märkliga konsekvenser. Ett grundläggande syfte med immaterialrätten är att ge incitament till skapande. Om ett rättsligt skydd

kan erhållas för i det närmaste allting, reduceras det fria området, varifrån skapandet hämtas, lika mycket. Därmed förfelas hela syftet med immaterialrätten och den riskerar att urholkas. Immaterialrätten skulle förfela sig själv. Den skyddar i sådana fall mycket men ger ett litet utrymme för nyskapande. Att upphovsrätten är tidsbegränsad går ut på att inte ”låsa in” material som kan utgöra underlag för nyskapande.

Urbefolkningars syn på rättigheter och ägande skiljer sig i många hänseenden avsevärt från västvärldens, och därmed också från den internationella immaterialrätten. Medan vårt samhälle uppmuntrar individualism och enskilda personers skapandeinsatser genom ensamrätter är läget närmast det motsatta i urbefolkningssamhällen. Där anses istället rättigheter tillkomma hela samhället gemensamt, och strävan efter egen vinning till och med sanktioneras och förkastas. Att överhuvudtaget göra TCE till föremål för äganderätt kan hävdas vara inkonsekvent med tanke på urbefolkningars syn på rättigheter och ägande. Det rättsliga skyddsbehovet baseras ofta på moraliska argument medan immaterialrätten i grunden tillerkänner ekonomiska rättigheter.

Ett tillskapande av kollektiva rättigheter inom ramen för det immaterialrättsliga systemet, som i IGC:s förslag, förefaller också märkligt, eftersom immaterialrätten vilar på grundstenar av individuell äganderätt och incitament för skapande. Om så skulle ske, skulle hela den rättsliga grunden ruckas, vilket skulle framstå som förvirrande och motsägelsefullt. Det skulle dessutom innebära ett frångående från den individtanke som uttrycks i de internationella konventionerna på området.

Ett allmänt problem med ett rättsligt skydd för TCE är definitionen av området. Var skall gränsen dras för vad som anses vara TCE och därmed i åtnjutande av det rättsliga skyddet? Ett registreringsförfarande, som är en del i IGC:s förslag, är ett sätt att klargöra vilka uttryck som omfattas av skyddet. Som framkommit i denna framställning ger dock TCE:s ständigt utvecklande natur upphov till problem med en sådan lösning.

Ett antal andra problem medföljer också ett kollektivt äganderättssystem. Om en urbefolkning skulle hävda en kollektiv äganderätt till en TCE, kan det tänkas föreligga bevisproblem gällande utövandet av den, liksom svårigheter att fastställa gruppens och TCE:ns identitet. Det kan även tänkas att flera urbefolkningsgrupper hävdar en rätt till samma TCE. Flera urbefolkningar kan använda sig av samma eller liknande TCE, exempelvis sånger eller sägner. Exakt vad är det gruppen gör anspråk på? Kan man göra anspråk på en hel kultur? En uppfattning inom den akademiska debatten är att kultur är av självständig natur och kan, och bör, med tanke på dess känslighet för influenser utifrån, exklusivt tillkomma den som har skapat den. Mot denna står en närmast motsatt uppfattning, att kultur inte alls är självständig utan snarare flytande och en blandning av olikartade element.²⁶⁷

²⁶⁷ Rose, Carol M., *Property in all the Wrong Places?*, 114 Yale Law Journal, 2005, s. 998 ff. (cit. Rose, 2005).

Kritiker av ett rättsligt skydd för TCE hävdar också att det är omöjligt att identifiera källan till TCE.²⁶⁸

Ett annat uppmärksammat problem är hur det nya immaterialrättsliga systemet som skyddar sådan TCE som befinner sig inom det fria området skulle förhålla sig till annat "icke-traditionellt" material, som också befinner sig i det fria området. TCE skulle i sådana fall ges en i relation till dessa verk förmånlig status. Andra argument mot den minskning av det fria området som ett sådant system skulle innebära är invändningar om begränsning av yttrandefriheten.²⁶⁹

Många anser att ett rättsligt skydd för TCE bör baseras på sedvanerätt. Lagen som har införts i Panama är ett exempel på lagstiftning där denna linje har följts. Ett internationellt sui generis-system måste också vara kompatibelt med övrig internationell handelsrätt. Denna framställning har visat på några av de motsättningar som finns mellan sedvanerätt och immaterialrätt. Samspelet mellan ett rättssystem som återspeglar sedvanerättsliga regler och immaterialrätten, och dessutom den internationella handelsrätten i stort, är därför svårt att föreställa sig.

