

# Why Jamaica wants to protect Champagne: intellectual property protection in EU bilateral trade agreements

Citation for published version (APA):

Moerland, A. (2013). *Why Jamaica wants to protect Champagne: intellectual property protection in EU bilateral trade agreements*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Wolf Legal Publishers. <https://doi.org/10.26481/dis.20131004am>

## Document status and date:

Published: 01/01/2013

## DOI:

[10.26481/dis.20131004am](https://doi.org/10.26481/dis.20131004am)

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

## Chapter 13 : Conclusions and Summary

### 13.1. THE INTERNATIONAL SYSTEM OF INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION PRE-TRIPS

At the starting point of this research was the recent proliferation of bilateral trade agreements that include intellectual property protection beyond the level agreed upon in the *TRIPS Agreement*. This phenomenon has occurred since the entering into force of the *TRIPS Agreement* on 1 January 1995. While the coverage and scope of the chapters addressing IP protection contained in recent BTAs is exceptional, the existence of bilateral trade agreements regulating the international protection of intellectual property is not.

Already prior to the entering into force of the *TRIPS Agreement*, the international system of intellectual property protection has been marked by alternating phases of bilateral, multilateral and unilateral regulation of intellectual property matters. The first form of international protection of intellectual property was a comprehensive network of bilateral copyright conventions among European and Latin American countries. Also in the field of industrial property, European states started cooperating internationally through bilateral treaties. However, due to a lack of uniformity, these bilateral treaties were complemented by multilateral pillars. The *Paris Convention* and the *Berne Convention* marked the first multilateral phase. Many further multilateral initiatives took place in the framework of the Secretariat administering the *Paris* and *Berne Conventions*, and later within the context of the World Intellectual Property Organization. The IP-reliant industries in the United States and in European states, however, were not satisfied with the still fragmented international system of IP protection. They started using bilateral investment treaties and unilateral legislation, such as the different forms of the Section 301 process, to achieve a higher level of intellectual property in other countries. Overall, the international system of IP protection shows a dialectic development, in which bilateral phases of protection are followed by multilateral phases and the other way around.

The alternating phases of bilateral, multilateral and unilateral protection of intellectual property reveal a process of forum shifting. When dissatisfaction with existing forms of international IP regulation increased, certain members addressed other regulating forums, where the institutional structures or membership seemed to be more favourable for dealing with IP protection. The *TRIPS Agreement* itself has become one of the most important examples of the successful use of the strategy of forum shifting. The United States and European states, together with the support of Japan, have promoted the incorporation of IP regulation into the framework of the then GATT 1947, which on 1 January 1995 became the World Trade Organization. These countries perceived the strong trade framework to have clear advantages compared with the enforcement mechanisms in place at WIPO and the fragmented approach of bilateral investment treaties concluded between several countries.

The *TRIPS Agreement* reached an unprecedented scope of substantive intellectual property protection, membership and level of enforcement. It addresses principles and objectives of intellectual property protection, the protection for the individual areas copyright, trade marks, geographical indications, industrial designs, patents, layout-designs of integrated circuits and undisclosed information, dispute settlement

provisions, enforcement measures, transitional periods and rules on the transfer of technology. Certainly due to the significant commitments made by developing countries during the long and controversial negotiations, there was an expectation by developing countries that the TRIPS standard would remain the main international standard for the protection of intellectual property, with which the majority of trading nations has to comply. However, immediately after the conclusion of this significant agreement, a new bilateral phase was started by the United States, and with some time lag followed by the European Union, to conclude bilateral trade agreements that go beyond the level of protection agreed upon in the *TRIPS Agreement*.

### 13.2. THE INTERNATIONAL SYSTEM OF INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION POST-TRIPS

Since the establishment of the *TRIPS Agreement*, bilateral trade agreements concluded by the main actors United States, the European Union, the European Free Trade Association and Japan have been especially successful in setting TRIPS-plus provisions. This is particularly so when compared with the setting of TRIPS-plus norms at the multilateral and the plurilateral level. Except for the *WIPO Copyright Treaty* and the *WIPO Performers and Phonograms Treaty*, few successful multilateral or plurilateral treaties have been concluded that address the protection and/or enforcement of intellectual property rights. Among the major actors that conclude bilateral TRIPS-plus norms, the United States is by far the most aggressive actor. Not only the content of the IP chapter in its free trade agreements, but also its style of conducting negotiations and the legal approach used for the IP chapter are not comparable with the approach of any of the other major actors.

The IP chapter contained in US FTAs sets out the highest international standards of IP protection in almost all areas of IP covered by the *TRIPS Agreement*; no other international agreement, not even the plurilateral *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* or the multilateral *WIPO Internet Treaties*, reach this standard. An exception is the area of geographical indications, in which the European Union sets the highest standards. US FTAs, and in particular the protection for patents and copyright agreed upon, have been criticised of severely impacting the availability and affordability of generic medicines and the legal access of users to digital works. The provisions on data exclusivity, extension of the patent term and the restrictions on compulsory licenses prevent competitive drug pricing and the affordability of essential medicines for citizens of developing countries. The protection of technological protection measures and rights management information, as well as the specific enforcement measures required, do not only impede non-infringing use of digital works but also affect a country's capacity to spend their (scarce) resources on the enforcement of law in general.

What also makes the United States an aggressive actor in negotiations on intellectual property protection is the way in which they negotiate. IP standards are negotiated in secrecy, outside of pre-established institutional structures and without a possibility for obtaining advice from third parties. If negotiations take place outside of institutional structures, rules on a balanced involvement of interest groups or transparency considerations are lacking. If certain non-state actors are prevented from making their concerns known, they cannot influence outcomes during the

negotiations. Many actors even lack the necessary information on the content of the FTA, which is kept secret until the agreement is signed. Furthermore, the United States employs a clear value-claiming strategy: it pressures its (developing) negotiating partners to accept high standards of IP protection and enforcement in exchange for rules on access to US markets of, for example, textiles and agriculture, which constitute absolute priorities for many developing countries.

Moreover, the legal approach employed by the United States contains strong aggressive elements. The IP chapter in US FTAs is based on a model IP chapter, which in itself is derived from domestic legislation. In other words, (developing) negotiating partners are asked to provide for the exact same standards of protection as set out in US law. Such legal transplants create severe problems when they need to be implemented in a different legal system. Balancing provisions provided for in US competition or privacy laws may not exist in the partner countries' legal system. Furthermore, no agreement deviates from the standard of protection obtained in other free trade agreements; the protection is even scaled up in more recent agreements. Finally, the United States even preserves itself a say on how the implementing laws of the partner country should look. Through the "certification" process, the executive branch determines whether the laws are satisfactory before the FTA will enter into force.

Compared with the linear US approach that has been aggressive since the beginning, the European Union's approach has changed considerably during the last decennium. Before 2006, only a few provisions on intellectual property protection were taken up in bilateral trade agreements, which reflect a modest level of IP protection. They refer to standards of protection indirectly, by setting out a list of multilateral agreements, with which negotiating partners need to comply or accede to. In pre-2006 bilateral agreements, trading partners are required to adhere to merely very few TRIPS-plus provisions, such as the protection of databases and utility models, and the requirement to accede to the WCT, the WPPT and the *UPOV Convention, Act 1991*. One important exception are the agreements on trade in wine and spirits, which seek to protect geographical indications beyond the level set out in the *TRIPS Agreement*.

With the launch of the "Global Europe" strategy in 2006, the European Union's approach towards protecting intellectual property protection in third countries has shifted from a soft to a tough approach. The IP protection required in recent European bilateral trade agreements is similarly strong as that set out in US FTAs, even though in different areas and through different standards. Hence, the United States is not the only TRIPS-plus demandeur anymore; the European Union has followed suit.

Having concluded that the international development of intellectual property protection has been dialectic and that bilateral phases have been followed by multilateral ones and vice versa, it could be argued that the most recent phase of bilateral trade agreements fits well in this development. However, there are at least two reasons why I suggest that the latest phase of bilateral agreements is exceptional and will most probably not be followed by a multilateral phase. First, the standards contained in recent BTAs are not coherent; the major actors have developed different TRIPS-plus provisions, which in certain cases even conflict with each other. Finding a multilateral solution that accommodates the conflicting approaches of the

major actors seems very difficult. Second, the geographical extent and the material scope of the bilateral agreements suggest that major trading nations have a preference for quick and tailor-made commitments, and that they are not willing to compromise on one multilateral approach. While plurilateral agreements could still serve countries' needs, multilateral agreements seem to become ever more difficult to be concluded.

