

ВОИС



WIPO/GRTKF/IC/9/4
ОРИГИНАЛ: английский
ДАТА: 9 января 2006 г.

R

ВСЕМИРНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ
ЖЕНЕВА

МЕЖПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЙ КОМИТЕТ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ, ГЕНЕТИЧЕСКИМ РЕСУРСАМ, ТРАДИЦИОННЫМ ЗНАНИЯМ И ФОЛЬКЛОРУ

Девятая сессия
Женева, 24-28 апреля 2006 г.

ОХРАНА ТРАДИЦИОННЫХ ВЫРАЖЕНИЙ КУЛЬТУРЫ/ВЫРАЖЕНИЙ ФОЛЬКЛORA:

ПЕРЕСМОТРЕННЫЕ ЦЕЛИ И ПРИНЦИПЫ

Документ подготовлен Секретариатом

СОДЕРЖАНИЕ

- I. ВВЕДЕНИЕ
- II. СОДЕРЖАНИЕ ИЛИ СУЩЕСТВО
- III. ФОРМА ИЛИ СТАТУС
- IV. ПРОЦЕССЫ
- V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

ПРИЛОЖЕНИЕ:

ПЕРЕСМОТРЕННЫЙ ПРОЕКТ ПОЛОЖЕНИЙ ОБ ОХРАНЕ ТРАДИЦИОННЫХ
ВЫРАЖЕНИЙ КУЛЬТУРЫ/ВЫРАЖЕНИЙ ФОЛЬКЛORA: ПОЛИТИЧЕСКИЕ ЦЕЛИ И
ОСНОВНЫЕ ПРИНЦИПЫ

- I. Политические цели и комментарий*
- II. Общие руководящие принципы и комментарий*
- III. Материально-правовые положения и комментарий*

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Межправительственный комитет по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору («Комитет») всесторонне изучил правовые и политические варианты обеспечения охраны традиционных выражений культуры (ТВК)/выражений фольклора (ВФ) на основе результатов проделанной ВОИС за несколько десятилетий работы по теме охраны ТВК/ВФ, всеобъемлющего анализа национальных и региональных правовых механизмов и форм охраны, предусматриваемых действующим законодательством в области интеллектуальной собственности (ИС) и других областях, широких консультаций с общинами и установления реальных фактов, тематических исследований и обследования, посвященного международным политическим и правовым условиям.

2. На своей шестой сессии после обсуждения правовых и политических вариантов обеспечения охраны ТВК/ВФ (документы WIPO/GRTKF/IC/6/3 и 6/3 Add.), Комитет постановил подготовить обзор политических целей и основных принципов обеспечения охраны ТВК/ВФ. Во исполнение соответствующих указаний Комитета были подготовлены проекты материалов, которые были представлены Комитету на рассмотрение на его седьмой и восьмой сессиях следующим образом:

(i) документ WIPO/GRTKF/IC/7/3, содержащий первоначальный проект целей и принципов, был всесторонне проанализирован Комитетом на его седьмой сессии;

(ii) в ходе организованного Комитетом межсессионного консультационного процесса были собраны обширные комментарии, высказанные множеством государств-членов и наблюдателей при Комитете;

(iii) документ WIPO/GRTKF/IC/8/4, в котором комментарии, полученные от государств-членов и наблюдателей при Комитете, были интегрированы в проект целей и принципов, был всесторонне проанализирован Комитетом на его восьмой сессии.

3. В документе WIPO/GRTKF/IC/7/3 эти проекты целей и принципов были охарактеризованы как «возможные материально-правовые элементы охраны ТВК/ВФ, оставляющие открытыми будущие решения государств-членов относительно контекста и правового статуса, который эти элементы могут обрести на международном, региональном и национальном уровнях, и облегчающие принятие таких решений». Содержащийся в документе материал «не является, по сути, новым для Комитета: в нем просто кратко описываются и структурируются существующие правовые механизмы и обширный практический опыт в области охраны ТВК/ВФ, которые уже широко обсуждались в Комитете, и основное внимание в нем уделено собственно обсуждениям в Комитете и различным материалам, представленным ему на рассмотрение». Поэтому в этом документе отражен тем или иным образом зафиксированный национальный и региональный опыт в области охраны ТВК/ВФ стран и общин, представляющих множество географических районов и находящихся на самых разных уровнях экономического развития, опыт, который был всесторонне проанализирован на предшествующих сессиях Комитета.

4. Документ включал проекты:

(i) политических целей, которые могли бы определить общие генеральные направления усилий по обеспечению охраны и заложить согласованную политическую основу;

(ii) общих руководящих принципов, которые могли бы обеспечить согласованность, сбалансированность и эффективность материально-правовых принципов; и

(iii) конкретных материально-правовых принципов, которые могли бы определить правовую сущность охраны.

5. Комитет постановил рассматривать международный аспект в качестве неотъемлемой части своей работы над темой охраны ТВК. Различные соображения, касающиеся международного аспекта работы Комитета, были отражены в подготовленных дополнительных

документах WIPO/GRTKF/IC/6/6 и WIPO/GRTKF/IC/8/6. Эти документы были представлены Комитету в качестве информационно-справочных материалов, которые остаются актуальными для его работы до сих пор. Так, в документе WIPO/GRTKF/IC/8/6 содержится информация, которая может быть актуальна с точки зрения международного контекста проекта целей и принципов.

6. Члены Комитета в целом поддержали проект целей и принципов, содержащийся в документе WIPO/GRTKF/IC/7/3, в качестве основы для дальнейшей работы над охраной ТВК/ВФ¹. Затем на основе обширных комментариев, высказанных на седьмой сессии, а также комментариев и конкретных предложений относительно формулировок, которые были высказаны самыми разными сторонами, участвующими в работе Комитета, в ходе межсессионного консультационного процесса, инициированного Комитетом, был подготовлен пересмотренный вариант проекта. Он был распространен в качестве Приложения к документу WIPO/GRTKF/IC/8/4.

7. На восьмой сессии Комитета ряд делегаций поддержал пересмотренный вариант положений (WIPO/GRTKF/IC/8/4) в качестве основы для дальнейшей работы (хотя при этом не было выражено мнения о том, что документ является однозначно адекватным или близким к окончательной форме), и ряд делегаций высказались против продолжения дискуссии и консультаций по пересмотренному варианту конкретных материально-правовых принципов (Часть III Приложения к документу WIPO/GRTKF/IC/8/4).

8. На своей восьмой сессии Комитет пришел к общему мнению о том, что существует широкая поддержка процесса и работы, осуществляемых в рамках Комитета в области ТВК. Однако Комитет «отметил выраженные несопадающие точки зрения» по этому вопросу² и не дал никаких конкретных руководящих указаний относительно конкретной основы для дальнейшей работы Комитета над этим пунктом повестки дня. В октябре 2005 г. Генеральная Ассамблея ВОИС продлила срок действия мандата Комитета, с тем чтобы он продолжил выполнение своего текущего мандата в двухлетний период 2006-2007 гг.

9. Ввиду того, что продленный мандат Комитета касается международного аспекта его работы и не исключает никаких окончательных результатов, по всей видимости, существует необходимость в рассмотрении следующих трех аспектов работы Комитета в области ТВК/ВФ:

- (i) содержание или существо любого результата;
- (ii) форма или правовой статус любого результата; и
- (iii) консультационные и другие рабочие процедуры, необходимые для достижения любого согласованного результата.

Краткий анализ этих трех аспектов представлен ниже.

II. СОДЕРЖАНИЕ ИЛИ СУЩЕСТВО

10. В Приложении к настоящему документу воспроизводится последний вариант проекта целей и принципов, который содержится в Приложении к документу WIPO/GRTKF/IC/8/4. По итогам обсуждений, состоявшихся на предыдущей сессии Комитета, в них не было внесено никаких поправок или добавлений. В документах WIPO/GRTKF/IC/7/3 и WIPO/GRTKF/IC/8/4 представлены полные сведения и описаны истоки происхождения этого материала; в последнем документе поясняются, в частности, различия между двумя вариантами и изменения, внесенные в ходе консультационного процесса.

11. Как и в прошлом, представление этого текста никоим образом не предрешает его статуса и не влечет за собой никаких правовых последствий. Вместе с тем в нем поднят в

¹ WIPO/GRTKF/IC/7/15.

² WIPO/GRTKF/IC/8/15 Prov., пункт 163.

согласованной и целенаправленной форме ряд конкретных вопросов, на которые при рассмотрении на национальном, региональном и международном уровнях надлежащих форм и средств обеспечения охраны ТВК/ВФ политиками, возможно, потребуется дать взвешенный ответ. Поэтому рассмотрению тех же вопросов, которые затрагиваются в проекте целей и принципов, были посвящены соответствующие национальные, региональные и международные мероприятия. В свою очередь Комитет посвятил обсуждению этих вопросов целый ряд своих сессий (см., например, документы WIPO/GRTKF/IC/2/8, WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/4/3, WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3). Из сессии в сессию рассматривались, в частности, следующие вопросы:

- (a) характер объекта ТВК/ВФ и возможные описания или определения;
- (b) критерии охраны объекта;
- (c) идентичность владельцев, носителей или хранителей ТВК/ВФ или других бенефициаров охраны;
- (d) характер охраны, включая возможную потребность в формальностях и роль регистрации или других форм официального уведомления;
- (e) объем прав и исключения;
- (f) срок охраны;
- (g) роль правительственных учреждений или других органов;
- (h) связь с программами конвенционной охраны ИС и защиты культурного наследия;
- (i) временные меры, ретроактивное действие охраны и роль и статус общественного достояния;
- (j) международная и региональная охрана;
- (k) признание иностранных правообладателей и других иностранных бенефициаров охраны.

12. Поскольку эти вопросы рассматриваются также в рамках других политических и нормотворческих процессов, продолжается накопление опыта в области охраны ТВК/ВФ. Извлекаемые из этого опыта уроки и принимаемые на национальном и региональном уровнях конкретные политические решения могут пролить новый свет на эти вопросы в ходе дальнейшего обсуждения в Комитете проекта положений, содержащегося в документе WIPO/GRTKF/IC/8/4, или любых других проектов материала. Варианты возможных политических решений и правовых механизмов в области охраны ТВК/ВФ на национальном и региональном уровнях были описаны в документе WIPO/GRTKF/IC/7/4. Во исполнение просьбы Комитета, высказанной на его седьмой сессии, в настоящее время готовится обновленный вариант этого документа, который будет опубликован в качестве документа WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4. В нем может быть представлена дополнительная информация о том, каким образом в рамках национальных и региональных процессов реализуются цели и принципы, а также принимаются конкретные политические решения в области охраны ТВК/ВФ.

IV. ФОРМА ИЛИ СТАТУС

13. Продленный мандат Комитета не предопределяет форму или характер любого результата работы Комитета, а также не исключает никакого результата. Что касается возможной формы или статуса любого результата, то в документе WIPO/GRTKF/IC/6/6, который был рассмотрен Комитетом на его шестой сессии, определяется ряд следующих возможных подходов³:

- имеющий обязательную силу международный документ или документы (например, обязывающий Договаривающиеся стороны применять предписанные стандарты в рамках национального законодательства), включая самостоятельные документы,

³ WIPO/GRTKF/IC/6/6, пункт 34.

- протоколы к существующим документам или специальные соглашения, заключенные в рамках действующих соглашений;
- декларация, закрепляющая основные цели и принципы и определяющая нужды и чаяния носителей ТВК/ВФ в качестве приоритетной задачи политики (например, в качестве политической основы для следующего этапа работы, направленной, возможно, на достижение более конкретных правовых результатов);
 - документы, относящиеся к «мягкому праву» или не носящие обязательного характера, в другой форме, например в форме заявления или рекомендации (например, рекомендация, обращение или призыв к государствам ввести в действие предписанные стандарты в рамках национального законодательства и других административных и неправовых процессов или политики);
 - руководящие принципы или типовые положения (например, служащие основой для сотрудничества, сближения и обеспечения взаимной согласованности национальных законодательных инициатив в области охраны ТВК/ВФ);
 - авторитетное или аргументированное толкование существующих правовых документов (например, направление или поощрение такого толкования существующих обязательств, которое способствовало бы укреплению желаемой охраны ТВК/ВФ от незаконного присвоения и противоправного использования).

14. Следует также отметить, что эти возможные варианты правовой формы документа не носят взаимоисключающего характера: как показывает опыт, некоторые международные конвенции в целом ряде политических областей изначально принимались в форме того или иного рода документов, не имеющих обязательной силы. Поэтому возможно также применение поэтапного подхода. Кроме того, в Приложении описывается возможное правовое содержание документов на региональном и национальном уровнях, а именно таких, как региональные или национальные законодательные акты, регламенты, декреты или политика.

15. Эти варианты, рассмотренные в документе WIPO/GRTKF/IC/6/6, были проанализированы более углубленно в документе WIPO/GRTKF/IC/9/6.

IV. ПРОЦЕССЫ

16. Комитет также рассмотрел различные возможности проведения консультаций по проектам материалов и разработки новых таких материалов, а также вопрос о предпочтительных процедурных мерах. Такие меры были призваны дополнить меры, уже принятые в целях расширения участия коренных и местных общин посредством аккредитации, изменения процедур и создания добровольного фонда. На своей седьмой сессии Комитет рассмотрел ряд возможностей и инициировал межсессионный консультационный процесс, направленный на дальнейшую разработку проекта целей и принципов. В документ WIPO/GRTKF/IC/8/4 было включено предложение о продолжении межсессионного консультационного процесса и «рассмотрении возможных вариантов мер по повышению роли Комитета и возможных вспомогательных органов в области непосредственно подготовки будущих проектов».

17. Обсужденные возможности включали один или несколько из следующих элементов:

- консультации на уровне экспертов или вспомогательные консультации, например по конкретным вопросам или по тексту в том или ином аспекте;
- межсессионные консультационные процессы, такие, как процессы, имевшие место в прошлом;
- дальнейшее проведение национальными правительствами консультаций с заинтересованными сторонами, особенно с владельцами и хранителями ТВК/ВФ, а также консультаций в рамках региональных и других форумов;

- процедурные меры, такие, как групповые обсуждения под председательством представителей традиционных и местных общин, организуемые перед началом сессий МКГР.

Дополнительная справочная информация об этих возможностях содержится в документе WIPO/GRTKF/IC/9/6.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

18. В настоящем документе кратко охарактеризованы подлежащие рассмотрению Комитетом возможности продолжения его работы в области ТВК по следующим трем аспектам:

- (i) существо или содержание его работы;
- (ii) форма, характер или правовой статус любого результата его работы;
- (iii) процедуры или методика, призванные ускорить процесс достижения любого желаемого результата.

