

**REGULERING AV UTTAK AV MARINE
GENRESSURSER FOR BIOPROSPEKTERING PÅ
NORSK SOKKEL OG I HAVOMRÅDER UNDER NORSK
JURISDIKSJON**

Behandling av enkelte særlige spørsmål knyttet til fremtidig
regulering

Kandidatnummer: 440

Veileder: Jan Pieter Groenhoff

Leveringsfrist: 4. mai 2006

Til sammen 15504* ord

18.06.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Definisjoner	2
1.1.1	Genetiske ressurser	2
1.1.2	Marin bioprospektering	3
1.2	Formålet med å regulere bioprospektering	4
1.2.1	Skillet mellom landbasert og havbasert bioprospektering	6
1.3	Problemstillinger	7
1.3.1	Hjemmelsgrunnlaget for å regulere bioprospektering	7
1.3.2	Særlige spørsmål og mulige løsninger ved utformingen av et regelverk som regulerer bioprospektering	8
<u>2</u>	<u>JURIDISK RAMMEVERK FOR REGULERING AV UTTAK AV MARINE LEVENDE RESSURSER</u>	<u>8</u>
2.1	Folkerettslig utgangspunkt	8
2.2	Statens suverene rettigheter til de marine genetiske ressursene	10
2.2.1	Ressurser på norsk kontinentalsokkel	11
2.2.2	Norsk territorialfarvann og økonomisk sone	12
2.2.3	Felles vurderinger	12
2.2.4	Statens rett til marine genetiske ressurser i privateid biologisk materiale	13
2.2.5	Hjemmel for regulering av uttak av marine genetiske ressurser	17
2.2.6	Handelsrettslige hindringer ved utforming av reglene	19
2.2.7	Konklusjon	21
<u>3</u>	<u>ASPEKTER SOM BØR TAS STILLING TIL VED UTFORMING AV FORSKRIFT SOM REGULERER UTTAK AV MARINE GENETISKE RESSURSER</u>	<u>22</u>
3.1	Innledning	22

3.2	Oversikt over forslag til hva forskrift som regulerer uttak av marine genetiske ressurser bør inneholde	24
3.2.1	Innledende bestemmelser	25
3.2.2	Søknadsprosedyre	26
3.2.3	Vilkår for tillatelse	26
3.2.4	Plikter knyttet til aktiviteten	27
3.2.5	Fordeling av fordeler	27
3.2.6	Endringer i tillatelsen	28
3.2.7	Innretninger og utstyr	28
3.2.8	Håndhevelse	28
3.3	Staten bør regulere uttak av marine genetiske ressurser på uttakstidspunktet	29
3.4	Tilståelser av fordeler til staten	31
3.5	Tillatelse til uttak av marine genetiske ressurser bør suppleres med en privatrettslig avtale	
3.6	Identifikasjon av overskuddet staten skal tilstås fordeler fra	35
3.6.1	Kanaler for identifikasjon av overskudd	36
3.7	Overdragelse av tillatelsen til tredjepart	41
3.8	Patentering av genetiske ressurser	44
3.8.1	Gjeldende regler om patent på genetiske ressurser	44
3.8.2	Statens suverenitet i forhold til patentretten	47
3.8.3	Konklusjon	48
4	<u>KONKLUSJON</u>	49
4.1	Statens suverene rettigheter og hjemmelsgrunnlag for regulering	49
4.2	Særlige spørsmål knyttet til utformingen av en forskrift for regulering av uttak av marine genetiske ressurser	50
4.3	Fremover	50

1 Innledning

Mennesket har i århundrer nyttegjort seg av genetisk variasjon i levende organismer gjennom avl, krysning og seleksjon av planter og dyr med særlige egenskaper. Muligheten til å utnytte og framheve slike egenskaper øker i takt med den vitenskapelige utviklingen innen bio- og genteknologi. Arvemateriale i mange typer celler kan formeres og dupliseres og overføres til andre organismer både på tvers av artsgrenser og til og med mellom planter og dyr.

En avgrenset form for slik aktivitet er bioprospektering. Bioprospektering innebærer å utforske naturforekomster for det formål å identifisere og utnytte kommersielt verdifulle genetiske og biokjemiske komponenter av biologisk materiale. Utviklingen innen bioprospektering har ført til at genetiske ressurser har fått øket sin verdi innenfor mange forskjellige sektorer. Ved utnyttelsen av genetiske ressurser er man avhengig av tilgang til biologisk materiale. Genetisk materiale har tradisjonelt vært utvekslet fritt, også stater imellom.¹

For den som driver med bioprospektering er det ikke den enkelte organisme som i seg selv utgjør ressursen som har verdi, men de genetiske komponentene som ligger i organismen. Derfor må man skille mellom ”biologisk materiale” og ”genetisk materiale”, selv om grensen disse begrepene imellom ikke er skarp.

Den mest tradisjonelle utnyttelsen av ressursene i sjøen, eller marine viltlevende ressurser, er biomasseuttak i form av fiske, fangst, sanking og plukking. Dette omfatter høsting til ervervsformål og fritidsfiske. Regulering og fordeling av biomasseuttak har vært og vil

¹ Jf. NOU 2004:28 Lov om bevaring av nature, landskap og biologisk mangfold s. 489

fortsatt være det mest sentrale området for marin ressurslovgivning.² Det er en forutsetning for å få tilgang til marint genetisk materiale at man også har tilgang til biologisk materiale. I denne oppgaven foreslås det å regulere tilgangen til de marine genetiske ressursene gjennom tilgangen til de biologiske ressursene, altså gjennom regelverket som regulerer biomasseuttak.

1.1 Definisjoner

1.1.1 Genetiske ressurser

I FNs biomangfoldkonvensjon er begrepet ”genetiske ressurser” definert som ”genmateriale av faktisk og potensiell verdi” jf art. 2. Videre defineres ”genmateriale” som ”ethvert materiale fra planter, dyr, mikrober eller av annen opprinnelse som inneholder funksjonelle arveenheter”.³

Ifølge biomangfoldlovutvalget⁴ er det naturlig at begrepet ”funksjonelle arveenheter” inkluderer levende organismers arvemateriale, både gener og annet arvemateriale. Det vil si både intakte celler, hele kromosomer, gener og DNA. Alle levende organismer har sitt arvemateriale bygget opp av DNA-molekyler.⁵ Det at arvematerialet er bygget opp etter de samme biokjemiske prinsipper, gjør at man ved å anvende teknologiske metoder kan overføre DNA-segmenter fra en organisme til en annen. At arveenheterne må være funksjonelle betyr at de må kunne overføres fra en organisme til en annen.⁶ Arvestoffene, i tillegg til bare genene, inkluderer molekylærforbindelser som proteiner, enzymer, fettsyrer m.v. Genene er eksempelvis grunnlag for proteiner som kan fungere som enzymer og hormoner. Hormoner kan styre mange funksjoner i en organisme, mens enzymer kan

² Jf. NOU 2005:10 Lov om villlevende marine ressurser s. 88

³ Convention on biological diversity, av 22. mai 1992, (biomangfoldkonvensjonen) ratifisert av Norge 9. juli 1993, trådte i kraft 29. desember 1993

⁴ NOU 2004:28, Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold (Naturmangfoldloven)

⁵ Jf NOU 2004:28 s. 490

⁶ Jf. NOU 2005:10 s. 86

fungere som katalysator for stoffomsetning.⁷ Biokjemiske ekstrakter og mikroorganismer som ikke inneholder ”arveenheter” faller utenfor biomangfoldkonvensjonens definisjon av genetiske ressurser.

Ved å snakke om genetiske ressurser fremfor biologiske ressurser angir man at det er materialets genetiske kode som er av interesse i sammenhengen. For eksempel å selge fisk til et fiskemottak for bruk som matvare er å utnytte den ”biologiske ressursen”. Hvis fisken blir levert til et oppdrettsanlegg for bruk til avl av fisk er dette bruk av den ”genetiske ressursen”. Det vil si at det samme materialet kan bli betegnet både som en biologisk ressurs og som en genetisk ressurs avhengig av formålet med bruken.

1.1.1.1 Marine genetiske ressurser

Marine genetiske ressurser er genetiske ressurser, slik de er beskrevet ovenfor, i havet.

1.1.2 Marin bioprospektering

Havressursutvalget⁸ definerer marin bioprospektering som en formålsrettet leting etter naturstoffer i marint genetisk materiale med sikte på utprøving av materialets egenskaper. Formålet med slik utprøving er å kartlegge bioaktive⁹ stoffer som kan brukes i kommersiell sammenheng. Bioprospektering er altså per definisjon en profittmotivert aktivitet.

Stoffene det prospekteres etter kan være gener eller molekylærforbindelser som proteiner, enzymer og fettsyrer, eller hele organismer. Medisinske miljøer leter ofte etter komponenter som har antibakteriell virkning, altså materiale som har antibiotikumaktige egenskaper. De prøver også ofte å finne immunstimulerende og kreftlindrende stoffer. Hvis man finner slike stoffer testes det videre til man klarer å fremstille stoffet syntetisk, slik at det kan reproduseres og kanskje legges ut på markedet for salg. Det er en lang prosess, ofte med tidsperspektiv på over 10 år.

⁷ Se NOU 2005:10 s. 87

⁸ Jf. NOU 2005:10 s 88

⁹ Bioaktive stoffer er stoffene det er tale om i 1.1.2 andre avsnitt

1.2 Formålet med å regulere bioprospektering

Det er flere momenter som taler for et bedre system for regulering av bioprospektering. I dag finnes det ikke regler som eksplisitt er utarbeidet med sikte på å regulere aktiviteten.¹⁰ Havforskningsinstituttet har anbefalt Fiskeri- og kystdepartementet å utarbeide et regelverk for å sikre nasjonal kontroll med utnyttelse og forvaltningen av det biologiske mangfold i norske havområder.¹¹ De har også mer spesielt uttrykket at de finner en økende internasjonal interesse for å utforske marint biologisk mangfold og å utføre bioprospektering på marint materiale.¹² Ved behandling av slike søknader og gjennomføring av slik aktivitet har Havforskningsinstituttet ved forskningsdirektør Åsmund Bjordal ”blitt sittende med en følelse av at søknadsskjemaene ikke er gode nok” med tanke på blant annet bioprospektering. Havforskningsinstituttet mener derfor det er viktig å få fastlagt hvilke regler som gjelder slik at reguleringen blir best mulig. Fiskeri og kystdepartementet vurderer å utarbeide en forskrift for uttak av marine genetiske ressurser. Nedenfor i denne oppgaven vil det således også komme forslag til hvordan dette kan gjøres.

Marin bioprospektering har stort vekstpotensiale. Innenfor norsk jurisdiksjon finnes blant annet verdens største sammenhengende felt av dypvannskoraller. I slike korallrev finnes en mengde forskjellige kjemiske virkestoffer som potensielt er interessante for bioprospektører. Det samme gjelder i nordområdene hvor det finnes en vulkansk undervannsprekk der det finnes svovelbaserte livsformer som antakelig skiller seg fra ”vanlige” karbonbaserte livsformer. I tillegg kommer alle de genetiske ressursene som finnes i fisk og andre havdyr. Her foreligger det en rekke anvendelsesområder, samtidig som mye ennå ikke er forsket på.

¹⁰ Jf. denne oppgaves avsnitt 2.2

¹¹ Notat sendt Fiskeri- og kystdepartementet datert 11.10.99, ref SMM-99/99/jhf

¹² Brev sendt Fiskeri- og kystdepartementet datert 22.04.2005, saksnr 199/1446-6

Samtidig er det viktig å ha tenkt igjennom hvilken påvirkning bioprospekteringsaktivitet har på miljø- og ressursiden og på andre aktiviteter på havet. Aktiviteten bør ikke skade miljøet utilbørlig og heller ikke hindre bærekraftig utvikling. Den bør heller ikke hindre eller ødelegge grunnlaget for andre allerede eksisterende næringer som bruker havet som ressurs på forskjellige andre måter.

FNs biomangfoldkonvensjon fastsetter folkerettslige bestemmelser vedrørende bioprospektering i en rekke paragrafer. Den omtaler ikke uttrykkelig marin bioprospektering, men omhandler bioprospektering generelt. Konvensjonen inneholder bestemmelser om at de kontraherende statene bør tilrettelegge for slik aktivitet samtidig som aktiviteten ikke skal gå utover miljøet eller utilbørlig skade og utnytte lokalbefolkning og urfolk.

Videre taler det for regulering at det ligger potensielt store verdier i resultatene fra bioprospektering. Det er vist gjennom eksempler fra blant annet Norge der en representant fra et sveitsisk legemiddelfirma som var på ferie tok en jordprøve fra Hardangervidda. Prøven ble analysert i Sveits og viste seg å inneholde soppen *Tylophora inflatum*. Fra soppen ble det isolert en aktiv substans kalt cyclosporin A. Med basis i cyclosporin A ble det utviklet et legemiddel som skal hindre frastøting av transplanterte organer. Rettighetshaveren Novartis omsatte i 1997 dette legemiddelet for 1,2 milliarder amerikanske dollar.¹³ Et slikt profittpotensiale kan, hvis prosessen reguleres på en bestemt måte, sikre Norge del av overskuddet.

På den annen side er det usikkert hvor mye aktivitet som i fremtiden kommer til å genereres rundt bioprospektering. Bioprospektering er normalt en aktivitet som krever store investeringskostnader for et høyst usikkert resultat. Skulle det vise seg at farmasiselskapene i økende grad finner det de er ute etter og bruker funnene i produksjon av legemidler, vil

¹³ NOU 2004:28 s. 496

pågangen kunne øke i tiden som kommer, men det motsatte kan også skje. Før man kommer til det punkt hvor den kunnskapen foreligger kan det likevel være viktig å være tidlig ute med solid og gjennomført regulering slik at lovgivningsprosessen ikke blir liggende for langt bak den faktiske utviklingen på området.

1.2.1 Skillet mellom landbasert og havbasert bioprospektering

Denne oppgaven tar for seg regulering av marine levende ressurser for bioprospektering, ikke bioprospektering fra materiale som stammer fra landjorden. Oppgaven avgrenses til regulering av marin bioprospektering av flere årsaker. For det første reguleres landbasert bioprospektering til dels av andre regler både folkerettslig og nasjonalt. Blant annet på EØS-rettens område er det forskjeller når det gjelder mulighetene til å forskjellsbehandle på grunnlag av nasjonalitet som følge av at havrettstraktatens område holdes utenfor avtalen.¹⁴ For det andre er den aktivitet som rettes mot bioprospektering på en rekke av de marine ressursene av en type der uttaket må forestås av enkelte store aktører med avansert utstyr og høy teknisk kompetanse, slik at det på det marine området kan være lettere å håndheve regulering av aktiviteten enn på landjorda.

Denne oppgaven foreslår en spesiell regulering av marin bioprospektering med tilståelse av deler av overskuddet fra slik aktivitet til staten. Biomangfoldlovutvalget¹⁵ som behandler bioprospektering i sin utredning, har hovedsakelig behandlet marin og landbasert bioprospektering under ett. Utvalget foreslår regler om tilgang, meldeplikt og aktsomhetsplikt for utnyttelse av genetisk materiale. Biomangfoldlovutvalget har imidlertid ikke foreslått noen hjemmel for å innkreve fordeler fra overskuddet til bioprospektører. Det foreslås i stedet at leting etter og utnyttelse av genetisk materiale skal være en allemannsrett, men innfor de rammene som eksisterende eiendomsretter og immaterielle rettigheter setter.¹⁶ Utgangspunktet til havressurslovutvalget¹⁷ som i sitt forslag til ny

¹⁴ Se nedfor avnitt 2.2.6.1 Det er ikke henvist direkte til Havrettstraktaten i EØS-avtalen, men i praksis er det havrettstraktatens regler om kyststatens suverene regler som faller utenfor EØS-avtalen for Norges del.