### 13.3. THE EU'S INTELLECTUAL PROPERTY POLICY TOWARDS THIRD COUNTRIES

Mainly two strategies have initiated a shift with regard to the intellectual property protection sought by the European Union in third countries, both on a policy level as well as in practice. These are the "Enforcement Strategy in Third Countries" published in November 2004 and the "Global Europe: competing in the world" strategy launched in October 2006. The new trade policy described therein presents the external agenda of the Lisbon Strategy, according to which Europe should become the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world. The two policy documents paved the way for a new generation of competitiveness-driven free trade agreements as an important cornerstone of the EU's new external trade policy. They set out standards of protection that go beyond current WTO disciplines. Intellectual property protection became a centerpiece of these agreements. The sole or primary focus on the multilateral forum, the WTO, has been abandoned.

Intellectual property protection in third countries is now sought through detailed obligations in bilateral trade agreements, which often go beyond the level of protection set in the TRIPS Agreement and equal the level of protection contained in European Union legislation. Even though the strategy "Global Europe" differentiates in its policy document between emerging economies on the one hand and developing countries on the other hand, the countries involved in recent agreements and the provisions proposed to them and agreed upon do not reflect a distinction. The recent agreements concluded with South Korea, CARIFORUM States, Colombia and Peru, and Central American countries, and the proposals made to Canada and India, are all based on the same model IP chapter, with minor differences. The proposed provisions have not been adapted according to the level of development of the partner countries. Where there are differences in the final agreements, they are mostly the result of the trading partners' interests and bargaining power. Therefore, development concerns are not a priority when concluding "new generation" FTAs; their importance has decreased considerably compared to the agreements concluded before 2006, under the trade policy "managed globalization". Next to launching a number of initiatives to the benefit of developing countries, "managed globalization" also adapted the IP obligations included in agreements to the level of development of their partners.

The detailed legal analysis of the *CARIFORUM-EC EPA* and the draft IP chapter of the *India-EU BTIA* have confirmed the existence of the defining elements of the new approach adopted by the European Union since the launch of the "Global Europe" Strategy: many IP provisions in the EPA and the BTIA as proposed by the European Union 1) contain important TRIPS-plus features, 2) are often based on EU internal legislation, and 3) provide little space to balance domestic interests in the implementation process or to take development concerns into account. The areas of IP protection where these features are most dominant are the protection of copyright

in a digital environment, trade marks and geographical indications. Also the protection of designs and enforcement measures reflect a tough approach; however, the draft IP chapter of the *India-EU BTLA* will (most probably) contain less TRIPS-plus elements in those areas than the *CARIFORUM-EC EPA* due to a strong bargaining power of India.

The *CARIFORUM-EC EPA* is the first agreement in which features of the European Union's "new generation" FTAs are included in the chapter on intellectual property protection. Already the scope of the chapter is much more extensive than previous agreements: thirty-four articles deal with innovation and intellectual property. Compared with only one or two provisions in "old generation" agreements, this is a considerable increase. The detailed IP provisions set out TRIPS-plus standards with regard to the protection of digital works, geographical indications, design rights and patents, and importantly enforcement provisions. The enforcement section is without doubt the most far-reaching part of the chapter. The provisions equal the level of protection set out in EU internal legislation and US FTAs. They go beyond the TRIPS Agreement in three ways: 1) by enlarging the scope of rights or the beneficiaries to the rights; 2) by setting out in greater detail what a right entails; and 3) by omitting important TRIPS safeguards and flexibilities.

Also the draft IP chapter of the *India-EU BTLA* will be very extensive, according to the European Union's proposal. The EU has suggested TRIPS-plus provisions in several areas, such as the protection of copyright, trade marks, geographical indications, design rights, undisclosed data, provisional and precautionary measures and border measures. If India accepts many of these proposals, the agreement will not leave much space to take into account development concerns when implementing the provisions of the agreement. Legislation-like provisions and the hard obligations to comply with international agreements (compared with many best endeavour obligations in the *CARIFORUM-EC EPA*) considerably reduce the policy space to balance domestic interests. However, India has already convinced the European Union to accept the TRIPS standard for many enforcement provisions and the provision on plant variety protection.

While the highlighted IP provisions provide much evidence of the new approach of the European Union, both agreements analyzed also reflect important interests of the EU's trading partners. CARIFORUM States and India were able to preserve considerable domestic policy space to take development concerns into account. In both agreements, the provisions on the link between innovation and intellectual property, transfer of technology, patent protection (if India succeeds in limiting the data exclusivity protection), the protection of plant variety protection, and the protection of genetic resources and traditional knowledge (if the EU accepts the provisions suggested by India) contain few TRIPS-plus features and are not based on internal EU legislation. Rather than concluding that the European Union's new approach does not apply in these areas, I argue that these areas of IP protection were 1) not introduced by the European Union but by the other negotiating party, or 2) the trading partners have been particularly successful in adapting the proposals made by the European Union. In brief, the proposals made by the EU still reflect the new tough approach of the European Union.

The protection identified in the *CARIFORUM-EC EPA* and in the draft IP chapter of the *India-EU BTLA* has importantly indicated that the outcome in these agreements is also a consequence of the bargaining power a country has vis-à-vis the European Union. The extent to which the European Union is willing to make concessions in various areas strongly depends on the bargaining power of its negotiating partner. The bargaining power of CARIFORUM States, for example, must have been especially strong with regard to the unprecedented link made between innovation and intellectual property protection, the concrete commitments concerning the transfer of technology, the protection of plant varieties, genetic resources and traditional knowledge. It is more difficult to make inferences about the bargaining power of India because the final provisions of the IP chapter of the *India-EU BTLA* are not yet agreed upon. Nevertheless, India has already shown to have a relatively strong bargaining power in the same areas in which also CARIFORUM States could preserve enough policy space to take development concerns into account; in addition, its bargaining power might be even stronger in the area of design protection and, most importantly, with regard to several enforcement measures.

Overall, the conditions under which developing country partners nowadays have to negotiate bilateral trade agreements with the European Union have changed considerably compared with a few years ago. They must be prepared to deal with a tough approach of including high levels of IP protection, based on European Union legislation and with little regard for their development concerns. The possibility to adapt the EU's requests according to partner countries' preferences will depend greatly on the latter's bargaining power. Overall, India seems to be able to use a stronger bargaining power vis-à-vis the EU than CARIFORUM States. One way to increase one's bargaining power is to base its own proposals on the commitments already made by the European Union in other agreements. This is a strategy that seems to work well for India, who has used several provisions fought for by CARIFORUM States in the negotiations on the *CARIFORUM-EC EPA* and developed the language therein even further. It is well advised to do the same with certain provisions of the *EU-Central America AA*, which seems to include even more concessions by the European Union than so far made in the *CARIFORUM-EC EPA* or the draft IP chapter of the *India-EU BTLA*.

#### 13.4. JAMAICA CASE STUDY

Bilateral agreements with ever more and ever more stringent TRIPS-plus provisions would not exist if the developing countries involved had not agreed to them. These countries, and in particular all actors that participated in the domestic policy-making process, decided to accept strong intellectual property protection and enforcement standards. The case study carried out in Jamaica and the CARIFORUM region provides an analysis of the preferences that determined these countries to sign up to the intellectual property chapter of the *CARIFORUM-EC EPA*. It presents a study of the interests of domestic non-state actors in Jamaica and the CARIFORUM region, and their influence on the policy-making process of determining Jamaica's and the region's IP policy position during the EPA negotiations. In particular, the preferences of non-state actors with regard to protecting the intellectual property in agricultural and food products have been assessed. I have obtained relevant

information that shows in how far relevant IP provisions in the EPA reflect the interests of Jamaican non-state actors and those of the region.

The case study is primarily based on data collected through face-to-face or phone interviews with approximately thirty state and non-state actors based in Jamaica, Barbados, Brussels and Geneva. The interviews provided data on 1) the identity of non-state actors in Jamaica and the CARIFORUM region with some interest in IP protection, 2) their preferences with regard to the regulation of IP protection in the EPA, 3) their involvement in national and regional consultative processes, and 4) their influence on the national and regional policy position. However, due to several limitations, the data available was very limited and hardly allowed a proper analysis of the influence of non-state actors to be carried out. The main limitation was that I could only identify few non-state actors that 1) had some interest in intellectual property protection in general or in the context of the EPA in particular, and 2) that participated in relevant consultative processes. Therefore, the conclusions regarding the influence of non-state actors in the case study have to be understood with these limitations in mind.