19. Что касается конкретных содержательных материалов об охране ТВК, то в Приложении к настоящему документу воспроизводится последний вариант текста, находящегося на рассмотрении Комитета, с изложением различных позиций членов Комитета в отношении тех или иных элементов этого текста. В отдельном документе WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4, представляющим собой пересмотренный вариант документа WIPO/GRTKF/IC/7/4, представлены обновленный материал относительно того, каким образом национальные ведомства и региональные органы осуществляют в той или иной форме охрану, имеющую отношение к целям и принципам, содержащимся в Приложении.

20. *Комитету предлагается:*

(i) рассмотреть возможности дальнейшего продвижения его работы в области охраны ТВК, включая существо или содержание возможных результатов этой работы, форму или правовой статус любого такого результата и предпочтительные процедуры, призванные способствовать достижению любого такого результата;

(ii) продолжать анализировать и комментировать проект положений, содержащийся в Приложении, в том числе в свете постоянно пополняемого опыта на общинном, национальном и региональном уровнях;;

(iii) рассмотреть вопрос о надлежащем процессе подготовки пересмотренных и обновленных материалов по охране ТВК для десятой сессии Комитета с учетом любых результатов, которые, как считается, могут быть получены во исполнение нынешнего продленного мандата Комитета; и

(vi) определить возможные варианты дальнейшего повышения роли Комитета и возможных вспомогательных органов в области

непосредственно подготовки будущих проектов этих материалов.

[Приложение следует]

ПРИЛОЖЕНИЕ

ПЕРЕСМОТРЕННЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ
ОБ ОХРАНЕ ТРАДИЦИОННЫХ
ВЫРАЖЕНИЙ КУЛЬТУРЫ/ВЫРАЖЕНИЙ ФОЛЬКЛОРА

ПРОЕКТ ПОЛИТИЧЕСКИХ ЦЕЛЕЙ И ОСНОВНЫХ ПРИНЦИПОВ

СОДЕРЖАНИЕ

N.B. Этот проект положений воспроизводится без изменений из Приложения к документу WIPO/GRTKF/IC/8/4, рассмотренному Межправительственным комитетом по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам и фольклору («Комитет») на его восьмой сессии. Члены Комитета высказали несовпадающие мнения относительно возможности использования этого материала в качестве основы для будущей работы, в частности по определенным фрагментам части III «Материально-правовые принципы». Эти несовпадающие мнения полностью излагаются в документе WIPO/GRTKF/IC/8/15.

I. ЦЕЛИ

- (i) Признание ценности
- (ii) Содействие обеспечению уважения
- (iii) Удовлетворение насущных потребностей общин
- (iv) Предотвращение незаконного присвоения традиционных выражений культуры/выражений фольклора
- (v) Расширение прав и возможностей общин
- (vi) Поддержка традиционной практики и сотрудничества между общинами
- (vii) Содействие защите традиционных культур
- (viii) Поощрение новаторства и творчества общин
- (ix) Содействие интеллектуальной и творческой свободе, исследовательская деятельность и культурный обмен на равноправных условиях
- (x) Содействие культурному разнообразию
- (xi) Содействие развитию общин и законной торговой деятельности
- (xii) Предотвращение несанкционированного предоставления прав ИС
- (xiii) Повышение определенности, прозрачности и взаимного доверия

II. ОБЩИЕ РУКОВОДЯЩИЕ ПРИНЦИПЫ

- (a) Соответствие надеждам и чаяниям соответствующих общин
- (b) Сбалансированность
- (c) Соблюдение положений международных и региональных соглашений и документов и соответствие им
- (d) Гибкость и комплексность
- (e) Признание специфического характера и особенностей выражений культуры
- (f) Взаимодополняемость с охраной традиционных знаний
- (g) Уважение прав и обязательств коренных народов и других традиционных общин
- (h) Уважение традиционного использования и передачи ТВК/ВФ
- (i) Эффективность и доступность средств охраны

III. МАТЕРИАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ПРИНЦИПЫ

1. Объект охраны
2. Бенефициары
3. Акты незаконного присвоения (объем охраны)
4. Управление правами
5. Исключения и ограничения
6. Срок охраны
7. Формальности
8. Санкции, средства правовой защиты и осуществление прав
9. Временные меры
10. Связь с охраной интеллектуальной собственности и другими формами охраны, сохранения и содействия развитию
11. Международная и региональная охрана

I. ЦЕЛИ

Охрана традиционных выражений культуры или выражений фольклора⁴ должна быть направлена на:

Признание ценности

(i) *признание того, что коренные народы и традиционные и иные культурные общины рассматривают свое культурное наследие как имеющее истинную ценность, в том числе социальную, культурную, духовную, экономическую, научную, интеллектуальную, коммерческую и образовательную ценность, и признание того, что традиционная культура и фольклор представляют собой основу для развития новаторства и творчества на благо коренных народов и традиционных и иных культурных общин, а также на благо всего человечества;*

Содействие обеспечению уважения

(ii) *содействие обеспечению уважения традиционной культуры и фольклора, а также достоинства, культурной целостности и философских, интеллектуальных и духовных ценностей народов и общин, которые сохраняют и поддерживают выражения этой культуры и фольклора;*

Удовлетворение насущных потребностей общин

(iii) *понимание надежд и чаяний, выраженных непосредственно коренными народами и традиционными и культурными общинами, уважение их прав в соответствии с национальным и международным правом и содействие благосостоянию и устойчивому экономическому, культурному, экологическому и социальному развитию таких народов и общин;*

Предотвращение незаконного присвоения традиционных выражений культуры/выражений фольклора

(iv) *предоставление коренным народам и традиционным и иным культурным общинам правовых и практических средств, включая эффективные меры обеспечения защиты прав, для предотвращения незаконного присвоения их выражений культуры и производных форм таких выражений, осуществления контроля за способами их использования вне привычного и традиционного контекста, и содействия справедливому совместному пользованию выгодами, связанными с их использованием;*

Расширение прав и возможностей общин

(v) *достижение в форме, которая является сбалансированной и справедливой и в то же время расширяет права и возможности коренных народов и традиционных и иных культурных общин по эффективному использованию их прав и распоряжению их собственными национальными выражениями культуры/выражениями фольклора;*

⁴

В этих положениях термины «традиционные выражения культуры» и «выражения фольклора» используются как взаимозаменяемые синонимы и могут упоминаться просто как «ТВК/ВФ». Использование этих терминов не подразумевает достижения сторонами, участвующими в работе Комитета, какого-либо консенсуса относительно обоснованности или правильности использования этих или других терминов и не влияет на использование других терминов в национальном или региональном законодательстве и не ограничивает их использование.

Поддержка традиционной практики и сотрудничества между общинами

(vi) уважение постоянного традиционного использования, развития, обмена и передачи традиционных выражений культуры/выражений фольклора общинами, внутри таких общин и между ними;

Содействие защите традиционных культур

(vii) содействие сохранению и защите среды, в которой появляются и поддерживаются традиционные выражения культуры/выражения фольклора, на благо самих коренных народов и традиционных и иных культурных общин, а также на благо всего человечества;

Поощрение новаторства и творчества общин

(viii) вознаграждение и охрана основанного на традициях творчества и новаторства, в особенности творчества и новаторства коренных народов и традиционных и иных культурных общин;

Содействие интеллектуальной и творческой свободе, исследовательской практике и культурному обмену на справедливых условиях

(ix) содействие интеллектуальной и творческой свободе, исследовательской практике и культурному обмену на условиях, являющихся справедливыми для коренных народов и традиционных и иных культурных общин;

Содействие культурному разнообразию

(x) содействие расширению и охране разнообразия выражений культуры;

Содействие развитию общин и законной торговой деятельности

(xi) если таковым будет желание общин и их членов, – содействие использованию традиционных выражений культуры/выражений фольклора в целях развития общин, основанного на признании их достоянием общин, которые ассоциируются с ними, например посредством развития и расширения возможностей для коммерциализации основанных на традициях произведений и инноваций;

Предотвращение несанкционированного предоставления прав ИС

(xii) предотвращение предоставления прав интеллектуальной собственности на традиционные выражения культуры/выражения фольклора и их производные формы неправомочным сторонам, осуществления этими сторонами таких прав и их защиты;

Повышение степени определенности, прозрачности и взаимного доверия

(xiii) повышение степени определенности, прозрачности, взаимного уважения и понимания в отношениях между коренными народами и традиционными и культурными общинами, с одной стороны, и пользователями ТВК/ВФ из академической, коммерческой, правительственной, образовательной и других сфер, с другой.

КОММЕНТАРИЙ

ЦЕЛИ

История вопроса

В этом разделе содержатся предлагаемые политические цели в области охраны ТВК/ВФ, которые основываются на представленных в Комитете материалах и сделанных в нем заявлениях, а также на соответствующих правовых текстах. Такого рода цели, как правило, являются частью преамбулы к закону или другому документу.

Как неоднократно отмечал Комитет, охрану ТВК/ВФ следует обеспечивать не ради охраны как таковой, те есть 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 будет построена и организована система охраны, в значительной степени будет зависеть от задач, которые перед ней будут поставлены. Поэтому ключевой первоначальный этап разработки любого правового режима или подхода к обеспечению охраны ТВК/ВФ – это определение соответствующих политических целей.

Изменения по сравнению с предыдущим проектом, содержащимся в документе WIPO/GRTKF/IC/7/3

В первоначальный проект целей, прилагавшийся к документу WIPO/GRTKF/IC/7/3, был внесен ряд изменений в свете выступлений на седьмой сессии Комитета и письменных комментариев, полученных, в частности, от Колумбии, Исламской Республики Иран, Новой Зеландии, Соединенных Штатов Америки, Африканской организации интеллектуальной собственности (АОИС), Совета саами, Инуитской циркумполярной конференции (ИСС), Ассамблеи Первых наций и Международной ассоциации по товарным знакам (МАТЗ).

Некоторые из прежних целей в большей мере носят характер общих руководящих принципов, а не целей как таковых, и они были перенесены в этот раздел (см. ниже)⁵. Это цели, касающиеся соблюдения соответствующих международных соглашений и взаимодействия с ними, а также взаимодополняемости применительно к охране ТЗ *stricto sensu*. Были добавлены несколько новых целей, такие, как предотвращение незаконного присвоения ТВК/ВФ, как это было предложено несколькими сторонами, участвующими в работе Комитета⁶. В частности, две стороны предложили провести различие между теми целями, которые в большей степени касаются охраны ТВК/ВФ «на стыке» с ИС, и другими целями, касающимися других политических аспектов, которые следует отразить в положениях, исключив при этом вероятность возникновения противоречия с ними⁷. Хотя такие цели формально могли быть и не выделены в проекте отдельно, некоторые из них были перефразированы таким образом, чтобы учесть эти комментарии.

⁵ Как, например, было отмечено Ираном (Исламская Республика) на седьмой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 78).

⁶ Например, предложение Китая, высказанное на седьмой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 75), и комментарии Колумбии и Совета саами.

⁷ См. выступление АРОИС на седьмой сессии (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 89) и комментарии Новой Зеландии.

II. ОБЩИЕ РУКОВОДЯЩИЕ ПРИНЦИПЫ

- (a) Принцип соответствия надеждам и чаяниям соответствующих общин*
- (b) Принцип сбалансированности*
- (c) Принцип соблюдения положений международных и региональных соглашений и документов и соответствия им*
- (d) Принцип гибкости и комплексности*
- (e) Принцип признания специфического характера и особенностей выражений культуры*
- (f) Принцип взаимодополняемости с охраной традиционных знаний*
- (g) Принцип уважения прав и обязательств коренных народов и других традиционных общин*
- (h) Принцип уважения традиционного использования и передачи ТВК/ВФ*
- (i) Принцип эффективности и доступности средств охраны*

[Комментарий к общим руководящим принципам следует]

КОММЕНТАРИЙ

ОБЩИЕ РУКОВОДЯЩИЕ ПРИНЦИПЫ

История вопроса

Материально-правовые положения, излагаемые в следующем разделе, опираются на некоторые общие руководящие принципы, которым в значительной степени были посвящены обсуждения как в рамках Комитета с первого дня его существования, так и в рамках международных дебатов и консультаций до его создания, а также имеют целью дать правовое толкование этим положениям.

(a) Принцип соответствия надеждам и чаяниям соответствующих общин

Согласно этому принципу, охрана ТВК/ВФ должна отражать надежды и чаяния коренных народов и традиционных и других культурных общин. Это, в частности, означает, что охрана ТВК/ВФ должна, насколько это возможно, признавать и применять принципы, закрепленные в нормах и правилах обычного права и права коренных народов, способствовать дополнительному применению в порядке взаимодополняемости позитивной защиты и охраны, отвечать культурным и экономическим аспектам развития, противодействовать, в частности, оскорбляющим, нарушающим права и причиняющим ущерб действиям, поощрять сотрудничество между общинами и не порождать конкуренцию или конфликты между ними⁸ и обеспечивать полное и эффективное участие этих общин в разработке и применении систем охраны. Кроме того, меры правовой охраны ТВК/ВФ должны признаваться в качестве добровольных с точки зрения коренных народов и других общин, за которыми будет закреплено неотъемлемое право полагаться исключительно или в качестве дополнения на собственные обычные и традиционные формы охраны от нежелательного доступа и использования принадлежащих им ТВК/ВФ. Это означает, что внешняя правовая охрана от незаконных деяний третьих лиц не должна посягать на традиционные или обычные правовые нормы, практику и правила или ограничивать их.

(b) Принцип сбалансированности

Различные заинтересованные стороны, участвующие в обсуждениях по вопросу об усилении охраны ТВК/ВФ, неоднократно указывали на необходимость обеспечения сбалансированности. Согласно этому принципу, охрана должна отражать необходимость установления справедливого баланса между правами и интересами тех, кто развивает, сохраняет и поддерживает ТВК/ВФ, и тех, кто использует ТВК/ВФ и извлекает из них выгоду; необходимость взаимоувязки несопадающих политических озабоченностей; и необходимость обеспечения того, чтобы конкретные меры охраны соответствовали целям охраны, фактическому опыту и потребностям.

(c) Принцип соблюдения положений международных и региональных соглашений и документов и соответствия им

ТВК/ВФ должны охраняться таким образом, чтобы было обеспечено отражение целей соответствующих международных и региональных документов и согласованность с ними, а также без ущерба для конкретных прав и обязательств, уже установленных действующими правовыми документами, имеющими обязательную силу, включая документы по правам человека⁹. Охрана ТВК/ВФ не должна использоваться для целей ущемления прав человека, гарантированные международным правом, или ограничения их действия.

⁸ См., например, Декларацию Матаатуга о правах коренных народов в области культуры и интеллектуальной собственности, 1993 г., пункт 2.5.

⁹ Комментарий Совета саами.