¹⁵ NOU 2004:28

¹⁶ NOU 2004:28 kap. 22, spesielt 22.7

havressurslov behandler marin bioprospektering spesielt, er at man må ha tillatelse for å drive marin bioprospektering og at staten kan sette vilkår ved slik tillatelse om at en andel av overskuddet skal tilfalle staten.

Biomangfoldlovutvalget skriver i punkt 2.2 om sitt mandat vedrørende regler som dekker forpliktelsene etter biomangfoldskonvensjonen art 15 at ”iverksettelsen av disse hovedprinsippene skjer gjennom sektorlovgivningen der det er aktuelt”.¹⁸ Videre skrives det blant annet at det er særlig behov for å se naturmangfoldloven i sammenheng med utkast til ny havressurslov på området.¹⁹ Havressursloven skal blant annet behandle tilgang til marine genressurser og i havressursloven vil det ”kunne gis mer spesifikke eller detaljerte bestemmelser”.

Både biomangfoldlovutvalget og havressurslovutvalget gir altså anvisning på at enkelte spørsmål knyttet til regulering av bioprospektering bør kunne behandles særskilt i marin sektor.

Rammene for regulering av bioprospektering i norsk farvann er følgelig forskjellig fra rammene for regulering på landjorden. Derfor er det hensiktsmessig å behandle marin bioprospektering atskilt fra bioprospektering på landjorden. Følgelig er det viktig å vite hvor skillet går mellom hva som regnes som marine ressurser og hva som tilhører landterritoriet. Oppgaven vil således kun behandle marin bioprospektering.

1.3 Problemstillinger

1.3.1 Hjemmelsgrunnlaget for å regulere bioprospektering

Oppgavens del 2 søker å fastslå hvorvidt Norge har suveren jurisdiksjon over marine genetiske ressurser i norske havområder. Herunder skal det drøftes hvorvidt staten har

¹⁷ NOU 2005:10, Lov om villlevende marine ressurser (Havressursloven)

¹⁸ NOU 2004:28 s. 59

¹⁹ NOU 2004:28 kap. 3.4 s. 63

hjemmel til å kunne regulere aktørers tilgang til de marine genetiske ressursene gjennom å gi tillatelse til uttak for bioprospektering, eventuelt også å knytte vilkår til tillatelsen.

1.3.2 Særlige spørsmål og mulige løsninger ved utformingen av et regelverk som regulerer bioprospektering

Oppgaven vil i del 3 søke å identifisere de viktigste aspektene ved utforming av en forskrift som regulerer uttak av marine ressurser for bioprospektering. Herunder skal det drøftes hvordan staten kan sikre at den får best mulig kontroll med aktiviteten gjennom blant annet å stille vilkår knyttet til tilgang til de marine genetiske ressursene, i forskrift og gjennom avtale med private rettssubjekter

2 Juridisk rammeverk for regulering av uttak av marine levende ressurser

2.1 Folkerettslig utgangspunkt

Det folkerettslige utgangspunktet er at kyststaten er suveren på ressursforvaltning i territorialfarvannet, økonomisk sone og på kontinentalsokkelen. FNs havrettstraktat²⁰ art. 56 nr 1 a), jf art. 77, jf. art. 68 jf. art. 77 (4), gir stater suverene rettigheter over levende og ikke-levende naturforekomster i disse områdene. I territorialfarvannet har kyststatene suverenitet jf. havrettskonvensjonen art. 2. På kontinentalsokkelen og i den eksklusive økonomiske sonen gir konvensjonens artikkel 56 nr 1 a) kyststatene suverene rettigheter over alle levende og ikke-levende naturforekomster i vannmassene over havbunnen, på havbunnen og i undergrunnen og med hensyn til annen virksomhet med sikte på økonomisk utnyttelse. Utrykket naturforekomster ”så vel levende som ikke-levende” står i kontrast til ”naturforekomster” som brukes i art. 77 som regulerer rettighetene på kontinentalsokkelen, jf art. 68. Naturforekomster i konvensjonens del VI omfatter når det gjelder levende

²⁰ United Nations convention on law of the sea, December 10 1982

ressurser ”levende organismer tilhørende sedentære arter, dvs. organismer som på det stadium da de kan utnyttes, enten er ubevegelige på eller under havbunnen eller ute av stand til å bevege seg uten å være i konstant fysisk kontakt med havbunnen eller undergrunnen” jf. art. 77 nr. 4. Reglene i kapittel VI om kontinentalsokkelen gir mer snever tilgang til ressursene enn kapittel V om økonomisk sone. Genetisk materiale var ikke spesielt diskutert da havrettskonvensjonen ble til og denne formen for utnyttelse er ikke nevnt i traktaten, men ordlyden i art. 56 (1) (a) er vid og utelukker på ingen måte genetiske ressurser. Naturmangfoldlovutvalget sier at ”utnyttingen av genetisk materiale er en ny måte å nyttiggjøre seg naturressursene, og det synes vanskelig å se grunner til at slik utnytting skal falle utenfor kyststatens reguleringsadgang”.²¹ Uttrykket naturforekomster i art. 56 og 77 kan i følge havressurslovutvalget i begge artiklene ”ikke forstås innskrenkende, men må forstås å omfatte enhver ressurs som vil kunne gjøres til gjenstand for kommersiell utnyttelse”.²² Havressurslovutvalget mener videre at uttrykket kan anses å være sammenfallende med uttrykket ”ressurser” i biomangfoldkonvensjonen art. 3. Art. 3 i biomangfoldskonvensjonen viser til de alminnelige folkerettslige regler om statenes suverene rett til å utnytte sine egne ressurser. Art. 2 sier videre at suvereniteten også gjelder ”genressurser” som defineres som ”genmateriale av faktisk eller potensiell verdi”. ”Genmateriale” defineres videre som ”ethvert materiale fra planter, dyr, mikrober, eller av annen opprinnelse som inneholder funksjonelle arveenheter”. Videre hva suverenitet angår sier art 4 (a) at biomangfoldkonvensjonen gjelder ”i områder innefor Partenes nasjonale jurisdiksjon”. I følge biomangfoldlovutvalget²³ gjelder dette først og fremst landterritoriet, men art. 22 bestemmer at partene skal gjennomføre konvensjonen i samsvar med staters rettigheter og plikter i henhold til havretten.

En begrensning når det gjelder suvereniteten er at statene har plikt til å legge til rette for ren vitenskapelig forskning. Forskning med tanke på bioprospektering er ikke vitenskapelig forskning på grunn av profittmotivet som per definisjon ligger aktiviteten og

²¹ NOU 2004:28 s 507

²² NOU 2005:10 s 83

²³ NOU 2004:28 s 507

bipoprospektering.²⁴ Ikke-vitenskapelig forskning er således ikke eksplisitt behandlet i havrettskonvensjonen. Tidligere var utgangspunktet at genressurser var menneskets fellesarv og at utnyttelsen av disse var fri for enhver. FNs biomangfoldkonvensjon art. 3 fastholder statenes suverenitetsprinsipp og sier videre at dette også gjelder tilgangen til genetiske ressurser. Art. 15 m.v. sier også at stater kan stille vilkår for slik utnyttelse som blant annet fordeling av fordeler eller ”benefit sharing”. Utgangspunktet i folkeretten er altså at staten utøver suverene rettigheter over sine naturressurser, herunder også de genetiske ressursene. Følgelig har Norge suverenitet over de marine genetiske ressurser etter havrettens regler om kyststaters jurisdiksjon.

2.2 Statens suverene rettigheter til de marine genetiske ressursene

Det nasjonalrettslige utgangspunktet for regulering av uttak av viltlevende marine ressurser er at ”ville dyr og vill fisk ansees som eierløse”(Falkanger 1996).²⁵ Høyesterett legger i Rt. 1999 s. 14 til grunn at fisk er å regne som eierløse før høsting. Rett til å fiske i saltvann er en allemannsrett. Fiskeri- og kystdepartementet er likevel i medhold av Saltvannsfiskeoven²⁶ § 4 delegert myndighet til å fastsette nødvendige reguleringer som begrenser fiske. Gjeldende rett i dag, i følge havressurslovutvalget, er at alt yrkesfiske i sjø er forbudt uten ervervstillatelse.²⁷ Fritidsfiske er kun tillatt med begrenset redskap. Det finnes i dag ingen regler i norsk rett som er utarbeidet særskilt med sikte på å regulere tilgang til og utnyttning av det genetiske materialet i viltlevende marine ressurser. Dersom forholdet skal reguleres, må dette skje indirekte i medhold av reglene om tilgang til

²⁴ Jf. denne oppgavens 1.1.2

²⁵ *Tingsrett* s. 54

²⁶ Lov om saltvannsfiske (saltvannsfiskeoven) m.v. av 3. juni 1983 nr 40,

²⁷ NOU 2005:10 kap. 6.1.4

ressursene, slik de er fastsatt i sokkelressursloven, saltvannsfiskeloven og lov om Norges økonomiske sone.²⁸

2.2.1 Ressurser på norsk kontinentalsokkel

Norsk kontinentalsokkel er havbunnen og undergrunnen i de undersjøiske områder ut til 200 nautiske mil fra grunnlinjene. Kontinentalsokkelens område strekker seg utover 200 nautiske mil der den er en naturlig forlengelse av landterritoriet, dog ikke lenger enn 350 nautiske mil.

Når det gjelder bunnfaste arter, som skjell, koraller, tang m.v., er staten ansett som eier av de marine levende ressursene på sokkel, jf sokkelressursloven²⁹ § 2. Det er usikkert om dette også gjelder de genetiske ressursene.³⁰ Utrykket ”genetiske ressurser” viser til at det er materialets genetiske kode som er av interesse i sammenhengen. For eksempel vil salg av fisk til mat være bruk av biologisk materiale, mens salg av fiskens arvestoffer til avl i oppdrettsindustrien vil være bruk av de genetiske ressursene. Det er ikke selvfølgelig hva eiendomsretten til ressursene etter sokkelressursloven innebærer. Fiskeri- og kystdepartementet³¹ tolker det slik at eiendomsretten i hvert fall omfatter den fysiske ressursen, som altså vil kunne overføres fra staten til ny eier gjennom lovlig høsting, slik som en fisk blir tilhørende den fisker som fisker den. Det er ikke tatt stilling til om eiendomsretten også omfatter det genetiske materialet (gener og molekylærforbindelser og den informasjon disse inneholder), men det er ikke utelukket. Det genetiske materialet er atskilt fra den fysiske ressursen. Fiskeri- og kystdepartementet benytter foreløpig ikke sokkelressursloven som hjemmel for genetisk eierskap.

²⁸ Lov om Norges økonomiske sone (NØS-loven) av 17. desember 1976 nr 91

²⁹ Lov om vitenskapelig utforskning og undersøkelse etter og utnyttelse av andre undersjøiske naturforekomster enn petroleumsforekomster (sokkelressursloven) av 21. juni 1963 nr 12

³⁰ NOU 2004:28 s 510 kap 22.5.2.1

³¹ Samtaler med Fiskeri- og kystdepartementet

2.2.2 Norsk territorialfarvann og økonomisk sone

Norsk territorialfarvann innebefatter sjøterritoriet og de indre farvann.³² Yttergrensen til norsk økonomisk sone går 200 nautiske mil fra grunnlinjene. Grensen trekkes likevel ikke lenger enn til midtlinjen i forhold til andre stater.

Reglene i saltvannsfiskeleven og økonomisk soneloven som regulerer forvaltningen av tradisjonelt ressursuttak har ikke uttalte regler om eierskap, bare regler om regulering av tilgang. Disse reglene gjelder også ved regulering av uttak av genetiske ressurser. Saltvannsfiskeleven³³ og økonomisk soneloven³⁴ gir til sammen staten suveren rett til å forvalte og fordele ressursene, i havområdene ut til 200 nautiske mil, på best mulig samfunnsøkonomisk og rettferdig måte. Derfor kan staten stille en rekke forskjellige vilkår til en aktør som ønsker å ta ut villevende marine ressurser. Den kan også nekte uttak.

2.2.3 Felles vurderinger

For å hjemle statens suverene rettigheter til marine genetiske ressurser i norsk farvann må man altså benytte seg både av sokkelressursloven og saltvannsfiskeleven sammenholdt med økonomisk soneloven for å dekke hele det norske jurisdiksjonsområdet. For norske skip gjelder saltvannsfiskeleven også utenfor den 200-mils økonomiske sonen.

Sokkelressurslovens saklige virkeområde er ”andre undersjøiske naturforekomster enn petroleumforekomster”. Ifølge Ot. prp nr 46 (1993-1994)³⁵ skal man definere naturforekomster slik man definerer det i Genève-konvensjonen om kontinentalsokkelen av 29. april 1958. I henhold til art 2 nr 4 omfatter naturforekomster ”mineralske og andre uorganiske forekomster på havbunnen og i undergrunnen, samt levende organismer i den utstrekning de tilhører stasjonære arter, det vil si organismer som på det stadium da de utnyttes enten ikke beveger seg eller er ute av stand til å bevege seg annet enn i stadig fysisk kontakt med havbunnen eller undergrunnen”. Om en art skal regnes som bunnfast

³² Lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone av 27. juni 2003 nr. 57

³³ Lov om saltvannsfiske m.v. av 3. juni 1983 nr 40, § 4

³⁴ Lov om Norges økonomiske sone av 17. desember 1976 nr 91, § 3 sammenholdt med §§ 4 og 6

³⁵ Denne Ot.prp. lå til grunn for en endring i kontinentalsokkeloven som gjaldt tang og tare.

eller ikke beror altså på en tolkning av ”uten å være i konstant fysisk kontakt med havbunnen”. Denne grensedragningen bestemmer om arten reguleres av sokkelressursloven. Gjør den det vil den så vel som å være statens eiendom også være under norsk jurisdiksjon helt til hvor kontinentalsokkelen slutter. Er det ikke en bunnfast art vil den derimot reguleres av saltvannfiskeoven og økonomisk soneloven og er således kun i norsk farvann så lenge den er innenfor økonomisk sone. Hva som er å regne som en bunnfast art blir ifølge havressurslovutvalget³⁶ opp til den enkelte stat og vurdere, basert på internasjonal praksis og etablerte biologiske kriterier. Skalldyr beveger seg for eksempel ved hjelp av havbunnen, men kan også forflytte seg med havstrømmer. Det kan derfor tenkes arter som både går under kontinentalsokkeloven og reglene i saltvannsfiskeoven sammenholdt med økonomisk soneloven. I praksis vil det ikke ha noen betydning hvilken av disse lovene arten reguleres av dersom man forutsetter, som det gjøres i denne oppgaven nedenfor, at regulering av uttak av marint genetisk materiale for bioprospektering skal skje gjennom tillatelse til uttak av marine levende ressurser.