This research has importantly shown that there are only very few non-state actors at the regional and national level that have some interest in IP protection in general and in its regulation through the EPA in particular. The interest that these few non-state actors have can hardly be classified as a *specific* interest. In fact, only three out of the twelve identified non-state actors were classified to have specific preferences on issues dealt with in the IP negotiations in the context of the EPA. In other words, merely three actors have specific knowledge on relevant intellectual property issues, in particular on its regulation at the international level, and deal with these matters as a significant part of their work. Most importantly, they have formulated specific preferences with regard to which level of protection should be agreed upon in the EPA; none of the other nine actors were able to indicate such preferences, even though four of them had a general interest in IP protection. The main reason for this result seems to be that only very few actors are actually informed and knowledgeable about intellectual property protection. Their daily life is occupied with other areas of trade than IP issues.

Furthermore, only one of these actors actually participated in consultative processes that addressed the national and/or regional IP policy position in the EPA negotiations in detail. This was the lawyer Dianne Daley who participated in the national specific IP consultations organized by Jamaica Intellectual Property Office and the Ministry of Foreign Affairs and Foreign Trade. As a consequence, national consultations dealing with intellectual property issues in the *CARIFORUM-EC EPA* were largely dominated by state actors. The other national consultative processes that addressed the EPA in general did include more non-state actors. In fact, five out of the twelve analyzed actors took part in the meetings of the Jamaica Trade Adjustment Team and the GI working group. However, these groups have been reported to merely discuss IP protection in general and certainly not the draft texts of the proposed IP provisions in the EPA. At the regional level, only a few consultations addressed the protection of intellectual property in detail. One actor that had specific interests in the protection of plant varieties, the West Indies Central Sugar Cane Breeding Station, had informal contact with the regional negotiator, outside of the consultative processes.



Another conclusion is that intellectual property protection negotiated at the *multilateral* level, such as at the WTO or WIPO, is not an important area of interest for national and domestic non-state actors either. The actors analyzed as having had some interest in the regulation of IP through the EPA generally also have an interest in multilateral regulation of IP. Hence, very few non-state actors are concerned with the multilateral protection of IP. There is, however, a difference with regard to the consultative processes when comparing the consultations organized on multilateral IP issues and those organized in relation to the IP issues addressed in the *CARIFORUM-EC EPA* negotiations: the national and regional consultations dedicate less attention to the IP negotiations in the Doha Development Round than in the *CARIFORUM-EC EPA*. One reason is clearly that IP issues are not a priority in the Doha Development Round. But also for the negotiations at WIPO, hardly any IP consultations in Jamaica or in the region take place.

A specific area of attention of the research regarded the question of which forum national and regional non-state actors prefer when regulating the protection of intellectual property internationally. The results are not clear-cut, partly because the question of forum choice, in many cases, went beyond the level of understanding of most non-state actors interviewed. While Ann Capling and Patrick Low have suggested that non-state actors would prefer the WTO above preferential trade agreements because it is more protective of developing country interests, the data collected in Jamaica and the CARIFORUM region showed a preference for the multilateral venue, however not because of the explanation given by them. The argument raised by most non-state actors with a preference for the multilateral forum was that Jamaica or small Caribbean islands have an increased leverage in a multilateral rather than a bilateral context.

The overall influence of national and regional non-state actors on the Jamaican and CARIFORUM policy position on IP matters has been examined to be very little. Most non-state actors had no influence at all due to their lack of specific interests and participation in the consultations on the regulation of IP in the EPA. At most two actors can be qualified as having (partially) influenced the Jamaican or the regional policy position. The regional actor West Indies Central Sugar Cane Breeding Station had a significant influence on the regional policy position in the area of plant variety protection. The lawyer Dianne Daley, who was the only national actor that had a specific interest in international IP regulation and who participated in specific consultations on IP issues, was able to influence the national policy position with regard to accepting international commitments in the area of trade mark and patent protection. However, she did not influence the regional negotiating positions in these areas.

The actor that was most determinative for the final IP policy position chosen by CARIFORUM States was the Caribbean Regional Negotiation Machinery, and in particular the technical negotiator on IP, Malcolm Spence. First, CRNM staff was anchored in each of the policy-making forums of the region. It was instrumental in the internal determination of the regional negotiating positions as well as in the negotiations with the European Union. Second, due to a clear asymmetry of expertise and knowledge between CRNM and national policy makers, the latter were not in a position to defend their choices properly during the process of determining the regional policy position. Third, the technical negotiator for intellectual property

protection, Malcolm Spence, was able to convince national policy makers and stakeholders of his philosophy and policy choices because of his personality, eloquence and technical know-how.

In addition to the factual conclusions, the data obtained in the Jamaica and the CARIFORUM region case study allows some empirical conclusions to be added with regard to the two theoretical hypotheses set out. The first hypothesis (*'The size of groups and the intensity of their preferences determine whether their preferences are reflected in the outcome'*) could only be assessed for a low number of non-state actors analyzed; therefore, the conclusions that can follow from that analysis are limited. Overall, the hypothesis was verified in the Jamaica and the CARIFORUM region case study since the two actors that have (partially) influenced the national and regional policy-position were small groups with specific preferences. For the hypothesis (*'The size of the domestic win-set determines the negotiating autonomy of the negotiator'*), a result could only be provided for the second sub-hypothesis formulated (*'Negotiators with a large domestic win-set have a considerable degree of negotiating autonomy'*). The case study of Jamaica and the CARIFORUM region clearly presented an example of a large domestic win-set (with only a few and mainly general or marginal preferences of relevant non-state actors) and also of a negotiator with a large degree of negotiating autonomy. Therefore, the second hypothesis in the case of large domestic win-sets has also been verified in the case study carried out.

According to the logic of two-level games, the second hypothesis does not stop there, but a link between the negotiating autonomy of the negotiator and his bargaining power can be made. Robert Putnam has suggested the following hypothesis: *'The smaller the win-set and the negotiating autonomy of a negotiator, the bigger her/his bargaining power.'* However, this link between negotiating autonomy and bargaining power has not formed part of the Jamaica and the CARIFORUM region case study. The relative bargaining power of one party in the negotiations can only be assessed if the policy-making and negotiating process has been analyzed on both sides. However, in the present research, this process has merely been assessed for CARIFORUM States and not for the European Union.

Nevertheless, the legal analyses of the provisions in the *CARIFORUM-EC EPA* have given some indications on the bargaining power of CARIFORUM States, judging from the final provisions included in the EPA. According to the assessment of the final provisions, CARIFORUM States have been successful in preserving their interests with regard to the link of innovation and intellectual property, the transfer of technology, the protection of plant varieties, genetic resources and traditional knowledge. Its bargaining power supposedly has been particularly weak in the areas of design protection and enforcement matters. These results are not entirely in conformity with the expectations derived from the above-cited hypothesis. Since the domestic win-set of the negotiator was large in general, one would have expected a small bargaining power in general.

The strong bargaining power in the areas innovation, transfer of technology and the protection of genetic resources and traditional knowledge cannot be explained by the negotiating autonomy of the negotiator. The negotiating autonomy in these areas has in fact been rather large because of a lack of domestic preferences. Therefore, what could explain the strong bargaining power of the negotiator are his new and

innovative concepts, which the European Union had not expected. The strong bargaining power in the area of plant variety protection, on the other hand, may be explained by the preferences and influence of the West Indies Central Sugar Cane Breeding Station, who was the only non-state actor that has communicated his specific and strong preferences to the regional negotiating team. Finally, the weak bargaining power in the area of enforcement standards is one example in which the hypothesis as formulated for the Jamaica case study seems to fit: very few preferences existed in the area of enforcement, therefore the negotiator's negotiating autonomy was large and his bargaining power small.

When compared with the draft IP chapter of the *India-EU BTLA*, it may be concluded that the bargaining power of CARIFORUM States may not have been as strong as that of India in areas such as enforcement matters, the protection of genetic resources and traditional knowledge and design protection, at least when judging from the last draft IP chapter of the *India-EU BTLA* from July 2010. However, for being the first trading partner with whom the European Union has used its new tough approach, the results achieved by CARIFORUM States are remarkable. Even though no similarly deep analysis has been carried out for the *EU-Central America AA*, it seems as if the bargaining power of Central American countries might have been even stronger than that of CARIFORUM States and India on the protection of industrial designs and patents. According to Robert Putnam's hypothesis on the link between bargaining power and the negotiator's negotiating autonomy, the strong bargaining power of Central American countries suggests a strong mandate of important domestic constituencies in these areas of IP protection.