Det har ifrågasatts om immaterialrätten överhuvudtaget är rätt forum för ett rättsligt skydd för TCE. Om så inte är fallet kan frågas vilket institut som i sådana fall lämpar sig bättre. Andra rättsområden har visat sig kunna bereda ett visst, relativt begränsat skydd för TCE. Möjligtvis är avtalsrätten något att bygga vidare på. Som nämnts finns många exempel på situationer där TCE har använts efter inhämtat tillstånd, vilket tyder på att det åtminstone till viss del finns en vilja att respektera kulturella ursprung. Hur ett sådant globalt moraliskt medvetande skulle kunna skapas är dock en fråga som svårligen besvaras och några försök görs inte inom ramen för denna framställning.

Att kunna använda sig av TCE i moderna utformningar måste anses som ett sätt att skapa ett intresse för kulturen och därigenom bidra till dess överlevnad. Att exempelvis den samiska jojken har blivit populariserad och en del av modern västerländsk musik innebär att den når en bredare publik och skapar ett större intresse för samisk kultur, vilket ökar förutsättningarna för den samiska kulturens överlevnad.²⁷⁰ Därmed är inte sagt att detta intresse bör få skapas på vilket sätt som helst. Ett system som tillerkänner ideella rättigheter till TCE per se kanske skulle kunna vara en tillräcklig lösning, medan nutida urbefolkningskonst baserad på TCE även fortsättningsvis kan åtnjuta skydd inom, framförallt, upphovsrätten. Problemen som upplevs med det upphovsrättsliga skyddet kanske måste accepteras. Om ett särskilt skydd för ideella rättigheter skulle utarbetas för

²⁶⁸ Weeraworawit, Weerawit, *Formulating an International Legal Protection for Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore: Challenges for the Intellectual Property System*, 11 *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2003, s. 773 (cit. Weeraworawit, 2003)

²⁶⁹ Shinua, 2004, del V, p. 6.

²⁷⁰ Se <http://www.saami.info/jojk/jojktext.pdf>, s. 3. Se även <http://www.saami.info/jojk/>.

TCE per se innebär tidsbegränsningen att det för samtida konst efter att skyddstiden har löpt ut endast kvarstår en ideell rätt. Att även andra utanför stammen kan få upphovsrätt för konst som är baserad på TCE per se framstår inte som särskilt upprörande vid tanken på att samma sak gäller för alla verk som grundas på tidigare konst och som uppnår verkshöjd. Däremot kanske en reglering bör åstadkommas, möjligen formulerad som ett undantag i upphovsrätten, för att undvika de situationer där urbefolkningar kan få problem att utöva sina TCE per se pga. utomståendes upphovsrätt till verk grundade på desamma.

Samtidigt bör också reflekteras över om de rättsliga skydd som finns idag möjligtvis kan anses tillräckliga. Förutom det skydd som samtida traditionsbaserad urbefolkningskonst erhåller inom upphovsrätten finns beträffande TCE per se, om än i begränsad omfattning, skyddet för utövande konstnärer enligt WPPT och de skydd som kan erhållas i det industriella rättsskyddet, liksom skydd mot illojal konkurrens och avslöjande av företagshemligheter. Genom dessa skyddsformer kan åtminstone ekonomiska aspekter av TCE tillgodoses. De problem som upplevs med dessa skydd, såsom registreringsförfaranden, kostnader och genomdrivande av rättigheter, skulle kanske kunna avhjälpas på olika sätt.

