

Информационная записка¹

по традиционным знаниям/традиционным выражениям культуры

к сороковой сессии МКГР

подготовлена Председателем МКГР г-ном Иеном Госсом

Введение

1. Согласно мандату МКГР на 2018–2019 гг. и программе работы на 2019 г., 40-я сессия Комитета должна быть посвящена переговорам по тематике традиционных знаний (ТЗ)/традиционных выражений культуры (ТВК) с упором на урегулирование нерешенных и сквозных вопросов и рассмотрение вариантов формулировок проекта нормативно-правового документа (документов). На 40-й сессии, к которой я подготовил отдельную информационную записку, будут также подведены итоги достигнутого прогресса и вынесена рекомендация Генеральной Ассамблеи.
2. Я хотел бы напомнить, что в соответствии с данным ему поручением Секретариат обновил проекты выполненного в 2008 г. анализа пробелов в отношении ТЗ и ТВК, подготовленные к 37-й сессии МКГР, и повторно выпустил их к 40-й сессии МКГР в качестве документов WIPO/GRTKF/IC/40/7 и WIPO/GRTKF/IC/40/8, соответственно.
3. Стремясь помочь участникам в подготовке к работе 40-й сессии МКГР, я подготовил данную информационную записку на основе результатов обсуждений на 39-й сессии МКГР. В ней обобщены нерешенные, сквозные вопросы, а также другие вопросы, связанные с ТЗ/ТВК.
4. Подчеркиваю, что взгляды, изложенные в настоящей записке, отражают исключительно мое мнение и не умаляют позиции государств-членов по обсуждаемым вопросам. Настоящая записка носит информационный характер и ввиду этого не имеет статуса и не является рабочим документом сессии. Она подготовлена с единственной целью – помочь участникам 40-й сессии МКГР подготовиться к работе.
5. Призываю государства-члены руководствоваться соображениями гибкости и прагматизма и объединить усилия в целях «достижения договоренности» (как сказано в мандате МКГР) в духе взаимодействия и компромисса.
6. Как я указывал ранее, большинство вопросов, рассматриваемых в документах по ТЗ и ТВК, по моему мнению, носят сквозной характер. То есть я хочу сказать, что в обоих текстах сохраняются одни и те же концептуальные и технические вопросы. Это вполне предсказуемо, учитывая большое сходство двух объектов охраны – ТЗ и ТВК. Так, коренные народы – и не только они – долгое время говорили о том, что эти две предметные области являются взаимосвязанными элементами единого целого. Однако, признавая, что в контексте интеллектуальной собственности (ИС) ТЗ и ТВК ставят ряд различных вопросов, связанных с ИС, и исторически рассматриваются отдельно, МКГР до настоящего момента в основном работал над текстами параллельно, но все же проводил между ними различие². Это означает, что в ряде

¹ Примечание Секретариата ВОИС: Председатель МКГР г-н Иен Госс составил настоящую информационную записку с целью помочь участникам в подготовке к работе 40-й сессии МКГР.

² Следует отметить, что сквозные вопросы прорабатывались на 27-й (апрель 2014 г.), 28-й (июль 2014 г.), 37-й (август 2018 г.), 38-й (декабрь 2018 г.) и 39-й (март 2019 г.) сессиях МКГР.

случаев одни и те же или очень похожие концептуальные и правовые вопросы решались в двух текстах по-разному, и, вероятно, какие-то возможности для прямого сопоставления и координации двух текстов, где это необходимо и желательно, были упущены. Однако на 37-й, 38-й и 39-й сессиях МКГР были приняты решения, которые позволяют Комитету работать над обоими текстами одновременно и тем самым дают возможность вносить необходимые изменения для согласованного, последовательного и комплексного упрощения и совершенствования текстов.

7. В свете результатов обсуждений на 39-й сессии я предлагаю на 40-й сессии уделить основное внимание вопросам, касающимся объема охраны, исключений и ограничений. Если позволит время, можно было бы вновь рассмотреть вопросы, касающиеся целей и объекта охраны (как ТЗ, так и ТВК).

8. При рассмотрении нерешенных этих вопросов государствам-членам настоятельно рекомендуется подумать над тем, должен ли международный документ (документы) просто фиксировать концептуальные положения или возможные минимальные и/или максимальные стандарты для некоторых концепций, оставляя на усмотрение государств их более конкретное наполнение и порядок их реализации.

9. Традиционный подход в международных документах по ИС заключался в согласовании ряда международных минимальных стандартов в области охраны и, в случае необходимости и целесообразности, определении международных принципов. Многие вопросы могут и должны решаться на уровне национального законодательства, то есть на международном уровне принимаются решения по некоторым основным концептуальным вопросам, связанным с ИС, в то время как более «детальные» вопросы оставляются для урегулирования на уровне национального законодательства.

Формулировки текста по отдельным вопросам

10. По поручению государств-членов на 39-й сессии МКГР³ я также подготовил несколько формулировок текста по отдельным вопросам, которые включены в приложение к настоящей информационной записке. С учетом того, что вопросы определений ТЗ и ТВК, критериев охраноспособности, объема охраны и исключений и ограничений являются взаимосвязанными вопросами, все они охватываются формулировками, представленными в приложении. Эти формулировки не являются ни предложением Председателя, ни «текстом Председателя» как таковым, и представлены исключительно в качестве ответа на запрос, полученный Председателем на 39-й сессии, в надежде облегчить ход обсуждений в рамках МКГР.

Вопросы для рассмотрения на 40-й сессии МКГР

Объем охраны (статья 5 текста по ТЗ и статья 5 текста по ТВК)

11. Объем охраны предполагает определение того, какие конкретные действия в отношении ТЗ и/или ТВК следует запретить или предотвратить и/или какие виды ущерба, наносимого ТЗ и/или ТВК, должны рассматриваться в документах по ТЗ и ТВК, аналогичных документам по ИС. В тексте по ТЗ представлены четыре альтернативные варианта, в то время как в тексте по ТВК – три варианта.