### 13.5. FINAL WORDS

Bilateral trade agreements are likely to continue to be the preferred option for the major trading nations to regulate, among others, intellectual property protection. This book has presented a first comprehensive analysis of the legal approaches used by the United States and the European Union for regulating intellectual property protection through BTAs. In view of the agreements that are still under negotiation and are envisaged to be concluded in the future, it is important to continue analyzing in detail what the obligations entail, how they differ from each other and where they conflict with each other. Developing countries, which are important partner countries to these agreements, will be able to use such research to prepare properly for the IP negotiations with the United States and/or the European Union.

This book also presents a first attempt of analyzing the domestic policy-making process in Jamaica and the CARIFORUM region, which informed the negotiations of and the final agreement to the IP provisions in the *CARIFORUM-EC EPA*. The case study addresses the *lacuna* in the political-scientific literature on domestic policy making of international intellectual property regulation. For a subject as all-encompassing and relevant as intellectual property protection, in particular with regard to the protection of agricultural and food products, political-scientists should dedicate their research much more to the processes through which standards of intellectual property protection are set in developing countries. It provides great insight on the relevance of IP protection in these countries and indicates the prospects of such protection being used and enforced by its citizens and institutions.

## Chapter 14 : Conclusies en Samenvatting

### 14.1. HET INTERNATIONAAL SYSTEEM VAN IE BESCHERMING PRE-TRIPS

Het beginpunt van dit onderzoek was de recente uitbreiding van bilaterale handelsovereenkomsten (BHOs) die intellectueel eigendom (IE) boven het niveau van het *TRIPS Verdrag* beschermen. Dit fenomeen is ontstaan nadat het *TRIPS Verdrag* op 1 januari 1995 in werking trad. Ondanks dat de reikwijdte van de bescherming van intellectuele eigendom in recente BHOs exceptioneel is, is het bestaan van bilaterale handelsovereenkomsten die intellectueel eigendom (IE) beschermen niet exceptioneel.

Al voordat het *TRIPS Verdrag* in werking trad kende het internationale systeem voor de bescherming van intellectueel eigendom alternerende fasen die intellectueel eigendom bilateraal, multilateraal en unilateraal reguleerden. De eerste vorm van internationale IE bescherming was het alomvattende netwerk van bilaterale auteursrechtelijke conventies tussen Europese en Latijns-Amerikaanse landen. Ook op het gebied van industrieel eigendom waren Europese landen de eerste die door middel van bilaterale overeenkomsten internationaal coöpercerden. Desalniettemin, als gevolg van het ontbreken van uniformiteit, wilde de internationale gemeenschap de bilaterale verdragen met multilaterale pilaren completeren. Het *Verdrag van Parijs* en de *Berner Conventie* markeerden de eerste multilaterale fase. Het secretariaat verantwoordelijk voor het beheer van het *Verdrag van Parijs* en de *Berner Conventie*, initieerde vele andere multilaterale verdragen, later ook in de context van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIE). De IE afhankelijke industrieën in de Verenigde Staten en Europa waren echter niet tevreden met het nog steeds gefragmenteerde internationale systeem van IE bescherming. Ze begonnen dan ook bilaterale investeringsverdragen en unilaterale wetten te gebruiken, zoals de verschillende vormen van het 'Sectie 301 proces', met als doel een hoger niveau van IE bescherming te bereiken. In het algemeen zien we een dialectische ontwikkeling van het internationale systeem van IE bescherming een, in welke bilaterale fasen multilaterale opvolgen en andersom.

De alternerende fasen van bilaterale, multilaterale en unilaterale bescherming van intellectueel eigendom openbaren een proces van 'forum-shifting'. Wanneer de ontevredenheid met de bestaande vormen van internationale IE bescherming toenam, richteden zich bepaalde landen op andere forums; de institutionele structuren of lidmaatschap van die instellingen leek deze landen geschikter voor de regulering van internationaal eigendom. Het *TRIPS Verdrag* zelf is één van de belangrijkste voorbeelden voor het succesvolle gebruik van de 'forum-shifting' strategie. De Verenigde Staten en een aantal Europese landen, gesteund door Japan, wilden IE bescherming in de *Algemene Overeenkomst over Tarieven en Handel* van 1947 (GATT 1947) integreren omdat ze ervan overtuigd waren dat de reguleringsmechanismen van de GATT 1947, die op 1 januari 1995 in de Wereldhandelsorganisatie (WHO) zou opgaan, duidelijke voordelen hadden vergeleken met de handhavingmechanismes van de WIE enerzijds en het gefragmenteerde netwerk van bilaterale investeringsverdragen anderzijds. Zoals bekend zijn ze hierin geslaagd.

De reikwijdte van het *TRIPS Verdrag* met betrekking tot materiële intellectueel eigendomsbescherming, lidmaatschap en handhaving is ongekend. Het bevat algemene bepalingen en beginselen met betrekking tot normen betreffende de individuele gebieden van IE, zoals het auteursrecht en naburige rechten, handelsmerken, geografische aanduidingen, tekeningen en modellen van nijverheid, octrooien, topograficën, bepalingen over de bescherming van niet openbaar gemaakte informatie, de handhaving van IE rechten, de voorkoming en beslechting van geschillen, overgangsregelingen en bepalingen betreffende de transfer van technologie. Mede omdat ontwikkelingslanden tijdens de lange en controversiële onderhandelingen belangrijke toezeggingen hebben gemaakt, verwachtten ze dat de TRIPS-standaard de voornaamste internationale standaard voor de bescherming van intellectueel eigendom zou blijven. Desalniettemin, meteen naar het sluiten van het *TRIPS Verdrag*, zagen we het begin van een nieuwe bilaterale fase. De Verenigde Staten, en met enige vertraging ook de Europese Unie, begonnen BHOs te sluiten die intellectuele eigendom boven het TRIPS-niveau beschermen (TRIPS-plus).

#### 14.2. HET INTERNATIONAAL SYSTEEM VAN IE BESCHERMING POST-TRIPS

Sinds de inwerkingtreding van het *TRIPS Verdrag* zijn de bilaterale handelsovereenkomsten, die door de hoofdfactoren Verenigde Staten, de Europese Unie, de Europese Vrijhandelsassociatie en Japan zijn gesloten, bijzonder succesvol in het vaststellen van TRIPS-plus bepalingen. Dit is voornamelijk het geval in vergelijking met de TRIPS-plus normen in multilaterale en plurilaterale verdragen. Behalve het *WIPO Auteursrechtverdrag* en het *WIPO Naburige Rechtenverdrag* zijn er weinig succesvolle multilaterale en plurilaterale verdragen gesloten, die de bescherming van intellectuele eigendom reguleren. Van de hoofdfactoren die bilaterale TRIPS-plus normen in hun BHOs opnemen, zijn de Verenigde Staten verreweg de meest agressieve actor. Niet alleen de inhoud van de hoofdstukken betreffende IE in de vrijhandelsovereenkomsten (VHOs) is uniek; ook de manier van onderhandelen en de juridische aanpak in de IE hoofdstukken is niet vergelijkbaar met de aanpak van andere actoren.

Het IE hoofdstuk in VS vrijhandelsovereenkomsten bevat de hoogste internationale standaards betreffende IE bescherming op bijna alle IE gebieden; geen ander internationaal verdrag, zelfs niet de plurilaterale *Handelsovereenkomst ter bestrijding van namaak* (ACTA) of de *WIPO Internet Verdragen*, bereikt deze standaards. Een uitzondering is de bescherming van geografische aanduidingen; hier stelt de Europese Unie de hoogste standaards vast. VS vrijhandelsovereenkomsten, en in het bijzonder de bescherming van octrooien en auteursrechten daarin, worden bekritiseerd voor hun belangrijke invloed op de beschikbaarheid en betaalbaarheid van generieke geneesmiddelen en de legale toegang voor gebruikers tot digitale werken. De bepalingen betreffende de exclusiviteit van data, de verlenging van de duur van een octrooi en de beperkingen betreffende dwanglicenties voor octrooien hebben een negatief effect op competitieve prijzen van medicijnen en de toegankelijkheid van essentiële medicijnen voor patiënten in ontwikkelingslanden. De bescherming van technische voorzieningen, informatie betreffende het beheer van rechten en desbetreffende specifieke handhavingmechanismen verhinderen niet alleen het gebruik van digitale werken maar ook de capaciteit van een land hun schaarse middelen voor de handhaving van recht in het algemeen in te zetten.