(d) Принцип гибкости и комплексности

Этот принцип касается необходимости признания того, что эффективная и надлежащая охрана может быть обеспечена с помощью самых разных правовых механизмов и что чрезмерно узкий или жесткий подход на уровне принципа может ограничить эффективность охраны, породить коллизию с действующим законодательством по охране ТВК/ВФ и воспрепятствовать проведению необходимых консультаций с заинтересованными сторонами, и в частности с носителями ТВК. Он касается необходимости использования самых разных правовых механизмов для достижения целей охраны. В частности, опыт в области охраны ТВК/ВФ свидетельствует о том, что вряд ли можно будет создать единую «безразмерную» или «универсальную» международную модель для такой комплексной охраны ТВК, которая отвечала бы национальным приоритетам, правовым и культурным условиям и потребностям традиционных общин во всех странах. Одна из организаций коренных народов прекрасно выразила это следующим образом: «Любая попытка выработать единообразные руководящие принципы для признания и охраны знаний коренных народов связана с риском сведения этого богатого правоприменительного разнообразия в единую «модель», которая не будет подходить под ценности, понятия или законы ни одного из коренных народов»¹⁰.

Поэтому проект положений носит широкий и всеохватный характер и направлен – наряду с признанием противоправности незаконного присвоения и использования ТВК/ВФ – на предоставление национальным и региональным органам и общинам максимальной гибкости в решении вопроса о том, какие конкретные правовые механизмы могут быть использованы для обеспечения или осуществления положений на национальном или региональном уровне¹¹.

Таким образом, охрана может предусматривать использование целого комплекса средств, сочетающих в себе проприетарные меры, непроприетарные меры и меры, не связанные с ИС, а также опирающихся на существующие права ИС, расширение или адаптацию прав ИС *sui generis* и специально установленные меры ИС и системы *sui generis*, включая защитные и позитивные меры. Права частной собственности должны дополнять непроприетарные меры, а также должны быть тщательно сбалансированы с ними.

Это в целом общепринятый подход в области ИС, и в предыдущих документах приводятся примеры конвенций в области ИС, которые устанавливают определенные общие принципы и предоставляют возможность широких вариаций путей реализации в рамках законодательства участвующих в них сторон. Даже в тех случаях, когда международные обязательства предусматривают для национальных законов минимальные материально-правовые стандарты, подразумевается, что выбор правовых механизмов остается на усмотрении национальных органов. Такой же подход применяется и в документах, касающихся коренных народов, например в Конвенции МОТ №169¹².

(e) Принцип признания специфического характера и особенностей выражений культуры

Охрана должна отражать традиционный характер ТВК/ВФ, а именно их коллективный, общинный или межпоколенческий характер; их взаимосвязь с культурной и социальной самобытностью и целостностью общины; ее верования, духовность и иные ценности; тот факт, что они часто служат средством выражения религии и культуры; а также их постоянное развитие в рамках общины. Специальные меры правовой охраны должны также признавать, что в действительности ТВК/ВФ не всегда создаются в рамках четко оформленных «общин».

¹⁰ Совет по четырем направлениям, «Леса, коренные народы и биологическое разнообразие», материал, подготовленный для Секретариата КБР, 1996 г.

¹¹ См. выступления на седьмой сессии Комитета, в частности, Азербайджана, Японии и Сирийской Арабской Республики и комментарии Австралии, Ирана (Исламская Республика) и Новой Зеландии.

¹² Статья 34.

ТВК/ВФ далеко не всегда являются выражением определенной местной самобытности; кроме того, они не всегда носят действительно уникальный характер и чаще являются продуктом взаимного обмена и влияния и внутрикультурного обмена внутри одного и того же народа, чье название или обозначение может различаться по одну и по другую сторону границы. Культуру несут и воплощают в себе индивидуумы, которые перемещаются и оседают за пределами места своего происхождения, продолжая при этом соблюдать традиции и использовать выражения культуры своей общины и воспроизводить такие традиции и выражения.

(f) Принцип взаимодополняемости с охраной традиционных знаний

Этот принцип признает то, что часто для многих общин ТВК/ВФ неотделимо от содержания или существа традиционных знаний (ТЗ) *stricto sensu*. Этот проект положений касается конкретных средств правовой охраны от незаконного использования такого материала третьими лицами вне традиционного контекста и не преследует цели навязать определения или категории для норм, правил и практики обычного права коренных народов и традиционных и иных общин. Выработанный Комитетом подход, заключающийся в рассмотрении правовой охраны ТВК/ВФ и ТЗ *stricto sensu* параллельно, но отдельно, совместим, как отмечалось ранее, с традиционным контекстом, в котором ТВК/ВФ и ТЗ часто рассматриваются в качестве неотъемлемых частей общей культурной самобытности, и учитывает такой контекст.

(g) Принцип уважения прав и обязательств коренных народов и других традиционных общин

Этот принцип предполагает, что любая охрана ТВК/ВФ должна уважать и учитывать определенные «сквозные» права и обязательства, в частности права человека и системы прав коренных народов, закрепленные в международных документах, и не причинять ущерба дальнейшему развитию таких прав и обязательств. См. также ниже, в разделе «Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта общих руководящих принципов (WIPO/GRTKF/IC/7/3)».

(h) Принцип уважения традиционного использования и передачи ТВК/ВФ

Охрана не должна препятствовать использованию, развитию, обмену, передаче и распространению ТВК/ВФ соответствующими общинами согласно их обычному праву и практике. Никакие современные виды использования ТВК/ВФ в рамках общины, создавшей и сохранившей их, не должно рассматриваться как искажение, если сама община ассоциирует себя с этим видом использования выражений и любым изменением, обусловленным таким использованием. Правовая охрана ТВК/ВФ, насколько это возможно, должна регулироваться традиционным использованием, практикой и нормами.

(i) Принцип эффективности и доступности средств охраны

Меры, касающиеся приобретения прав, управления ими и их защиты и осуществления охраны в иной форме, должны быть эффективными, надлежащими и доступными и должны учитывать культурный, социальный, политический и экономический контекст коренных народов и традиционных и иных культурных общин.

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта общих руководящих принципов (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Настоящие пересмотренные общие руководящие принципы были подготовлены в свете комментариев, полученных, в частности, от Колумбии, Исламской Республики Иран, Новой Зеландии, Соединенных Штатов Америки, Ассамблеи Первых наций Африканской организации интеллектуальной собственности (АОИС), Совета саами, Инуитской циркумполярной конференции (ИСС) и Международной ассоциации по товарным знакам (МАТЗ).

Как уже отмечалось, авторы комментариев указывали на то, что некоторые из целей в большей мере носят характер общих руководящих принципов. Именно поэтому они и были перенесены в настоящий раздел. Они включают цели, касающиеся соблюдения положений соответствующих международных соглашений и сотрудничества, а также взаимодополняемости с охраной ТЗ.

Кроме того, новый принцип (g) полностью соответствует предложению, внесенному на седьмой сессии Комитета племенами Тулалип¹³. В комментариях Инуитской циркумполярной конференции (ИСС) и Совета саами были отмечены аналогичные моменты, которые также были приняты во внимание при пересмотре целей. Формулировка предлагаемого принципа основана на формулировке, предложенной племенами Тулалип, с редакционными поправками, обеспечивающими согласованность с другим общим руководящим принципам. Комментарий преследует цель объяснить и усилить принцип, опять же с использованием формулировки, предложенной племенами Тулалип. Однако предлагаемый текст принципа (g) отнюдь не подразумевает обязательного полного отражения сути формулировки, предложенной племенами Тулалип, которая гласит следующее: «при применении любого принципа ничто не освобождает государство от уважения действующих прав и обязательств носителей ТВК/ВФ и ТЗ и не препятствует дальнейшему развитию этих прав и обязательств».

¹³

WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 97.

III. МАТЕРИАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

СТАТЬЯ 1:

ОБЪЕКТ ОХРАНЫ

(a) «Традиционные выражения культуры» или «выражения фольклора» представляют собой любые формы, будь то материального или нематериального характера, в которых выражаются, представляются или проявляются традиционная культура и знания, и включают следующие формы выражения или их сочетания:

- (i) устные выражения, такие, как: предания, эпос, легенды, поэзия, загадки и другие повествования; слова, обозначения, наименования и символы;
- (ii) музыкальные выражения, такие, как песни и инструментальная музыка;
- (iii) выражения действием, такие, как танцы, пьесы, церемонии, ритуалы и другие исполнения,

независимо от того, сведены ли они к материальной форме или нет; и

(iv) выражения в материальной форме, такие, как произведения искусства, в частности рисунки, дизайн, картины (включая рисунки на теле), резные работы, скульптуры, изделия из глины, терракоты, мозаика, изделия из дерева, изделия из металла, ювелирные изделия, плетеные корзины, вышивки, текстиль, изделия из стекла, ковры, костюмы; изделия ремесленников; музыкальные инструменты; и архитектурные формы;

которые:

- (aa) являются продуктами творческой интеллектуальной деятельности, включая индивидуальное и общинное творчество;
- (bb) являются характерными для культурной и социальной самобытности общины и ее культурного наследия; и
- (cc) поддерживаются, используются или развиваются такой общиной или отдельными лицами, которые наделены правом делать это или на которых возложена такая обязанность в соответствии с обычным правом и практикой этой общины.

(b) Конкретный выбор терминов для обозначения охраняемого объекта определяется на национальном и региональном уровнях.

[Комментарий к статье 1 следует]

КОММЕНТАРИЙ

СТАТЬЯ 1: ОБЪЕКТ ОХРАНЫ

История вопроса

В предлагаемой статье описывается объект охраны, охватываемый ее положениями. В пункте (а) дается описание самого объекта («традиционные выражения культуры» или «выражения фольклора»), а также материально-правовых критериев, которые более точно определяются то, какие из этих выражений будут являться объектом охраны. В ходе обсуждений в Комитете было прояснено различие между описанием объекта в целом и более точным определением тех ТВК/ВФ, которые подлежат охране с помощью конкретных правовых мер. Как уже отмечалось, не каждое выражение фольклора или традиционной культуры и знаний может являться предметом охраны в рамках системы ИС¹⁴.

За основу в предлагаемой статье взяты Типовые положения ВОИС-ЮНЕСКО 1982 г. для национальных законов об охране выражений фольклора от незаконной эксплуатации и других причиняющих ущерб действий (Типовые положения 1982 г.) и Региональное рамочное соглашение тихоокеанских островов 2002 г. об охране традиционных знаний и выражений культуры (Тихоокеанская типовые нормы 2002 г.), а также существующие национальные законы в области авторского права, которые предусматривают для ТВК/ВФ охрану *sui generis*.

Описание объекта

Как и было предложено¹⁵, слова «или их сочетания» в пункте (а) призваны продемонстрировать, что ТВК/ВФ могут быть выражены как в материальной, так и в нематериальной форме и иметь как материальные, так и нематериальные компоненты («смешанные выражения»). В пункте (а) поясняется, что охране будут также подлежать устные (незафиксированные) выражения, так как традиционные выражения культуры часто носят устный характер. Поэтому фиксация не будет являться обязательным требованием для предоставления охраны¹⁶. Охрана архитектурных форм могла бы обеспечить охрану священных мест (таких, как храмы, усыпальницы и мемориалы), подпадающих под действие этих положений, в тех случаях, когда они являются объектами незаконного присвоения и противоправного использования.

Критерии охраны

В отношении критериев, изложенных в пунктах (а) (aa) – (cc), предлагаемое положение предусматривает, что охраняемые ТВК/ВФ должны:

(i) представлять собой произведения и, следовательно, «интеллектуальную собственность», в том числе результаты как индивидуального, так и общинного творчества. Различные версии, вариации или адаптации одного и того же выражения можно квалифицировать как самостоятельные ТВК/ВФ, если они содержат достаточный элемент творчества (подобно тому, как различные варианты произведения могут квалифицироваться как авторско-правовые произведения, если они в достаточной степени оригинальны);

(ii) иметь определенную связь с культурной и социальной самобытностью и культурным наследием общины. Эта связь передается термином «характерный», который употреблен для обозначения того, что выражения должны быть в целом признаны в качестве характерных для самобытности и наследия общины. Термин «характерный» отражает понятие

¹⁴ Выступление Нигерии (WIPO/GRTKF/IC/6/14, пункт 43).

¹⁵ Комментарии и предыдущие выступления Ирана (Исламская Республика).

¹⁶ См. комментарий Колумбии.

«аутентичности» и то, что охраняемые выражения являются «подлинными», «имеющими отношение» к конкретному народу или общине или «ассоциируемыми» с этим конкретным народом или общиной. Требование о том, что выражения или их элементы должны быть «характерными» подразумевает «общинный консенсус» и «аутентичность». Выражения, которые, по общему признанию, можно считать характерными, как правило, включают аутентичные выражения, признаваемые в качестве таковых на основании молчаливого согласия соответствующей общины¹⁷;

(iii) все еще быть объектом сохранения, развития или использования общиной или ее индивидуальными членами.

Понятие «наследие» используется для обозначения материалов в материальной или нематериальной форме, передававшихся из поколения в поколение и несущих в себе межпоколенческое качество ТВК/ВФ. Для того чтобы стать объектом охраны выражение должно быть «характерным» для такого наследия. Эксперты сходятся во мнении, что часть «наследия» образуют материалы, которые сохранялись и передавались на протяжении трех, или даже двух, поколений¹⁸. Выражения, которые могут быть характерными для недавно созданных общин или самобытных групп, к той категории не относятся¹⁹.

Современное творчество/индивидуальные авторы

Как отмечалось в предыдущих документах²⁰, многие выражения фольклора передаются из поколения в поколение устно или посредством имитации. По прошествии времени отдельные композиторы, певцы и другие авторы и исполнители могут «вспомнить» эти выражения и использовать их заново, придумать для них новую аранжировку или воспроизвести их в новом контексте. Поэтому существует динамическая взаимосвязь между коллективным и индивидуальным творчеством, в процессе которого может появиться бесчисленное множество вариаций ТВК/ВФ как общинного, так и индивидуального происхождения.

Поэтому, центральную роль в создании и воспроизведении традиционных выражений культуры играет индивидуум. В знак признания этого в описание объекта в статье 1 включены выражения, созданные отдельными лицами. Поэтому для определения того, что является и что не является ТВК или ВФ, не имеет особого значения, было ли это выражение создано коллективно или индивидуально. Даже современное творческое выражение, созданное отдельным лицом (как, например, кинофильм или видеоролик или современная интерпретация ранее существовавших танцев и других исполнений²¹), может охраняться в качестве ТВК/ВФ, если оно является характерным для культурной и социальной самобытности и наследия общины и если оно было создано отдельным лицом, которое наделено правом или на которое возложена обязанность делать это в соответствии с обычным правом и практикой этой общины. Однако, что касается *бенефициаров охраны*, то основное внимание в данном проекте положений уделяется бенефициарам-общинам, а не индивидуумам. Общины состоят из отдельных лиц, и поэтому общинный контроль и регулирование ТВК/ВФ в конечном итоге

¹⁷ См. комментарий к Типовым положениям 1982 г. См. также комментарии Колумбии.