12. МКГР может пожелать внести ясность в вопрос о надлежащем подходе (т.е. будет это подход, основанный на установлении прав, подход основанный на

³ См. пункты 181 и 197 проекта отчета о 39-й сессии МКГР.

применении мер, или сочетание этих двух подходов). При подходе, основанном на установлении прав, бенефициарам будут предоставляться права, которыми они могут пользоваться или осуществлять в принудительном порядке; при подходе, основанном на применении мер, государствам предписывается лишь предусмотреть «меры» по охране ТЗ/ТВК, которые могут включать широкий круг правовых и практических, гражданских и уголовных вариантов.

13. МКГР может также пожелать обсудить уровень детализации, до которого необходимо пойти в международном документе, и ту границу, на которой будет вступать в действие национальное законодательство. И в этом случае также есть два подхода: один заключается в том, чтобы дать государствам максимальную свободу при определении объема охраны в рамках действующего национального и внутреннего законодательства и иным образом; другой является более детализированным и регламентированным на международном уровне для обеспечения максимального согласования национальных режимов. Что касается последнего подхода, то следует отметить, что на национальном уровне существуют существенные различия в том, каким образом, такие механизмы как официальные договоры и особое отдельное законодательство (например, система многоуровневого права собственности на землю в Австралии) охраняют права коренных народов и местных общин.

14. Также необходимо проводить различие между имущественными и неимущественными правами. Например, согласно авторскому праву, имущественные права позволяют правообладателю получать финансовое вознаграждение за использование его произведений другими, в то время как неимущественные права предусматривают право автора требовать признания его авторства на произведение и возражать против любого извращения или искажения или иного изменения произведения, а также любого иного действия, умаляющего его достоинство, которые могли бы нанести ущерб его чести или репутации автора.

15. В течение нескольких лет МКГР обсуждал так называемый многоуровневый подход (также именуемый «дифференцированной охраной»), который позволяет предоставлять правообладателям различные виды или уровни прав или мер, в зависимости от характера и особенностей объекта охраны, уровня контроля, сохраняемого бенефициарами, и степени распространения объекта охраны.

16. Многоуровневый подход предусматривает дифференцированную охрану всего спектра ТЗ/ТВК, широко распространенных/доступных широкой общественности, или ТЗ/ТВК, сохраняемые в тайне, священные, неизвестные за пределами общины и находящиеся под контролем бенефициаров⁴.

17. Данный подход предполагает, что к некоторым формам ТЗ/ТВК (например, сохраняемые в тайне и/или священные ТЗ/ТВК) могут применяться исключительные экономические права, в то время как, например, в отношении публично доступных или широко известных ТЗ/ТВК, авторство которых по-прежнему приписывается тем или иным коренным народам и местным общинам, может применяться модель, основанная на неимущественных правах.

18. Хотелось бы напомнить, что многоуровневый подход были использован и в самых первых редакциях текста по ТВК, начиная с документа «Охрана традиционных выражений культуры/выражений фольклора: пересмотренные цели и принципы» (WIPO/GRTKF/IC/9/4). В этом документе фигурировали следующие категории ТВК:

⁴ См. документ WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9 (Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых можно найти традиционные знания).

ТВК, имеющие особую духовную или культурную ценность или значение; другие ТВК (т.е. не вошедшие в первую категорию); и сохраняемые в тайне ТВК. Государствам-членам рекомендуется ознакомиться с этим документом, поскольку в нем также содержатся комментарии, подробно разъясняющие предлагаемый уровневый подход.

19. И хотя этот вопрос будет решать МКГР, я считаю, что дифференцированная охрана в виде многоуровневого подхода дает возможность отразить баланс, упомянутый в мандате МКГР, и является неотъемлемой частью системы ИС. Упомянутый баланс является балансом интересов обладателей прав ИС, с одной стороны, и широкой общественности, включая пользователей ИС и повторно использующих ИС, с другой стороны.

20. В контексте ТЗ дифференцированная охрана, предусматриваемая многоуровневым подходом, позволяет действовать с учетом реалий существующих различий между сохраняемыми в тайне ТЗ, узко и широко распространенными ТЗ, которые определяются в разделе «Использование терминов» (статья 1). Для определения упомянутых уровней государствам-членам настоятельно рекомендуется тщательно проанализировать, какие критерии актуальны и должны использоваться в контекстах ТЗ и ТВК. При этом следует учесть реалистичность и правовые последствия предлагаемых уровней. Кроме того, имеет смысл отметить, что критерии, которые могут быть актуальны в контексте ТЗ, необязательно применимы в отношении ТВК, и наоборот.

21. В связи с тем, что в тексте по ТЗ даны определения сохраняемых в тайне ТВК и священных ТВК, государства-члены могут пожелать рассмотреть вопрос о необходимости включения определений сохраняемых в тайне ТВК и священных ТВК.

22. Если предложение о том, чтобы согласовать включение в текст других бенефициаров (таких как государства или народы) с разным объемом охраны, встретит поддержку, потребуется тщательно проанализировать, какие права следует предоставить этим категориям бенефициаров.

Исключения и ограничения (статья 9 текста по ТЗ и статья 7 текста по ТВК)

23. Текст по ТЗ включает три альтернативных варианта, а текст по ТВК – четыре. В этих вариантах отражены две следующие концептуальные позиции:

- обеспечить на национальном уровне такую гибкость, которая позволила бы государствам самим принимать решения в отношении исключений и ограничений (альтернативные варианты 1 и 3 текста по ТЗ и альтернативные варианты 1, 2 и 3 текста по ТВК);
- сформулировать рамочные положения и составить списки общих и специальных исключений, с помощью которых государства-члены будут осуществлять регулирование на национальном уровне (альтернативный вариант 2 текста по ТЗ и альтернативный вариант 4 текста по ТВК). Общие исключения включают элементы традиционной трехступенчатой проверки, предусмотренной в Бернской конвенции в редакции 1971 г., и компоненты, основанные на использовании неимущественных прав (признание бенефициаров, использование объекта охраны без оскорбительного отношения к бенефициарам и соблюдение добросовестной практики). Исключения и ограничения, которые должны быть включены или разрешены, фигурируют в группе специальных исключений.