Siden staten etter gjeldende rett ikke kan anses å være eier av de genetiske ressursene i norsk farvann må den for å regulere uttak av marine genetiske ressurser for bioprospektering stille vilkår ikke i kraft av eierskap, men i kraft av de suverene rettigheter den har til å regulere ressursuttak. Når en aktør ønsker tilgang til de genetiske ressursene i det marine biologiske materialet blir det følgelig opptil myndighetene å gi tillatelse til uttak av slikt materiale, eller ikke.

2.2.4 Statens rett til marine genetiske ressurser i privateid biologisk materiale

Staten kan i kraft av ressurslovgivningen for norske farvann³⁷ regulere tilgangen til de marine levende ressursene. Men de marine ressursene vil i mange tilfeller befinne seg på privat eiendom og omfattes av privat eiendomsrett. I følge havressurslovutvalget legges det til grunn at strandeier i utgangspunktet har eiendomsrett som også innebærer viltlevende

³⁶ NOU 2005:10 kap 4.1.2

³⁷ Jf. saltvannsfiskeoven, økonomisk soneloven og sokkelressursloven

marine ressurser.³⁸ Hva denne eiendomsretten omfatter og hvor langt ut i sjøen den går er usikkert og ikke entydig fastslått. Reglene på dette området er ulovfestede. Havressurser som omfattes kan være for eksempel tang, ville østers og skjell.

Verken sokkelressursloven eller petroleumsloven regulerer i særlig grad forholdet til private grunneiere. Lovavdelingen i Justisdepartementet var ved vedtagelsen av sokkelressursloven kritisk til manglende regulering av forholdet til private grunneiere. De konkluderte allikevel i brev av 24. mai 1963 med at nærmere formulering av avgrensning ville medføre vanskeligheter ”fordi det etter gjeldene rett både er uklart hvor langt den private eiendomsrett strekker seg ut i sjøen og hvilke rettsregler som i tilfelle gjelder for utnytting m.m. av den private undersjøiske grunn”. I følge havressurslovutvalget er de rettslige uklarheter de samme i dag som ved vedtak av sokkelressursloven.³⁹ Grensen mellom statlig evne til å regulere de marine ressursene og den private autonomi er altså vanskelig å trekke.

I rettspraksis sier at den generelle eiendomsgrense for strandeier går ved marbakken, det vil si der bunnen begynner å falle sterkt. I Rt. 1889 s 633 blir marbakken regnet til å starte fra 55 meter fra stranden og utover hvor dybden går fra å være 6 meter til 16,5 meter ved 110 meter, altså et fall på 1:5. I Rt. 1915 s 704 falt dybden raskt fra 1,88 meter ved 15 meter til 2.38 meter ved 17 meter. Høyesterett la til grunn at marbakken i hvert fall begynte 15 meter fra land. I følge Thor Falkanger⁴⁰(Falkanger 1997) trekkes grensen ved to meter ved middels vannstand hvor det ikke finnes noen marbakke. Dette punktet kalles toeterskoten. Hvor det verken er marbakke eller langgrunt finnes det ingen rettspraksis, men det har vært hevdet i teorien at ”landeigaren eig botnen så langt ut at han får nokonlunde same rådevelde som marbakkelinan vanlig gjev”.⁴¹ Eiendomsretten over sjøbunnen innbærer i følge Rt. 1896 s. 500, at den som eier strandtomt ”er eneberrettiget til at utnytte de

³⁸ NOU 2005:10 s 157 pkt. 6.1.6

³⁹ NOU 2005:10 s 157 pkt 6.1.6

⁴⁰ *Fast eiendoms rettsforhold* 2. utg. 1997 s 97

⁴¹ *Fast eiendoms rettsforhold*, side 97

økonomiske Fordele, som den nærmest tilstøtende Havgrunn giver, og som ikke på Grund af særegne Retsregler ere untagne”. Eksempler på slike verdier er i følge Falkanger, sand, grus, østers og andre muslinger. Retten innbefatter også tang- og tareforekomster.

Strandeier har også visse andre rettigheter i tillegg til grensen ved marbakken. Disse rettighetene kalles strandretten. Jeg vil her bare nevne de strandretter som har betydning for tilgangen til de biologiske ressursene. Utgangspunktet er at fiske er for alle, også innenfor marbakken. Hovedregelen i lakse- og innlandsfiskeloven av 15. mai 1992 nr 47 § 16 er at strandeier har enerett så langt hans grunn går. Også utenfor dette området har han enerett til fiske av laks med stående redskap, men bare i den utstrekning det anses naturlig, de stedlige forhold tatt i betraktning, slik som bunnformasjoner og avstanden fra grunneiers eiendom til vedkommende fiskeplass, eller etter den sedvanemessige utøving av fisket.⁴² I prinsippet kan eneretten strekke seg helt ut til territorialgrensen. Strandretten gir også grunneier rett til tang- og tareforekomster som strekker seg forbi marbakken jf Rt 1896 s 500. I følge Falkanger må det her tas hensyn til lokale sedvanerettsdannelser, alders tids bruk eller hevd.

I NOU 1988:16: ”Eigedomsgrenser og administrative inndelingsgrenser” foreslår sivillovbokutvalet at marbakkeregelen opprettholdes med to meterskoten som subsidiær regel, dog slik at strandeier uansett eier minst 30 meter ut fra strandkanten.⁴³ For tang og tare, skjell, sand og grus kan grensen gå enda lengre ut⁴⁴ og dertil ytterligere ut⁴⁵ for fiske etter laks og sjøøret /røye.

Når det gjelder genetisk materiale følger det av Biomangfoldskonvensjonen art 15 at det er statene som innehar suveren rett til et bestemt genetisk materiale og kan bestemme hvem

⁴² Fast eiendoms rettsforhold s 100

⁴³ NOU 1988:16, sivillovbokutvalgets lovutkast § 13

⁴⁴ NOU 1988:16, lovutkast § 14

⁴⁵ NOU 1988:16, lovutkast § 15

som skal få tilgang til å utnytte informasjonen.⁴⁶ Norsk intern rett har ingen regler som gir eierskap til marine genetiske ressurser. Havressurslovutvalget mener at privatpersoner ”ikke kan skaffe seg eksklusiv rett i det genetiske materialet eller iboende informasjon fra viltlevende ressurser”.⁴⁷ Man må altså skille mellom den fysiske ressursen og det genetiske materialet. Privatpersoner kan derfor ha eksklusiv rett til den fysiske ressursen, mens rettigheten til den genetiske ressursen er betinget av statlig tillatelse uavhengig av om den fysiske ressursen er underlagt privat eiendomsrett. Det vil si at når det handler om uttak av privateide viltlevende marine genetiske ressurser er det mest nærliggende, etter dagens rettskildesituasjon, at dette må reguleres etter reglene i sokkelressursloven sammenholdt med saltvannsfiskeoven og NØS-loven, slik jeg har foreslått at slike uttak også ellers bør reguleres.⁴⁸ Det er flere hensyn som taler for dette. Hensynet både til statlig inntjening og til kontroll med ressursene vil bli undergravet hvis det skulle gjelde andre regler for genetiske ressurser i privateide marine fysiske ressurser. Hvis ikke staten anses å ha eksklusiv rett til å regulere dette, blir situasjonen uavklart og kaotisk, da det vil åpne for at aktører søker tilgang til det genetiske materialet gjennom avtale med den private eier av de fysiske ressurser.

Det er i utgangspunktet uklart hvor langt den private eiendomsretten går når det gjelder de fysiske ressursene. Kontinentalsokkelovens stedlige virkeområde inkluderer indre farvann⁴⁹, det samme gjør saltvannsfiskeovens virkeområde jf. lovens § 1 (a) jf. Lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone av 27. juni 2003 nr. 57 § 3. Fiske er i utgangspunktet fritt for alle, også i den private strandsone, med mindre annet er bestemt i lov. Etter saltvannsfiskeoven regulerer staten både yrkesfiske og fritidsfiske jf §§ 4 og 4a. Staten kan altså etter disse lover regulere uttak av en del marine ressurser som befinner seg på privat eiendom men som ikke anses å være en eksklusiv rett for eier. For de ressursene som anses som å være under eiers eksklusive eiendomsrett, er det fremdeles

⁴⁶ NOU 2005:10 s 159 pkt 6.1.7

⁴⁷ NOU 2005:10 s 159

⁴⁸ Avnitt 2.2.3 i denne oppgaven

⁴⁹ Lov 21. juni 1963 nr. 12, § 1

ingen regler som hjemler genetisk eierskap. Snarere tvert imot så finns det flere momenter som taler imot privat eiendomsrett i genetisk materiale, blant annet er dette som nevnt ovenfor uttalt i biomangfoldkonvensjonen og i havressurslovutvalget. Når eiendomsretten til genetiske ressurser ikke kan innehas av private, er det faktum at staten regulerer hvem som kan benytte seg av disse heller ikke et inngrep overfor grunneier. Jeg anser derfor staten å ha myndighet til å regulere uttak av marine genetiske ressurser på marine områder som er underlagt privat eiendomsrett.

2.2.5 Hjemmel for regulering av uttak av marine genetiske ressurser

I henhold til legalitetsprinsippet må det finnes tilstrekkelige internrettslige regler for at Norge skal kunne regulere og stille vilkår ved uttak av marine genetiske ressurser. Etter sokkelressursloven fremgår det klart av § 2 at "retten til undersjøiske naturforekomster tilligger staten". Av § 2, 2. ledd sier videre at "Kongen kan gi norske eller utenlandske personer adgang... ..til å undersøke eller utnytte naturressursene". Når det gjelder vitenskapelige undersøkelser er denne myndigheten delegert til Utenriksdepartementet gjennom Kronprinsregents resolusjon av 27. Mars 2001. Utenriksdepartementet gav deretter *FOR 2001-03-30 nr 360: Forskrift om utenlandsk vitenskapelig havforskning i Norges indre farvann, sjøterritorium, økonomisk sone og på kontinentalsokkelen*. Ren vitenskapelig forskning kontra uttak av marine levende ressurser for bioprospektering har så vidt forskjellige motiver at reguleringen av disse typer aktivitet må skilles fra hverandre. Sokkelressursloven stiller opp et skille mellom "vitenskapelig utforskning" og "undersøkelse etter og utnyttelse av andre undersjøiske naturforekomster". Forarbeidene sier ikke mye om hvor dette skillet går, men St. prp nr 37 om ratifisering av Havrettskonvensjonen s. 100 oppstiller et skille mellom "*rent vitenskapelig (grunn)forskning og anvendt (nytte)forskning med henblikk på utvinning av naturressurser*". Aktiviteter knyttet til bioprospektering vil således gå under kategorien anvendt forskning, "*en direkte ressursrelatert nytteforskning som kan karakteriseres som undersøkelser av naturforekomster i økonomisk sone eller av kontinentalsokkelen*" og vil derfor ikke kunne reguleres etter forskriften om vitenskapelige undersøkelser, men etter alternativet i sokkelressursloven som sier; "*undersøkelse etter og utnyttelse av andre*

undersjøiske naturforekomster”. Det er per dags dato Fiskeri- og kystdepartementet som innehar myndigheten til å gi adgang til naturressursene etter denne reglen. Slik myndighet ble nylig delegert i kongelig resolusjon av 16. desember 2005; *Forslag om delgasjon av myndighet etter kontinentalsokkelovgivningen*.⁵⁰ Fiskeri- og kystdepartementet vurderer å utarbeide en forskrift for uttak av marine genetiske ressurser. Nedenfor i denne oppgaven vil det således også komme forslag til hvordan dette kan gjøres.

Når det gjelder saltvannsfiskelovens område kan Fiskeri- og kystdepartementet som nevnt i 2.2.1 gi reguleringer som begrenser det i utgangspunktet frie fisket. Selv om aktiviteten bioprospektering ikke kan sies å være ”fiske” ordets tradisjonelle forstand er det etter deltakerloven,⁵¹ som regulerer adgang, dog kun for norske fartøy, til å drive ervervsmessig fiske, jf. lovens § 2, gitt konsesjon for fiske av raudåte, som biologisk regnes som dyreplankton. I følge havressurslovutvalget kan man derfor ikke uten videre sondre uttak i forbindelse med bioprospektering i fra fiske.⁵² Uttak til bioprospektering må også i de fleste tilfeller gjøres med utstyr som benyttes i tradisjonelt fiske, for eksempel trål. Saltvannsfiskeloven § 8 sier at det er departementet som bestemmer hva som regnes som trål. Etter sammenlignbar praksis, som raudåteeksempelet, er det derfor ikke unaturlig å regulere ressursuttak for bioprospektering etter saltvannsfiskeloven. Fiskeri- og kystdepartementet mener selv at saltvannsfiskeloven gir dem hjemmel til slik regulering.⁵³ Med tanke på at det heller ikke finnes andre regler man kan regulere slike uttak igjennom taler dette for at saltvannsfiskeloven kan hjemle regulering av uttak av marine genressurser.

Fiskeri- og kyst departementet kan etter hjemmel, slik omtalt ovenfor gi tillatelser til uttak av marine ressurser på ”case-to-case” basis også i dag, i hvert fall for ressurser som går inn

⁵⁰ Kongelig resolusjon av 16. desember 2005 gitt av Nærings og handelsdepartementet. Saksnummer: 200504071 Dato: 14.12.2005

⁵¹ Lov om retten til å delta i fiske og fangst av 26. mars nr. 15 1999

⁵² NOU 2005:10 s. 89

⁵³ Jf. samtale med spesialrådgiver Fiskeri- og kystdepartementet.

under sokkelressurslovens virkeområde, men det gjøres ikke i praksis i mangel av et mer utfyllende regelverk.⁵⁴

2.2.6 Handelsrettslige hindringer ved utforming av reglene

2.2.6.1 Forholdet til EØS-avtalen

I NOUen til biomangfoldlovutvalget uttrykkes det at det kan være vanskelig i henhold til EØS avtalen å regulere uttak av marine genetiske ressurser hvis det stilles strengere krav overfor utlendinger enn overfor egne borgere.⁵⁵ I henhold til EØS-avtalen⁵⁶ art. 31 og 36, om henholdsvis etableringsrett og tjenester, er det fri etableringsrett og forbud mot restriksjoner på adgangen til å yte tjenester. Derfor kan man ved åpen diskriminering ”bare påberope seg de traktatfestede unntakene om hensynet til offentlig orden, sikkerhet eller folkehelse”.⁵⁷ Biomangfoldlovutvalget konkluderer på EF-rettens område med at det ”...ikke kan innføres begrensninger som innebærer en ubegrunnet diskriminering av personer fra andre EØS-land når det gjelder for eksempel bioprospektering og lignende tjenester”. På generelt grunnlag er dette riktig, men naturmangfoldlovutvalget har her ikke drøftet de særlige reglene om ressursutnyttelse innenfor det marine området.