¹⁸ Например, обсуждения с профессором Эдди Седиавати и др. на Национальном консультационном форуме по интеллектуальной собственности и традиционным знаниям и выражениям культуры/фольклора, Индонезия, 30 ноября и 1 декабря 2004 г., и на Совещании экспертов ЮНЕСКО по вопросам инвентаризации культурного наследия, Париж, 17-18 марта 2005 г.

¹⁹ Например, озабоченность в этом отношении, высказанная Международной ассоциацией издателей (IPA), отраженная в их комментариях.

²⁰ См., в частности, документ WIPO/GRTKF/IC/6/3.

²¹ См. комментарий Инуитской циркумполярной конференции (ICC), которая поддерживает этот подход и предоставляет такие примеры. См. также пункты 2.2 и 2.5 декларации Матаатуга о правах коренных народов в области культуры и интеллектуальной собственности, 1993 г. См. также обсуждения с членами Научного комитета АОИС.

приносит выгоду отдельным лицам, которые и образуют соответствующие общины (см. статью 2 «Бенефициары», ниже).

Выбор терминов

Государства-члены и другие заинтересованные стороны указали, в частности, на необходимость предоставления определенной свободы в выборе терминов. Многие международные стандарты в области ИС опираются в этом вопросе на национальную практику. Поэтому для обеспечения надлежащей разработки, обсуждения и развития национальной политики и законодательства в предлагаемом подпункте (b) предусматривается, что конкретные решения, касающиеся терминологии, должны приниматься на национальном и региональном уровнях.

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта этого положения (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Ранее описание объекта и критерии охраны были изложены в двух положениях – В.1 и В.2. Однако положение В.1 было практически полностью взято из Типовых положений 1982 г., и оно содержало некоторые критерии, которые, как отмечалось в некоторых комментариях, частично совпадали с положением В.2. В связи с этим прежние положения В.1 и В.2 были объединены в одно положение.

В ходе предыдущих обсуждений также отмечалось, что содержащееся в Типовых положениях 1982 г. определение является хотя и полезным как отправная точка, но устаревшим и нуждающимся в дальнейшем рассмотрении. Пересмотренная статья опирается не только на Типовые положения 1982 г., но и в большей степени на другие, более свежие, типовые положения, например Тихоокеанские типовые нормы 2002 г. Как и предлагалось, слово «народные» было исключено и в формулировки и структуру были внесены другие уточнения, отражающие различные комментарии и другие материалы. Было включено конкретное упоминание о рисунках на теле по причине важности этой формы выражения для общин и возможной неясности относительно того, является ли эта форма достаточно «материальной» для ее квалификации в качестве ТВК/ВФ, выраженных в материальной форме²².

Цель заключалась в том, чтобы придать пересмотренному положению большую точность и ясность в ответ на комментарии относительно чрезмерно широкого и неопределенного охвата предлагавшегося понятия объекта охраны²³. Критерии, которые определяют, какие именно ТВК/ВФ могут являться объектом охраны, еще четче очерчивают границы этого понятия; кроме того, сфера охвата этих положений уточняется самим характером охраны, предусматриваемой в положениях, и в частности в статье 3, озаглавленной «Акты незаконного присвоения (Объем охраны)».

Одна из стран предложила исключить критерий, содержащийся в пункте (ii) прежнего положения В.2 (а именно: «являются характерными для отличительной культурной самобытности общины и развиваемого и поддерживаемого ею традиционного наследия»), так как в этом случае на общины легло бы непомерное бремя доказывания²⁴. Эта рекомендация, несомненно, заслуживает более глубокого рассмотрения.

Кроме того, в ходе предыдущих обсуждений рассматривался вопрос о месте и роли отдельных лиц в создании и «владении» ТВК/ВФ. Этому были также посвящены несколько

²² См. обсуждения в документе WIPO/GRTKF/IC/5/3.

²³ См., например, комментарии Европейского Сообщества и его государств-членов, а также Международной ассоциации издателей (IPA).

²⁴ См. комментарий Колумбии.

комментариев и другие полученные материалы²⁵. В попытке найти более адекватное решение всем этим вопросам положения и комментариев были скорректированы, однако может возникнуть необходимость в более углубленном анализе.

В общем плане Колумбия отметила, что для лучшего понимания положений и единообразного толкования статей было бы целесообразно подготовить глоссарий терминов. АОИС также предложила включить раздел с определениями.

В прежние положения В.1 и В.2 был внесен ряд других изменений, учитывающих, в частности, комментарии Австралии, Колумбии, Европейского Союза и его государств-членов, Исламской Республики Иран, Соединенных Штатов Америки, Ассамблеи Первых наций, Международной ассоциации издателей (ИРА), Африканской организации интеллектуальной собственности (АОИС), Международной ассоциации по товарным знакам (МАТЗ) и Совета саами.

²⁵

См., например, обсуждения на проведенном под эгидой ВОИС Азиатско-Тихоокеанском региональном семинаре по интеллектуальной собственности и генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору, Тэджон, Республика Корея, 11-13 октября 2004 г., а также обсуждения на пятой и шестой сессиях Комитета; комментарии Соединенных Штатов Америки; и обсуждения с членами Научного комитета АОИС, в частности обсуждение этого вопроса с профессором Кулигой Никиемой, Буркина-Фасо.

СТАТЬЯ 2:

БЕНЕФИЦИАРЫ

Меры по охране традиционных выражений культуры/выражений фольклора принимаются на благо коренных народов и традиционных и иных культурных общин.²⁶

(i) на которые в соответствии с их обычным правом и практикой возложена обязанность хранить ТВК/ВФ, заботиться о них и защищать их; и

(ii) которые поддерживают, используют или развивают традиционные выражения культуры/выражение фольклора как характерные для их культурной и социальной самобытности и культурного наследия.

[Комментарий к статье 2 следует]

²⁶ На данном этапе в данном проекте положений используется общий и всеохватный термин «коренные народы и традиционные и иные культурные общины» или коротко – «общины». Использование этих терминов не подразумевает достижения сторонами, участвующими в работе Комитета, какого-либо консенсуса относительно обоснованности или правильности использования этих или других терминов и не влияет на использование других терминов в национальном или региональном законодательстве и не ограничивает их использование.

КОММЕНТАРИЙ

СТАТЬЯ 2: БЕНЕФИЦИАРЫ

История вопроса

Многие заинтересованные стороны отмечали, что происхождение и владение ТВК/ВФ, как правило, считается носящим коллективный характер, и поэтому любые права и интересы применительно к этому материалу должны принадлежать общинам, а не отдельным лицам. Некоторые законы об охране ТВК/ВФ наделяют правами непосредственно соответствующие народы и общины. С другой стороны, во многих случаях правами наделяется правительственный орган, причем нередко предусматривается, что доходы от предоставления прав на использование ТВК/ВФ должны использоваться на цели осуществления программ, касающихся национального наследия, социального обеспечения и культуры. Африканская группа заявила, что принципы охраны ТВК/ВФ должны «признавать роль государства в сохранении и охране традиционных знаний и выражений фольклора»²⁷.

Предлагаемое положение обладает достаточной гибкостью в плане отражения обоих подходов на национальном уровне – если бенефициарами охраны должны являться непосредственно соответствующие народы и общины, то самими правами могут быть наделены народы или общины или учреждение или ведомство (см. также статью 4 «Управление правами»).

Статья 2 и положения в целом предусматривают, что правом на охрану своих ТВК/ВФ в соответствии с критериями статьи 1 может обладать не одна, а несколько общин. Такая возможность предусматривается существующими законами *sui generis*, например Специальным режимом интеллектуальной собственности, регулирующим коллективные права коренных народов на охрану и защиту их культурной самобытности и их традиционных знаний, принятый в Панаме в 2000 г., и связанным с ним Исполнительным декретом 2001 г. («Панамский закон»)²⁸, а также Законом Перу 2002 г. об установлении режима охраны коллективных знаний коренных народов, основанных на использовании биологических ресурсов («Перуанский закон 2002 г.»)²⁹. Это также затрагивает вопрос о распределении прав или выгод между общинами, которые совместно используют одни и те же или схожие ТВК/ВФ в различных странах (так называемый «региональный фольклор»)³⁰. Данный вопрос рассматривается ниже, в статье 4 «Управление правами» и статье 7 «Формальности».

Термин «культурные общины» следует толковать расширительно, а именно как охватывающий всех граждан страны – «нацию», – в случаях, когда ТВК/ВФ рассматриваются в качестве «национального фольклора» и материала, принадлежащего всему народу конкретной страны³¹. Это согласуется с практикой в других областях политики и дополняет такую практику³². Поэтому национальный закон может, например, устанавливать, что бенефициарами охраны являются все граждане.

²⁷ WIPO/GRTKF/IC/6/12. См. также выступления на седьмой сессии Комитета, например, Марокко (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 85).

²⁸ Статья 5, Декрет.

²⁹ Статья 10.

³⁰ См. комментарии Европейского Союза и его государств-членов и Российской Федерации.

³¹ См. заявления Египта и Марокко на седьмой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункты 69 и 85 и др.).

³² См. глоссарий по нематериальному культурному наследию, Национальная комиссия Нидерландов по делам ЮНЕСКО, 2002 г. («...нация может представлять собой культурное сообщество»).

Общины/отдельные лица

Как отмечалось применительно к статье 1, эти положения направлены на обеспечение извлечения выгоды прежде всего общинами, в том числе в случаях, когда ТВК/ВФ создаются или развиваются отдельным членом общины. Главными особенностями «традиционных» произведений является то, что они содержат мотивы, стиль или другие элементы, характерные для традиции и общины, которая продолжает оставаться ее носителем и пользователем, и идентифицирующие такую традицию и общину. В силу этого, даже если отдельное лицо создает основанное на традиции произведение в своем обычном контексте, с точки зрения общины такое произведение рассматривается в качестве продукта социального и общинного творческого процесса. Как следствие, созданное «традиционное» произведение «не принадлежит» отдельному лицу, а «контролируется» общиной в соответствии с традиционной правовой системой и практикой коренного народа³³. Именно это делает подобного рода произведение «традиционным».

По этим причинам бенефициарами охраны в данных положениях является общины, а не отдельные лица – именно в этом и состоит отличие рассматриваемой системы *sui generis* от норм конвенционного права в области ИС, которыми отдельное лицо всегда может воспользоваться, если оно того пожелает (см. статью 10). Этот подход совпадает с мнением сторон, участвующих в работе Комитета, согласно которому эти положения должны быть направлены на обеспечение таких форм охраны выражений культуры и знаний, которые в настоящее время отсутствуют в конвенционном праве и действующем законодательстве в области ИС³⁴.

Вместе с тем общины состоят из индивидуумов, и поэтому общинный контроль над ТВК/ВФ и их регулирование в конечном итоге приносит выгоду отдельным лицам, которые и образуют соответствующую общину. Таким образом, на практике именно отдельные лица будут извлекать выгоду в соответствии с обычным правом и практикой.

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта этого положения (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Что касается прежнего положения В.3, содержащегося в документе WIPO/GRTKF/IC/7/3, то внесенные в него изменения отражают комментарии, в частности, Австралии, Европейского Союза и его государств-членов, Российской Федерации, Соединенных Штатов Америки и Африканской организации интеллектуальной собственности (АОИС).

³³ См. документ WIPO/GRTKF/IC/6/3, и в частности выступление племен Тулалип (Вашингтон) на пятой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/5/15, пункт 56).

³⁴ Выступления на сессиях Комитета, в частности, Нигерии и Японии.

СТАТЬЯ 3:

АКТЫ НЕЗАКОННОГО ПРИСВОЕНИЯ (ОБЪЕМ ОХРАНЫ)

Традиционные выражения культуры/выражения фольклора, имеющие особую ценность или значимость

(a) В отношении традиционных выражений культуры/выражений фольклора, которые имеют особую культурную или духовную ценность или значимость для общины и которые были зарегистрированы или в отношении которых было направлено уведомление, как это указано в статье 7, предусматриваются адекватные и эффективные правовые и практические меры для обеспечения того, чтобы соответствующая община могла предотвращать следующие акты, совершаемые без ее свободного, предварительного и осознанного согласия:

(i) в отношении таких традиционных выражений культуры/выражений фольклора, которые не являются словами, знаками, наименованиями и символами:

- воспроизведение, публикацию, адаптацию, передачу в эфир, публичное исполнение, сообщение для всеобщего сведения, распространение, доведение до всеобщего сведения и фиксацию (включая фотографирование) традиционных выражений культуры/выражений фольклора или их производных форм;
- любое использование традиционных выражений культуры/выражений фольклора или их адаптаций, которое не признает надлежащим образом общину в качестве источника традиционных выражений культуры/выражений фольклора;
- любое искажение, извращение или иное изменение традиционных выражений культуры/выражений фольклора или иное посягательство в отношении таких выражений; и
- приобретение или осуществление прав ИС на традиционные выражения культуры/выражения фольклора или их адаптации;

(ii) в отношении слов, знаков, наименований и символов, которые являются такими традиционными выражениями культуры/выражениями фольклора, любое использование традиционных выражений культуры/выражений фольклора или их производных форм или приобретение или осуществление прав ИС на традиционные выражения культуры/выражения фольклора или их производные формы, которое умаляет соответствующую общину, оскорбляет ее или устанавливает с ней ложную связь, или вызывает к ней презрительное отношение, или создает ей дурную репутацию;

Другие традиционные выражения культуры/выражения фольклора

(b) В отношении использования и эксплуатации традиционных выражений культуры/выражений фольклора, которые не были зарегистрированы или в отношении которых не было направлено уведомление, как это указано в статье 7, предусматриваются адекватные и эффективные правовые и практические меры для обеспечения того, чтобы:

(i) соответствующая община идентифицировалась в качестве источника любого произведения или иной продукции, представляющих собой адаптацию традиционных выражений культуры/выражений фольклора;

(ii) любое искажение, извращение или иное изменение традиционных выражений культуры/выражений фольклора или иное посягательство в отношении таких выражений могло быть предотвращено и/или подлежало применению гражданских или уголовных санкций;

(iii) любые ложные, вызывающие смешение или вводящие в заблуждение указания или утверждения, которые применительно к товарам или услугам, относящимся к традиционным выражениям культуры/выражениям фольклора общины, происходящим из них или связанных с ними, предполагающими любое одобрение этой общиной или связь с ней, могли быть предотвращены или подлежали применению гражданских или уголовных санкций;
и

(iv) если использование или эксплуатация осуществляются с целью извлечения выгоды, – выплачивалось справедливое вознаграждение или обеспечивалось совместное пользование выгодами на условиях, определенных Агентством, указанным в статье 4, по согласованию с соответствующей общиной; и

Традиционные выражения культуры/выражения фольклора, сохраняемые в тайне

(с) Предусматриваются адекватные и эффективные правовые и практические меры для обеспечения того, чтобы общины имели возможность предотвращать несанкционированное раскрытие традиционных выражений культуры/выражений фольклора, сохраняемых в тайне, последующее их использование и приобретение и осуществления прав ИС на них.