24. Исходя из того, что при определении объема охраны может быть использован многоуровневый подход, некоторые делегации задали вопрос, не стоит ли также применить указанный подход в рамках положений об исключениях и ограничениях, то есть не должны ли исключаемые действия различного уровня отражать различные виды объектов охраны и уровни применяемых к ним прав. Государства-члены, возможно, пожелают рассмотреть этот подход.

Цели (статья 2 текста по ТЗ и статья 2 текста по ТВК)

25. Цели крайне важны для разработки постановляющей части любого документа, поскольку они раскрывают его замысел и предназначение.

26. Как ранее отмечал МКГР, охрану ТЗ и ТВК следует обеспечивать не ради охраны как таковой, т.е. самоцели, а ради ее использования в качестве средства реализации надежд и чаяний соответствующих народов и общин и решения национальных, региональных и международных политических задач. То, каким образом будут подготовлены и сформулированы международные нормативно-правовые документы, в значительной степени будет зависеть от задач, которые они будут призваны решать. Поэтому ключевой первоначальный этап разработки любого международного нормативно-правового документа или документов для обеспечения охраны ТЗ/ТВК заключается в определении соответствующих политических целей.

27. Оба текста, по ТЗ и ТВК, содержат три альтернативных варианта.

28. МКГР следует рассмотреть возможность рационализации текстов с тем, чтобы сосредоточить внимание на общих, емких основных целях документа (документов), имеющих отношение к ИС. В широком плане примерами целей, которые сосредоточены на вопросах ИС, могут служить предотвращение несанкционированного и/или некомпенсируемого использования ТЗ и ТВК и предотвращение ошибочного предоставления прав ИС.

29. При анализе этих альтернативных вариантов государства-члены могли бы взглянуть на цели со всех позиций, в частности с позиции бенефициаров, пользователей и широкой общественности, принимая во внимание тот факт, что текущие альтернативные варианты, как правило, вырабатываются с позиции одной-единственной стороны.

30. Некоторые государства-члены предложили признать «необходимость охранять, сохранять и обогащать общественное достояние». Кроме того, МКГР может пожелать рассмотреть необходимость отражения в целях взаимосвязи с общественным достоянием. В частности, государства-члены могут пожелать рассмотреть возможность включения этого вопроса в преамбулу и не выделять его в качестве отдельной цели, учитывая при этом, что «общественное достояние» является неотъемлемой частью системы ИС.

Критерии охраноспособности (статья 3 текста по ТЗ и статья 3 текста по ТВК)

31. В ходе 39-й сессии МКГР за исключением вопросов, касающихся включения критерия периода времени, были усовершенствованы и почти согласованы критерии охраноспособности ТЗ и ТВК. Однако и в этой области складывается ситуация для достижения возможного компромисса. Кроме того, установлена определенная связь с объектом охраны в результате усовершенствования общего определения объекта охраны в отношении ТЗ и ТВК в списке терминов. И хотя эти определения еще не согласованы, по ним также происходит сближение позиций.

32. Если на 40-й сессии позволит время, члены Комитета могут пожелать сделать попытку достичь консенсуса по вопросу о критериях охраноспособности и связанных с ними определениях объекта охраны.

Другие вопросы

Преамбула/Введение

33. Преамбула не является частью постановляющего текста многостороннего документа, хотя она помогает в толковании положений постановляющей части, раскрывая контекст документа и намерение разработчиков. Формулировка обычно получает отражение в виде принципов, независимо от того, является ли документ декларативным или юридически обязывающим для тех, кто его ратифицировал или к нему присоединился.

34. Тридцать восьмая сессия МКГР добилась согласованного, последовательного и комплексного усовершенствования раздела «Преамбула/Введение» в тексте как по ТЗ, так и ТВК.

35. МКГР мог бы дополнительно проверить, насколько эти положения актуальны, и подумать, какие из этих концепций имеют самое непосредственное отношение к ИС, поскольку мандат Комитета предусматривает достижение договоренности по международному правовому документу (документам) в области ИС, который обеспечит сбалансированную и эффективную охрану ТЗ и ТВК.

Определение термина 'незаконное присвоение' (статья 1 текста по ТЗ)

36. В обоих текстах (по ТЗ и ТВК) упоминается концепция «незаконного присвоения». Текст по ТЗ содержит предлагаемое определение незаконного присвоения, в то время как в тексте по ТВК его нет. Концепция незаконного присвоения также рассматривается МКГР в связи с генетическими ресурсами (ГР), хотя до сих пор члены Комитета не выработали согласованной позиции о содержании этого термина и необходимости включения специального определения в данном контексте.

37. МКГР мог бы рассмотреть целесообразность выработки определения незаконного присвоения в контексте ТЗ и ТВК и возможность «добросовестного толкования его значения в соответствии с обычным значением, придаваемым данному термину в его контексте, а также в свете объекта и целей договора (договоров)»⁵.

38. Хотелось бы также отметить, что в текст статьи 1 по ТЗ – наряду с рассматриваемым определением – включены определения «неправомерное использование», «незаконное присвоение» и «несанкционированное использование».

К статье 2 в обоих текстах по ТЗ и ТВК имеются сноски, в которых дается определение «несанкционированного использования» и «некомпенсированного использования». Представляется целесообразным вернуться ко всем этим терминам, как только удастся прояснить другие вопросы.

Определения терминов «общественное достояние» и «публично доступный» (статья 1 текста по ТЗ и статья 1 текста по ТВК)

⁵ См. статью 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., которая гласит: «[д]оговор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора»..