Havressurslovutvalget har også behandlet regulering av bioprospektering i forhold til EØS-avtalen, og de har i medhold av sitt mandat behandlet uttak av marine ressurser spesielt. I følge utvalget ”finnes det ikke noe handelsrettslig hinder i forhold til å stille ulike vilkår overfor utenlandske borgeres uttak av marine genressurser, så lenge praksis ikke hindrer muligheten til å utøve tjenester eller etablere seg i Norge”.⁵⁸ Videre sier havressurslovutvalget at regulering av uttak av marine levende ressurser og deres genetiske materiale, før de er høstet, faller utenfor reglene om fri bevegelighet fordi slikt uttak på det

⁵⁴ Jf. samtale med Fiskeri- og kystdepartementet

⁵⁵ 2004:28 s. 507

⁵⁶ 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

⁵⁷ NOU 2004:28 s. 508

⁵⁸ NOU 2005:10 s. 99

tidspunkt ikke er en handelsrettslig problemstilling, men en problemstilling som følger havrettskonvensjonen som legger til grunn at kyststatens rettigheter er suverene. Forbud mot utenlandske ressursuttak har vært praktisert i Norge lenge, også etter inngåelsen av EØS-avtalen. Havressurslovutvalget mener at det ikke stiller seg noe annerledes om utnyttelsesformålet er et annet enn konsum, så lenge det ønskes tilgang til genetisk materiale som befinner seg i norsk farvann.

Havressurslovutvalget anbefaler et viktig unntak. Hvis spørsmålet om tilgang til ressurser også vil ha innvirkning på mulighetene til å etablere seg eller utøve tjenester i Norge vil spørsmålet allikevel reguleres av EØS-avtalen. I henhold til avtalens ikke-diskrimineringsprinsipp i art. 4 kan det i følge Havressurslovutvalget ”ikke gis begrensinger i EØS-borgernes rett til å etablere seg i norsk bioteknisk industri eller foredlingsindustri ved å etablere diskriminerende fordelings- og tilgangsvilkår som hindrer utenlandske selskap å yte eksempelvis bioteknologiske tjenester på norsk territorium”.⁵⁹

Ser man da naturmangfoldlovutvalgetes og havressurslovutvalgets drøftelser under ett finner man at selv om EØS-avtalen begrenser Norges mulighet til fritt å kunne regulere uttak av ressurser for bioprospektering, er det spesielle regler knyttet til uttak av marine ressurser som ikke hindrer staten i å kunne forskjellsbehandle norske og utenlandske aktører. På tjeneste og etableringssiden derimot, er det helt klart at reguleringen må være ikke-diskriminerende. Skulle man komme inn på grensetilfeller mellom regulering av det rene uttak av marine ressurser og regulering av etableringsmuligheter kan man enkelt sikre seg ved utforme reglene slik at de behandler norske og andre EØS-borgere likt. Men dette vil kun være nødvendig i tilfeller hvor man er usikker på om etablerings- og tjenesteutøvelsesreglene i EØS-avtalen blir berørt. I tilfeller hvor det er sikrere eller sikkert at disse reglene ikke blir berørt kan regelen være diskriminerende.

⁵⁹ NOU 2005:10 s 100

2.2.6.2 WTO-regelverket

I WTO regelverket kan tjenesteavtalen, GATS,⁶⁰ og tjenesteavtalen om handelsrelaterte investeringstiltak, TRIMS⁶¹, være avtaler som begrenser Norges mulighet til å forskjellsbehandle. Art XVII i tjenesteavtalen 1. ledd sier blant annet at hvert medlem skal innenfor avtalens område "...med hensyn til samtlige tiltak som berører ytelse av tjenester, gi ethvert annet medlems tjenester og tjenesteytere en behandling som ikke er mindre gunstig enn den det gir sine egne tilsvarende tjenester og tjenesteytere". Det er ifølge naturmangfoldlovutvalget og havressurslovutvalget usikkert om reglene om ikke-diskriminering i GATS-avtalen kommer til anvendelse på tjenester vedrørende uttak og utnytting av genetiske ressurser. Hele avtalen er i følge biomangfoldlovutvalget⁶² for tiden gjenstand for forhandlinger og det er derfor usikkert hvordan art XVII skal anvendes. Videre sier utvalget at "WTO-regelverket er generelt utformet, og det finnes lite praksis som gir veiledning vedrørende problemstillingen forskjellsbehandling ved uttak og utnytting av genetiske ressurser"⁶³. Utvalget konkluderer med at det i det hele tatt er usikkert hvilke grenser disse bestemmelsene setter med hensyn til diskriminering ved uttak og utnytting av genetiske ressurser.

2.2.7 Konklusjon

Staten har i dag mulighet til å regulere uttak av marine genetiske ressurser gjennom sokkelressursloven og saltvannsfiskeloven sammenholdt med økonomisk soneloven. Reglene i havrettskonvensjonen og biomangfoldkonvensjonen står ikke i veien for slik regulering. Den norske suvereniteten til å regulere de marine genetiske ressursene i de aktuelle marine områdene blir trolig heller ikke i vesentlig grad begrenset berørt av

⁶⁰ TRA 1994-04-15-15, General agreement on trade in services, Generalavtalen om handel med tjenester, GATS

⁶¹ TRA 1994-04-15-9, Agreement on trade-related investment measures, Avtale om handelsrelaterte investeringstiltak, TRIMS

⁶² NOU 2004:28 kap. 22.4.6 s. 508

⁶³ NOU 2004:28 kap 22.4.6 s. 508

handelsrettslige forpliktelser. På området som gjelder tjenester og etablering er staten dog hindret fra å forskjellsbehandle norske aktører og EØS-borgere. Det ligger opp til departementet selv å vurdere hva slags vilkår de vil stille til en aktør som ønsker tilgang, såfremt de holder seg innenfor lovens hjemler og de folkerettslige rammer. Slike vilkår kan spenne fra alt til type og mengde biologisk materiale, til offentlig kontroll av aktiviteter, til fordeling av fordeler fra utbyttet mellom aktør og stat. Norsk rett mangler dog et fast system med regler som sikrer at de viktigste problemstillingene ved tillatelse til uttak av ressurser for marin bioprospektering blir tilstrekkelig gjennomgått i hvert enkelt tilfelle. For å sikre slik behandling kan det utformes en forskrift som tar for seg prosessen fra stadiet hvor en aktør ønsker tilgang til de genetiske ressursene, til ferdig produkt med fremtidige tilståelser. Dette vil fremme forutsigbarhet, likebehandling og skape klarere rammer for aktiviteten. Videre det blir lettere for staten å regulere aktiviteten slik den ønsker.

3 Aspekter som bør tas stilling til ved utforming av forskrift som regulerer uttak av marine genetiske ressurser

3.1 Innledning

Som nevnt i del 2, gir nåværende lovgivning jf. sokkelressurslovens §2 (2) sammenholdt med kongelig resolusjon gitt i medhold av denne bestemmelsen sammen med saltvannsfiskeloven § 4 m.v. og NØS-loven, departementet myndighet til å fastsette forskrift som regulerer uttak av marint biologisk/genetisk materiale fra norsk farvann. Utkastet til ny havressurslov §§1-5 og 5-1, om det blir vedtatt, vil kombinert gi staten både eiendomsrett til de genetiske ressursene og staten eksplisitt hjemmel til å regulere uttak av marine genetiske ressurser for bioprospektering.⁶⁴ Forslaget innebærer blant annet at det genetiske marine materialet anses å tilhøre staten. Etter dagens regler regulerer staten uttaket av de genetiske ressursene gjennom sine suverene rettigheter til ressursene og ikke

⁶⁴ NOU 2005:10 s. 336 og s. 351

kraft av eiendomsrett.⁶⁵ Nedenfor konkluderes det med at selv med statlig eiendomsrett til alle marine genetiske ressurser, vil det være hensiktsmessig å regulere uttaket av dem allerede før uttakstidspunktet, med en tillatelse, slik det blir gitt tillatelse til uttak av fisk. I praksis betyr dette at samme reguleringen av marint genetisk ressursuttak kan benyttes både etter gjeldende rett og etter eventuell vedtagelse av ny havressurslov slik den står i NOU 2005:10.⁶⁶

Med departementets myndighet til å utforme regler for uttak av marine levende ressurser følger et ansvar om ivaretagelse av flere hensyn. Reguleringen bør sikre at naturen og ressursene blir utnyttet hensiktsmessig og at utviklingen blir bærekraftig, samtidig som interessene til andre aktører på havet, herunder for eksempel fiske- og oljeindustri og skipsfart, blir ivaretatt. En annen viktig del av reguleringen er å sikre den norske stat inntekter ved bioprospekteringsaktivitet. Det genetiske materialet kan på mange måter ses på som en norsk råvareressurs på lik linje med fisk eller olje. For få til dette på best mulig måte bør departementet fastsette en forskrift som regulerer alle disse elementene på ett og samme sted. På denne måten vil det kunne utarbeides et fast system hvor erfaringer og kompetanse rundt reguleringen vil bli samlet på et sted slik at det kan utvikle seg videre og bli best mulig. På bakgrunn av fiskeriforvaltningens oppbygning vil Fiskeridirektoratet bli en naturlig instans for førsteinstansbehandling av bioprospekteringsaker.⁶⁷

Reguleringer i forskrift som regulerer uttak av marine ressurser for bioprospektering bør som diskutert ovenfor inneholde regler som sikrer staten del i eventuelt utbytte. Forskriften om vitenskapelige undersøkelser har per definisjon ingen slike regler. På dette punktet vil forskriftene skille seg fra hverandre. For å kunne sikre staten del av overskuddet ved bioprospekteringsaktivitet er det nødvendig med regler som for det første muliggjør identifikasjon av overskuddet slik at staten, i forhold til forskjellige selskap på forskjellige steder, kan håndheve vilkårene i en tillatelse til uttak av marine genetiske ressurser. Av

⁶⁵ Denne oppgavens 2.2

⁶⁶ NOU 2005:10 s. 11 m.v.

⁶⁷ Jf. samtale med Fiskeri- og kystdepartementet.

hvilken del av for eksempel et farmasiselskaps overskudd skal staten ha del i, hvor stor skal delen være og hva skal den bestå i; royalties, direkte skatt, del i den immaterielle eiendomsretten eller annen form for beføyelse? For det andre trengs et system for å inndrive midlene på sikrest og best mulig måte. Selv om det kan vise seg vanskelig, er det viktig at reglene legger opp til et så vanntett system som mulig som regulerer forholdet mellom staten og prospektør slik at inntektene for staten ikke glipper på grunn av for eksempel finurlig lov- eller avtaletolkning.

Et viktig poeng er at staten vil uansett kunne sikre seg del av overskudd fra bioprospektering fra lovlydige selskap, som er interessert i å ha et godt forhold til myndighetene med sikte på fremtidige tillatelser til bioprospektering. Skulle det imidlertid komme til uenighet eller tvister mellom staten og annen part vil tvistene måtte løses gjennom eventuelle søksmål. For at Norge skal stå sterkere ved en slik tvist vil foreslår oppgaven nedenfor at en tillatelse til uttak av marine genetiske ressurser bør suppleres med en privatrettslig avtale mellom staten og søker.

3.2 Oversikt over forslag til hva forskrift som regulerer uttak av marine genetiske ressurser bør inneholde

Forskriften om vitenskapelig havforskning⁶⁸ som er omtalt ovenfor har som nevnt sokkelressursloven og saltvannsfiskeloven sammen med NØS-loven mv. som hjemmelslover.⁶⁹ En eventuell forskrift som regulerer uttak av marine genetiske ressurser bør som anbefalt ovenfor også benytte disse som hjemmelslover. Virkeområdene for de to forskriftene skiller seg ved spørsmålet om aktiviteten er rent vitenskapelig eller ikke. Mange av de nødvendige reguleringene vil således være sammenfallende, i alle fall de bestemmelsene som gjelder å gi tilgang til de marine ressursene. Her vil det i begge tilfeller i hovedsak dreie seg om samling og kartlegging av marine ressurser. På denne bakgrunn vil det være naturlig å bygge opp en bioprospekteringsforskrift over samme lest som

⁶⁸ FOR 2001-03-30 nr 360: Forskrift om utenlandsk vitenskapelig havforskning i Norges indre farvann, sjøterritorium, økonomisk sone og på kontinentalsokkelen

⁶⁹ Jf. 2.2.5 i denne oppgaven

forskriften om vitenskapelige undersøkelser med tanke på stedlig virkeområde, hensyne til andre aktører på havet, hensyn til annen lovgivning, tilsyn med virksomheten med mer. Noen av forslagene har ingen direkte analogi i forskriften om vitenskapelig havforskning. Disse forslagene er mine forslag.

Denne oversikten over hva som bør inkluderes i en forskrift som regulerer uttak av marine genetiske ressurser for bioprospektering er ment for å gi leser en rask innføring i hvordan slik forskrift vil bli seende ut. De viktigste vurderingene og problemstillingene ved gjennomføring av forskriften forutsetter jeg at er gjort i de øvrige avnittene i del 3 i denne oppgaven.

3.2.1 Innledende bestemmelser

Innledningsvis bør forskriften inneholde en formålsparagraf som forklarer at regulering av bioprospektering er nødvendig for å sikre at sosialt, økonomisk og vitenskapelig utbytte ved slik aktivitet i nødvendig grad tilfaller Norge.⁷⁰ Videre bør forskriften gjøre det klart at den gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten,⁷¹ herunder spesielt Havrettskonvensjonen og Biomangfoldkonvensjonen. Innledende bestemmelser bør også angi hvem forskriften gjelder for og hvilken aktivitet den regulerer. Det bør komme klart frem at det dreier seg om tilgang til genetiske ressurser og det bør avgrenses mot reglene som gjelder vitenskapelig havforskning, da det eksisterer en egen regulering av dette. Forskriften bør gjelde for både utenlandske og norske aktører som ønsker adgang til de marine genetiske ressursene. Det er fornuftig med adgang til å enten innvilge, eller ikke innvilge søknad. Videre bør det gjøres klart at aktør som har skaffet seg tilgang til marine genetiske ressurser uten å følge reglene i forskriften skal underlegges regimet i forskriften dersom det er rimelig å anta at han vil bruke ressursene til bioprospektering. Dette er for å hindre at personer omgår forskriften ved å hevde at de gjør ressursuttak med annet motiv

⁷⁰ Sml. havforskningsforskrift § 1

⁷¹ Sml. havforskningsforskrift § 2

enn bioprospektering. Videre bør begrepet marin bioprospektering⁷² defineres.⁷³ Til slutt bør Fiskeridirektoratet gjøres klart at uttak av marine genetiske ressurser ikke kan gjennomføres uten tillatelse fra Fiskeridirektoratet.⁷⁴

3.2.2 Søknadsprosedyre

Forskriften bør videre inneholde regler om hvordan gå frem for å søke. Forskriften bør gjøre det klart at den ikke påvirker søkers rettigheter og plikter etter andre regler som regulerer aktiviteter i norsk farvann.⁷⁵ Heretter bør det angis at bare selskaper og organisasjoner av en viss størrelse kan søke,⁷⁶ og at søknaden skal rettes til Fiskeridirektoratet.⁷⁷ Videre bør det angis hvilken informasjon søknaden må inneholde, slik som nasjonalitet og navn til søker, tidsrammer for prosjektet, formålet med prosjektet, erklæring fra søker om at informasjonen er korrekt og videre annen informasjon som vil være praktisk for Fiskeridirektoratet å vite.⁷⁸ Til slutt bør det forklares at søknaden er innvilget når søkeren får meddelelse om dette fra Fiskeridirektoratet.