[Комментарий к статье 3 следует]

КОММЕНТАРИЙ

СТАТЬЯ 3: АКТЫ НЕЗАКОННОГО ПРИСВОЕНИЯ (ОБЪЕМ ОХРАНЫ)

История вопроса

Данный проект статьи касается центрального элемента охраны, а именно актов незаконного присвоения ТВК/ВФ, подпадающих под действие положений, прав и других мер, которые будут применяться в каждом оговоренном случае.

Как отмечали стороны, участвующие в работе Комитета³⁵, цель статьи – обеспечение таких форм охраны выражений культуры и знаний, которые в настоящее время отсутствуют в конвенционном праве и действующем законодательстве в области ИС. Настоящие положения не затрагивают охрану ТВК/ВФ, которая уже предусматривается существующими нормами права в области ИС³⁶. Остается еще конвенционная охрана ИС. См. также комментарий к статье 2 «Бенефициары» и статье 10 «Связь с охраной интеллектуальной собственности и другими формами охраны, сохранения и содействия развитию».

Предлагаемое положение имеет целью охватить связанные с ИС виды использования и присвоения ТВК/ВФ, которые чаще всего вызывают озабоченность у коренных и местных общин и других хранителей и носителей ТВК/ВФ, как это было ими сообщено в ходе проведенных ранее миссий по установлению фактов и консультаций (см. пункт 53 документа WIPO/GRTKF/IC/7/3). Оно отражает множество различных подходов и правовых механизмов, закрепленных в национальном и региональном законодательстве (см. пункты 54-56 документа WIPO/GRTKF/IC/7/3).

Краткое изложение проекта положения

Если кратко, то проект положения предполагает использование трех «уровней» охраны, обеспечивающих гибкую охрану, которая адаптирована к разным формам выражений культуры и многочисленным задачам, связанным с их охраной, и представляет собой сочетание исключительных прав и прав на справедливое вознаграждение и комплекс правовых и практических мер.

(а) Что касается ТВК/ВФ, имеющих особую культурную или духовную ценность для общины, то для них предусматривается право «свободного, предварительного и осознанного согласия» (СПОС), схожее с исключительным правом ИС, в соответствии с которым акты, как правило, регулируемые нормами права в области ИС, в частности авторского права, смежных прав, товарных знаков и образцов, будут подпадать под действие СПОС соответствующей общины.

(i) Этот уровень охраны будет обуславливаться предварительным уведомлением или регистрацией в государственном реестре, как это предусмотрено в статье 7 (см. ниже). Регистрация или уведомление осуществляется только факультативно и по решению соответствующих общин. Не предусматривается необходимости регистрации или направления уведомления в отношении ТВК/ВФ, которые сохраняются в тайне, поскольку такие ТВК/ВФ являются отдельным объектом охраны в рамках статьи 3(с). Такая факультативная регистрация осуществляется только в тех случаях, когда общины хотят обеспечить строгую, основанную на предварительном осознанном согласии охрану ТВК/ВФ, которые уже известны и общедоступны.

³⁵ Выступления на сессиях Комитета, среди прочих, Нигерии и Японии.

³⁶ См. комментарии Колумбии.

(ii) Право СПОС предоставит общине право либо предотвращать, либо разрешать – на согласованных условиях, включая совместное пользование выгодами – использование ТВК/ВФ. Как таковое право СПОС схоже с исключительным правом ИС, которое можно лицензировать, но это не является обязательным. Эти права могут быть использованы для позитивной или – и это более вероятно – защитной охраны (для предотвращения любого использования и эксплуатации этих ТВК/ВФ и приобретения прав ИС на них).

(iii) Для слов, наименований, символов и других обозначений предлагаются специально адаптированные формы охраны, основанные на праве товарных знаков и специальных мерах, уже установленных в этом отношении в Андском сообществе, Новой Зеландии и Соединенных Штатах Америки.

(iv) Что касается исполнений, которые квалифицируются как ТВК/ВФ (ТВК/ВФ, представляющие собой «выражения действием»: см. статью 1), то они также могут быть зарегистрированы или в их отношении может быть направлено уведомление, благодаря чему, как это и предлагалось, им будет гарантирована надежная охрана. Предлагаемые личные неимущественные и имущественные права включают права, для которых в качестве модели использован ряд прав, уже обеспеченных другим исполнителям, в том числе прежде всего Договором ВОИС 1996 г. по исполнениям и фонограммам (ДИФ 1996 г.). Эта форма охраны не затрагивает охрану, предоставляемую в рамках ДИФ³⁷. Если такие исполнения не будут таким образом зарегистрированы или в их отношении не будет направлено уведомления, они могут охраняться в соответствии с нижеследующими пунктами (b) или (c), в зависимости от обстоятельств и желания общины.

(b) Что касается ТВК/ВФ, которые не были зарегистрированы таким образом или в отношении которых не было направлено уведомления, то их использование не будет обусловлено получением предварительного разрешения, однако при этом охрана будет учитывать то, как использовались ТВК/ВФ. Эти ТВК/ВФ могут использоваться, например, в качестве источника творческого вдохновения, без необходимости получения предварительного согласия или разрешения, а это отвечает интересам содействия развитию творческих способностей и творческой свободы, что, по мнению многих, и является главной целью³⁸. Однако то, как будут регулироваться используемые таким образом ТВК/ВФ исходя прежде всего из личных неимущественных прав и принципа предотвращения недобросовестной конкуренции с учетом предлагаемых гражданских и уголовных санкций, а также обеспечения справедливого вознаграждения или справедливого совместного пользования выгодами, будет определяться компетентным органом. Этим органом может быть то же Агентство, которое упоминается в статье 4 «Управление правами». Такой подход, как представляется, схож с подходами, обеспечивающими принудительное лицензирование или справедливое вознаграждение, которые можно найти в национальном законодательстве *suī generis* в области ТВК/ВФ³⁹, а также в конвенционном авторском праве в области музыкальных произведений, уже зафиксированных в звукозаписях.⁴⁰

(c) И наконец, что касается сохраняемых в тайне, конфиденциальных или нераскрытых ТВК/ВФ, то в предлагаемом положении поясняется то, что существующая охрана конфиденциальной или нераскрытой информации охватывает объекты, связанные с ТВК, и опирается также в этой области на прецедентное право.⁴¹ В Декларации Матаатуа 1993 г. признается, в частности, что коренные народы имеют право «охранять и контролировать распространение» [их] знаний.⁴²

³⁷ См. комментарий Колумбии.

³⁸ Например, выступление Азербайджана и Европейского Сообщества и его государств-членов, седьмая сессия Комитета (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.).

³⁹ Например, Бангийское соглашение, АОИС, вариант 1999 г.

⁴⁰ Статья 13, Бернская конвенция 1971 г.

⁴¹ Foster v. Mountford (1976) 29 FLR 233.

⁴² Статья 2.1.

Гибкость в отношении правовых механизмов осуществления

Положения носят широкий и всеохватный характер и обеспечивают национальным и региональным органам и общинам гибкость в отношении выбора на национальном или региональном уровнях конкретных правовых механизмов осуществления положений.

Это можно проиллюстрировать на следующем примере: предлагаемый принцип, который предусматривает необходимость обеспечения охраны против ложных или вводящих в заблуждение указаний в торговле на одобрение общиной, которая служит источником основанных на традициях произведений (типичный пример - изделие кустарного промысла, продаваемое как «подлинное» или «индейское», когда оно таковым не является), или связь с этой общиной, может быть реализован на практике на национальном уровне посредством принятия *одной или нескольких* из следующих мер: (i) регистрации и использования соответствующими общинами сертификационных товарных знаков; (ii) применения гражданских и/или уголовных санкций в рамках торговой практики и законов о нанесении маркировки; (iii) введения в действие законодательства, специально направленного на обеспечение такой формы охраны ТВК/ВФ; (iv) регистрации и использования географических указаний; и/или (v) применения общеправовых средств защиты от торговли «под чужим именем» и положений законов о борьбе с недобросовестной конкуренцией.

Производные произведения

Некоторые ключевые политические и правовые вопросы касаются права на адаптацию, права на создание производных произведений и соответствующих исключений и ограничений⁴³.

Предлагаемое предложение предусматривает использование права на адаптацию в отношении ТВК/ВФ, имеющих особую культурную или духовную ценность, при условии предварительной регистрации или направления уведомления. В отношении других ТВК/ВФ не предусматривается ни права на адаптацию как такового, ни права препятствовать получению прав ИС на производное произведение его автором. Кроме того, и в том, и в другом случае нельзя будет препятствовать просто «вдохновению», как это также имеет место в авторском праве согласно принципу дихотомии «идея/выражение»⁴⁴. Вместе с тем предлагается обеспечить регулирование того, каким образом производные произведения могут эксплуатироваться: это общий подход, который применен в Типовом законе 2002 г. Тихоокеанского региона.

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта этого положения (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

В прежний вариант этой статьи, которая в документе WIPO/GRTKF/IC/7/3 была обозначена как В.5, были внесены несколько структурных, форматных и материально-правовых изменений, отражающих суть выступлений на седьмой сессии Комитета, в частности, Азербайджана, Египта и Японии, комментариев, высказанных Австралией, Колумбией, Европейским Союзом и его государствами-членами, Соединенными Штатами Америки, Ассамблеей Первых наций, Советом саами, Международной ассоциацией издателей и Международной ассоциацией по товарным знакам (МАТЗ), а также комментариев, высказанных в ходе других обсуждений, например с Научным комитетом АОИС.

С учетом комментариев, высказанных, в частности, Африканской группой и Египтом на седьмой сессии Комитета, в эту статью было включено более четкое упоминание о

⁴³ См. также комментарии Австралии, а также документ WIPO/GRTKF/IC/5/3 и последующие документы.

⁴⁴ Рассматривалось в WIPO/GRTKF/IC/6/3.

«незаконном присвоении». В прежнем положении В.5 каждому указанному в ней праву соответствовали конкретные акты незаконного присвоения без употребления этого термина как такового. В настоящем положении этот недостаток устранен.

Во исполнение рекомендаций, высказанных в ходе выступлений на седьмой сессии и в полученных комментариях, в проекте статьи исполнения, которые представляют собой ТВК/ВФ, более не рассматриваются в качестве отдельного «слоя». Они могут охраняться в рамках одного из предложенных «слоев» согласно пунктам (a), (b) или (c) этой статьи в зависимости от желания общины; кроме того, как отметили Колумбия и другие стороны, они также являются объектом конвенционной охраны исполнителей «выражений фольклора» в соответствии с ДИФ 1996 г.⁴⁵

⁴⁵ См. комментарий Колумбии.

СТАТЬЯ 4:

УПРАВЛЕНИЕ ПРАВАМИ

(a) Предварительные разрешения на использование традиционных выражений культуры/выражений фольклора, если этого требуют настоящие положения, выдаются либо непосредственно соответствующей общиной, если община того желает, либо агентством, действующим по просьбе и от имени общины (именуемым далее «Агентство»). Если разрешения выдаются агентством:

(i) такие разрешения выдаются только после надлежащего согласования с соответствующей общиной с соблюдением традиционных процессов принятия решений и управления;

(ii) любые денежные и неденежные выгоды, собранные Агентством за использование традиционных выражений культуры/выражений фольклора, передаются им непосредственно соответствующей общине.

(b) На Агентство, как правило, возлагаются функции по повышению информированности, образованию, предоставлению консультационной помощи и выработке рекомендаций. Агентство также:

(i) если об этом его просит община, осуществляет контроль за использованием традиционных выражений культуры/выражений фольклора для целей обеспечения их справедливого и надлежащего использования, как это предусматривается статьей 3(b); и

(ii) устанавливает справедливое вознаграждение, упомянутое в статье 3(b), по согласованию с соответствующей общиной.

[Комментарий к статье 4 следует]

КОММЕНТАРИЙ

СТАТЬЯ 4: УПРАВЛЕНИЕ ПРАВАМИ

История вопроса

В этом положении рассматривается то, каким образом и к кому применяются разрешения на использование ТВК/ВФ, а также смежные вопросы. Отраженные в положении принципы должны применяться независимо от того, являются ли правообладателями общины или государственные органы (см. статью 2 «Бенефициары», выше).

Положения в целом предусматривают осуществление прав самими соответствующими общинами. Однако в случаях, когда соответствующие общины не могут или не желают осуществлять права сами, в данном проекте статьи предлагается возложить определенные функции на «Агентство», всегда действующее по просьбе или от имени соответствующих общин. Такие функции будут носить исключительно факультативный характер, и «Агентству» будет необходимо и уместно выполнять их только в том случае, если этого пожелают соответствующие общины.

Создание агентства, выполняющего такого рода функции, предусматривается Типовыми положениями 1982 г., Законом Филиппин 1997 г. о правах коренных народов (Филиппинский закон 1997 г.), Типовым законом 2002 г. Тихоокеанского региона и многими национальными законами, предусматривающими охрану *sui generis* ТВК/ВФ. В поддержку создания некоего «органа» высказались несколько государств-членов⁴⁶.

Предлагаемое агентство может быть действующим ведомством, органом или обществом, а также региональной организацией или ведомством. Африканская региональная организация интеллектуальной собственности (АРОИС) и Африканская организация интеллектуальной собственности (АОИС), например, отметили возможность выполнения региональными организациями определенных функций в контексте осуществления охраны ТВК/ВФ и ТЗ⁴⁷. Свою роль в этом могут также сыграть авторско-правовые общества по сбору роялти.

Настоящее положение имеет целью определить только некоторые основные принципы, которые могут применяться. Очевидно то, что выработка таких мер в значительной степени будет зависеть от национальных и общинных факторов: варианты более детальных положений могут быть разработаны на национальном и общинном уровнях. Можно воспользоваться детальными положениями, которые содержатся в действующих законах и типовых нормах.

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта этого положения (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

В прежний вариант этого положения, которое в документе WIPO/GRTKF/IC/7/3 было обозначено как В.4, были внесены изменения, отражающие, в частности, заявление Японии, сделанное на седьмой сессии Комитета, а также письменные комментарии Колумбии, Европейского Союза и его государств-членов, Соединенных Штатов Америки, Ассамблеи Первых наций и Совета саами. В некоторых из этих выступлений и комментариев также отмечалось, что положение В.4 носит чрезмерно детальный и императивный характер. Так, Колумбия и Совет саами высказали серьезные оговорки в отношении создания какого бы то ни было агентства или органа, который действовал бы от имени коренных народов. Это указывает

⁴⁶ Африканская группа (WIPO/GRTKF/IC/6/12); выступления на седьмой сессии Комитета представителя Европейского Союза и его государств-членов, Японии и Марокко (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.); комментарии Европейского Союза и его государств-членов.