Wat de VS bovendien tot een agressieve actor in de onderhandelingen over IE bescherming maakt is de manier waarop zij onderhandelen. IE standaards worden onder absolute geheimhouding onderhandeld, buiten bestaande institutionele structuren en zonder een mogelijkheid voor hun onderhandelingspartners om advies van derde partijen te ontvangen. Als onderhandelingen buiten institutionele structuren plaats vinden zijn regels over een evenwichtige deelname van belangengroepen of transparantie niet van toepassing. Indien niet-overheidsactoren geen mogelijkheid krijgen hun belangen bekend te maken kunnen zij de uitkomsten van de onderhandelingen ook niet beïnvloeden. Bovendien kunnen vele actoren hun belangen niet ontwikkelen als ze de nodige informatie over de inhoud van VHOs missen. De Verenigde Staten hanteren ook een ‘value-claiming’ strategie: ze zetten hun onderhandelingspartners (dus ook ontwikkelingslanden) onder druk om hoge IE en handhaving standaards te accepteren en in ruil voor hoge IE normen wordt hun toegang tot de VS markten voor bijvoorbeeld textiel en landbouw gegarandeerd. Toegang tot zulke markten zijn absolute prioriteiten voor veel ontwikkelingslanden.

Daarnaast bevat de juridische aanpak van de Verenigde Staten in bilaterale overeenkomsten bijzonder agressieve elementen. Het IE hoofdstuk in VS vrijhandelsovereenkomsten is gebaseerd op IE standaards die hun oorsprong in VS wetgeving vinden. Met andere woorden, onderhandelingspartners worden gevraagd om exact dezelfde standaards aan IE bescherming beschikbaar te stellen als de VS in hun eigen wetgeving doet. Zulke juridische transplantaten kunnen gewichtige problemen opleveren als deze in een ander juridisch systeem omgezet moeten worden. Bepalingen in VS wetten over mededingen of de bescherming van de privésfeer, die de effecten van hoge IE standaards afwegen, ontbreken vaak in de juridische systemen van onderhandelingspartners en hebben ongewild negatieve effecten tot gevolg. Ten tweede wijkt geen overeenkomst van de IE standaards af die in eerdere VHOs zijn voorzien; de IE bescherming in recente overeenkomsten gaat zelfs omhoog. Ten slotte houdt de VS zich het recht voor over de uitvoerende wetgeving van de onderhandelingspartner te oordelen en aanpassingen te eisen. Door het ‘machtigingsproces’ kan de uitvoerende macht van de VS beslissen of de wetten van onderhandelingspartners de normen in de VHO tevredenstellend omzetten; pas na instemming van de VS treedt de VHO in werking.

Vergeleken met de lineaire aanpak van de Verenigde Staten, die van begin af aan agressief was, is de aanpak van de Europese Unie tijdens het laatste decennium duidelijk verandert. Voor 2006 bevatten de bilaterale handelsovereenkomsten van de Europese Unie weinig bepalingen over de bescherming van intellectueel eigendom; het beschermingsniveau was bescheiden. Ze verwezen indirect naar IE standaards: de BHOs bevatten lijsten met multilaterale verdragen die door hun onderhandelingspartners getekend moesten worden of waaraan zij moesten voldoen. Pre-2006 BHOs omvatten slechts enkele TRIPS-plus bepalingen, bijvoorbeeld de bescherming van databases en gebruiksmodellen en de verplichtingen het *WIPO Auteursrechtverdrag*, het *WIPO Naburige rechtenverdrag* en het *UPOV Verdrag* van 1991 te tekenen. Een belangrijke uitzondering zijn de overeenkomsten inzake de handel in wijn en gedistilleerde dranken. Deze eisen bescherming voor geografische aanduidingen boven het TRIPS-niveau.

Met de lancering van de strategie ‘Global Europe’ in 2006 is de aanpak van de Europese Unie betreffende de bescherming van intellectueel eigendom in derde

landen veranderd van een zachte tot een harde aanpak. De IE bescherming in recente bilaterale handelsovereenkomsten van de EU is vergelijkbaar hoog met die in VS vrijhandelsovereenkomsten, alhoewel op verschillende gebieden en door middel van andere standaards. Derhalve zijn de Verenigde Staten niet meer de enige TRIPS-plus demandeur; de Europese Unie is hun voorbeeld gevolgd.

Met het oog op de eerder gemaakte conclusies betreffende de dialectische internationale ontwikkeling van IE bescherming zou gesteld kunnen worden dat de meest recente fase van bilaterale overeenkomsten daar deel van uitmaakt en derhalve ook door een multilaterale fase opgevolgd zal worden. Er zijn echter tenminste twee redenen waarom ik stel dat de laatste fase van bilaterale overeenkomsten exceptioneel is en waarschijnlijk niet door een multilaterale fase opgevolgd zal worden. Ten eerste zijn de standaards in recente BHOs niet coherent; de hoofdactoren hebben verschillende TRIPS-plus bepalingen ontwikkeld die in bepaalde gevallen zelfs met elkaar in conflict zijn. Een multilaterale oplossing, die aan deze verschillende aanpakken voldoet, lijkt zeer moeilijk te bewerkstelligen. Ten tweede is de geografische uitbreiding en de materiële reikwijdte van bilaterale overeenkomsten een duidelijk teken dat de meeste handelsnaties een voorkeur hebben voor snelle en op maat gemaakte toezeggingen. Het sluiten van multilaterale overeenkomsten vereist dat landen een compromis willen sluiten vanwege het multilaterale karakter van de overeenkomst. De wil een compromis te bereiken lijkt op dit moment niet aanwezig te zijn. Plurilaterale overeenkomsten bieden soms een tussenweg, maar zijn ook niet eenvoudig te bereiken. Het sluiten van multilaterale overeenkomsten daarentegen lijkt bijna onmogelijk geworden.

#### 14.3. HET BELEID VAN DE EU BETREFFENDE DE BESCHERMING VAN INTELLECTUEEL EIGENDOM IN DERDE LANDEN

Er zijn voornamelijk twee strategieën die een verschuiving in het beleid en de praktijk van de Europese Unie betreffende IE bescherming in derde landen hebben bevorderd. Dit zijn de ‘Strategie voor de handhaving van intellectuele eigendomsrechten in derde landen’, die in november 2004 gepubliceerd werd, en de ‘Global Europe: concurreren in de wereld’ strategie, die in oktober 2006 werd uitgebracht. De nieuwe handelsstrategie, die in beide documenten beschreven wordt, stelt de externe agenda van de Strategie van Lissabon voor. Volgens de Strategie van Lissabon moet de EU de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie ter wereld worden. De twee beleidsstukken hebben het pad voor een nieuwe generatie van concurrentiegerichte vrijhandelsovereenkomsten geëffend. Zulke vrijhandelsovereenkomsten zijn een belangrijke steunpilaar van het nieuwe externe handelsbeleid van de EU geworden. Intellectuele eigendomsbescherming speelt een hoofdrol in deze overeenkomsten. Ze bevatten beschermingsstandaards voor intellectueel eigendom die boven de bestaande TRIPS-standaards gaan. De Europese Unie richt zich niet meer uitsluitend of voornamelijk op het multilaterale forum, de Wereldhandelsorganisatie, maar vooral op de nieuwe VHOs.

De bescherming van intellectueel eigendom in derde landen wordt nu door gedetailleerde verplichtingen in bilaterale handelsovereenkomsten bereikt. De IE normen daarin zijn vaak hoger dan de bescherming in het *TRIPS Verdrag*; ze evenaren veelal de bescherming in EU wetgeving. De strategie ‘Global Europe’ maakt in zijn beleidsdocument een onderscheid tussen opkomende economieën aan

de ene kant, en ontwikkelingslanden aan de andere kant. De praktijk geeft echter geen blijk van dit verschil: onderhandelingen over nieuwe concurrentiegerichte overeenkomsten worden ook met ontwikkelingslanden gevoerd. Zo zijn de (concept) IE hoofdstukken in de overeenkomsten met Zuid Korea, de CARIFORUM landen, Colombia en Peru, Centraal Amerikaanse landen, Canada en India allemaal op hetzelfde modelhoofdstuk betreffende IE bescherming gebaseerd, met kleine verschillen. De voorgestelde bepalingen zijn niet aan het ontwikkelingsniveau van de onderhandelingspartners aangepast. Waar verschillen in de definitieve overeenkomsten voorkomen hebben deze meestal hun oorsprong in de belangen van de handelspartner en zijn onderhandelingspositie. Met andere woorden, belangen omtrent ontwikkeling zijn geen prioriteit in de nieuwe generatie van vrijhandelsovereenkomsten; het belang van ontwikkeling in de nieuwe overeenkomsten is klein vergeleken met de overeenkomsten die voor 2006 onder het handelsbeleid 'beheerste globalisering' zijn gesloten. Het oude handelsbeleid 'beheerste globalisering' had naast het uitbrengen van een aantal initiatieven ten voordele van ontwikkelingslanden ook de IE standaards in bilaterale handelsovereenkomsten aan het ontwikkelingsniveau van hun partners aangepast.