3.2.3 Vilkår for tillatelse

Forskriften bør inneholde regler som gir Fiskeridirektoratet mulighet til å knytte visse vilkår til aktiviteter med bioprospektering som formål. Slike vilkår bør blant annet inkludere rett til å delta med representant om bord på fartøy, rett til fortløpende informasjon om prosjektet og dets vitenskapelige resultater mens det pågår og etter at det er avsluttet.⁷⁹ Denne retten bør likevel hindre søkers mulighet til å oppnå immaterielle rettigheter. Et annet viktig vilkår som bør stilles er at søker forplikter seg til å inngå en individuell avtale

⁷² Jf. denne oppgaven 1.1.2

⁷³ Sml. havforskningsforskrift § 4

⁷⁴ Jf. avsnitt 3.3 i denne oppgave

⁷⁵ Jf. FOR 2001-03-30 nr 360: *Forskrift om utenlandsk vitenskapelig havforskning i Norges indre farvann, sjøterritorium, økonomisk sone og på kontinentalsokkelen*, § 7

⁷⁶ Jf. denne oppgaves 3.5

⁷⁷ Sml. havforskningsforskriften § 8

⁷⁸ Sml. havforskningsforskriften § 9

⁷⁹ Sml. havforskningsforskriften § 11

med staten.⁸⁰ Det bør komme frem at denne kontrakten skal inneholde reglene i forskriften i sin helhet, i tillegg til andre klausuler som Fiskeridirektoratet finner nødvendig. Det bør kreves at Fiskeridirektoratet oppretter et offentlig register over avtalene.⁸¹ Deler av avtalen bør kunne holdes unntatt offentlighet av hensyn til søkers forretningsmessige forhold. Til forskriften bør det også inkluderes et vedlegg med standard søkeskjema til Fiskeridirektoratet.

3.2.4 Plikter knyttet til aktiviteten

Det bør knyttes plikter til gjennomføringen av aktiviteten. Disse pliktene bør blant annet være plikt til ikke på uberettiget vis virke forstyrrende inn på annen rettmessig bruk av havet.⁸² Aktivitetene bør også måtte gjennomføres i samsvar med alle regler som gjelder for Norges indre farvann, sjøterritorium, økonomisk sone og på kontinentalsokkelen.⁸³ Søker bør videre ha plikt til å informere Fiskeridirektoratet om endringer hva angår hvilket fartøy som benyttes.⁸⁴ Alle som deltar i aktiviteten bør også ha plikt til å imøtekomme kystvaktens inspeksjon eller anmodning. Fiskeridirektoratet bør til slutt kunne kreve at søkers fartøy gir melding om daglige posisjoner.⁸⁵

3.2.5 Fordeling av fordeler

For å sikre staten inntekter fra bioprospekteringsaktivitet bør forskriften inneholde regler som bestemmer at det kan tilstås staten fordeler fra overskuddet av resultater fra uttak av marine genetiske ressurser.⁸⁶ En slik regulering bør være vid slik at den dekker flest mulig former for uttak av slikt materiale. Den bør derfor inkludere alle typer genetisk materiale som inngår som hvilken som helst del av produktet eller produktutviklingen, uavhengig i

⁸⁰ Denne oppgavens 3.5

⁸¹ Jf. denne oppgavens 3.7 tredje avnitt

⁸² Sml. havforskningsforskriften § 12

⁸³ Sml. havforskningsforskriften § 13

⁸⁴ Sml. havforskningsforskriften § 14

⁸⁵ Sml. havforskningsforskriften §§ 15 og 16

⁸⁶ Jf. denne oppgavens 3.4

hvor stor grad og mengde. Det bør også komme frem at staten kan velge hvilke typer fordeler den vil tilstå, det være seg tilgang til vitenskapelige data, skatter eller avgifter, royalties eller andre virkemidler som sikrer staten en form for fordel.

3.2.6 Endringer i tillatelsen

For de tilfeller hvor søker ønsker å gi fra seg tillatelsen til en annen aktør, bør ikke dette være mulig med mindre den som ønsker å overta tillatelsen sender inn selvstendig søknad til Fiskeridirektoratet.⁸⁷ Hvis staten ønsker å forandre vilkår i tillatelsen etter innvilgelse bør de skriftlig kunne endre vilkår hvis de ikke i vesentlig grad fratru søker muligheten til å gjennomføre aktivitetene i tråd med deres opprinnelige formål. Som en sikkerhetsventil bør staten, uavhengig av slike endringer som nevnt ovenfor, kunne endre vilkår i tillatelsen hvis det er nødvendig av miljømessige grunner, av hensyn til bærekraftig ressursforvaltning, av hensyn til rikets sikkerhet og av hensyn til andre saker av tilstrekkelig viktighet.⁸⁸

3.2.7 Innretninger og utstyr

Forskriften bør gi søker mulighet til å opprette sikkerhetssoner på inntil 500 meter aktiviteter for uttak av genetiske ressurser.⁸⁹ Utplasseringen av innretninger eller bruk av utstyr bør dog ikke utgjøre noen hindring for etablerte internasjonale skipsfartsruter.⁹⁰ Innretningene og utstyret bør merkes med identifikasjonsmerker som viser hvem som de tilhører, og de bør være utstyrt med internasjonale varselssignaler for å ivareta sikkerheten til sjøs og for luftfart i henhold til regler og standarder fastsatt av kompetente internasjonale organisasjoner.⁹¹

3.2.8 Håndhevelse

Til slutt bør forskriften gi Fiskeridirektoratet hjemmel til å suspendere tillatelsen dersom virksomheten ikke drives i samsvar med de opplysninger som er gitt Fiskeridirektoratet i

⁸⁷ Jf. denne oppgavens 3.7

⁸⁸ Slutning basert på samtale med Fiskeri- og kystdepartementet

⁸⁹ Sml. havforskningsforskriften § 17

⁹⁰ Sml. havforskningsforskriften § 18

⁹¹ Sml. havforskningsforskriften § 19

medhold av forskriften ellers.⁹² Videre bør Fiskeridirektoratet kunne kreve fullstendig opphør av virksomheten dersom de forhold som har gitt grunnlag for suspensjon ikke blir rettet innen rimelig tid, eller dersom aktiviteten avviker så sterk fra de opplysninger om aktiviteten, at avviket utgjør en større endring i aktivitetene.⁹³ Det bør også gjøres klart at forskriften ikke berører norske myndigheters adgang til håndhevelse av regler og lover som ellers gjelder i norsk farvann.⁹⁴

3.3 Staten bør regulere uttak av marine genetiske ressurser på uttakstidspunktet

Som nevnt er staten ansett som eier av de fysiske marine levende ressursene som dekkes av sokkelressursloven. Den lovtekniske løsningen etter saltvannfiskeloven sammenholdt med økonomisk soneloven er at høsting er tillatt med mindre adgangen er begrenset eller forbudt ved forskrift. FNs Biomangfoldkonvensjon fra 1992 art 3 fastslår at statene har suveren rett til å utnytte egne biologiske ressurser. Art 15. nr 1 presiserer at dette også gjelder myndigheten til å bestemme over tilgangen til genressurser. I tillegg foreslås det i NOU om ny havressurslov at staten bør være eier av både biologiske og genetiske marine ressurser i norsk farvann.⁹⁵

Havressurslovens utkast § 1-5 foreslår statlig eierskap til ”viltlevende marine ressurser og tilhørende genetisk materiale”. Det vil si at staten blir eier både av den fysiske ressursen som kan overføres til en som høster lovlig, og i tillegg bli eier av det genetiske materialet. Det genetiske materialet er atskilt fra den fysiske ressursen og vil således alltid være statens eiendom. Paragraf 5-1 i utkastet delegerer myndighet til å gi forskrift om regulering av marin bioprospektering til Fiskeri- kystdepartementet. Spørsmålet om å gi staten eiendomsrett til de genetiske ressursene er ikke avklart og har møtt motstand. Spørsmålet må avgjøres av lovgiver. Biomangfoldlovutvalget uttaler at rettighetene til de genetiske

⁹² Sml. havforskningsforskriften § 21

⁹³ Sml. havforskningsforskriften § 22

⁹⁴ Sml. havforskningsforskriften § 23

⁹⁵ Jf. 3.3 i denne oppgaven

ressursene er suverene og at spørsmålet om eiendomsrett må avgjøres av nasjonale myndigheter.⁹⁶ Et alternativ er at ressursene eies av folket og forvaltes av staten.⁹⁷ Dette er det islandske utgangspunktet og resultatet blir det samme. Det vil si at man etter eventuell vedtagelse av ny havressurslov slik den er foreslått i NOU 2005:10, ikke trenger å stille alle vilkårene til en tillatelse til å ta ut marine levende ressurser ved uttakstidspunktet, da staten både før og etter uttak vil være eier i kraft av havressurslovsutkastets § 1-5. Per i dag regulerer ikke staten utnyttelsen av marine genressurser i kraft av eierskap.⁹⁸ Derfor må den regulere utnyttelsen gjennom retten til å regulere ressursuttak fra norsk farvann og herunder stille vilkår. En slik regulering må altså skille mellom vanlig fiske og fiske eller ressursuttak som har bioprospektering som formål. Slikt ressursuttak skiller seg fra det tradisjonelle og bør reguleres med andre og strengere vilkår.

Det vil si at staten, for å ha full kontroll over hva de forskjellige aktørene skal gjøre det den ønsker med ressursene også etter uttakstidspunktet, bør stille vilkår ved tillatelsen på uttakstidspunktet. Dette vil kanskje være mest hensiktsmessig også etter en eventuell vedtagelse av havressurslovsutkastet, med staten som eier av de genetiske ressursene.

Det er flere tenkelige tidspunkt for å innhente samtykke og å stille vilkår til utnyttelse; uttakstidspunktet, utprøvingstidspunktet og realisasjonstidspunktet.⁹⁹ Et samtykke kan være betinget av for eksempel tilståelse av fordeler på et fremtidig tidspunkt. Men, vurderingen av på hvilket tidspunkt det vil være hensiktsmessig å stille vilkår avhenger blant annet av muligheten til å identifisere ressursene som norske. Mange, om de ikke de fleste artene i norske farvann finnes også utenfor norsk farvann. Rent bevismessig vil det derfor være problematisk på et senere tidspunkt å identifisere de marine ressursene som ”norske”. Det vil derfor være sikrest i alle tilfeller å stille vilkår på uttakstidspunktet eller enda tidligere, som allerede på letetidspunktet, uavhengig om det er avklart at den norske stat er eier av

⁹⁶ NOU 2004:28 s. 497

⁹⁷ Jf. Samtaler med Fiskeri- og kystdepartementet

⁹⁸ Jf. denne oppgavens 2.2

⁹⁹ Jf. NOU 2005:10 s. 98

ressursene eller ikke.¹⁰⁰ Selv om staten i fremtiden blir å anse som eier av norske marine genetiske ressurser, må det uansett godtgjøres at de aktuelle ressursene stammer fra norsk farvann. Selv om en tillatelse med vilkår er gitt før uttaksstadiet kan det bli vanskelig i ettertid å bevise at en bestemt genressurs opprinnelig ble tatt ut i norsk farvann jf. ovenfor om at mange av artene i norsk farvann også finnes utenfor norsk farvann.

Etter gjeldende rett¹⁰¹ bør man stille vilkår for utnyttelse av marine genressurser på eller før uttakstidspunktet. Dette vil etter mitt syn også være den sikreste metoden etter eventuell vedtagelse av ny havressurslov med regler som hjemler statlig eierskap til de genetiske ressursene. For at staten best mulig skal kunne sikre at det blir godtgjort at de genetiske ressursene blir ansett som norske bør den, som nevnt i innledningen og som det er drøftet nedenfor¹⁰², som et vilkår knytte en privatrettslig avtale til tillatelsen. I denne avtalen, hva angår opprinnelseslandet til de genetiske ressursene, kan det inkluderes klausul om at prospektør skal rapportere alt den finner av materiale og for fremtiden forplikte seg til å anse funn fra disse artene som norske genetiske ressurser hvis den benytter seg av det i kommersiell sammenheng. På denne måten vil man kunne unngå man en del av de vanskelige bevis tekniske vurderingene med hensyn til hvor de genetiske ressursene stammer fra.

3.4 Tilståelser av fordeler til staten

Ved å legge til rette for aktiviteter med tanke på bioprospektering i norsk farvann åpner det samtidig seg muligheter for inntekter til staten. I følge biomangfoldkonvensjonen art 15 nr 7 skal det oppnås ” en rimelig fordeling med de kontraherende parter som leverer disse ressursene, av resultatene fra forskning og utvikling og av fordelene som følger av kommersiell eller annen utnyttelse av genressursene”. Avtalen mellom partene skal altså sikre at leverandørlandet får en rimelig andel av blant annet den økonomiske avkastningen

¹⁰⁰ Jf NOU 2005:10 s. 98

¹⁰¹ Denne oppgavens 3.3 andre avsnitt

¹⁰² Denne oppgavens avnitt 3.5

fra utnyttelsen av genressursene. Norge kan i kraft av sine suverene rettigheter¹⁰³ velge på hva slags måte de vil motta sin andel, om det er gjennom kunnskapsdeling, gjennom ren fiskal avgift eller som en andel det økonomiske utbyttet. I Bonn-retningslinjene¹⁰⁴ som er ikke-bindende retningslinjer til biomangfoldkonvensjonen er det beskrevet på hvilken måte staten kan kreve fordeler tilstått. De monetære fordelene kan blant annet bestå i lisensavgift, royalties, eller delt eierskap i immaterielle rettigheter. På nasjonalt legislativt nivå er det klart at staten i kraft av suvereniteten etter sokkelressursloven, økonomisk soneloven og saltvannsfiskeloven gir Norge hjemmel til å stille slike vilkår som listet opp i Biomangfoldkonvensjonen.

Det er et uttalt mål at de marine biologiske ressursene på havet skal bli en ny stor inntektskilde for Norge.¹⁰⁵ Selv om det kan stilles spørsmål ved om ikke dette synes vel ambisiøst, vil sikring av inntekter til staten gjennom monetære avgifter måtte være et viktig ledd i denne utviklingen. Samtidig er det viktig at systemet ikke blir for dyrt for investorer slik at risikoen ved engasjement i norsk farvann blir så stor at den holder aktører som elles ville vært interesserte fra å investere. Det er tross alt ikke bare de statlige avgiftsordningene som står for den realøkonomiske verdiskapningen, så avgifter kan ikke bli så tyngende at ikke utviklingen blir bærekraftig rent økonomisk. Aktørene bør få utfolde seg i form av ansettelse av ny arbeidskraft, utbygging av nødvendig infrastruktur og dannelsen av vitenskapelig miljøer som igjen vil skape synergieffekter som kan lede til ytterligere utvikling. Derfor er det viktig at avgiftene eller kravene ikke blir så høye eller av det slaget at en eventuell investeringsvilje blir knepet allerede ved roten.

En hjemmel til å stille vilkår om tilståelse av fordeler til staten bør inkluderes i en forskrift som regulerer uttak av marine levende ressurser for bioprospektering. Ved utformingen av

¹⁰³ Jf. denne oppgavens 2.2 m.v.

¹⁰⁴ Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization, partsmøtevedtak fattet av partene til biomangfoldkonvensjonen, partsmøtevedtak VI/24, 2002

¹⁰⁵ NOU 2005:10 s. 91

en slik bestemmelse bør man ifølge havressurslovutvalget ta hensyn til internasjonal praksis når man beregner størrelsen på vederlaget til staten og i hvilken form det skal tilstås.¹⁰⁶ For at slike vilkår skal stå seg internasjonalt i samarbeidet med internasjonale aktører bør det avtales gjennom skriftlig kontrakt. Avtaler vil lettere kunne håndheves overfør søkere i andre staters rettsystemer, uavhengig om de norske lovreglene kan benyttes eller ikke. Vilkår om å inngå avtale bør hjemles i forskrift som regulerer uttak av marine ressurser for bioprospektering.