Motstridiga uppfattningar finns mellan länder, organisationer och urbefolkningar avseende TCE och utformningen av ett internationellt rättsligt skydd. Grundläggande frågor avseende definitioner och vad TCE omfattar saknar ännu tydliga och entydiga svar. Det kan därmed framstå som något förhastat att bygga ett rättsligt skydd på en så osäker grund. Den internationella utvecklingen mot ett rättsligt skydd är tydligt färgad av olika politiska intressen och relationer. Att låta sådana intressen i för hög grad spela in på lagstiftningen vore olyckligt. Det förefaller även som att en del av diskussionen föranleds av ett av västvärlden "dåligt samvete" mot urbefolkningar och u-länder för tidigare överkörningar, bl.a. i anslutning till TRIPS-avtalet. I det internationella arbetet tas idag stor hänsyn till urbefolkningars upplevda behov av skydd, vilket är en positiv utveckling. Om immaterialrätten är rätt forum för en sådan utveckling är dock, som redan har påpekats, tveksamt. Med tanke på det stora sammanhang som frågorna har del i är det också önskvärt att arbetet sker i nära samarbete med andra organisationer och även andra rättsområden. Att utarbeta ett system som löser de problem som har uppmärksamats är ingen lätt uppgift. Hur ett rättsligt skydd som motsvarar de önskemål som finns och som samtidigt är kompatibelt med existerande rätt på bästa sätt skulle utformas förefaller mycket svårbesvarat. Med tanke på de många olika viljorna och intressena som dessutom spelar in framstår uppgiften än svårare. Frågan om ett internationellt skydd för TCE är dock viktig och förtjänar den uppmärksamhet som den har fått på senare år. Det uttryckta behovet måste på något sätt bemötas. Förhoppningsvis får problemet en tillfredsställande lösning, på ett eller annat sätt, i ämnets fortsatta behandling.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Amegatcher, *Protection of folklore by copyright – a contradiction of terms*, UNESCO Copyright Bulletin, Volume XXXVI, No. 2, 2002, s. 33, <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001277/127784e.pdf#page=31> (citeras Amegatcher, 2002)

Battiste, Marie; Henderson, James Youngblood, *Protecting Indigenous Knowledge and Heritage: A Global Challenge*, Purich Publishing Ltd, 2003 (citeras Battiste;Henderson, 2003)

Brown, Michael F., *Who Owns Native Culture?*, Harvard University Press, 2003 (citeras Brown, 2003)

Koktvedgaard, Mogens; Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, sjunde upplagan, Norstedts Juridik, 2003 (citeras Koktvedgaard; Levin, 2003)

Kuruk, Paul, *Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*, 48 American University Law Review, 1999, s. 769 (citeras Kuruk, 1999)

Levin, Marianne, *Jämställdhet i en global värld*, NIR 2003 s. 1 (citeras Levin, 2003)

Oguamanam, Chidi, *Localizing Intellectual Property in the Globalization Epoch: The Integration of Indigenous Knowledge*, 11 Indiana Journal of Global Legal Studies, 2004, s. 135 (citeras Oguamanam, 2004)

Olsson, Henry, *Det internationella skyddet för folklore*, (notis), NIR 1997 s. 240 (citeras Olsson, 1997)

Olsson, Henry, *WIPOs Mellanstatliga kommitté för genetiska resurser, traditionell kunskap och folklore; andra sessionen 10-14 december 2001. Försök att samordna vad som sker inom FAO, CBD och WTO*, NIR 2002 s. 139 (citeras Olsson, 2002; 1)

Olsson, Henry, *Immaterialrätten på nya områden; genetiska resurser, traditionell kunskap och folklore. Tredje sessionen av WIPOs Mellanstatliga Kommitté på området. Allmänt om kommittén arbete*, NIR 2002 s. 409 (citeras Olsson 2002; 2)

Olsson, Henry, *Genetiska resurser, traditionell kunskap och folklore. Kris i WIPO:s mellanstatliga kommitté*, 2003, <http://www.nir.nu/aktuellt.asp?ID=98> (citeras Olsson, 2003; 1)

Olsson, Henry, *WIPOs Mellanstatliga Kommitté om immaterialrätt och genetiska resurser, traditionell kunskap och folklore. Sanningens ögonblick närmar sig*, NIR 2003 s. 149 (citeras Olsson 2003; 2)

Olsson, Henry, *WIPO:s Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC)*, NIR 2004, s. 202 (citeras Olsson 2004; 1)

Olsson, Henry, *Den internationella utvecklingen – växande kritik mot immaterialrättssystemet*, NIR 2004, s. 558 (citeras Olsson, 2004; 2)

Riley, Angela, *Recovering Collectivity: Group Rights to Intellectual Property in Indigenous Communities*, 18 Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 2000, s. 175 (citeras Riley, 2000)

Riley, Angela, *“Straight Stealing”: Towards an Indigenous System of Cultural Property Protection*, 80 Washington Law Review, 2005, s. 69 (citeras Riley, 2005)

Rose, Carol M., *Property in all the Wrong Places?*, 114 Yale Law Journal, s. 991, 2005 (citeras Rose, 2005)