39. На 27-й сессии МКГР в тексты по ТЗ и ТВК было включено определение термина «общественное достояние». Эта основополагающая концепция является неотъемлемой частью баланса, на котором основана система ИС. Исключительные права уравновешены интересами пользователей и широкой общественности с целью развития и стимулирования последующих инноваций и творчества и обеспечения доступа к произведениям и изобретениям по окончании срока их охраны.

40. В настоящий момент в статье 1 текста по ТВК содержится два альтернативных варианта относительно использования термина «общественное достояние». В первом варианте предлагается определение термина «общественное достояние», а во втором просто приводится ссылка на определение данного термина в национальном законодательстве. Текст по ТЗ включает определение общественного достояния, которое аналогично определению из текста по ТВК, за исключением того, что определение общественного достояния в тексте по ТВК содержит упоминание «материальных и нематериальных ценностей», в то время как в тексте по ТЗ упоминаются только нематериальные ценности. МКГР мог бы рассмотреть вопрос о согласовании определений в двух текстах.

41. Хотя концепция общественного достояния и важна для понимания взаимосвязи ИС и ТЗ/ТВК и для формирования сбалансированной и эффективной системы охраны ТЗ и ТВК, аналогичной системе охраны ИС, преимущества разработки конкретного определения общественного достояния и его включения в документы по ТЗ и ТВК не ясны. Я считаю, что выработка определения общественного достояния связана с массой трудностей и будет иметь существенные и далеко идущие концептуальные последствия, выходящие далеко за рамки МКГР.

42. Концепция «общественное достояние» также связана с пониманием смежной концепции «публично доступный»⁶. Этот термин одинаково определен как в тексте по ТЗ, так и в тексте по ТВК.

Определение термина «использование/применение» (статья 1 текста по ТЗ и статья 1 текста по ТВК)

43. В тексты по ТЗ и ТВК включены схожие определения термина «использование/применение». Определение в тексте по ТВК было заимствовано из текста по ТЗ, и не совсем ясно, действительно ли оно будет применимо к ТВК.

44. Как было указано одной из делегаций на 27-й сессии МКГР, определение использования/применения касается использования вне традиционного контекста. Однако формулировка «используют» в альтернативном варианте 2 в статье 4 текста по ТВК и в статье 5 обоих текстов (по ТЗ и ТВК) касается использования бенефициарами. Иначе говоря, в разных частях текстов одно и то же слово имеет разное смысловое наполнение. МКГР, возможно, пожелает найти способ избежать путаницы, которая может возникнуть по этой причине.

Бенефициары (статья 4 текста по ТЗ и статья 4 текста по ТВК)

45. Совершенно ясно, что по данному вопросу согласия нет. Оба текста, по ТЗ и ТВК, содержат три альтернативных варианта.

⁶ Эта концепция рассматривается, в частности, в документе WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8 («Информационная записка о значении термина "общественное достояние" в системе интеллектуальной собственности с особым акцентом на вопросы охраны традиционных знаний и традиционных выражений культуры/выражений фольклора»). См. также документ WIPO/GRTKF/IC/38/INF/7 («Глоссарий основных терминов, относящихся к интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и традиционным выражениям культуры»).

46. Одни делегации твердо убеждены, что единственными бенефициарами должны быть коренные народы и местные общины, тогда как другие считают необходимым – учитывая большие расхождения национальных законов и контекстов, в которых упоминаются ТЗ и ТВК, обеспечить возможность для маневра в концептуальном плане, что позволило бы учесть эти различия. Хотя в общем плане участники переговоров согласны с тем, что основными бенефициарами должны быть коренные народы и местные общины, существуют различные мнения относительно признания других бенефициаров, таких как государства и народы.

47. Государства-члены, возможно, пожелают подумать над тем, не оставить ли на усмотрение национального законодательства определение термина «бенефициары» с учетом различных ситуаций, связанных с владельцами ТЗ/ТВК во всем мире, которые, как представляется, отражены в разных альтернативных вариантах.

48. Полагаю, что в текстах по-прежнему необходимо прояснить взаимосвязь отдельных концепций, а именно: (i) бенефициары; (ii) правообладатели; и (iii) управляющие правами (рассматриваются ниже).

Санкции, средства правовой защиты и осуществление прав/применение (статья 6 текста по ТЗ и статья 10 текста по ТВК)

49. Тексты по ТЗ и ТВК содержат ряд различных концепций. Только одна из этих концепций (альтернативный вариант 1 в тексте по ТЗ и альтернативный вариант 1 в тексте по ТВК) совпадает. Поскольку данное процедурное положение, по-видимому, будет применяться в контексте как ТЗ, так и ТВК, государства-члены, возможно, пожелают по-иному рассмотреть оба варианта, взаимное обогащение формулировок могло бы пойти на пользу обоим текстам.

50. Для упрощения текстов государства-члены, возможно, пожелают зафиксировать на международном уровне рамочные положения, оставив на усмотрение национального законодательства более детальную проработку.

Управление правами/интересами (статья 8 текста по ТЗ и статья 6 текста по ТВК)

51. В статье 8 текста по ТЗ и статье 6 текста по ТВК рассматривается, кто и как должен осуществлять управление правами или интересами. Например, оказание помощи в вопросах управления правами бенефициаров и защиты таких прав.

52. Как представляется, участники переговоров не достигли согласия относительно того, насколько активно владельцы ТЗ и ТВК будут участвовать в учреждении/назначении соответствующего органа.

53. Возможно, государствам-членам стоит подумать над тем, чтобы предоставить определенную свободу действий на национальном уровне с целью реализации договоренностей, касающихся компетентных органов, а не пытаться внедрить единый для всех механизм на международном уровне.

Срок охраны (статья 10 текста по ТЗ и статья 8 текста по ТВК)

54. В отношении срока охраны в текстах по ТЗ и ТВК используются разные подходы.