De gedetailleerde juridische analyse van het *CARIFORUM-EC EPA* en het concept IE hoofdstuk van het *India-EU BTLA* bevestigt dat de nieuwe aanpak van de Europese Unie, sinds het uitbrengen van de 'Global Europe' strategie, drie kenmerken voorwijst: vele IE-bepalingen in het EPA en BTIA die door de Europese Unie zijn voorgesteld, 1) bevatten belangrijke TRIPS-plus elementen, 2) zijn vaak op interne EU wetgeving gebaseerd, en 3) bieden weinig mogelijkheden om nationale belangen in de omzettingsprocedure af te wegen en ontwikkelingsbelangen in aanmerking te nemen. Deze kenmerken komen het meest dominant in de bescherming van auteursrechten in de digitale omgeving, merkenrechten en geografische aanduidingen voor. Ook de bescherming van modellen en handhavingmaatregelen laten een harde aanpak zien; desondanks lijkt het alsof het concept *India-EU BTLA* waarschijnlijk minder TRIPS-plus elementen in deze gebieden zal bevatten dan het *CARIFORUM-EC EPA*, vooral te wijten aan een sterkere onderhandelingspositie van India.

Het *CARIFORUM-EC EPA* is de eerste overeenkomst die de kenmerken van de nieuwe generatie vrijhandelsovereenkomsten in het IE hoofdstuk behelst. Al de omvang van het hoofdstuk is veel breder dan eerdere overeenkomsten: vierendertig bepalingen behandelen innovatie en intellectueel eigendom. Vergeleken met één of twee bepalingen in de oude generatie overeenkomsten is dat een significante verbreding. De gedetailleerde IE bepalingen bevatten TRIPS-plus elementen, met name in de bescherming van digitale werken, geografische aanduidingen, modelrechten en octrooien, en handhavingmaatregelen. De sectie die handhaving behandelt, is zonder twijfel het meest verrijkende onderdeel van het IE hoofdstuk in het *CARIFORUM-EC EPA*. De bepalingen erin evenaren het beschermingsniveau in interne EU wetgeving en VS vrijhandelsovereenkomsten. Ze gaan boven het beschermingsniveau van het *TRIPS Verdrag* op drie aspecten: 1) door de omvang van de rechten te vergroten of de kring aan begunstigen uit te breiden; 2) door nauwkeuriger aan te geven wat een bepaald recht inhoudt; en 3) door belangrijke TRIPS waarborgen weg te laten.



Afgaand op het voorstel van de Europese Unie zal ook het concept IE hoofdstuk van het *India-EU BTLA* zeer uitgebreid zijn. De EU heeft TRIPS-plus bepalingen op verschillende gebieden voorgesteld, zoals de bescherming van auteursrechten, merkenrechten, geografische aanduidingen, modellenrechten, niet openbaar gemaakte data, voorlopige maatregelen en maatregelen aan de grens. Als India vele van deze voorstellen accepteert zal de overeenkomst weinig mogelijkheden bieden om met ontwikkelingsbelangen rekening te houden wanneer India de BTIA normen in wetgeving zal moeten omzetten. Bepalingen in het BTIA die gelijk zijn aan EU wetgeving of die concrete verplichtingen uiteenzetten (zoals de verplichting aan bepaalde internationale verdragen te voldoen in plaats van inspanningsverplichtingen zoals 'streven naar'), laten weinig ruimte om nationale belangen af te wegen. Echter heeft India de Europese Unie al overtuigt om de relatief flexibele TRIPS-standaard voor vele handhavingbepalingen en de bescherming van kwekersrechten aan te houden.

Alhoewel de IE bepalingen in recente bilaterale handelsovereenkomsten de nieuwe aanpak van de Europese Unie duidelijk doet uitkomen, weerspiegelen beide overeenkomsten ook de belangen van de handelspartners van de EU. De CARIFORUM landen en India konden belangrijke bepalingen waarborgen die het hun mogelijk maken ontwikkelingsbelangen in aanmerking te nemen. Dit zijn met name de bepalingen betreffende de connectie tussen innovatie en IE bescherming, de overdracht van technologie, octrooibescherming (als India de exclusiviteit van data tot een minimum kan beperken), de bescherming van kwekersrechten en de bescherming van genetische hulpbronnen en traditionele kennis (als de EU de bepalingen accepteert die India naar voren heeft gebracht). Deze bevatten weinig TRIPS-plus elementen en zijn niet gebaseerd op interne EU wetgeving. Ook behouden beide overeenkomsten deze flexibeler bepalingen, de nieuwe aanpak van de EU is op deze gebieden toch van toepassing. Ik stel dat deze gebieden van IE bescherming 1) niet door de Europese Unie maar door de andere onderhandelingspartner zijn voorgesteld, of 2) dat de handelspartners bijzonder succesvol waren de voorstellen van de EU aan te passen. In het kort, de voorstellen die de Europese Unie heeft gemaakt, spiegelen nog steeds de nieuwe harde aanpak van de EU weer.

Het *CARIFORUM-EC EPA* en het concept *India-EU BTLA* laten duidelijk zien dat de definitieve IE bescherming in de bilaterale handelsovereenkomst een gevolg van de onderhandelingspositie van de handelspartner is. De mate waarin de Europese Unie bereid is concessies op verschillende gebieden te doen hangt sterk van de onderhandelingspositie van haar onderhandelingspartner af. De onderhandelingspositie van de CARIFORUM landen, bijvoorbeeld met betrekking tot ongekennde connectie tussen innovatie en IE bescherming, moet bijzonder sterk zijn geweest. Ook de concrete toezeggingen betreffende de overdracht van kennis, de bescherming van kwekersrechten, genetische hulpbronnen en traditionele kennis zijn een teken van een sterke onderhandelingspositie. In het geval van India is het moeilijker om conclusies te trekken aangezien de definitieve bepalingen in het concept IE hoofdstuk van het *India-EU BTLA* nog niet overeen zijn gekomen. Desalniettemin heeft India reeds laten zien dat ze een relatief sterke onderhandelingspositie heeft, vooral op die gebieden waar de CARIFORUM landen al bepalingen konden waarborgen en die het mogelijk maken om met ontwikkelingsbelangen rekening te houden. Bovendien lijkt India's onderhandelingspositie met betrekking tot

modelrechten en vooral met betrekking tot handhavingmechanismen zelfs nog sterker te zijn.

Samenvattend zijn de voorwaarden waaronder ontwikkelingslanden bilaterale handelsovereenkomsten met de Europese Unie onderhandelen duidelijk veranderd vergeleken met een aantal jaar geleden. Ze moeten zich op een hardere aanpak instellen: de EU eist hoge IE standaards die op interne EU wetgeving gebaseerd zijn en weinig mogelijkheid laten om ontwikkelingsbelangen in aanmerking te nemen. Of een onderhandelingspartner vorderingen van de EU aan zijn eigen belangen kan aanpassen zal sterk van zijn onderhandelingspositie afhangen. Over het algemeen lijkt India een sterkere onderhandelingspositie vis-à-vis de EU geldend te kunnen maken vergeleken met de CARIFORUM landen. Een strategie die de onderhandelingspositie kan versterken, is de eigen voorstellen op toezeggingen baseren die de EU al in andere overeenkomsten heeft gemaakt. Deze strategie lijkt voor India goed te werken: ze heeft al verschillende bepalingen voorgesteld die de CARIFORUM landen van de EU in de onderhandelingen van het *CARIFORUM-EC EPA* hebben afgedwongen, en zelfs de taal nog verder aan haar eigen wensen aangepast. India zou er dan ook goed aan doen dezelfde strategie met betrekking tot bepaalde bepalingen uit het *EU-Centraal Amerika AA* te gebruiken. De Europese Unie heeft daarin toezeggingen gedaan die zelfs nog verder reiken dan die in het *CARIFORUM-EU EPA* of het concept IE hoofdstuk van het *India-EU BTLA*.