Shev, Hanna, *Utvecklingen av Traditional Cultural Expressions (eller folklore)*, NIR 2004 s. 206 (citeras Shev, 2004)

Von Lewinski, Silke, *The Protection of Folklore*, NIR 2004 s. 215 (citeras von Lewinski, 2004; 1)

Von, Lewinski, Silke (utgivare) m.fl., *Indigenous Heritage and Intellectual Property; Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Kluwer Law International, 2004

Wendland, Wend B., *Intellectual Property, Traditional Knowledge and Folklore: WIPO's Exploratory Program*, International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC), 2002, s. 485 (citeras Wendland, 2002)

Weeraworawit, Weerawit, *Formulating an International Legal Protection for Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore: Challenges for the Intellectual Property System*, 11 Cardozo Journal of International and Comparative Law, 2003, s. 769 (citeras Weeraworawit, 2003)

WIPO-dokument

Press Release, PR/2003/362: WIPO Member States Agree to Fast-Track Work on Traditional Knowledge, Geneva, 2003,
<http://www.wipo.int/wilma/pressinfo-en/200309/msg00009.html> (050515)

WIPO/GRTKF/IC/1/3, Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore – An Overview

WIPO/GRTKF/IC/2/7, Questionnaire on National Experiences with the Legal Protection of Expressions of Folklore

WIPO/GRTKF/IC/3/10, Final Report on the National Experiences with the Legal Protection of Expressions of Folklore

WIPO/GRTKF/IC/5/3, Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions

WIPO/GRTKF/IC/6/14, Report

WIPO/GRTKF/IC/7/3, The Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore: Overview of Policy Objectives and Core Principles

WIPO/GRTKF/IC/8/1, Draft Agenda

WIPO/GRTKF/IC/8/4, The Protection of TCEs/EoF: Revised Objectives and Principles

WIPO Report on Fact Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), Geneva april 2001, WIPO publication No. 768 E. Finns tillgänglig på <http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report/final/index.html> (050514)

WIPO Information Booklet on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore, Publication No 913 E, s. 5. (citeras WIPO Inf. Booklet). Finns tillgänglig på <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/index.html> (050516)

WO/GA/26/6, WIPO General Assembly, Twenty-sixth session, Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore

(Samtliga WIPO-dokument har hämtats från <http://www.wipo.int>.)

Elektroniska källor

Canadian Heritage:
http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/culturalexpressions/index_e.cfm (050510)

FN:
<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/swd.htm> (050511)

NIR:

<http://www.nir.nu/aktuellt.asp?ID=98> (050409)

PRV:

http://www.prv.se/om_prv/remissvar/skydd_traditionella_kulturella_uttryck_041220.doc (050502)

Samernas Utbildningscenter:

<http://www.saami.info/jojk/> (050510)

<http://www.saami.info/jojk/jojktext.pdf> (050511)

Samiskt Informationscentrum:

<http://www.samer.se> (050515)

UNESCO:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001277/127784e.pdf#page=31>
(050511)

WIPO:

http://www.wipo.int/edocs/prdocs/en/2004/wipo_upd_2004_234.html
(050408)

WTO:

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#Agreement
(050403)

Övrigt; genomförda studier och undersökningar

Janke, Terri, *Our Culture, Our Future: Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights*, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 1998 (citeras Janke, 1998). Finns tillgänglig på <http://www.icip.lawnet.com.au/> (050402)

Janke, Terri, *Minding Culture*, Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions, sammanställda för WIPO, 2003 (citeras Janke, 2003) Finns tillgänglig på <http://www.wipo.int/tk/en/studies/cultural/minding-culture/index.html>
(050512)

Palethorpe and Verhulst, “*Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law*”, studie på uppdrag av EU-kommisionen, 2000. Finns tillgänglig på http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/studies/etd2000b53001e04_en.pdf (050511)

Rättsfallsförteckning

Bulun Bulun v Nejlam Pty Ltd., ej refererat. Federal Court of Australia, Olney J, 29 mars 1989.

Bulun Bulun and Milpurrurru v R and T Textiles (1998) 41 IPR 513

Foster v. Mountford (1976) 29 FLR 233

M, Payunka, Marika and Others v Indofurn Pty Ltd* (1994) 130 ALR 659

Wik Peoples v Commonwealth (1996) 187 CLR 1

NJA 1994 s. 74 (Smultron)