55. Формулировка в тексте по ТЗ, как представляется, аналогична формулировке первого пункта варианта 1 текста по ТВК. Тем не менее, возможно, имеет смысл

отметить, что в ней упоминается статья 5 (многоуровневый подход), тогда как в тексте по ТВК такого упоминания нет.

56. Текст по ТВК включает три варианта: вариант 1 предусматривает срок охраны, обусловленный критериями охраноспособности, и бессрочную охрану неимущественных прав; вариант 2 увязывает срок охраны с действием объема охраны; а вариант 3 касается только срока действия имущественных аспектов ТВК, которые имеют временное ограничение. Государства-члены могли бы подумать над тем, можно ли объединить эти варианты и нужно ли устанавливать предельный срок для охраны имущественных аспектов ТВК.

57. Вероятно, государства-члены пожелают рассмотреть возможность использования аналогичного подхода в тексте по ТЗ.

Формальности (статья 11 текста по ТЗ и статья 9 текста по ТВК)

58. Тексты по ТЗ и ТВК имеют несколько общих пунктов и ряд дополнительных элементов.

59. При обсуждении формальностей МКГР мог бы рассмотреть многоуровневый подход, фигурирующий в статьях 5 текста по ТЗ и текста по ТВК. Можно подумать над тем, чтобы отказаться от включения формальных требований для некоторых видов ТЗ или ТВК, но при этом ввести ряд формальных требований для других разновидностей. Формальности могут также различаться в зависимости от вида предоставляемых прав. Еще раз напомню, что в первых редакциях текста по ТВК, упоминавшихся выше, была установлена своего рода предварительная регистрация и экспертиза для ТВК, в отношении которых испрашивается самый высокий уровень охраны (но только для них); см. документ «Охрана традиционных выражений культуры/выражений фольклора: пересмотренные цели и принципы» (WIPO/GRTKF/IC/9/4).

Переходные меры (статья 12 текста по ТЗ и статья 11 текста по ТВК)

60. В статье 12.1 текста по ТЗ и статье 11.1 текста по ТВК, как представляется, отражена единая позиция в отношении того, что документ должен применяться ко всем ТЗ/ТВК, которые на момент его вступления в силу удовлетворяют критериям охраноспособности. Формулировки этих пунктов в двух текстах не одинаковы. Возможно, государства-члены пожелают более детально изучить эти формулировки и выбрать более четкую характеристику достигнутой договоренности.

61. Что касается вопроса о правах, приобретенных третьими сторонами, то в статье 12.2 текста по ТЗ содержится три варианта формулировок, а в статье 11.2 текста по ТВК – два. Для согласования различных позиций необходимо продолжить обсуждения. Добиться этого можно путем пересмотра текста с использованием более прозрачных и простых формулировок этой важной концепции.

62. Возможно, государства-члены пожелают сопоставить два текста и внести в них необходимые изменения.

Связь с другими международными соглашениями (статьи 13 и 14 текста по ТЗ и статья 12 текста по ТВК)

63. В двух текстах используются аналогичные концепции. Вместе с тем текст по ТЗ содержит в виде отдельной статьи положение о неумалении прав (статья 14), тогда как в тексте по ТВК аналогичное положение фигурирует в статье, посвященной связи с другими международными соглашениями (статья 12). Государства-члены, возможно,

пожелают рассмотреть вопрос о местонахождении этого положения, равно как и принятии единой формулировки в обоих текстах во избежание путаницы.

Национальный режим (статья 15 текста по ТЗ и статья 13 текста по ТВК)

64. Что касается национального режима, то текст по ТЗ, включающий три альтернативных варианта, и текст по ТВК значительно расходятся. Государства-члены, возможно, пожелают проанализировать оба текста и внести необходимые изменения в интересах единообразия.

Трансграничное сотрудничество (статья 16 текста по ТЗ и статья 14 текста по ТВК)

65. Это положение касается важного вопроса о ТЗ/ТВК, которые принадлежат или находятся на территории нескольких государств. Хотя на первый взгляд формулировки более или менее схожи, присутствуют некоторые расхождения в терминологии, которым государства-члены, возможно, пожелают уделить пристальное внимание, с тем чтобы найти наиболее подходящую формулировку для обоих текстов.

66. Хочу также отметить, что в «Сводном документе, касающемся интеллектуальной собственности и генетических ресурсов» (документ WIPO/GRTKF/IC/40/6) упоминаются законы и протоколы из сферы обычного права. Государства-члены могут подумать над тем, уместна и необходима ли эта ссылка в контексте ТЗ и ТВК.

Наращивание потенциала и повышение осведомленности (статья 15 текста по ТВК)

67. Текст по ТВК, как и текст по ГР, содержит положения о наращивании потенциала и повышении осведомленности. Государства-члены могли бы рассмотреть возможность включения положения о наращивании потенциала и в текст по ТЗ или по крайней мере принять единый подход к этому вопросу.

Базы данных и дополнительная/защитная охрана (статья 5BIS текста по ТЗ)

68. В проекте текста по ТЗ и в «Сводном документе, касающемся интеллектуальной собственности и генетических ресурсов» (документ WIPO/GRTKF/IC/40/6) рассматривается возможность создания баз данных и принятия других дополнительных/защитных мер. Представляется целесообразным обратиться к соответствующим статьям в тексте по ГР. Государства-члены, возможно, пожелают проанализировать цели и задачи таких баз данных и порядок их функционирования. Представляется полезным рассмотреть и другие центральные вопросы, в частности: кто должен отвечать за составление и обслуживание таких баз данных; нужны ли какие-то стандарты для унификации их структуры и содержания; кому должно быть разрешено пользоваться такими базами данных; что будут включать в себя такие базы; в каком виде будет выражен этот контент; нужны ли сопроводительные пособия и инструкции; какую пользу и какие опасности кроет в себе работа по поддержке и поощрению создания общедоступных баз данных.