Det bør kun være et eventuelt overskudd fra bioprospekteringsaktiviteten som er subjekt for statlige avgifter. Hvor stor del av overskuddet staten skal ha rett på bør ifølge havressurslovutvalget¹⁰⁷ variere i forhold til i hvor stor grad den norske genressursen har blitt benyttet i det ferdige kommersielle produktet, i forhold til andre virkestoffer. Hvis det skulle vise seg etter bioprospekteringsarbeidet at søker ikke klarer å fremstille et kommersielt anvendbart produkt, faller grunnlaget for kravet om tilståelse av fordeler bort. Fra et insentivmessig ståsted er dette fornuftig. Søker bør ikke dobbeltbelastes med krav om avgifter til staten i tillegg til de meget høye kostnadene det vil kunne innebære å fremstille et slikt produkt fra grunnen av.

3.5 Tillatelse til uttak av marine genetiske ressurser bør suppleres med en privatrettslig avtale

Dersom lovgiver skulle komme frem til at Norge skal tilstås fordeler gjennom royalties eller andre typer skatter eller avgifter fra ferdig salgbart produkt basert på marine genetiske ressurser fra norsk farvann, kommer spørsmålet om hvordan man skal sikre at inntektene virkelig tilfaller staten og staten rettslig både nasjonalt og internasjonalt har et krav hvis det skulle oppstå uenighet mellom partene. Den vanligste form for tillatelse fiskeriforvaltningen regulerer i dag er godkjenning av søknader i medhold av etablert regelverk. De fleste kommersielle uttak av marine ressurser krever i dag tillatelse jf. saltvannfiskeoven mv. Dette gjelder også de marine genetiske ressursene. Problemet med

¹⁰⁶ NOU 2005:10 s. 353

¹⁰⁷ NOU 2005:10 s. 353

en offentligrettslig tillatelse er at den ovenfor utenlandske aktører kan være vanskelig å håndheve i andre staters rettssystemer da det ikke er sikkert at vedkommende stat vil godkjenne et vedtak gjort i henhold til norsk lov. Derfor vil det være klokt å supplere eventuelle vilkår som myndighetene stiller til tillatelsen med en privatrettslig avtale, da en avtale lettere vil kunne håndheves internasjonalt. På den bakgrunn bør en forskrift som regulerer en tillatelse til uttak av marine genetiske ressurser inneholde regler om at vilkårene for tillatelsen skal nedfelles i en privatrettslig avtale, der den private part aksepterer å være bundet både av avtalen og av vilkårene som oppstilles i forskriften. Ifølge Eckhoff/Smith 1997, har forvaltningen kompetanse til å kreve at søker inngår slik avtale med myndighetene for å få en tillatelse. En slik avtale som er standardisert og fastsatt av myndighetene som regulerer et gode for søker må faktisk behandles som en del av konsesjonsvilkårene.¹⁰⁸ For at dette skal ha noe for seg er det viktig at den søker som får tillatelse og som blir part i avtalen har økonomisk kapasitet til å stå ansvarlig ved eventuelle krav fra staten.¹⁰⁹ Forskriften bør derfor stille et økonomisk minstekrav til søker. Terskelen bør være høy, da det er snakk om potensielt store verdier. I praksis vil det føre til at kun store selskaper kan bli parter i avtalen.

Avtalen bør i hovedsak regulere forholdet mellom stat og søker når det gjelder fordeling av fordeler og overskudd fra aktiviteten. Den bør tilpasses i hvert enkelt tilfelle for å sikre at fordelingsnøkkelen mellom partene blir rettferdig.¹¹⁰ For å sikre at reglene i forskriften også skal få gjennomslagskraft overfor søker, kan forskriftsteksten i sin helhet inkluderes i avtalen. I tillegg bør det kontraktsfestes at en eventuell rettstvist skal føres for norske domstoler. På denne måten sikrer man konsekvent og forutsigbar behandling dersom rettstvist skulle oppstå. Det er internasjonal aksept for at partene i en avtale selv kan velge hvilket lov avtalen skal stå under og i hvilket land rettstvisten skal behandles.¹¹¹

¹⁰⁸ Eckhoff/Smith Forvaltningsrett 6. utgave 1997 kap. 16 s. 378, petitavsnitt

¹⁰⁹ Jf. samtaler med Fiskeri- og kystdepartementet

¹¹⁰ Jf. 3.4i oppgaven

¹¹¹ Jf. Gaarders innføring i internasjonal privatretts 3. utgave 2000 s. 232,

3.6 Identifikasjon av overskuddet staten skal tilstås fordeler fra

Hvis staten skal kunne tilstås fordeler fra overskudd generert fra bioprospektering på marine genetiske ressurser fra norsk farvann må nødvendigvis myndighetene vite hvor stort overskuddet er og om det faktisk stammer fra norske genetiske ressurser. Det sier seg selv at dette i mange tilfeller vil kunne bli relativt utfordrende. For det første, selv om avtalen mellom Norge og prospektør klart stadfester at prospektør er forpliktet til å rapportere i hvor stor grad han har benyttet det norske genetiske materialet i produksjon av for eksempel et legemiddel, og hvor mye han har tjent på dette, er det sannsynlig, om ikke sikkert, at prospektøren vil rapportere Norges bidrag til så lite som overhodet mulig hvis dette medfører at han må tilstå Norge mindre tyngende fordeler. For det andre, i tillegg til prospektørs åpenbare insentiv til å i beste fall rapportere så lavt som mulig, er det allerede i utgangspunktet vanskelig å vurdere hva som vil være en rimelig andel å tilstå staten. Det vil bli kompliserte regnestykker med bevismessig vanskelige spørsmål. Hva slags fordeler skal for eksempel tilstås staten? Hvis de krever en viss prosentandel av overskuddet, hvordan regner man i så fall ut hva overskuddet består av? Som tidligere nevnt er det jo ikke sikkert at de norske genetiske ressursene er en vesentlig del av produktet, selv om det kanskje er en nødvendig del. Sannsynligvis vil det være naturlig å kreve del av overskuddet etter hvor viktig bestanddel i produktet den norske genetiske ressursen er.

En annen mulighet er å kreve inn fordeler gjennom deleierskap i immaterielle rettigheter. Da dukker andre spørsmål opp. Hvor fritt skal for eksempel staten stå til benytte seg av disse immaterielle rettighetene? Skal staten kunne benytte seg av patentene på samme måte som selskapet som utviklet dem, eller skal det legges inn en forsinkelsesklausul, eller skal det gjøres på annen måte?

Fiskeri- og kystdepartementet¹¹² har tro på at tilståelse av royalties til staten er den mest hensiktsmessige måten å sikre faste inntekter på. Et slikt system vil også være forutsigbart for produsenten. Et fast beløp bør tilstås staten for hver solgte enhet av et produkt som er

¹¹² Samtaler med Fiskeri- og kystdepartementet.

utviklet med hjelp av norske marine genetiske ressurser. Hvor mye som tilstås staten må vurderes i hvert enkelt tilfelle i forhold til for eksempel, som allerede nevnt, viktigheten av den genetiske ressursen for utviklingen av produktet, hvor store investeringskostnader produsenten er påført, tidligere eller fremtidig samarbeid mellom produsent og staten og lignende faktorer som det med rimelighet kan inkluderes i en avtale mellom staten og aktør. Uansett bør man ved utarbeidelse av en slik avtale måtte forholde seg til internasjonal praksis på området, slik at Norge ikke blir et uattraktivt land å hente ut genetiske ressurser fra i forhold til land vi kan sammenligne oss med. Et royalties-system er i så måte et system som er lett ved å justere ved å endre takstene ettersom erfaringen på området øker og man ser hva som er hensiktsmessig å kreve. Uansett vil et royalties-system være forutsigbart og oversiktlig for begge parter. For den norske staten sin del sikrer den seg faste inntekter så lenge produktet selges. Dette vil trolig være å foretrekke fremfor en fast utbetaling og vil kreve mindre rent administrasjonsmessig enn å nyttiggjøre seg av immaterielle rettigheter.

3.6.1 Kanaler for identifikasjon av overskudd

En forutsetning for å kunne håndheve tilståelse av fordeler fra inntektene til et produkt basert på marine genetiske ressurser fra norsk farvann er at man må kunne verifisere at produsenten har benyttet seg av slikt materiale. Det er derfor viktig å få identifisert og loggført hva en bioprospektør har tatt ut av marine ressurser. Å få en aktør til å registrere slikt uttak må derfor være et av vilkårene som stilles i en tillatelse til uttak av marine levende ressurser for bioprospektering. Per i dag finnes det ingen offentlig instans som formelt står for slik loggføring. Derfor bør en eventuell forskrift som skal regulere dette inneholde bestemmelser som anviser hvor dette skal gjøres. For vitenskapelige undersøkelser regulert av *Forskrift om utenlandsk vitenskapelig havforskning i Norges indre farvann, sjøterritorium, økonomiske sone og på kontinentalsokkelen* er det Fiskeridirektoratet som gir tillatelsen. Det er også Fiskeridirektoratet som stiller vilkår til tillatelsen og som sørger for tilstrekkelig oppsyn med aktivitetene. Ved tillatelser til uttak av ressurser til marin bioprospektering vil det nok være naturlig at myndigheten også i den forbindelse blir gitt til Fiskeridirektoratet¹¹³ og at den eller de direktoratet utnevner sørger

¹¹³ Jf samtaler med Fiskeri- og kystdepartementet.

for katalogisering og loggføring av resultatene fra et tokt. Det er nettopp Fiskeridirektoratet som har fulgt utviklingen på området og har bedt Fiskeri- og kystdepartementet om å klargjøre hvilke regler som gjelder for uttak av marine ressurser for bioprospektering slik at de kan behandle søknader tilfredsstillende og sørge for at aktiviteten blir gjennomført på en trygg måte.

3.6.1.1 Kontroll på uttakstidspunktet

En bioprospektør på tokt beveger seg i norsk farvann med tillatelse til å gjøre helt spesifikke ting. Den type avanserte måleinstrumenter og teknisk utstyr som finnes i dag¹¹⁴ og risikoen for at en prospektør vil gå utenfor den fullmakt han har fått av staten gir, myndighetene et behov for å kontrollere virksomheten på stedet. I forskriften om vitenskapelige havforskning¹¹⁵ er det regler som gir myndighetene rett til å utpeke forskere eller andre som deltakere på toktet, gir parten plikt til å la seg inspisere av kystvakten og rapporteringsplikt, jf henholdsvis §§ 11, 15 og 16. Slike regler er det naturlig også å inkludere i en forskrift om bioprospektering slik at myndigheten kan holde kontrollen med uttaket og aktiviteten ellers. Men for å tilstrekkelig få tilstrekkelig oversikt over hva som er tatt ut av marine ressurser er det hensiktsmessig med andre metoder for kontroll i tillegg.

3.6.1.2 Regulering gjennom salgslagene

For Fiskeridirektoratet kan det være naturlig å kontrollere uttaket av marine genetiske ressurser gjennom salgslagene. Salgslagene er seks i alt og er spredt over hele landet. I henhold til Saltvannsfiskeloven §§ 7, 45 og 45a er det Fiskeridirektoratet som sammen med salgslagene kontrollerer uttaket av marine ressurser. Kontrollen de utfører sammen med Fiskeridirektoratet innebærer, ifølge havressurslovutvalget,¹¹⁶ i det vesentlige kontroll av opplysninger på landingstidspunktet. Salgslagene skal kun kontrollere opplysninger som ”naturlig følger av salgsorganisasjonenes virksomhet etter lov 14. desember 1951 nr 3 om

¹¹⁴ Jf brev datert 11.10.99, ref SMM-99/99/jhf. fra Havforskningsinstituttet til Fiskeri- og kystdepartementet

¹¹⁵ *Forskrift om utenlandsk vitenskapelig havforskning i Norges indre farvann, sjøterritorium, økonomiske sone og på kontinentalsokkelen* av 30. mars 2001 nr. 360

¹¹⁶ NOU 2005:10 s. 293

omsetning av råfisk”, jf. saltvannfiskeloven § 45a. Ressursene vil også underlegges bestemmelser om salgslagenes bestemmelser om minstepris, lagsavgift, dirigeringsinstruks m.v. samt blant annet råfisklovens utførselsforbud. Hvis man ønsker at salgslagene skal kunne kontrollere uttak av biologiske ressurser som ikke er råfisk, men ressurser som er høstet med tanke på deres genetiske innhold må det lovendringer til. Det finnes ikke hjemmel per i dag for fiskeridepartementet til å regulere dette på forskriftsnivå. Havressursutvalget foreslår i sin NOU at ”departementet gis adgang til å pålegge høstere å omsette viltlevende marine ressurser som ikke regnes som råfisk gjennom en salgsgeselskap eller annen kontrollerende institusjon”.¹¹⁷ Slik kan man omgå de rutineene nevnt ovenfor som følger med kontrollering av råfisk. Slike regler er ikke praktiske ved behandling av genetiske ressurser. Samtidig kan man benytte seg av et etablert salgsgeselskaps system med kvoteavregning og kontroll. Et annet alternativ også skissert i NOU 2005:10 er å endre råfiskloven ”slik at annen fangst enn råfisk kan omfattes av salgslagenes omsetningsrett uten at salgslagene gis rett til å fastsette minstepris, dirigere fangster osv”. Da vil salgslagene beholde både rettigheter og plikter ellers etter råfiskloven og man vil kunne utnytte et allerede etablert system med de fordelene det vil kunne innebære.

En slik endring av salgslagenes rolle i ressursforvaltningen i norsk farvann er et politisk spørsmål. Lovgiver må avgjøre om den finner det hensiktsmessig å bruke salgslagene til dette formålet. Poenget her har vært å skissere en mulig løsning som i fremtiden kan lette prosessen med å registrere hvem som har tatt ut hvilke ressurser, slik at reguleringen av uttak av marine genetiske ressurser for bioprospektering blir så effektiv og nøyaktig som mulig.

3.6.1.3 Regulering gjennom marin genbank

En annen måte å regulere med sikkerhet hva slags genetisk materiale en prospektør får benytte seg av, er å opprette en bank med biologisk materiale hvor prospektører kan hente ut det biologiske materialet de behøver. På den måten vil myndighetene relativt lett kunne

¹¹⁷ NOU 2005:10 s. 295

holde oversikten med hvem som besitter hva slags materiale, og hva de akter å gjøre med det. Det vil også være et godt utgangspunkt for myndighetene for å stille vilkår for bruken av materialet. Med et slikt fast system vil man raskt kunne danne seg et bilde av behovet og etterspørsel etter marine genetiske ressurser og man vil kunne utvikle standardkontrakter slik at like tilfeller blir behandlet likt. Problemer ved reguleringen vil sannsynligvis manifestere seg raskere og kontraktens innhold kan justeres deretter.