⁴⁷ Например, выступление АРОИС на седьмой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 89) и предыдущие выступления.

на необходимость того, чтобы право любого агентства или органа на совершение соответствующих действий опиралось на четко выраженное соответствующей общиной желание и выданное ею разрешение.

СТАТЬЯ 5:

ИСКЛЮЧЕНИЯ И ОГРАНИЧЕНИЯ

(a) Меры по охране ТВК/ВФ:

(i) не ограничивают нормальное использование ТВК/ВФ, их передачу, обмен или их развитие членами соответствующей общины в традиционном и обычном контексте, как это определяется обычным правом и практикой, или препятствовать такому использованию, передаче, обмену и развитию;

(ii) распространяются только на использование ТВК/ВФ вне традиционного или обычного контекста, независимо от того, осуществляется ли такое использование с целью извлечения коммерческой выгоды или нет; и

(iii) не применяются к использованию ТВК/ВФ в следующих случаях:

- для иллюстрации в процессе преподавания и обучения;*
- проведение некоммерческих исследований или частных изысканий;*
- критика или реферирование;*
- сообщение новостей или информации о текущих событиях;*
- использование в процессе судебного разбирательства;*
- осуществление записей и другого воспроизведения ТВК/ВФ для их включения в архив или хранилище в интересах защиты культурного наследия на некоммерческой основе; и*
- случайное использование,*

при условии, что в каждом случае такое использование согласуется со справедливой практикой, соответствующая община, насколько это практически осуществимо и возможно, признается в качестве источника ТВК/ВФ и такое использование не является оскорбительным для соответствующей общины.

(b) Меры по охране ТВК/ВФ могут допускать, в соответствии с обычной и традиционной практикой, неограниченное использование ТВК/ВФ или те из них, которые соответствующим образом оговорены, всеми членами общины, включая всех граждан страны.

[Комментарий к статье 5 следует]

КОММЕНТАРИЙ

СТАТЬЯ 5: ИСКЛЮЧЕНИЯ И ОГРАНИЧЕНИЯ

История вопроса

Многие заинтересованные стороны подчеркивали, что в отношении охраны ТВК по типу охраны ИС должны быть предусмотрены определенные ограничения, с тем чтобы их охрана не носила слишком жесткого характера. Было высказано мнение, что чрезмерно строгая охрана может ограничить творчество, художественную свободу и культурный обмен, а также может оказаться непрактичной с точки зрения ее реализации, контроля за ней и обеспечения защиты прав.

Кроме того, было указано на то, что охрана ТВК/ВФ не должна создавать для самих общин препятствия в области использования выражений их культурного наследия, обмена ими и передачи их друг другу с помощью традиционных и обычных средств, а также их развития посредством постоянного воссоздания и имитации.

В предлагаемом положении на рассмотрение вынесен ряд следующих исключений и ограничений:

(а) в пункте (а) определяются цели и общие руководящие принципы, касающиеся невмешательства в процесс непрерывного использования и развития ТВК/ВФ общинами и поддержки такого процесса, в то время как в пункте (b) подтверждается, что эти положения будут применяться только к использованию ТВК/ВФ «ex situ», т.е. использованию вне привычного и традиционного контекста, независимо от того, осуществляется ли такое использование с целью извлечения коммерческой выгоды или нет;

(b) в пункте (c) перечисляются исключения, основанные на Типовых положениях 1982 г., Типовом законе Тихоокеанских островных государств 2002 г. и авторском праве в целом. Некоторые более конкретные комментарии включают следующее:

(i) ограничения и исключения для целей обучения являются обычными в авторско-правовом законодательстве. Хотя иногда они сведены к «очному» обучению (в том числе и в Тихоокеанских типовых нормах 2002 г.), предметом обсуждения также стали специальные ограничения и исключения из авторского права и смежных прав для дистанционного обучения⁴⁸. Для целей настоящих положений используется термин «преподавание и обучение»;

(ii) национальное авторско-правовое законодательство в некоторых случаях разрешает публичным архивам, библиотекам и аналогичным учреждениям осуществлять – исключительно для целей защиты без извлечения при этом коммерческой выгоды – репродуцирование произведений и выражений фольклора и обеспечивать их доступность для широкой публики⁴⁹, как это и предусматривается в предлагаемой статье. В связи с этим в настоящее время ВОИС занимается разработкой соответствующих контрактов, контрольных списков в области ИС и других руководящих принципов и кодексов поведения для музеев, архивов и хранилищ культурного наследия. Предметом обсуждения являлись также специальные ограничения в интересах библиотек и архивов, предусматриваемые авторско-правовым законодательством в целом⁵⁰;

⁴⁸ См. предложение Чили (SCCR/12/3) по теме «Исключения и ограничения в области авторского права и смежных прав», обсуждавшейся на двенадцатой сессии Постоянного комитета ВОИС по авторскому праву и смежным правам (ПКАП) в ноябре 2004 г.

⁴⁹ Примером может служить Закон Соединенного Королевства 1988 г. об авторском праве, образцах и патентах, раздел 2, пункт 14.1.

⁵⁰ См. предложение Чили, выше.

(iii) однако не все типичные для авторского права исключения могут быть уместны, так как они могут ущемлять интересы и традиционные права общины – например, исключения, относящиеся к случайному использованию, которые допускают воспроизведение на фотографиях, рисунках и другими способами скульптуры или произведения художественного творчества, постоянно демонстрируемого в общественном месте, без какого-либо разрешения. Поэтому исключения, которые могут причинить ущерб, опущены.

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта этого положения (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

В отношении этого положения было высказано сравнительно немного комментариев, в том числе Колумбией, Европейским Союзом и его государствами-членами, Исламской Республикой Иран, Соединенными Штатами Америки и Советом саами. В ходе обсуждений с членами Научного комитета Африканской организации интеллектуальной собственности (АОИС), возникли также проблемы с пунктом (с) прежнего положения В.6, поскольку было выражено мнение о том, что общее применение к ТКВ/ВФ типовых исключений и ограничений в области ИС будет носить слишком неопределенный характер⁵¹. В новом тексте предпринята попытка устранить эту озабоченность посредством придания данному положению большей четкости с использованием в качестве основы Типовых положений 1982 г., Типового закона 2002 г. для Тихоокеанских островных государств и авторского права в целом. С другой стороны, Колумбия предложила более общую формулировку данного принципа (например, со ссылкой на интерес к культуре и/или на наличие или отсутствие корыстных намерений), которая оставляет установление таких исключений и ограничений на усмотрение государств-членов.

⁵¹ Обсуждения с Научным комитетом АОИС; выступление Марокко на седьмой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 85).

СТАТЬЯ 6:

СРОК ОХРАНЫ

Охрана традиционных выражений культуры/выражений фольклора осуществляется до тех пор, пока традиционные выражения культуры/выражения фольклора удовлетворяют критериям охраны согласно статье 1 настоящих положений, и,

(i) применительно к ТВК/ВФ, упомянутым в статье 3 (а), охрана таких ТВК/ВФ в соответствии с этим подпунктом осуществляется до тех пор, пока на них распространяется действие регистрации или уведомления, упомянутых в статье 7; и,

(ii) применительно к ТВК/ВФ, сохраняемым в тайне, охрана таких ТВК/ВФ как таковая осуществляется до тех пор, пока они сохраняются в тайне.

[Комментарий к статье 6 следует]

КОММЕНТАРИЙ

СТАТЬЯ 6: СРОК ОХРАНЫ

История вопроса

Многие коренные народы и традиционные общины желают обеспечить бессрочную охрану по крайней мере для некоторых аспектов выражений их традиционной культуры. Призывы к установлению охраны тесно связаны с призывами к приданию охране ретроактивного действия (см. статью 9 «Временные меры», ниже). Вместе с тем принято считать, что для обеспечения сбалансированности системы ИС срок охраны не должен быть неограниченным, с тем чтобы произведения могли в конечном итоге стать «всеобщим достоянием»⁵².

В предлагаемом положении сделан акцент на текущем использовании (по типу использования товарных знаков), с тем чтобы как только община, для которой характерны соответствующие ТВК, прекращает использовать эти ТВК или перестает существовать в качестве самостоятельного субъекта (аналогично отказу от товарного знака или превращению товарного знака в свободный товарный знак), охрана ТВК прекращает свое действие. Такой подход основан на самой сущности объекта охраны: следует напомнить, что в основе ТВК/ВФ лежит характерные особенности общины и ее самобытности (см. выше). Когда ТВК перестают выполнять эту функцию, они, по определению, перестают быть ТВК, и поэтому их охрана должна считаться прекратившей свое действие.

В дополнение к этому общему принципу включено конкретное положение о сроке охраны таких двух категорий ТВК/ВФ, как ТВК/ВФ, которые были зарегистрированы или о которых было направлено уведомление, и ТВК/ВФ, которые сохраняются в тайне, не раскрываются или имеют конфиденциальный характер.

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта этого положения (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

В нескольких выступлениях на седьмой сессии Комитета и некоторых письменных комментариях было высказано мнение о том, что установление единого срока охраны для всех ТВК/ВФ является нецелесообразным и что для разных форм ТВК/ВФ могут быть предусмотрены разные сроки⁵³. Действительно, разные формы ИС охраняются в течение разных сроков. Вместе с тем литературные и художественные произведения и исполнения, как правило, охраняются в течение одного и того же срока, в то время как срок охраны знаков, в принципе, неограничен. В предлагаемом положении все эти мнения сведены воедино, и в нем устанавливается потенциально неограниченный срок для всех трех форм ТВК/ВФ, с особой оговоркой в отношении определенных ТВК/ВФ, в частности ТВК/ВФ, которые были зарегистрированы или в отношении которых было направлено уведомление, и ТВК/ВФ, которые сохраняются в тайне. Однако, как отметил ряд сторон, участвующих в работе Комитета, этот аспект и в целом предмет данного положения требуют дальнейшего изучения.⁵⁴

⁵² См., например, комментарии Европейского Союза и его государств-членов.

⁵³ См., например, заявление Японии и Марокко (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункты 68 и 85).

⁵⁴ См., например, выступление Ирана (Исламская Республика) на седьмой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 78) и комментарии Европейского Союза и его государств-членов, Соединенных Штатов Америки и Международной ассоциации по товарным знакам (МАТЗ). В обсуждениях на Азиатско-Тихоокеанском региональном семинаре ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору, Тэджон, Республика Корея, 11-13 октября 2004 г., также было указано на необходимость внимательного изучения этого положения.

В ряде комментариев было предложено исключить пункт (b) прежнего положения В.7, что и было сделано⁵⁵.

Другие комментарии, касавшиеся этого положения, включали комментарии Колумбии, Европейского Союза и его государств-членов, Российской Федерации, Соединенных Штатов Америки, Ассамблеи Первых наций, Совета саами и Международной ассоциации по товарным знакам (МАТЗ).

⁵⁵ См. комментарии АОИС и Ассамблеи Первых наций.

СТАТЬЯ 7:

ФОРМАЛЬНОСТИ

(a) *В качестве общего принципа, охрана традиционных выражений культуры/выражений фольклора не обусловлена никакими формальностями. Традиционные выражения культуры/выражения фольклора, упомянутые в статье 1, охраняются с момента их создания.*

(b) *Меры по охране традиционных выражений культуры/выражений фольклора, имеющих особую культурную или духовную ценность или значимость и в отношении которых испрашивается уровень охраны, как это предусматривается в статье 3(a), включают требование о том, чтобы соответствующая община или Агентство, упомянутое в статье 4, действующее по просьбе и от имени общины, уведомили о таких традиционных выражениях культуры/выражениях фольклора компетентный орган или организацию или зарегистрировали их в таком органе или организации.*

(i) *Если такая регистрация или уведомление могут быть связаны с записью или другой фиксацией соответствующих традиционных выражений культуры/выражений фольклора, любые права интеллектуальной собственности на такую запись или фиксацию принадлежат соответствующей общине или передаются ей.*

(ii) *Информация о традиционных выражениях культуры/выражениях фольклора, которые были таким образом зарегистрированы или в отношении которых было направлено такое уведомление, и их представления являются открытыми для всеобщего доступа по меньшей мере настолько, насколько это необходимо для обеспечения того, чтобы у третьих лиц была ясность и определенность относительно того, какие традиционные выражения культуры/выражения фольклора охраняются таким образом и кто получает от этого выгоду.*

(iii) *Такая регистрация или уведомление носят декларативный характер и не создают прав. Без ущерба для указанного выше, внесение записи в реестр подразумевает, что записанные в нем факты являются достоверными, если отсутствуют доказательства обратного. Никакая запись как таковая не затрагивает права третьих лиц.*

(iv) *Ведомство или организация, получающие такие регистрации или уведомления, урегулируют любые неопределенные ситуации или споры, связанные с тем, какие общины, в том числе общины в двух или нескольких странах, должны обладать правом на регистрацию или уведомление или должны являться бенефициарами охраны, упомянутой в статье 2, используя для этого, по мере возможности, нормы и процессы обычного права, механизм альтернативного урегулирования споров (АУС) и имеющиеся культурные ресурсы, такие, как хранилища культурного наследия.*

[Комментарий к статье 7 следует]

КОММЕНТАРИЙ

СТАТЬЯ 7: ФОРМАЛЬНОСТИ

История вопроса

Было высказано мнение о том, что получение и поддержание охраны должно быть практически осуществимым, особенно с точки зрения традиционных общин, и не должно представлять собой чрезмерное административное бремя для правообладателей и администраторов⁵⁶. Не менее важным – на что указали несколько заинтересованных сторон, такие, как независимые исследователи и другие пользователи ТВК/ВФ – является обеспечение определенности и ясности отношений с общинами.

Главный вопрос состоит в том, предусматривать или не предусматривать автоматическую охрану или какую-либо форму регистрации:

(a) первый вариант – предусмотреть какую-либо форму регистрации, возможно, после проведения формальной экспертизы или экспертизы по существу. Регистрации либо может носить только декларативный характер, когда факт регистрации используется для обоснования притязания на право собственности, либо может создавать права. Определенная форма регистрации может обеспечить необходимую точность, ясность и определенность относительно того, какие ТВК охраняются и кто получает от этого выгоду;

(b) второй вариант – предусмотреть автоматическую охрану без формальностей, с тем чтобы охрана обеспечивалась с момента создания ТВК, как это происходит в области авторского права.

В предлагаемом положении эти два подхода сведены воедино.

Во-первых, в пункте (a) в качестве общего принципа предусматривается, что охрана ТВК/ВФ не должна быть обусловлена какими-либо формальностями: это отражает принципы авторского права и максимально упрощает процесс получения охраны.