Требования о раскрытии (статья 7 текста по ТЗ)

69. На 35-й и 36-й сессиях МКГР, равно как и на предшествующих сессиях по тематике ГР, состоялось подробное обсуждение предлагаемых требований о раскрытии; при этом было отмечено, что обсуждение вопросов ГР также включает

рассмотрение «связанных с ними ТЗ». Государства-члены пока не пришли к единому мнению по этому вопросу и продолжают его рассмотрение.

Другие полезные материалы

70. Хочу отметить, что на веб-сайте ВОИС можно найти ряд полезных ресурсов, которые государства-члены, возможно, пожелают использовать в качестве справочных материалов при подготовке к 40-й сессии МКГР, в частности:

- WIPO/GRTKF/IC/40/7, «Охрана традиционных знаний: уточненный вариант предварительного анализа пробелов»,
https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=434760;
- WIPO/GRTKF/IC/40/8, «Охрана традиционных выражений культуры: уточненный вариант предварительного анализа пробелов»,
https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=434759;
- WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8, «Информационная записка о значении термина "общественное достояние" в системе интеллектуальной собственности с особым акцентом на вопросы охраны традиционных знаний и традиционных выражений культуры/ выражений фольклора»,
https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=149213;
- WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9, «Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых можно найти традиционные знания»,
https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=147152;
- региональный, национальный, местный и коллективный опыт,
https://www.wipo.int/tk/en/resources/tk_experiences.html;
- лекции и презентации по избранным темам,
https://www.wipo.int/tk/en/resources/tk_experiences.html#4.

Приложение

ФОРМУЛИРОВКИ ПРЕДСЕДАТЕЛЯ – ТРАДИЦИОННЫЕ ЗНАНИЯ И ТАРДИЦИОННЫЕ ВЫРАЖЕНИЯ КУЛЬТУРЫ – ТЕКСТ ОСНОВНЫХ СТАТЕЙ

Вступительные замечания

1. В соответствии с просьбами членов Комитета при подготовке предложений по тексту статей, касающихся объема охраны и исключений и ограничений, я охватил более широкий круг вопросов. Это свидетельствует о том, что данные статьи, как отметили члены МКГР, прямо связаны с целями документа и объектом охраны, в том числе с определениями и критериями охраноспособности. Таким образом, для каждого объекта охраны я разработал схему, в которой в отношении каждого рамочного элемента представлено отдельное предложение: список терминов – объект охраны, цели, объект, подлежащий охране, включая критерии охраноспособности, объем охраны и исключения и ограничения. **Эти предложения по тексту статей не умаляют позиции государств-членов, представленные в сводных рабочих документах. Они подготовлены с целью помочь участникам 40-й сессии МКГР подготовиться к работе и не имеют какого-либо статуса.**

2. Что касается вопроса об объеме охраны, то я попытался дать еще более точное определение многоуровневого подхода в целях содействия дальнейшему обсуждению этого вопроса. Кроме того, в своих формулировках я избегал использования терминов «сохраняемые в тайне» и «священные». Вместо этого я постарался сохранить связь с критериями охраноспособности, уделив особое внимание взаимосвязи или связи с коренным народом или местной общиной/бенефициаром и уровню контроля, обеспечиваемому коренным народом или местной общиной/бенефициаром. Вместе с тем я признаю тот факт, что данный подход может не полностью отвечать интересам заинтересованных сторон из числа коренных народов в том, что касается охраны священных ТЗ/ТВК. Комитету предлагается продолжить рассмотрение этого вопроса.

3. Что касается вопроса об исключениях и ограничениях, то очевидно, что различные позиции по проектам обсуждаемых МКГР текстов по ТЗ и ТВК¹ отражают различия в подходах. Один из подходов предполагает уделение большего внимания охране общественного достояния и интересов пользователей, таких как научно-исследовательские учреждения и учреждения культуры, а также пользователей в инновационном и творческом секторе. Другой подход заключается в том, что бенефициары хотят иметь право контролировать доступ и использование своих ТЗ и ТВК с условием, что их обычное право и практика учитываются при любом таком использовании. Более того, признавая важное значение научно-исследовательские учреждений и учреждений культуры, бенефициары в то же время обеспокоены в связи с тем, что любые исключения или ограничения в этой сфере могли бы увеличить ущерб, наносимый культурно-историческим ценностям в случае приобретения их ТЗ и ТВК без их свободного и предварительного осознанного согласия.

¹ WIPO/GRTKF/IC/40/4 и WIPO/GRTKF/IC/40/5.

4. Кроме того, существует концептуальный и правовой разрыв при взаимодействии систем верований коренных народов, их обычного права и практики с западными культурными нормами и законами. В этом смысле сама концепция «собственности» в рамках традиционной системы ИС несовместима с понятиями ответственности и сохранения в соответствии с обычными законами и системами. Этот концептуальный разрыв особенно очевиден в связи с ТВК и авторским правом, как это определено в подготовленном недавно ВОИС обновленном анализе пробелов в области охраны ТВК (документ WIPO/GRTKF/IC/40/8). В частности, имеется в виду требование оригинальности и охрана адаптаций или производных произведений.

5. Вопросы, обозначенные выше, возникают в связи теми особыми ограничениями и исключениями, которые предлагаются в рабочем документе. Пытаясь подготовить проект отдельного предложения по исключениям и ограничениям, я уточнил формулировку общих исключений, однако считаю, что специальные исключения требуют более широкого концептуального обсуждения в рамках МКГР в целях усовершенствования различных подходов, упомянутых выше. В рамках более широкого обсуждения члены МКГР могут пожелать рассмотреть вопрос о достаточности общих исключений и необходимости детального обсуждения специальных исключений.