Innenfor landbruks- og plantesektoren finnes en organisasjon som kalles Consultative Group on International Agricultural Research, CGIAR. De jobber for sikkerhet rundt matvarer og for å redusere fattigdom i u-land gjennom forskning og forskningsrelaterte aktiviteter på områdene jordbruk, skogdrift, fiskeri og miljø.¹¹⁸ CGIAR styrer en genbank som samler og konserverer genetiske ressurser fra planter. CGIAR samarbeider med United Nations Food and Agricultural Organization, FAO. De har over 530000 prøver med forskjellig genetisk materiale som gjøres tilgjengelig uten begrensninger for forskere over hele verden på betingelse av at man ikke tar sikte på å oppnå immaterielle rettigheter i materialet.¹¹⁹ Dette reguleres gjennom CGIARs Material Transfer Agreement¹²⁰, som er en standardkontrakt som alle som tar ut materiale fra banken må inngå.

I Norge har man relativt nylig opprettet en marin genbank koblet opp mot Universitetet i Tromsø. Den kalles MarBank og er i hovedsak finansiert av Fiskeri- og kystdepartementet med 4,5- 5 millioner kroner årlig. MarBank skal fungere som et arkiv over biologisk materiale fra havet. Ved å samle inn for eksempel fisk, sjødyr, mikroorganismer og planter fra områdene rundt norskekysten, Svalbard og Barentshavet, kan genetisk informasjon bevares. MarBank har store planer for vekst, og i følge Kjersti Lie Gabrielsen¹²¹ fra Universitetet i Tromsø, som er prosjektleder for MarBank, kan MarBank bli den institusjonen som tar seg av kartlegging og regulering av marine genetiske ressurser fra

¹¹⁸ <http://www.cgiar.org/who/index.html>, 2004-2005 CGIAR

¹¹⁹ <http://www.cgiar.org/impact/genebanksdatabases.html>, 2004-2005, CGIAR

¹²⁰ http://www.cgiar.org/pdf/mta2003_en.pdf, 2

¹²¹ Informasjon stammer fra oppgaveforfatters samtaler med Kjersti Lie Gabrielsen

norsk farvann. MarBank skal altså bli en overordnet ansvarlig instans med ansvar for innsamling, katalogisering og konservering av marine ressurser med tanke på bioteknologisk utnyttelse. Målet er at MarBank i fremtiden skal innholde prøver av alt relevant marint biologisk materiale slik at prospektører ikke selv trenger å dra på tokt, men kun gjøre et uttak fra MarBank. Dette vil gjøre terskelen lavere for investeringer og prospektering på norsk marint materiale da det vil bli langt mindre kostbart for den enkelte prospektør. Det vil også bli oversiktelig for myndighetene med tanke på identifikasjon av innehaver av det den/de genetiske ressursene og stilling av vilkår. Ved slik uttakskontroll blir det relativt enkelt for myndighetene gjennom MarBank-systemet å regulere uttak gjennom avtale ved hjelp av standardkontrakter.

I tilefeller hvor prospektør er ute etter biologisk materiale som ikke finnes i MarBank, er tanken at MarBank med jevne mellomrom skal gjennomfører tokter. Da kan forskjellige interessenter legge inn ”bestilling” på hva slags biologisk materiale den ønsker. Slike tokt ser man for seg at blir delfinansiert henholdsvis av det offentlige, og private samarbeidspartnere.¹²² MarBank har allerede knyttet seg opp mot norske bedrifter, blant annet et nylig børsnotert selskap kalt Biotech Pharmacon med slike prosjekter for øye. Slik vil MarBank holde kontrollen med det biologiske materialet samtidig som andre aktører kan komme med innspill og ønsker i prosessen.

MarBank har foreløpig ikke kommet langt nok når det gjelder størrelse, innhold og generell organisasjon til å kartlegge og regulere marine genetiske ressurser. Men i fremtiden er det grunn til å tro at MarBank vil kunne bli den institusjonen på området som den har mål om å bli. Det er en politisk beslutning å realisere MarBank som hovedinstitusjon på området. Skulle så skje er det min mening at MarBank er en hensiktsmessig organisasjon for slik regulering.

¹²² Informasjon stammer fra oppgaveforfatteres samtaler med Kjersti Lie Gabrielsen

3.6.1.4 Pålegge fiskeridirektoratet å regulere området

Dersom Fiskeridirektoratet skal ta imot søknader om tillatelse til uttak marine biologiske ressurser for bioprospektering er det naturlig at de også sørger for tilfredsstillende kontroll av aktiviteten og uttatt materiale. Fiskeridirektoratet er som nevnt ansvarlig for kontroll av uttak av råfisk. Gjennom sitt arbeid med søknader om vitenskapelig havforskning er de også vant til utøvelse av kompetanse til å kontrollere tokt og uttak av marine biologiske ressurser, jf. *Forskrift om utenlandsk vitenskapelig havforskning i Norges indre farvann, sjøterritorium, økonomiske sone og på kontinentalsokkelen*¹²³ § 11, om vilkår for tillatelse. Hvordan Fiskeridirektoratet i det videre bør sørge for tilstrekkelige tiltak for regulering av situasjonen tar jeg ikke stilling til. Jeg anser det som tilstrekkelig i forhold til oppgaven å foreslå at Fiskeridirektoratet blir delegert oppgaven etter forskrift gitt av Fiskeri- og kystdepartementet.

Oppgaven har med dette angitt to forslag til fremtidig regulering og identifisering av uttatte marine ressurser for bioprospektering, gjennom salgslagene og gjennom MarBank, samt foreslått at Fiskeridirektoratet delegeres oppgaven for gjennomføring av slik regulering.

3.7 Overdragelse av tillatelsen til tredjepart

Vanligvis ved gjennomføring av en bioprospekteringsprosess er det ikke er bioprospektør selv som tar ut ressursene. Dette gjøres av et selskap som er spesialist på uttak, ekstrahering og forberedelse av de genetiske ressursene. Deretter vil det ofte være en et annet selskap som utøver virksomheten med å identifisere aktive virkestoffer. Videre vil det i mange tilfeller være et medisinsk foretak som foretar kvalitetskontroll og utvikling av produktet. Til slutt vil det ferdige produktet selges av et selskap som er spesialisert på markedsføring og salg. Det er dette selskapet som blir sittende med profitten fra salget av produktet. Derfor vil det vanligvis være nødvendig for de forskjellige aktørene å overdra tillatelsen.¹²⁴

¹²³ FOR 2001-03.30 nr 360

¹²⁴ Samtale med Fiskeri- og kystdepartementet

Hvis aktør som har fått tillatelse til uttak av marine biologiske ressurser for bioprospektering ønsker å overdra tillatelsen til tredjepart slik at denne kan fortsette arbeidet som original konsesjonshaver av en eller annen grunn ikke så seg i stand til å fullføre, krever dette streng regulering. Faren med en slik overdragelse er at innehaver av tillatelse og marint genetisk materiale, alt etter hvor langt han har kommet i prosessen, da kan overdra tillatelsen til en tredjemann som i påstått god tro hevder at han ikke kjenner vilkårene i til tillatelsen eller avtalen mellom staten og parten som inngikk avtalen. I en eventuell rettslig behandling vil det være vanskelig å bevise at tredjepart faktisk ikke var i god tro. Enda vanskeligere blir det hvis tredjepart og/eller opprinnelig part operer i utlandet.

På den annen side kan det være praktisk med en overdragelsesmulighet av tillatelsen i tilfeller hvor opprinnelig innehaver ikke finner seg i stand til å gjennomføre prosjektet enten av økonomiske grunner eller andre omstendigheter. Det vil være økonomisk klokt med hensyn til allerede investerte midler og med tanke på fullføring av et prosjekt som har potensial for økonomisk gevinst både for innehaver av tillatelse og den norske staten. Myndighetene vil også kunne stille sterkere ovenfor for en tredjepart, som hevder han er i god tro med hensyn til kunnskap om avtalen mellom staten og søker, dersom Fiskeridirektoratet oppretter et offentlig tilgjengelig register over avtaler om uttak av marine genetiske ressurser inngått med staten.¹²⁵

Havressurslovutvalget foreslår i kommentar til § 5-3 i sitt lovutkast¹²⁶ at ”tillatelse til å lete etter og utnytte marine genressurser gjelder kun for søker... ..og avtale skal ikke kunne benyttes av tredjemann, slik at informert samtykke omgås”. Videre sies det at utkastets § 5-2 gir hjemmel til å ansvarliggjøre ”den som overfører genetisk materiale og resultater til tredjemann”. Det vil si at utvalget foreslår et ansvarsgrunnlag for den som bryter med lovens regler og går utenfor tillatelsen den har fått.

¹²⁵ Jf. samtaler med Fiskeri- og kystdepartementet

¹²⁶ NOU 2005:10 s. 353

Som nevnt ovenfor har CGIAR,¹²⁷ som driver en genbank en standardkontrakt som alle som tar ut materiale fra genbanken må signere.¹²⁸ Avtalen kalles *Material Transfer Agreement for Plant Genetic Resources Held in Trust by the Centre*¹²⁹ og inneholder klausuler som blant annet gir den som tar ut materiale rett til å distribuere materialet videre ”...provided such other parties accept the terms and conditions of this agreement ” jf avtalens 4. avsnitt. I 5. avsnitt sier den videre at ”... The recipient further agrees to ensure that any subsequent person or institution to whom he/she may make samples of the material available, is bound by the same provisions and undertakes to pass on the same obligations to future recipients of the material”. Dette vil si at avtalen åpner for videreføring av materialet til tredjepart og samtidig ansvarliggjør opprinnelig mottaker for at opplysninger om avtalen følger med “på kjøpet”. Standardkontrakten til CGIAR regulerer ikke samme forhold som en avtale om utlevering av genetiske ressurser for bioprospektering, slik det er tale om i denne oppgaven. CGIAR sin kontrakt omfatter ikke vilkår som krever tilståelse av fordeler. Avtalen åpner heller ikke for at mottaker kan oppnå noen immaterielle rettigheter i materialet de mottar.¹³⁰ Dette er naturlig da CGIAR ikke kan sies å være eier av det genetiske materialet. Det er det bare stater som kan være.¹³¹ CGIAR-kontrakten sier likevel noe om muligheten til å kunne overføre vilkår om uttak av genetiske ressurser i kontrakt til tredjepart.

Hvis en overdragelse av tillatelse til uttak av marine genetiske ressurser for bioprospektering ikke kan skje uten fare for at staten mister kontroll over de genetiske ressursene, er det etter min mening også et mulig alternativ å ikke åpne for mulighet til overdragelse av tillatelsen. Selv om mulig tap av inntekter for staten kan avhjelpes gjennom et ansvarsgrunnlag hvor opprinnelig innhaver av tillatelse blir ansvarlig for uautorisert overføring av genetisk materiale til tredjemann, slik det er skissert av

¹²⁷ Avsnitt 3.6.1.3

¹²⁸ <http://www.cgiar.org/impact/genebanksdatabases.html>

¹²⁹ http://www.cgiar.org/pdf/mta2003_en.pdf

¹³⁰ *Material Transfer Agreement for Plant Genetic Resources Held in Trust by the Centre* 3. avsnitt.

¹³¹ NOU 2005:10 s 158 avsnitt 6.1.7

havressurslovutvalget,¹³² er trolig best å unngå slike tvister så langt det lar seg gjøre. En mulig løsning kan dog være at overdragelse av tillatelsen kan skje hvis man søker gjennom Fiskeridirektoratet. I praksis kan dette skje ved at tredjemann søker om ny tillatelse til å benytte seg av de genetiske ressursene, og må innrette seg etter selvstendige vilkår uavhengig av vilkårene opprinnelig innhaver av tillatelsen har måttet forholde seg til. I realiteten blir det da ikke snakk om en overdragelse av tillatelsen, men søknad om å overta hvor forrige innhaver av tillatelsen avsluttet sin virksomhet.

3.8 Patentering av genetiske ressurser

En viktig forutsetning for å kunne tjene penger på bioprospektering på marine levende ressurser er å oppnå patent eller enerett til produkter eller fremgangsmåter som stammer fra aktiviteten. I det videre vil oppgaven gjøre rede for mulighetene for bioprospektør til å oppnå slik enerett. Det vil også bli vurdert om patentretten medfører begrensninger i statens suverene rådighet over genetiske ressurser.

3.8.1 Gjeldende regler om patent på genetiske ressurser

Lov 15. desember 1967 nr. 9 § 1 om patenter (patentloven) gir patenthaver ”enerett til å utnytte oppfinnelse i nærings- eller driftsøyemed”. Biomangfoldlovutvalget¹³³ sier at en oppfinnelse kan gjelde et produkt eller en fremgangsmåte. Patenter meddeles, etter søknad, av patentstyret. Et patent gir innhaver en tidsbegrenset enerett til å utnytte oppfinnelsen i nærings- og driftsøyemed, etter hovedregelen i inntil 20, år jf. patentloven §§ 3 og 40. I følge biomangfoldlovutvalget beskrives en oppfinnelse som en ”teknisk løsning på et praktisk problem, dvs. en løsning som er basert på utnytting av naturens materialer og krefter.” En oppfinnelse må videre kunne utnyttes industrielt. Den må altså kunne gjentas med samme resultat hver gang. Dette kalles industriell anvendelighet.¹³⁴ Uttrykket ”industrielt” skal ikke tolkes restriktivt og gjelder således anvendelse innen både landbruk,

¹³² Jf. NOU 2005:10 s. 353

¹³³ NOU 2004:28 s. 512

¹³⁴ Jf. NOU 2005:10 s. 93

skogbruk og medisinsk behandling.¹³⁵ Oppfinnelsen må også være ny jf. patentlovens § 2 (1). Dette innebærer at oppfinnelsen må representere en nyhet. Etter loven må den videre skille seg ”vesentlig” fra det som er kjent.

Adgangen til å få patent på genetisk materiale er, i følge biomangfoldlovutvalget, i utgangspunktet den samme som for oppfinnelser på andre områder ”forutsatt at oppfinnelsen oppfyller de alminnelige vilkår for patentering”.¹³⁶ Rene oppdagelser kan ikke patenteres jf. patentloven § 1 (2). En oppdagelse innebærer kun å fastslå at et fenomen eksisterer. Det er derimot når man kan ”angi og beskrive en industriell utnyttning av et materiale eller et fenomen i naturen, at det er gjort en oppfinnelse”.¹³⁷ Grensen mellom oppdagelse og oppfinnelse er forklart i patentloven § 1 (4):

”Oppfinnelser kan patenteres også når det gjelder et produkt som består av eller inneholder biologisk materiale, eller en fremgangsmåte for å fremstille, behandle eller anvende biologisk materiale. Biologisk materiale som er isolert fra sitt naturlige miljø eller fremstilt ved hjelp av en teknisk fremgangsmåte, kan være gjenstand for en oppfinnelse selv om den allerede forekommer i naturen.”