#### 14.4. CASESTUDY JAMAICA

Bilaterale overeenkomsten met altijd meer en altijd striktere TRIPS-plus bepalingen zouden niet bestaan als betrokkene ontwikkelingslanden er niet mee hadden ingestemd. Deze landen, en in het bijzonder alle actoren die in het nationale beleidsvormingsproces deel hebben genomen, hebben besloten om striktere IE bescherming en handhavingmaatregelen te accepteren. De casestudy, die in Jamaica en de CARIFORUM regio is uitgevoerd, verschaft een analyse van de belangen die bepalend waren voor het tekenen van het IE hoofdstuk in het *CARIFORUM-EC EPA*. Het is een studie over de belangen van nationale niet-overheidsactoren in Jamaica en de CARIFORUM regio, alsmede van hun invloed op het beleidsvormingsproces dat het IE beleid van Jamaica en de regio tijdens de EPA onderhandelingen heeft gevormd. In het bijzonder zijn de belangen van niet-overheidsactoren met betrekking tot de bescherming van IE in landbouw- en voedselproducten onderzocht. Ik heb informatie verzameld die laat zien in hoeverre relevante IE bepalingen in het EPA de belangen van Jamaicaanse en regionale niet-overheidsactoren weerspiegelt.

De casestudy is primair op data gebaseerd die door rechtstreekse interviews of telefooninterviews met ongeveer dertig overheids- en niet-overheidsactoren in Jamaica, Barbados, Brussel en Genève is verzameld. De interviews leverden data over 1) de identiteit van niet-overheidsactoren in Jamaica en de CARIFORUM regio die enige belangstelling voor IE bescherming hebben, 2) hun belangen met betrekking tot de regulering van IE bescherming in het EPA, 3) hun betrokkenheid in nationale en regionale raadplegingsprocessen, en 4) hun invloed op de nationale en regionale beleidspositie. De beschikbare data was echter vanwege bepaalde omstandigheden beperkt en liet een grondige analyse van de invloed van niet-overheidsactoren amper toe. De belangrijkste beperking was dat ik maar enkele niet-overheidsactoren kon

identificeren die 1) enige belangstelling voor IE bescherming in het algemeen of in de context van het EPA hadden, en 2) aan relevante raadplegingsprocessen hebben deelgenomen. Derhalve moeten de conclusies betreffende de invloed van niet-overheidsactoren dan ook met deze beperkingen in het achterhoofd worden gelezen.

Dit onderzoek heeft duidelijk kunnen aantonen dat er maar enkele niet-overheidsactoren op regionaal en nationaal niveau zijn die enige belangstelling voor IE bescherming in het algemeen en in het bijzonder in de regulering van IE door het EPA hebben. Hun belangstelling houdt amper specifieke belangen in. Slechts drie van de twaalf geïdentificeerde niet-overheidsactoren hadden specifieke belangen in de kwesties die in de IE onderhandelingen van het EPA aan de orde kwamen. Met andere woorden, slechts drie actoren hadden specifieke kennis van relevante IE kwesties, in het bijzonder de regulering van IE op internationaal niveau, en gebruiken die kennis ook in hun dagelijks werk. Deze drie actoren hebben ook specifieke belangen ten aanzien van de beschermingsomvang die in het EPA zou moeten opgenomen worden; geen van de andere negen actoren had zulke concrete belangen, alhoewel vier van de negen actoren wel algemene belangstelling voor IE bescherming hadden. De hoofdreden hiervoor lijkt te zijn dat slechts enkele actoren inderdaad informatie en kennis op het gebied van intellectueel eigendomsbescherming hebben. De anderen houden zich vooral met andere handelsaspecten dan IE bescherming bezig.

Verder heeft er maar één van de geanalyseerde niet-overheidsactoren in de raadplegingsprocessen deelgenomen die Jamaica's IE beleidspositie in de EPA onderhandelingen tot onderwerp hadden: de advocaat Dianne Daley. Over het algemeen hebben maar weinig niet-overheidsactoren aan de Jamaicaanse raadplegingsprocessen deel genomen waarin ook IE bescherming aan de orde kwam. Als gevolg daarvan werden de raadplegingsprocessen grotendeels door overheidsactoren gedomineerd. Andere nationale raadplegingsprocessen, die het EPA in het algemeen behandelden, hebben volgens verschillende bronnen de bescherming van intellectuele eigendom nauwelijks besproken; de concept teksten van het IE hoofdstuk zijn hier niet behandeld. Één actor met specifieke belangen in de bescherming van kwekersrechten, de West Indies Central Sugar Cane Breeding Station, heeft informeel contact gehad met de regionale onderhandelaar, buiten officiële raadplegingsprocessen.

Een andere conclusie is dat intellectueel eigendomsbescherming op het *multilaterale* niveau, zoals in de WHO of WIE, ook niet van groot belang voor regionale en nationale niet-overheidsactoren is. De actoren die in mijn analyse belang hadden in de regulering van IE door het EPA zijn ook in de multilaterale regulering van IE geïnteresseerd. Dit zijn er echter maar enkele. Desalniettemin bestaat er een verschil tussen de raadplegingsprocessen die IE bescherming in het EPA hebben behandeld, en zulke die multilaterale IE kwesties ter discussie stellen: nationale en regionale raadplegingsprocessen hebben minder aandacht aan de DOHA onderhandelingen over IE bescherming besteedt dan aan de IE onderhandelingen van het *CARIFORUM-EC EPA*. Een reden daarvoor is dat IE bescherming geen prioriteit van de Doha Ontwikkelingsronde is. Het resultaat is echter hetzelfde voor de onderhandelingen in de WIE: zij staan amper ter discussie in de raadplegingen in Jamaica en andere de *CARIFORUM* landen.

Een bijzonder aandachtspunt van dit onderzoek was de vraag aan welk forum nationale en regionale niet-overheidsactoren de voorkeur geven voor de internationale regulering van intellectueel eigendomsbescherming: het regionale of het multilaterale. De bevindingen op dit punt zijn niet duidelijk, deels omdat de vraag naar de forum keuze in vele gevallen boven de kennis van de geïnterviewde niet-overheidsactoren ging. Ann Capling en Patrick Low hebben voorgesteld dat niet-overheidsactoren de voorkeur aan de Wereld Handelsorganisatie, boven regionale handelsovereenkomsten, geven omdat de WHO de belangen van ontwikkelingslanden beter zou beschermen. De verzamelde data in Jamaica en de CARIFORUM landen hebben ook een voorkeur voor multilaterale forums aangegeven, maar niet voor dezelfde reden als Capling en Low. De reden die de meeste niet-overheidsactoren met een voorkeur voor het multilaterale forum hebben genoemd, is dat Jamaica of kleine Caribische eilanden meer macht in een multilaterale dan in een bilaterale setting hebben.

Over het algemeen was de invloed van nationale en regionale niet-overheidsactoren op Jamaica's en CARIFORUM's IE onderhandelingspositie zeer gering. De meeste niet-overheidsactoren hadden überhaupt geen invloed omdat zij ook geen specifieke belangen in IE kwesties hadden en ook niet in relevante raadplegingsprocessen hebben deel genomen. Mijn onderzoek heeft uitgewezen dat hoogstens twee actoren de Jamaicaanse en regionale beleidspositie (gedeeltelijk) beïnvloedt hebben. De regionale actor West Indies Central Sugar Cane Breeding Station heeft substantieel invloed uitgeoefend op de regionale onderhandelingspositie met betrekking tot kwekersrechten. De advocaat Dianne Daley, de enige nationale actor die specifieke belangen in de internationale regulering van IE had en ook in de specifieke raadplegingsprocessen over IE bescherming heeft deelgenomen, kon de nationale beleidspositie op het aangaan van internationale verplichtingen betreffende merken- en octrooirechten beïnvloeden. Ze heeft echter geen invloed op de regionale onderhandelingspositie uitgeoefend.

De actor die de meeste invloed op de definitieve IE onderhandelingspositie van de CARIFORUM landen had, was de overheidsactor 'Caribbean Regional Negotiation Machinery' (CRNM), en in het bijzonder de onderhandelaar voor intellectueel eigendom kwesties, Malcolm Spence. Ten eerste waren leden van het CRNM in elk regionaal beleidsvormingsproces vertegenwoordigd. Dit orgaan was instrumenteel voor interne beslissingen betreffende de regionale onderhandelingspositie als ook in de onderhandelingen met de Europese Unie. Ten tweede nam het CRNM het voortouw ten opzichte van nationale politici: vanwege een sterke asymmetrie in expertise en kennis waren nationale beleidsmakers nauwelijks in een positie om hun standpunten in het beleidsvormingsproces tegenover de leden van het CRNM te verdedigen. Ten derde wist de onderhandelaar voor intellectueel eigendom bescherming, Malcolm Spence, door zijn persoonlijkheid, eloquentie en technische kennis, nationale politici en niet-overheidsactoren van zijn filosofie en beleidkeuzes te overtuigen.