ТРАДИЦИОННЫЕ ЗНАНИЯ

СПИСОК ТЕРМИНОВ – СТАТЬЯ 1²

Традиционные знания означают знания, происходящие от коренного народа (коренных народов), местных общин и/или [других бенефициаров], которые могут быть динамичными и развивающимися и которые являются результатом интеллектуальной деятельности, опыта, духовных средств или интуитивной деятельности в традиционном контексте или на основании традиционного контекста, которые могут быть связаны с землей и окружающей средой, включая ноу-хау, навыки, инновации, практику, учение или обучение.

ЦЕЛИ – СТАТЬЯ 2

Цель настоящего документа заключается в обеспечении эффективной, сбалансированной охране традиционных знаний против:

- a. несанкционированного³ и/или некомпенсируемого⁴ использования; и
- b. ошибочного предоставления прав интеллектуальной собственности.

ОБЪЕКТ, ПОДЛЕЖАЩИЙ ОХРАНЕ – СТАТЬЯ 3

² Номер данной статьи соответствует номеру соответствующей статьи в документе WIPO/GRTKF/IC/40/4.

³ Несанкционированное использование включает, в частности, незаконное присвоение, неправомерное использование, в том числе ложное, вводящее в заблуждение или оскорбительное использование, и незаконное использование традиционных знаний.

⁴ Некомпенсируемое использование включает непредоставление денежных или неденежных выгод.

3.1 Охрана в соответствии с настоящим документом предоставляется традиционным знаниям, которые:

- a. создаются, генерируются, получают или раскрываются [коренным народом] [коренными народами], местными общинами и/или [другими бенефициарами] и развиваются, хранятся, используются и поддерживаются ими коллективно в соответствии с их нормами обычного права и процедурами;
- b. являются неотъемлемой частью культурной идентичности и традиционными знаниями [коренного народа] [коренных народов] и местных общин, и/или [других бенефициаров]; и
- c. передаются из поколения в поколение или от поколения к поколению, будь то последовательно или нет.

3.2 [Государство-член/Договаривающаяся сторона может в соответствии со своим национальным законодательством обусловить охрану предшествующим существованием традиционных знаний в течение разумного срока, определяемого государством-членом/Договаривающейся стороной.]

ОХРАНЫ – СТАТЬЯ 5

5.1 В соответствии с критериями охраны, предусмотренными в пунктах 3.1 and 3.2, государства-члены [должны охранять] [охраняют] права и интересы бенефициаров, касающиеся их традиционных знаний, обоснованным и сбалансированным образом, при соблюдении условий, предусмотренных ниже.

- a. Если традиционные знания находятся под исключительным контролем бенефициаров и четко ассоциируются с культурной идентичностью бенефициаров, государства-члены принимают надлежащие законодательные меры, административные меры и/или меры политики, с целью обеспечить порядок, при котором:
 - i. бенефициары пользуются исключительным правом на контроль, использование, развитие их традиционных знаний, разрешение или запрещение доступа к ним и их использования, а также получение справедливой доли выгод от их использования;
 - ii. бенефициары пользуются неимущественным правом на установление авторства и неимущественным правом на использование их традиционных знаний в формах, обеспечивающих уважение целостности таких традиционных знаний.
- b. Если традиционные знания больше не находятся под исключительным контролем бенефициаров, но все еще четко ассоциируются с культурной идентичностью бенефициаров, государства-члены [должны принять] [принимают] надлежащие законодательные меры, административные меры и/или меры политики, с целью обеспечить порядок, при котором:

- i. бенефициары получают справедливую долю выгод от их использования; и
 - ii. бенефициары пользуются неимущественным правом на установление авторства и правом на использование их традиционных знаний в формах, обеспечивающих уважение целостности таких традиционных знаний.
- c. В случае традиционных знаний, которые используются без предварительного осознанного согласия и/или не в соответствии с нормами обычного права и практикой коренного народа или местной общины, коренных народов или местных общин или других бенефициаров, в зависимости от того, что применимо, могут потребовать от соответствующих национальных органов обеспечения предусмотренной в пункте (а) или (b) охраны, принимая во внимание все соответствующие обстоятельства, такие как исторические факты, законы коренных народов и нормы обычного права, национальное и международное законодательство и сведения о культурном вреде, который может быть причинен в результате такого несанкционированного распространения.

5.2 Охрана, предусмотренная настоящим документом, не распространяется на ТЗ, которые являются общеизвестными или больше четко не ассоциируются с каким-либо коренным народом или местной общиной.

ИСКЛЮЧЕНИЯ И ОГРАНИЧЕНИЯ – СТАТЬЯ 9

9.1 [Государства-члены]/[Договаривающиеся стороны] могут принимать надлежащие ограничения и исключения в соответствии с национальным законодательством при условии, что использование традиционных знаний:

- a. не ущемляет необоснованно законные интересы и права бенефициаров;
- b. обеспечивает, когда это возможно, признание бенефициаров;
- c. не носит оскорбительного или уничижительного характера по отношению к бенефициарам;
- d. соответствует добросовестной практике; и
- e. не противоречит нормальному применению традиционных знаний бенефициарами.

9.2 Когда существует обоснованное опасение причинения непоправимого вреда, связанного со священными традиционными знаниями, [государства-члены]/[Договаривающиеся стороны] не устанавливают исключения и ограничения.

ТРАДИЦИОННЫЕ ВЫРАЖЕНИЯ КУЛЬТУРЫ

СПИСОК ТЕРМИНОВ – СТАТЬЯ 1⁵

Традиционные выражения культуры – это любые формы, в которых выражаются [представляются или проявляются] традиционная культура, обычаи и знания. Они являются результатом интеллектуальной деятельности [опыта, духовных средств или интуитивной деятельности] [коренного народа] [коренных народов], местных общин и/или [других бенефициаров] в традиционном контексте или на основании традиционного контекста. Они могут быть динамичными и развивающимися и включать вербальные формы⁶, музыкальные формы⁷, выражения в виде движений⁸, осязаемые⁹ или неосязаемые формы выражения либо их сочетания.