Rene plante- og dyreracer kan ikke patenteres jf. patentloven § 1 (5) eller ”vesentlig biologiske fremgangsmåter for fremstilling av planter og dyr”, jf. § 1 (6). ”Med vesentlig biologisk fremgangsmåte forstås i denne lov en fremgangsmåte som i sin helhet beror på naturlige fenomener som krysning og utvelging”. I følge havressurslovutvalget ”kan man dermed ikke få patent på en ny fiskeart eller taresort etter seleksjon (femte ledd), eller på selve seleksjonsprosessen (sjette ledd)”.¹³⁸ I følge patentloven § 1 (6) kan derimot mikroorganismer og mikrobiologiske fremgangsmåter alltid patenteres såfremt de alminnelige vilkårene i patentloven er oppfylt. Når det gjelder rene plante- og dyreracer kan

¹³⁵ NOU 2004:28 s 512

¹³⁶ NOU 2004:28 s 512

¹³⁷ NOU 2004:28 s 512

¹³⁸ NOU 2005:10 s. 93

disse likevel patenteres så sant ”utøvelsen av oppfinnelsen ikke er teknisk begrenset til en bestemt plantesort eller dyrerace” jf. patentloven § 1 (5). Dette vil ifølge biomangfoldlovutvalget si at det for eksempel kan gis patent på en genmodifisert plante som kjennetegnes av høy toleranse for kulde såfremt denne egenskapen også kunne vært implantert i en annen plante.¹³⁹ Oppfinnelsen er altså ikke ”begrenset til en bestemt plantesort”.¹⁴⁰

Etter patentloven § 8b (1) er det et vilkår at søkeren oppgir hvilket land søker mottok eller hentet materialet fra. Hvis materialet er hentet i et annet land enn opprinnelseslandet skal dette også opplyses. Søker skal også oppgi om samtykke fra opprinnelseslandet er innhentet dersom opprinnelseslandet har regler om dette. Brudd på denne opplysningsplikten kan være straffbar i henhold til straffelovens¹⁴¹ § 166 så langt den rekker, men det har ikke betydning ovenfor patentsøknaden eller patentets gyldighet jf. patentloven § 8b (4). Dette fordi patentloven er harmonisert med EU sitt patentdirektiv.¹⁴² I følge Ot. prp. nr. 86 (2002-2003) kap. 9. hindrer ikke direktivet et krav om plikt til å oppgi leverandørland såfremt brudd på plikten ”ikke får direkte betydning for behandlingen av patentsøknaden eller for gyldigheten av et patent”.¹⁴³ Straffelovens § 166 omhandler falsk forklaring og rammer den som forsettelig gir uriktige opplysninger til offentlig myndighet når det foreligger opplysningsplikt. Uaktsomhet rammes ikke. Jostein Sandvik¹⁴⁴ i Patentstyret mener det er problematisk at det henvises til straffelovens § 166. Slik han ser det, knytter det seg stor usikkerhet til om § 166 i det hele tatt er praktisk anvendbar i slike tilfeller. Når det ikke har noe og si for gyldigheten av patentet at slik meldeplikt er utelatt, blir konsekvensene små for patentsøker. Sett i sammenheng med reguleringen av uttak av

¹³⁹ NOU 2004:28 s. 513

¹⁴⁰ Patentloven § 1 (5)

¹⁴¹ Lov av 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

¹⁴² EUs direktiv 98/44/EF (Patentdirektivet) kap. 9 avsnitt 9.1

¹⁴³ Ot. prp. nr. 86 (2002-2003) Om lov om endringer i patenloven og planteforedlerloven (Gjennomføring av EUs patendirektiv i norsk rett mv.)

¹⁴⁴ Samtale med Jostein Sandvik, Seniorrådgiver i Patentstyret, Juridisk politisk stab

marine genetiske ressurser for bioprospektering er dette et viktig aspekt å huske på. Staten må regne med at bioprospektør vil få patent på eventuell oppfinnelse uansett om meldeplikten blir overholdt eller ikke. Informasjonen til staten om uttak fra norsk farvann bør ikke baseres på at man følger med på innleverte patentsøknader som definerer Norge som opprinnelsesland. Dette kravet er lett å omgå for den som gjør uttak.

3.8.2 Statens suverenitet i forhold til patentretten

I følge biomangfoldlovutvalget er innvendingen mot patentretten at den undergraver statenes suverene rådighet over genetisk materiale på eget territorium.¹⁴⁵

Havressurslovutvalget sier at patentering av en biologisk oppfinnelse som utnytter en marin genressurs i praksis kan ”legge beslag på de fleste kommersielle interessante utnyttelser av en marin genressurs, dersom beslektede utnyttelsesmåter er avskåret gjennom et patent”.¹⁴⁶

Slike patenter kan gis av andre stater på oppfinnelser som stammer fra norsk genetisk materiale uavhengig om av materialet i henhold til intern eller internasjonal rett er lovlig tatt ut eller ikke. FNs biomangfoldkonvensjon art. 15 har for eksempel blant annet regler om informert samtykke og gjensidig avtalte vilkår. I følge havressurslovutvalget finnes det flere eksempler internasjonalt hvor patenter legger beslag på de fleste aktuelle anvendelser av en genressurs. Videre uttales det at flere tar til orde for at det bør stilles høyere krav til oppfinnerhøyde for biologiske oppfinnelser, slik at patenter ikke i like stor grad legger beslag på videre anvendelse av den genetiske ressursen. En slik tankegang strider imidlertid mot handelsrettslige sider ved immaterielle rettigheter jf. blant annet TRIPS-avtalen under WTO.¹⁴⁷ TRIPS-avtalens prinsipp er at det ikke skal stilles strengere krav for biologiske oppfinnelser enn for andre oppfinnelser.¹⁴⁸

¹⁴⁵ NOU 2004:28 s. 517

¹⁴⁶ NOU 2005:10 s. 94

¹⁴⁷ The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights av 15. april 1994, ratifisert av Norge 7. desember 1994, i kraft 1. januar 1995, art. 27 (1)

¹⁴⁸ NOU 2005:10 s. 94

Likevel innbærer ikke patentretten ifølge havressurslovutvalget¹⁴⁹ og biomangfoldlovutvalget¹⁵⁰ noen eiendomsrett til genetisk materiale i naturlig tilstand, ei heller noen rett til å gjøre uttak av genetisk materiale fra noe som helst land. Biomangfoldlovutvalget sier videre at patentretten heller ikke hindrer at en stat utnytter sin suverenitet til å regulere uttak av genetisk materiale. Det er Havrettskonvensjonen som folkerettslig regulerer den fysiske tilgangen til marine genressurser, mens Biomangfoldkonvensjonen og TRIPS-avtalen regulerer den immaterialrettslige tilgangen. I Norsk intern rett vil det si at uttak av marine genetiske ressurser reguleres alene gjennom reglene om statens suverenitet over ressursene¹⁵¹, og ikke gjennom patentretten.

3.8.3 Konklusjon

Patenter vil være begrenset nasjonalt eller regionalt. I følge havressurslovutvalget kan ikke norske patenter påberopes i andre land.¹⁵² En oppfinnelse med utenlandsk patentbeskyttelse vil som nevnt ikke gjøres ugyldig selv om ikke norske regler om samtykke er fulgt.¹⁵³ FNs World Intellectual Property Organization (WIPO) arbeider med internasjonale regler om konform patentpraksis. Disse reglene vil legger opp til at patenter ikke kan oppnås uten at det biologiske materialet er tatt ut i henhold til nasjonal lovgivning. I dag er det imidlertid vanskelig å håndheve norske rettigheter etter uautoriserte uttak ved hjelp av patentretten når en aktør benytter seg av norsk genetisk materiale.¹⁵⁴ Det vil si at hvis Norge vil kreve samtykke og tilståelse av fordeler ved uttak av genetisk materiale er det viktig at det blir regulert etter reglene om tilgang til de marine ressursene og ikke gjennom patentretten. Når regelverket under WIPO i fremtiden eventuelt kommer på plass vil Norge derimot kunne få flere muligheter til å håndheve brudd på patentlovens regler om nasjonalt samtykke.

¹⁴⁹ NOU 2005:10 s. 94

¹⁵⁰ NOU 2004:28 s. 517

¹⁵¹ Jf. denne oppgavens kap. 2

¹⁵² NOU 2005:10 s. 96

¹⁵³ NOU 2005:10 s. 96

¹⁵⁴ NOU 2005:10 s. 96

4 Konklusjon

4.1 Statens suverene rettigheter og hjemmelsgrunnlag for regulering

Norsk rett har få, om noen regler som er utarbeidet særskilt med sikte på å regulere tilgang til og utnyttelse av det genetiske materialet i viltlevende marine ressurser. Dersom forholdet skal reguleres må dette skje indirekte gjennom reglene som regulerer tilgang til de marine ressursene. Reglene i om tilgang til ressursene i sokkelressursloven og saltvannsfiskeloven sammen med NØS-loven dekker de marine levende ressursene i havområdene under norsk jurisdiksjon. Gjennom disse reglene utøver den norske stat suverene rettigheter over tilgangen til de viltlevende ressursene, herunder også de genetiske.

På folkerettens område gir FNs havrettskonvensjon statene suverene rettigheter over naturforekomster i farvann under statenes jurisdiksjon. Biomangfoldkonvensjonen gir statene suveren rett til å utnytte egne genetiske ressurser.

Reglene i sokkelressursloven og saltvannsfiskeloven sammen med NØS-loven gir gjemmel til å utarbeide forskrift som regulerer uttak av marine genetiske ressurser for bioprospektering. Reguleringen kan blant annet gjøres gjennom å stille forskjellige vilkår til tillatelse til uttak.

Hva angår handelsrettslige begrensninger i statens mulighet til å regulere uttak av genetiske ressurser, går forholdet i stor grad utenom reguleringene i EØS-avtalen. De norske rettighetene på dette området er suverene. Reguleringer av forhold som angår tjenester og etablering kan dog hende går inn under EØS-avtalen. Her er det mer usikkert om det er anledning til å forskjellsbehandle nordmenn og EØS-borgere

4.2 Særlige spørsmål knyttet til utformingen av en forskrift for regulering av uttak av marine genetiske ressurser

Ved utformingen av en forskrift som regulerer uttak av marine ressurser for bioprospektering er det mange ting som må vurderes. Denne oppgaven forsøker å behandle de viktigste.

Tillatelse til uttak av de marine genetiske ressursene bør skje før uttaket. Dagens regler i ressurs- og fiskerilovgivningen som regulerer uttak av marine ressurser, gir hjemmel til dette. Ved å delegere myndighet til Fiskeridirektoratet slik at det kan stille vilkår i tillatelser knyttet til uttaket før aktivitetene starter, har staten bedre kontroll.

Staten har i kraft av sine suverene rettigheter til de genetiske ressursene mulighet til å oppnå økonomiske fordeler fra overskuddet fra bioprospekteringsaktivitet gjennom å knytte vilkår til tillatelsen til uttak av de genetiske ressursene. Denne muligheten bør staten benytte seg av.

Ved vilkår om tilståelse av fordeler fra overskuddet av bioprospekteringsaktivitet er det viktig å kunne identifisere størrelsen på overskuddet og hvem som stilles ansvarlig overfor staten. Oppgaven har angitt forslag til hvordan kunne opprette et system sikrer dette, blant annet gjennom salgslagene og MarBank. Det anbefales også å knytte en privatrettslig avtale til en tillatelse om uttak av marine genetiske ressurser, slik at krav staten har i medhold av regelverket lettere skal kunne inndrives. Av samme grunn anbefales det i oppgaven at staten bør være tilbakeholden med å åpne for overdragelse av tillatelsen til en tredjepart.

Hva angår patenter, er det mulig at patenter på genetiske oppfinnelser legger beslag på deler av utnyttelsen av en marin genressurs. Patentretten vil derimot ikke påvirke statens suverene rettigheter til å kunne regulere uttak av de marine genetiske ressursene.

4.3 Fremover

Det er framholdt, blant annet fra Havforskningsinstituttet, at det er behov for en regulering av uttak av marine genetiske ressurser. Genteknologi og bioprospektering er potensielt

store inntektskilder for staten. Staten har etter mitt syn hjemmel i lov til å oppstille regler om tillatelse til uttak av slike ressurser for bioprospekteringsformål, og å stille vilkår til tillatelsen om blant annet tilståelse av fordeler. På bakgrunn av dette anbefaler oppgaven at staten gjennom Fiskeri- og kystdepartementet utformer forskrift for regulering av uttak av marine genetiske ressurser for bioprospektering.

Litteraturliste

Bøker

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 6. utg. ved Eivind Smith. Oslo, 1997

Falkanger, Thor. *Fast eiendoms rettsforhold*. 2. utg. Oslo, 1997

Falkanger, Thor. *Tingsrett*. Oslo, 1996.

Gaarder, Karsten. *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*. 3. utg. ved Hans Petter Lundgaard. Oslo, 2000

Elektroniske dokumenter

Consultative Group on International Agricultural Research, (2004-2005) CGIAR [online].

Tilgang: <http://www.cgiar.org/who/index.html>

Material Transfer Agreement For Plant Genetic Resources Held in Trust by the Centre

(2004-2005). *Consultative Group on International Agricultural Research* [online]. Tilgang:

http://www.cgiar.org/pdf/mta2003_en.pdf

Forarbeider

NOU 2005:10 Lov om viltlevende marine ressurser

NOU 2004:28 Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold

NOU 1988:16 Eieidomsgrenser og administrative inndelingsgrenser

Ot. prp. nr. 46 (1993-1994) (denne ot. prp. lå til grunn ved endring i kontinentalsokkelen som gjaldt tang og tare)

Ot. prp. nr. 86 (2002-2003) Om lov om endringer i patenloven og planteforedlerloven (Gjennomføring av EUs patendirektiv i norsk rett mv.)

Lovregister

1951 Lov om omsetning av råfisk (råfiskloven) av 14. desember 1951 nr

1963 Lov om vitenskapelig undersøkelse etter og utnyttelse av andre undersjøiske naturforekomster enn petroleumsforekomster (søkelressursloven) av 21. juni 1963 nr. 12

1967 Lov om patenter (patentloven) av 15. desember 1967 nr. 9

1976 Lov om Norges økonomiske sone (NØS-loven) av 17. desember 1976 nr. 91

1983 Lov om saltvannsfiske (saltvannsfiskeloven) m.v. av 3. juni 1983 nr. 40

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

1999 Lov om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven) av 26. mars nr. 15 1999

2003 Lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone av 27. juni 2003 nr. 57

2005 Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28

Forskrift

Forskrift om utenlandsk vitenskapelig havforskning i Norges indre farvann, sjøterritorium, økonomisk sone og på kontinentalsokkelen av 30. mars nr. 360 2001

Konvensjoner

United Nations convention on law of the sea, December 10 1982

De forente nasjoners havrettskonvensjon

Convention on biological diversity, av 22. mai 1992, ratifisert av Norge 9. juli 1993,

Biomangfoldkonvensjonen, trådte i kraft 29. desember 1993

General agreement on trade in services, April 15 1994

Generalavtalen om handel med tjenester, GATS

TRA 1994-04-15-9, Agreement on trade-related investment measures, April 15 1994

Avtale om handelsrelaterte investeringstiltak, TRIMS

Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization,

Partsmøtevedtak fattet av partene til biomangfoldkonvensjonen, partsmøtevedtak VI/24, 2002

The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights april 15. 1994 (TRIPS),

Ratifisert av Norge 7. desember 1994, i kraft 1. januar 1995, art. 27 (1)

Domsregister

Rt 1889 s 633

Rt 1896 s 500

Rt 1915 s 704

Andre kilder

Fiskeri- og kystdepartementet. Samtaler med ansatte jurister.

Patentstyret. Samtaler med Jostein Sandvik, Seniorrådgiver i Patentstyret

Universitetet i Tromsø og MarBank. Samtaler med Kjersti Lie Gabrielsen, Prosjektleder for MarBank.