Во-вторых, наряду с этим для тех ТВК/ВФ, которым в соответствии со статьей 3 (a) будет предоставлена наиболее строгая охрана, предусматривается определенная форма регистрации или уведомления:

(i) регистрация или уведомление носят исключительно факультативный характер и осуществляются по решению соответствующих общин. Регистрация или уведомление являются необязательными; незарегистрированным ТВК/ВФ обеспечивается также охрана в соответствии со статьей 3 (b). Не предусматривается необходимости регистрации или направления уведомления в отношении сохраняемых в тайне ТВК/ВФ, поскольку такие ТВК/ВФ являются отдельным объектом охраны в рамках статьи 3(c). Такая факультативная регистрация осуществляется только в тех случаях, когда общины желают обеспечить жесткую, основанную на предварительном осознанном согласии охрану для ТВК/ВФ, которые уже являются известными и общедоступными;

(ii) данное положение в значительной степени опирается на действующие системы регистрации авторского права, Базу данных символики американских коренных жителей в Соединенных Штатах Америки⁵⁷, Панамский закон 2000 г., решение Андского сообщества № 351 и Перуанский закон 2002 г. (информацию об этих законах см., в частности, в документе

⁵⁶ См. также комментарии Ассамблеи Первых наций.

⁵⁷ Описывается и обсуждается в предыдущих документах, например в WIPO/GRTKF/IC/5/3.

WIPO/GRTKF/IC/7/3 и более ранних документах);

(iii) административное управление такой системой регистрации или уведомления, по всей видимости, могла бы осуществлять региональная организация. Так, АРОИС и АОИС указали на ту роль, которую региональные организации играют в этой области⁵⁸. Хотя на начальном этапе эти положения, скорее всего, будут применяться на национальном уровне, что предполагает использование национальных реестров или других систем уведомления, в конечном итоге частью неких будущих региональных и международных систем охраны может стать та или иная форма регионального или международного реестра. Такая международная система уведомления/регистрации могла бы основываться на существующих системах, таких, как, статья *6ter* Парижской конвенции или система регистрации, предусматриваемая статьей 5 Лиссабонского соглашения 1958 г. об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации;

(iv) предлагается, чтобы ведомством или организацией, которые будут осуществлять такую регистрацию или получать такие уведомления и которые будут заниматься урегулированием споров, не являлось то же Агентство, которое упоминается в статье 4⁵⁹;

(v) четко оговаривается, что только община, которая испрашивает охрану конкретного ТВК/ВФ, может зарегистрировать ТВК/ВФ или направить уведомление о нем или – в тех случаях, когда община не имеет такой возможности – это может сделать Агентство, упомянутое в статье 4, действующее по просьбе и в интересах общины⁶⁰;

(vi) в отношении урегулирования споров между общинами, в том числе общинами из двух или нескольких стран, в проекте статьи предусматривается, что регистрационное ведомство или организация используют, по мере возможности, нормы и процессы обычного права и механизм альтернативного урегулирования споров (АУС). Цель этого положения – максимально возможное отражение целей и принципов обычного права и недопущение конфликта между общинами. Что касается учета существующих культурных ресурсов, то ведомство или организация могут также ссылаться на хранилища, перечни и собрания объектов культурного наследия, подобные тем, которые учреждены в рамках Конвенции ЮНЕСКО 2003 г. об охране нематериального культурного наследия. В более общем плане можно было бы предпринять усилия по обеспечению синергизма между уже существующими и создаваемыми хранилищами, предназначенными для сбережения культурного наследия (так, как это обязаны делать государства-участники вышеупомянутой Конвенции ЮНЕСКО), и предлагаемыми здесь системами регистрации или уведомления. Так, можно было бы разработать меры, направленные на обеспечение того, чтобы хранилища, перечни и собрания объектов культурного наследия могли усиливать, поддерживать и упрощать реализацию положений *sui generis* в области охраны ТВК/ВФ и ТЗ⁶¹. ВОИС вместе с заинтересованными сторонами занимается углубленным изучением этих вопросов;

(vii) однако для того, чтобы это положение не носило чрезмерно императивного характера, решение всех других вопросов, касающихся осуществления, можно было бы оставить на усмотрение национальных и региональных законодательных органов. В рамках правоприменительного законодательства, правил и административных мер можно было бы дать ответы на такие вопросы, как: (a) каков порядок подачи заявок на уведомление или регистрацию; (b) до какого уровня и с какими целями регистрационное ведомство будет проводить экспертизу заявок; (c) с помощью каких мер обеспечивается доступность и

⁵⁸ Выступление на седьмой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 89) и предыдущие выступления.

⁵⁹ См. комментарии Европейского Сообщества и его государств-членов в отношении бывшего положения В.9.

⁶⁰ См. комментарии Совета саами.

⁶¹ См. документы совещания экспертов ЮНЕСКО по инвентаризации нематериального культурного наследия, 17 и 18 марта 2005 г.

дешевизна процедуры регистрации или подачи уведомления в отношении ТВК/ВФ; (d) каким образом обеспечивается публичный доступ к информации о том, какие ТВК/ВФ стали предметом регистрации или уведомления; (e) какова процедура обжалования регистраций и уведомлений в отношении ТВК/ВФ; (f) каким образом регистрационное ведомство урегулирует споры о том, какая община или общины должны получать выгоду от охраны ТВК/ВФ, в том числе конфликтующие претензии общин из двух или нескольких стран; и (g) каковы правовые последствия уведомления или регистрации.

Запись, фиксация и документирование ТВК/ВФ

Роль документирования, записи и фиксации ТВК/ВФ и их взаимосвязь с охраной ИС подробно обсуждалась в предыдущих документах и публикациях⁶². Если кратко, то в ходе предыдущих обсуждений была выявлена определенная озабоченность по поводу инициатив в области документирования. Например, в области авторского права и смежных прав право на документирование, запись и фиксацию почти всегда принадлежит не самим общинам, а тем, кто осуществляет документирование, запись или фиксацию. Во-вторых, документирование и запись ТВК/ВФ, особенно если они осуществлены в цифровой форме, повышают доступность и возможности использования ТВК/ВФ, что может отрицательно повлиять на усилия общин по их охране. В силу этих причин в предлагаемой статье предусматривается, что любые права ИС на записи, сделанные специально для целей регистрации, должны принадлежать соответствующим общинам. Действительно, фиксация в материальной форме ТВК/ВФ, которые в противном случае не являлись бы охраноспособными, создает новые права ИС на фиксацию, и эти права ИС могут косвенно использоваться для охраны самих ТВК/ВФ (такая стратегия использовалась, например, для охраны старинной наскальной живописи)⁶³. Кроме того, ясно, что запись и документирование ТВК/ВФ – важный, если не главный, компонент программ защиты культурного наследия. ВОИС в сотрудничестве с другими заинтересованными сторонами продолжает изучать различные аспекты и последствия записи и документирования ТВК/ВФ для прав ИС. В Декларации Матаатуа 1993 г. о правах коренных народов в области культуры и интеллектуальной собственности, в частности, содержится призыв к коренным народам «разработать этический кодекс, которому обязаны следовать внешние пользователи при осуществлении записи (визуальной, звуковой, письменной) их традиционных и обычных знаний»⁶⁴.

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта этого положения (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

В настоящем пересмотренном положении сохранен основной подход «без формальностей», на котором настаивали многие заинтересованные стороны, участвующие в работе Комитета⁶⁵. Однако ряд участников выступили против такого подхода, что обуславливает необходимость более детального изучения этого вопроса⁶⁶.

В прежнем положении В.8, содержащемся в документе WIPO/GRTKF/IC/7/3, также предлагается некий вариант уведомления или регистрации. С учетом выступлений на седьмой сессии Комитета и полученных письменных комментариев формулировка положения была изменена таким образом, чтобы в качестве требования для предоставления охраны ТВК/ВФ, имеющим особое культурное или духовное значение, были установлены уведомление или регистрация, поскольку для таких ТВК/ВФ будет предусмотрена возможность предоставления

⁶² См., например, документы WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 и WIPO/GRTKF/IC/7/3.

⁶³ См., например, Янке, «Неправомерное воспроизведение наскальной живописи»: тематические исследования в области интеллектуальной собственности и традиционных выражений культуры, ВОИС, 2003 г.

⁶⁴ Статья 1.3.

⁶⁵ См. также комментарии Колумбии.

⁶⁶ Комментарии Соединенных Штатов Америки.

строгой охраны на основе ПОС⁶⁷. Были внесены и другие изменения, отражающие комментарии, в частности, Колумбии, Европейского Союза и его государств-членов, Международной ассоциации по товарным знакам (МАТЗ), Ассамблеи Первых наций и Совета саами.

Колумбия, в частности, предложила конкретную формулировку, взятую из статей 52 и 53 решения Андского сообщества № 351 по авторскому праву и смежным правам. Эта формулировка гласит следующее: «Охрана, предоставляемая ТВК/ВФ и произведениям, являющимся их производными, не обуславливается никакими формальностями. Поэтому отсутствие записи не препятствует использованию признанных прав. Внесение записи носит декларативный характер и не создает прав. Без ущерба для указанного выше, внесение записи в реестр подразумевает, что записанные в нем факты и действия являются достоверными, если отсутствуют доказательства обратного. Никакая запись не затрагивает права третьих лиц»⁶⁸.

⁶⁷ Комментарии Европейского Союза и его государств-членов и Международной ассоциации по товарным знакам (МАТЗ).

⁶⁸ См. комментарии Колумбии.

СТАТЬЯ 8:

САНКЦИИ, СРЕДСТВА ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ И ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ПРАВ

(a) На случай нарушения охраняемых прав на традиционные выражения культуры/выражения фольклора предусматриваются доступные, надлежащие и адекватные механизмы защиты прав и урегулирования споров, меры пограничного контроля, санкции и средства правовой защиты, в том числе уголовно-правовые и гражданско-правовые средства защиты.

(b) На Агентство, упомянутое в статье 4, возлагается, среди прочего, задача по оказанию общинам консультационной и технической помощи в обеспечении защиты прав и, при необходимости и по их просьбе, возбуждению от их имени гражданского, уголовного и административного разбирательства.

[Комментарий к статье 8 следует]

КОММЕНТАРИЙ

СТАТЬЯ 8: САНКЦИИ, СРЕДСТВА ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ И ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ПРАВ

История вопроса

В данном положении говорится о том, какие гражданско-правовые и уголовно-правовые санкции и средства правовой защиты предоставляются на случай нарушения полученных прав.

Общины и другие заинтересованные стороны отметили, что предоставляемые действующим законодательством средства правовой защиты могут оказаться неадекватными с точки зрения предупреждения незаконного использования произведений правообладателей, представляющих коренные народы, или они могут не предусматривать выплату возмещения, эквивалентного культурному и нематериальному ущербу, причиненному незаконным использованием. Указывалось также на желательность применения в этой области механизма альтернативного урегулирования споров (АУС)⁶⁹.

Государства-члены подчеркивали необходимость выработки соответствующих руководящих принципов и обобщения практического опыта применения санкций, средств правовой защиты и защиты прав⁷⁰.

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта этого положения (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

В прежнее положение В.9, содержащееся в документе WIPO/GRTKF/IC/7/3, были внесены определенные изменения с учетом комментариев, полученных, в частности, от Исламской Республики Иран, Европейского Союза и его государств-членов и Соединенных Штатов Америки.

⁶⁹ ГРУЛАК (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Приложение I, стр.9 англ. текста), Азиатская группа (WIPO/GRTKF/IC/2/10), Африканская группа (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

⁷⁰ См. выступления Кении и Марокко (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. пункты 80 и 85).

СТАТЬЯ 9:

ВРЕМЕННЫЕ МЕРЫ

(a) Настоящие положения применяются ко всем традиционным выражениям культуры/выражениям фольклора, которые на момент вступления в силу данных положений удовлетворяют критериям, изложенным в статье 1.

(b) Продолжающиеся акты в отношении традиционных выражений культуры/выражений фольклора, которые начали совершаться до вступления в силу настоящих положений и которые были бы запрещены или которые иным образом регулировались бы данными положениями, приводятся в соответствие с этими положениями в течение разумного периода времени после их вступления в силу, при условии соблюдения ранее приобретенных прав третьих лиц.

[Комментарий к статье 9 следует]

КОММЕНТАРИЙ

СТАТЬЯ 9: ВРЕМЕННЫЕ МЕРЫ

История вопроса

Это положение касается вопроса о том, должна ли охрана иметь ретроактивное или перспективное действие, и в частности как следует поступать с ТВК/ВФ, использование которых на законном основании началось до вступления данных положений в силу и будет продолжено после их вступления в силу.

Как отметили многие заинтересованные стороны, участвующие в работе Комитета, этот вопрос прямо затрагивает понятие «всеобщего достояния». В предыдущих документах отмечалось, что «для разработки основ политики в области охраны ТВК в качестве ИС чрезвычайно важно четко понимать роль, контуры и границы всеобщего достояния»⁷¹. Стороны, участвующие в работе Комитета, отмечали, что концепция всеобщего достояния не признается коренными народами и/или что, поскольку выражения фольклора *stricto sensu* никогда не охранялись в качестве ИС, нельзя говорить о том, что они перешли в сферу «всеобщего достояния». По словам представителей племен Тулалип, «именно по этой причине коренные народы в большинстве случаев и призывают к охране знаний, которые западная система относит ко «всеобщему достоянию», и их позиция заключается в том, что эти знания регулировались, регулируются и будут регулироваться обычным правом. Существование указанных знаний в форме «всеобщего достояния» было обусловлено не тем, что не были предприняты необходимые шаги по обеспечению их охраны в рамках системы ИС западных стран, а непризнанием и неуважением правительствами и гражданами этих стран обычного права, регулирующего их использование»⁷².

Действующее законодательство предлагает несколько вариантов:

- (i) ретроактивность действия: это означает, что все прежние, существующие и новые виды использования ТВК станут предметом получения разрешения в рамках нового закона или положения;
- (ii) отсутствие обратной силы: это означает, что законом или положением будут регулироваться только такие новые виды использования, которые не практиковались до вступления в силу закона или положения; и
- (iii) промежуточное решение: это означает, что такие виды использования, которые стали предметом получения разрешения в соответствии с законом или положением, но которые начали практиковаться без получения разрешения до вступления закона или положения в силу, должны быть прекращены до истечения определенного срока (если пользователь не получит в течение этого срока соответствующего разрешения, как это предписано законом или положением).

В действующих системах и моделях *sui generis* либо этот вопрос не рассматривается, либо предусматривается только перспективное использование. Вместе с тем принципам вышеуказанного промежуточного решения в целом следуют Тихоокеанские региональные типовые нормы 2002 г.

В проекте положения использован подход, основанный на промежуточном решении. В частности, он опирается на Тихоокеанские региональные типовые нормы 2002 г., а также на

⁷¹ См., например, документ WIPO/GRTKF/IC/5/3 и последующие документы.

⁷² Заявление на пятой сессии Комитета, также содержащееся на странице <http://www.wipo.int/tk/en/igc/ngo/ngopapers.html>.