Naast de feitelijke conclusies heeft de casestudy over Jamaica en de CARIFORUM regio data opgeleverd die enige empirische conclusies met betrekking tot de twee theoretische hypothesen mogelijk maakt. De eerste hypothese (*'De grote van groepen en de intensiteit van hun belangen zijn beslissend voor de vraag of hun belangen in het resultaat terug te vinden zijn'*) kon slechts voor een kleine hoeveelheid van niet-overheidsactoren

geanalyseerd worden; de conclusies zijn daarom ook beperkt. In het algemeen kon de hypothese met betrekking tot de casestudy Jamaica en de CARIFORUM regio geverifieerd worden. De twee actoren die (gedeeltelijk) invloed hebben gehad op de nationale en regionale beleidspositie waren kleine groepen met specifieke belangen. Voor de hypothese *‘De grote van het nationale win-set is beslissend voor de onderhandelingsautonomie van de onderhandelaar’* kon slechts voor de tweede sub-hypothese een uitkomst geformuleerd worden (*‘Onderhandelaars met een grote nationale win-set hebben een aanzienlijke mate aan onderhandelingsautonomie’*). De casestudy van Jamaica en de CARIFORUM regio is een duidelijk voorbeeld van een groot nationaal win-set (met slechts enkele en vooral algemene of marginale belangen van relevante niet-overheidsactoren) en een onderhandelaar met een grote mate aan onderhandelingsautonomie. Om die reden is dan ook de tweede hypothese voor het geval van een groot nationaal win-set door de casestudy geverifieerd.

Volgens de ‘logic of two-level games’ gaat de tweede hypothese verder in dat het een connectie tussen de onderhandelingsautonomie van de onderhandelaar en zijn onderhandelingspositie (negotiating power) aanduidt. Robert Putnam heeft de volgende hypothese voorgesteld: *‘Hoe kleiner de win-set en de onderhandelingsautonomie van de onderhandelaar, hoe groter zijn/haar onderhandelingspositie.’* Deze connectie tussen onderhandelingsautonomie en onderhandelingspositie maakt echter geen deel uit van de casestudy over Jamaica en de CARIFORUM regio. De relatieve onderhandelingspositie van een partij in onderhandelingen kan namelijk slechts worden beoordeeld als de beleidsvorming- en onderhandelingsproces aan beide kanten onderwerp van de analyse is. Dit was in dit onderzoek niet het geval; slechts de CARIFORUM landen zijn geanalyseerd en niet de Europese Unie.

Desalniettemin heeft de juridische analyse van het IE hoofdstuk van het *CARIFORUM-EC EPA* aanwijzingen gegeven over de mate van onderhandelingspositie van de CARIFORUM landen in de verschillende IE gebieden. Uitgaande van de analyse van de definitieve bepalingen zijn de CARIFORUM landen erin geslaagd hun belangen betreffende de connectie tussen innovatie en intellectueel eigendomsbescherming, de transfer van technologie, de bescherming van kwekersrechten, genetische hulpbronnen en traditionele kennis te bewaren. Hun onderhandelingspositie was schijnbaar bijzonder zwak wat de bescherming van modellen en de handhaving van IE betreft. Deze uitkomsten zijn niet geheel conform aan de verwachtingen uit de boven genoemde hypothese. Aangezien de nationale win-set van de onderhandelaar over het algemeen groot was had men ook een zwakke mate aan onderhandelingspositie in de meeste onderdelen van het IE hoofdstuk kunnen verwachten.

De sterke onderhandelingspositie betreffende innovatie, de transfer van technologie en de bescherming van genetische hulpbronnen en traditionele kennis kan niet door de onderhandelingsautonomie van de onderhandelaar worden verklaard. De onderhandelingsautonomie voor deze gebieden van IE bescherming was groot omdat er nauwelijks nationale belangen aanwezig waren. Een verklaring voor de sterke onderhandelingspositie op deze gebieden zijn de nieuwe en innovatieve concepten die het CRNM heeft voorgesteld en die de Europese Unie niet had verwacht. De sterke onderhandelingspositie met betrekking tot de bescherming van kwekersrechten kan aan de hand van de belangen en de invloed van de West Indies Central Sugar Cane Breeding Station worden verklaard. Deze actor was de enige niet-

overheidsactor die specifieke en sterke belangen betreffende de bescherming van kwekersrechten aan het regionale onderhandelingssteam had gecommuniceerd. Ten slotte is de zwakke onderhandelingspositie van de CARIFORUM landen op het gebied van handhaving een voorbeeld waar de geformuleerde hypothese voor de casestudy Jamaica wel van toepassing is: in Jamaica en de CARIFORUM regio existeerden maar weinig belangen met betrekking tot handhaving, wat de onderhandelingsautonomie van de onderhandelaar groot maakte en zijn onderhandelingspositie relatief zwak.

Vergeleken met het concept IE hoofdstuk in het *India-EU BTLA* kan vastgesteld worden dat de onderhandelingspositie van de CARIFORUM landen op de gebieden van handhaving, de bescherming van genetische hulpbronnen en traditionele kennis, en modelbescherming niet zo sterk was als die van India, ten minste als men uitgaat van het laatste concept IE hoofdstuk van juli 2010. Hoe dan ook, gezien het feit dat de CARIFORUM landen de eerste handelspartners waren tegenover wie die de Europese Unie zijn nieuwe harde aanpak heeft gebruikt, zijn de uitkomsten die de CARIFORUM landen hebben bereikt, aanzienlijk. Ondanks dat ik geen evenzo diepe analyse voor het *EU-Centraal Amerika AA* heb doorgevoerd, lijkt het alsof de onderhandelingspositie van Centraal Amerikaanse landen met betrekking tot de bescherming van modellen en octrooien nog sterker was dan die van India en de CARIFORUM landen. Volgens de hypothese van Robert Putnam over de connectie tussen onderhandelingspositie en onderhandelingsautonomie van de onderhandelaar, geeft de sterke onderhandelingspositie van Centraal Amerikaanse landen aan dat ze op deze gebieden van IE bescherming een sterk mandaat van belangrijke nationale actoren hadden.

#### 14.5. AFSLUITENDE WOORDEN

Het is waarschijnlijk dat bilaterale handelsovereenkomsten de geprefereerde optie voor de grote handelsmachten blijven om, *inter alia*, intellectueel eigendomsbescherming op internationaal niveau te reguleren. Dit boek heeft een eerste algehele analyse gepresenteerd hoe de Verenigde Staten en de Europese Unie de bescherming van intellectueel eigendom door middel van BHOs reguleren. Met zicht op de overeenkomsten die nog onderhandeld worden en die in de toekomst gesloten zullen worden, is het belangrijk dat de verplichtingen erin in detail onderzocht worden, in hoe ver zij van elkaar afwijken en waar ze met elkaar in conflict zijn. Ontwikkelingslanden die belangrijke partners van zulke overeenkomsten zijn, kunnen dit onderzoek gebruiken om zich op de IE onderhandelingen met de Verenigde Staten en/of de Europese Unie voor te bereiden.

Dit boek presenteert ook een eerste poging het nationale en regionale beleidsvormingsproces in Jamaica en in de CARIFORUM regio te analyseren, welke voor en tijdens de onderhandelingen over de definitieve bepalingen betreffende IE bescherming in het *CARIFORUM-EC EPA* plaats hebben gevonden. De casestudy behandelt een lacune in de politiekwetenschappelijke literatuur over nationale beleidsvormingsprocessen, waarin de internationale regulering van intellectueel eigendom centraal staat. Voor een onderwerp dat zo alomvattend en relevant is als de bescherming van intellectueel eigendom, in het bijzonder betreffende de bescherming van landbouw- en voedselproducten, zouden politieke wetenschappers meer onderzoek naar de processen moeten doen die IE standaards in ontwikkelingslanden

meebepalen. Zulk onderzoek kan inzichtelijk maken hoe relevant IE bescherming in deze landen is en hoe waarschijnlijk het zal zijn dat de beschermingsregels door hun burgers en instellingen gebruikt en gehandhaafd zullen worden.