ЦЕЛИ – СТАТЬЯ 2

Цель настоящего документа заключается в обеспечении эффективной, сбалансированной охране традиционных выражений культуры против:

- a. несанкционированного¹⁰ и/или некомпенсируемого¹¹ использования; и
- b. ошибочного предоставления прав интеллектуальной собственности.

ОБЪЕКТ, ПОДЛЕЖАЩИЙ ОХРАНЕ – СТАТЬЯ 3

3.1 Охрана в соответствии с настоящим документом предоставляется традиционным выражениям культуры, которые:

- a. создаются, генерируются, получают или раскрываются [коренным народом] [коренными народами], местными общинами и/или [другими бенефициарами] и развиваются, хранятся, используются и поддерживаются ими коллективно в соответствии с их нормами обычного права и процедурами;

⁵ Номер данной статьи соответствует номеру соответствующей статьи в документе WIPO/GRTKF/IC/40/5.

⁶ [Такие как рассказы и истории, эпосы, легенды, народные сказания, поэзия, загадки и иные повествования; слова, знаки, наименования и символы.]

⁷ [Такие как песни, ритмы и инструментальная музыка, песни, которые представляют собой выражения ритуалов.]

⁸ [Такие как танцы, маскарадные представления, пьесы, церемонии, ритуалы, обряды в священных местах и паломничество, игры и традиционные виды спорта/спорт и традиционные игры, кукольные и иные представления, как зафиксированные, так и не зафиксированные.]

⁹ [Такие как материальные выражения искусства, изделия ремесла, церемониальные маски или одеяния, ковры ручной работы, архитектура и осязаемые духовные формы, а также священные места.]

¹⁰ Несанкционированное использование включает, в частности, незаконное присвоение, неправомерное использование, в том числе ложное, вводящее в заблуждение или оскорбительное использование, и незаконное использование традиционных знаний.

¹¹ Некомпенсируемое использование включает непредоставление денежных или неденежных выгод.

- b. являются неотъемлемой частью культурной идентичности и традиционными знаниями [коренного народа] [коренных народов] и местных общин, и/или [других бенефициаров]; и
- c. передаются из поколения в поколение или от поколения к поколению, будь то последовательно или нет.

3.2 [Государство-член/Договаривающаяся сторона может в соответствии со своим национальным законодательством обусловить охрану предшествующим существованием традиционного культурного выражения в течение разумного срока, определяемого государством-членом/Договаривающейся стороной.]

ОБЪЕМ ОХРАНЫ – СТАТЬЯ 5

5.1 В соответствии с критериями охраны, предусмотренными в пунктах 3.1 and 3.2, государства-члены [должны охранять] [охраняют] права и интересы бенефициаров, касающиеся их традиционных выражений культуры, обоснованным и сбалансированным образом, при соблюдении условий, предусмотренных ниже.

- a. Если традиционное выражение культуры находится под исключительным контролем бенефициаров и четко ассоциируется с культурной идентичностью бенефициаров, государства-члены [должны принимать] [принимают] надлежащие законодательные меры, административные меры и/или меры политики, с целью обеспечить порядок, при котором:
 - i. бенефициары пользуются исключительным правом на контроль, использование, развитие их традиционных выражений культуры, разрешение или запрещение доступа к ним и их использования, а также получение справедливой доли выгод от их использования;
 - ii. бенефициары пользуются неимущественным правом на установление авторства и неимущественным правом на использование их традиционных выражений культуры в формах, обеспечивающих уважение целостности таких традиционных выражений культуры.
- b. Если традиционное выражение культуры больше не находится под исключительным контролем бенефициаров, но все еще четко ассоциируется с культурной идентичностью бенефициаров, государства-члены [должны принять] [принимают] надлежащие законодательные меры, административные меры и/или меры политики, с целью обеспечить порядок, при котором:
 - i. бенефициары пользуются неимущественным правом на установление авторства и правом на использование их традиционных выражений культуры в формах, обеспечивающих уважение целостности таких традиционных знаний.
- c. Государства-члены [должны принимать] [принимают] надлежащие законодательные меры, административные меры и/или меры политики,

с целью обеспечить порядок, при котором традиционные выражения культуры защищаются от любого ложного или вводящего в заблуждение использования в связи с товарами и услугами, дающего основания для предположений об одобрении такого использования бенефициарами или его связи с ними.

- d. В случае традиционных выражений культуры, которые используются без предварительного осознанного согласия и/или не в соответствии с нормами обычного права и практикой коренного народа или местной общины, коренных народов или местных общин или других бенефициаров, в зависимости от того, что применимо, могут потребовать от соответствующих национальных органов обеспечения предусмотренной в пункте (a), (b) или (c) охраны, принимая во внимание все соответствующие обстоятельства, такие как исторические факты, законы коренных народов и нормы обычного права, национальное и международное законодательство и сведения о культурном вреде, который может быть причинен в результате такого несанкционированного распространения.

5.2 Охрана, предусмотренная настоящим документом, не распространяется на традиционные выражения культуры, которые являются общеизвестными или больше четко не ассоциируются с каким-либо коренным народом или местной общиной.

ИСКЛЮЧЕНИЯ И ОГРАНИЧЕНИЯ – СТАТЬЯ 7

7.1 [Государства-члены]/[Договаривающиеся стороны] могут принимать надлежащие ограничения и исключения в соответствии с национальным законодательством при условии, что использование традиционных выражений культуры:

- a. не ущемляет необоснованно законные интересы и права бенефициаров;
- b. обеспечивает, когда это возможно, признание бенефициаров;
- c. не носит оскорбительного или уничижительного характера по отношению к бенефициарам;
- d. соответствует добросовестной практике; и
- e. не противоречит нормальному применению традиционных знаний бенефициарами.

7.2 Когда существует обоснованное опасение причинения непоправимого вреда, связанного со священными традиционными выражениями культуры, [государства-члены]/[Договаривающиеся стороны] не устанавливают исключения и ограничения.