формулировку, содержащуюся в статье 18 Бернской конвенции 1971 г. об охране литературных и художественных произведений.

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта этого положения (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Это положение было пересмотрено с учетом заявлений относительно «всеобщего достояния», сделанных на предыдущих сессиях Комитета, заявлений, сделанных на седьмой сессии, в частности, Новой Зеландией и г-ном Мауи Соломоном⁷³, а также комментариев, полученных, в частности, от Европейского Союза и его государств-членов, Соединенных Штатов Америки, Африканской организации интеллектуальной собственности (АОИС), Исламской Республики Иран, Международной ассоциации по товарным знакам (МАТЗ) и Совета саами. В ряде комментариев отмечалась сложность рассматриваемых вопросов и подчеркивалась необходимость их дальнейшего рассмотрения Комитетом.

⁷³

WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 70.

СТАТЬЯ 10:

**СВЯЗЬ С ОХРАНОЙ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И ДРУГИМИ ФОРМАМИ
ОХРАНЫ, СОХРАНЕНИЯ И СОДЕЙСТВИЯ РАЗВИТИЮ**

Охрана традиционных выражений культуры/выражений фольклора в соответствии с настоящими положениями не заменяет, а дополняет охрану, применимую к традиционным выражениям культуры/выражениям фольклора и их производным формам согласно другим законам в области интеллектуальной собственности, законам и программам в области защиты, сохранения и содействия развитию культурного наследия, и другие меры правового и неправового характера, принимаемые в целях охраны и сохранения традиционных выражений культуры/выражений фольклора.

[Комментарий к статье 10 следует]

КОММЕНТАРИЙ

СТАТЬЯ 10: СВЯЗЬ С ОХРАНОЙ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И ДРУГИМИ ФОРМАМИ ОХРАНЫ, СОХРАНЕНИЯ И СОДЕЙСТВИЯ РАЗВИТИЮ

История вопроса

Связь с законодательством в области ИС

Настоящие положения направлены на обеспечение таких форм охраны ТВК/ВФ, которые в настоящее время отсутствуют в конвенционном праве и действующем законодательстве в области ИС.

Как уже отмечалось, любая специальная охрана ТВК/ВФ должна быть согласована с охраной ИС, которая может быть также обеспечена в рамках законодательства в области ИС. В ходе предшествующих обсуждений указывалось на то, что некоторые – если не многие – потребности и озабоченности коренных народов и традиционных и прочих культурных общин и их членов могут быть соответственно удовлетворены или сняты с помощью тех инструментов, которые уже предусматриваются действующими системами ИС, включая надлежащее расширение или адаптацию таких систем. Например:

(a) с помощью законодательства в области авторского права и промышленных образцов можно охранять современные адаптации ранее существовавших материалов, даже если они были созданы в традиционном контексте;

(b) с помощью авторского права можно охранять неопубликованные произведения, автор которых неизвестен;

(c) *droit de suite* (право перепродажи) в авторском праве позволяет авторам произведений искусства получать экономическую выгоду от последующих продаж их произведений;

(d) исполнения «выражений фольклора» могут охраняться согласно Договору ВОИС 1996 г. по исполнениям и фонограммам (ДИФ);

(e) традиционные обозначения, символы и другие знаки могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков;

(f) традиционные географические названия и наименования мест происхождения могут быть зарегистрированы в качестве географических указаний; и

(g) отличительные особенности и репутация, связанные с традиционными товарами и услугами, могут охраняться от торговли «под чужим именем» в рамках законодательства о недобросовестной конкуренции и/или путем применения сертификационных и коллективных товарных знаков.

Связь с мерами, не относящимися к ИС

Предметом широкого обсуждения стал вопрос о том, что всеобъемлющая охрана может потребовать принятия ряда проприетарных и непроприетарных мер, включая меры, не связанные с ИС. Уместные и полезные подходы, не связанные с ИС, как представляется, включают торговую практику и законы о сбыте; законы, защищающие неприкосновенность частной жизни и права на публичность; законодательство о запрете диффамации; контракты и лицензии; реестры, хранилища и базы данных о культурном наследии; обычное право и правила коренных народов; законы и программы в области сохранения и поощрения развития культурного наследия⁷⁴; программы развития и поощрения ремесел и кустарного промысла. В частности, как было предложено рядом заинтересованных сторон, участвующих в работе Комитета, можно было бы более детально изучить возможности обеспечения синергизма

⁷⁴ В комментариях бывшей югославской Республики Македония содержалась, в частности, информация о ее законах и программах в области культурного наследия.

между Конвенцией ЮНЕСКО 2003 г. о защите нематериального культурного наследия и настоящими положениями.

Предлагаемые положения не преследуют цели исключить необходимость в принятии мер и осуществлении программ, не относящихся к ИС. Подходы и меры, которые связаны и которые не связаны с ИС, не являются взаимоисключающими, и каждый/каждая из них, при совокупном использовании, может играть свою роль в рамках всеобъемлющего подхода к охране⁷⁵.

Цель же положений заключается в том, чтобы они дополняли законы и меры по сохранению и защите нематериального культурного наследия и применялись вместе с ними. В ряде случаев действующие в области сохранения и защиты культурного наследия меры, учреждения и программы можно было бы использовать в поддержку этих принципов, что позволило бы избежать дублирования усилий и ресурсов. Выбор механизмов и подходов будет также зависеть от характера подлежащих охране ТВК и политических целей, преследуемых такой охраной.

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта этого положения (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

С учетом предложений, высказанных несколькими заинтересованными сторонами, участвующими в работе Комитета, в прежнее положение В.11 было бы включены меры неправового характера и меры, не связанные с ИС. Благодаря этому пересмотренное положение стало в большей степени соответствовать Типовым положениям 1982 г. Более общие комментарии к данному положению были получены, в частности, от Европейского Союза и его государств-членов, бывшей югославской Республики Македонии, Российской Федерации, Соединенных Штатов Америки, Совета саами и Международной ассоциации по товарным знакам (МАТЗ).

⁷⁵

См. также комментарии Новой Зеландии к документу WIPO/GRTKF/IC/7/3.

СТАТЬЯ 11:

МЕЖДУНАРОДНАЯ И РЕГИОНАЛЬНАЯ ОХРАНА

Возможность пользоваться правами и выгодами, вытекающими из охраны традиционных выражений культуры/выражений фольклора в соответствии с национальными мерами или законами, которые вводят в действие настоящие международные положения, обеспечивается всем правомочным бенефициарам, которые являются гражданами соответствующей страны или которые постоянно проживают в ней, как это определяется международными обязательствами или договоренностями. Правомочные иностранные бенефициары пользуются теми же правами и выгодами, что и бенефициары, которые являются гражданами страны охраны, а также правами и выгодами, особо предоставляемыми настоящими международными положениями.

[Комментарий к статье 11 следует]

КОММЕНТАРИЙ

СТАТЬЯ 11: МЕЖДУНАРОДНАЯ И РЕГИОНАЛЬНАЯ ОХРАНА

История вопроса

Это положение касается технического вопроса, а именно вопроса о том, как в национальном законодательстве будут признаваться права и интересы иностранных владельцев прав на ТВК/ВФ. Иными словами, на каких условиях и при каких обстоятельствах иностранные правообладатели будут иметь доступ к национальным системам охраны и каким уровнем охраны смогут пользоваться иностранные правообладатели. Этот вопрос более детально рассматривается в сопутствующем документе WIPO/GRTKF/IC/8/6. Для данных целей и *просто в качестве отправной точки для обсуждения* и дальнейшего анализа в проект включено положение, в целом основанное на принципе национального режима, закрепленном в статье 5 Бернской конвенции.

В общем, но отнюдь не в исключительном плане вопрос о том, как в национальном законодательстве будут признаваться права и интересы иностранных владельцев прав на ТВК/ВФ, был решен в системе ИС посредством ссылки на принцип «национального режима», хотя он и может быть предметом ряда существенных исключений и ограничений. Национальный режим можно определить как предоставление иностранным правообладателям и гражданам страны одинаковой охраны или *по крайней мере* той же формы охраны. Например:

(a) Бернская конвенция (статья 5) гласит следующее: «(1) В отношении произведений, по которым авторам предоставляется охрана в силу настоящей Конвенции, авторы пользуются в странах Союза, кроме страны происхождения произведения, правами, которые предоставляются в настоящее время или могут быть предоставлены в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам, а также правами, особо предоставляемыми настоящей Конвенцией», и что «охрана в стране происхождения регулируется внутренним законодательством. Однако, если автор не является гражданином страны происхождения произведения, в отношении которого ему предоставляется охрана в силу настоящей Конвенции, он пользуется в этой стране такими же правами, как и авторы-граждане этой страны»;

(b) в отношении исполнителей Римская конвенция 1961 г. предусматривает следующее: «Для целей настоящей Конвенции национальный режим означает правовой режим, предоставляемый внутренним законодательством Договаривающегося государства, в котором испрашивается охрана: (a) исполнителям, являющимся его гражданами, в отношении осуществляемых на его территории исполнений, их передачи в эфир или первой записи ... Национальный режим предоставляется в отношении специально гарантированной охраны и ограничений, предусматриваемых настоящей Конвенцией» (статья 2); и

(c) ДИФ 1996 г. гласит следующее: «Каждая Договаривающаяся сторона предоставляет гражданам других Договаривающихся сторон, как они определены в статье 3(2), такой же режим, какой она предоставляет своим собственным гражданам в отношении исключительных прав, особо предоставляемых настоящим Договором, и права на вознаграждение, предусмотренного в статье 15 настоящего Договора».

Вместо национального режима или в дополнение к нему для признания прав ИС иностранных граждан используются другие международно-правовые механизмы. Согласно принципу «обоюдности» (или обоюдного признания), предоставление страной охраны гражданам другой страны зависит от того, предоставляет ли в свою очередь эта страна охрану гражданам этой первой страны; этим же принципом может также определяться срок или характер охраны. В соответствии с подходом, основанным на «взаимном признании», право, признаваемое в одной стране, будет признаваться в другой стране на основании соглашения

между двумя странами. Еще один механизм обеспечения доступа к национальной системе заключается в «приравнении» к соответствующему гражданству в силу постоянного проживания. Так, в Бернской конвенции (статья 3(2)) предусматривается, что авторы, не являющиеся гражданами одной из стран [Бернского] союза, но имеющие свое обычное местожительство в одной из таких стран, приравниваются для целей Конвенции к гражданам этой страны.

Для признания прав иностранных правообладателей потенциально также применим принцип «страны, пользующейся режимом наибольшего благоприятствования». Соглашение ТРИПС (с учетом исключений) гласит, что «в отношении охраны интеллектуальной собственности любые выгоды, льготы, привилегии или иммунитеты, предоставляемые страной-членом [ВТО] гражданам любой другой страны, немедленно и безоговорочно распространяются на граждан всех других стран-членов».

Несмотря на то, что подход, основанный на национальном режиме, в свете прецедентов и прошлого опыта в области ИС и представляется подходящей отправной точкой, сам характер ТВК/ВФ и формы охраны *sui generis*, на которых настаивают многие стороны, участвующие в работе Комитета, предполагают, что национальный режим должен дополняться определенными исключениями и ограничениями или другими принципами, такими, например, как взаимное признание, обоюдность и приравнение, особенно в том, что касается правового статуса и обычного права бенефициаров охраны. Так, в приведенной выше статье 2 предлагаемых положений предусматривается, что бенефициарами охраны будут являться общины, «на которые в соответствии с их обычным правом и практикой возложена обязанность хранить ТВК/ВФ, заботиться о них и защищать их». В соответствии только с одной строгой концепцией национального режима для определения того, подпадает ли иностранная община под определение бенефициара, суд по обращениям иностранцев в стране охраны имеет возможность прибегать к своему законодательству, в том числе своему обычному праву. С точки зрения общины это может оказаться не вполне удовлетворительным решением, так как она может обоснованно желать использовать свое обычное право. Согласно принципам взаимного признания и приравнения, суд по обращениям иностранцев в стране охраны может согласиться с тем, что община из страны происхождения ТВК/ВФ обладает правоспособностью совершать действия в стране охраны в качестве бенефициара охраны, поскольку она обладает такой правоспособностью в стране происхождения. Таким образом, несмотря на то, что национальный режим мог бы быть уместен в качестве общего правила, нельзя исключать, что, например, применение принципа взаимного признания было бы уместно для решения таких вопросов, как правоспособность.

Однако, как отмечали заинтересованные стороны, участвующие в работе Комитета, охрана иностранных владельцев прав на ТВК/ВФ является сложным вопросом. Например, делегация Египта на седьмой сессии заявила следующее: «ТВК/ВФ часто представляют собой часть общего культурного наследия стран. Поэтому их региональная и международная охрана является сложным вопросом, и к его решению нужно подходить весьма взвешенно. Перед тем, как принимать какие-либо правовые меры в этой области, странам придется проконсультироваться друг с другом»⁷⁶. В выступлении Марокко было указано на необходимость «проведения более широких консультаций с участием всех заинтересованных сторон на этапе до установления механизмов правовой охраны»⁷⁷. Ввиду возникших сложностей в ходе обсуждений в Комитете до сих пор не удалось выработать достаточно конкретные руководящие принципы для решения этого технического вопроса, а действующее национальное законодательство *sui generis* в области ТВК либо не предусматривает охраны прав иностранных владельцев вообще, либо предлагает использовать сочетание подходов.

⁷⁶ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 69.

⁷⁷ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 85.

Поэтому для данных целей и для последующего рассмотрения и анализа предлагается положение, основанное главным образом на принципе национального режима, закрепленном в статье 5 Бернской конвенции.

В последующих проектах этих положений, по желанию Комитета, можно будет более глубоко исследовать виды положений технического характера, содержащихся в международных документах, например положения, касающиеся «точек привязки», «приравнивания», охраны в стране происхождения и независимой охраны. В них также можно будет более подробно рассмотреть вопрос о «региональном фольклоре» и практическую взаимосвязь между международными аспектами и предлагаемыми регистрацией/направлением уведомления в отношении ТВК/ВФ (см. статьи 3(а) и 7, выше). Как отмечается в комментарии к этим статьям, в них содержится ссылка на национальные реестры, однако в конечном счете может быть предусмотрена некая форма региональных и/или международных реестров, основанная, например, на положениях статьи *bter* Парижской конвенции или регистрационной системе, предусмотренной статьей 5 Лиссабонского соглашения 1958 г. об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации,

Комментарии, высказанные в отношении прежнего варианта этого положения (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Как уже отмечалось, в нескольких выступлениях и комментариях, высказанных на седьмой сессии, было указано на сложность этого вопроса и необходимость его дальнейшего взвешенного рассмотрения. Практически ни в одном выступлении или комментарии в отношении данного технического вопроса не содержалось каких-либо конкретных предложений.

[Конец документа]