

**МЕЖПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЙ КОМИТЕТ ПО  
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ, ГЕНЕТИЧЕСКИМ  
РЕСУРСАМ, ТРАДИЦИОННЫМ ЗНАНИЯМ И ФОЛЬКЛОРУ****Шестнадцатая сессия  
Женева, 3-7 мая 2010 г.**

ОХРАНА ТРАДИЦИОННЫХ ВЫРАЖЕНИЙ КУЛЬТУРЫ/ВЫРАЖЕНИЙ ФОЛЬКЛORA:

ПЕРЕСМОТРЕННЫЕ ЦЕЛИ И ПРИНЦИПЫ

*Документ подготовлен Секретариатом*

## ВВЕДЕНИЕ

1. На своей пятнадцатой сессии, состоявшейся 7-11 декабря 2009 г., Межправительственный комитет по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору («Комитет») постановил, что Секретариату следует «подготовить и распространить до конца января 2010 г. пересмотренный вариант рабочего документа WIPO/GRTKF/IC/9/4, отражающий предложенные поправки, сделанные комментарии и поставленные вопросы в отношении этого документа на этой сессии Комитета. Поправки, комментарии и вопросы наблюдателей следует зафиксировать для их рассмотрения государствами-членами. Секретариат предложит сторонам, участвующим в работе Комитета, представить письменные комментарии к настоящему пересмотренному варианту до конца февраля 2010 г. Комитет просил Секретариат затем подготовить и распространить новый пересмотренный вариант этого документа, отражающий представленные письменные комментарии, в качестве рабочего документа следующей сессии Комитета»<sup>1</sup>.

2. Соответственно, пересмотренный вариант рабочего документа WIPO/GRTKF/IC/9/4 был переработан и опубликован 22 января 2010 г. в качестве документа WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov., а сторонам, участвующим в работе Комитета, было предложено представить письменные комментарии к этому пересмотренному варианту к 28 февраля 2010 г.

<sup>1</sup> Проект отчета о пятнадцатой сессии (WIPO/GRTKF/IC/15/7 Prov.)

3. Настоящий рабочий документ является пересмотренным вариантом рабочего документа WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov., отражающим письменные комментарии к нему, полученные в рамках текущего межсессионного процесса представления письменных комментариев во исполнение вышеупомянутого предложения. Письменные комментарии были получены от следующих государств-членов: Китая, Германии, Мексики, Республики Корея и Швейцарии; а также от следующего аккредитованного наблюдателя: Иbero-латиноамериканской федерации исполнителей (FILAIE). С письменными комментариями в том виде, в каком они были представлены, можно ознакомиться на сайте по адресу: [http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft\\_provisions/comments-3.html](http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-3.html).

#### *Подготовка и структура настоящего документа*

4. Документ WIPO/GRTKF/IC/9/4 состоял из сопроводительного документа, подготовленного Секретариатом, в котором содержалась информация об истории, структуре и содержании документа на момент его подготовки (январь 2006 г.), а также Приложения, в котором излагалось «существо» документа, а именно пересмотренный проект целей и принципов.

5. В Приложении содержались сами цели и принципы, а также «Комментарий». Комментарий состоял из комментариев по существу каждой цели и каждого принципа и информации, представляющей собой изложение и анализ полученных комментариев к предыдущему варианту каждой цели и принципа, которые содержались в документе, подготовленном к седьмой сессии Комитета (WIPO/GRTKF/IC/7/3). Эти комментарии уже были отражены в документе WIPO/GRTKF/IC/9/4<sup>2</sup>.

6. В данных обстоятельствах и в интересах обеспечения максимальной краткости и актуальности настоящего документа:

- (a) сопроводительный документ к документу WIPO/GRTKF/IC/9/4 не перенесен в настоящий пересмотренный вариант. Однако, как отмечается в сопроводительном документе, проект целей и принципов основан на обширном процессе сбора фактологических данных, анализе обсуждений и тематических исследованиях и составлен непосредственно на базе комментариев и предложений, сделанных/внесенных сторонами, участвующими в работе Комитета, со времени их первой публикации в предыдущем варианте в августе 2004 г. Описание всего процесса разработки проекта целей и принципов, и в частности последних комментариев к нему, доступно в режиме он-лайн<sup>3</sup>. Проект целей и принципов также дополняется другими ресурсами, такими, как подборки и дословные выдержки из комментариев к согласованному списку вопросов<sup>4</sup> и проекту анализа пробелов<sup>5</sup>. Вся эта информация доступна в режиме он-лайн<sup>6</sup>;

---

<sup>2</sup> Комментарии, отмеченные в Комментариях к WIPO/GRTKF/IC/9/4, являлись комментариями, которые были сделаны к документу WIPO/GRTKF/IC/7/3 – предыдущему варианту документа WIPO/GRTKF/IC/9/4 – в ходе межсессионного процесса комментирования, инициированного Комитетом на его седьмой сессии в ноябре 2004 г. Процесс комментирования длился с ноября 2004 г. по февраль 2005 г., и представленные в этот период комментарии были включены в пересмотренный вариант WIPO/GRTKF/IC/7/3, который был опубликован в качестве рабочего документа к восьмой сессии в июне 2005 г. (WIPO/GRTKF/IC/8/4). Документ WIPO/GRTKF/IC/8/4 впоследствии был переиздан без внесения в Приложение к нему каких-либо поправок в качестве документа WIPO/GRTKF/IC/9/4. Иными словами, комментарии, отмеченные в документе WIPO/GRTKF/IC/9/4, уже были учтены при подготовке настоящего документа.

<sup>3</sup> [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_9/wipo\\_grtkf\\_ic\\_9\\_4.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_4.pdf)

<sup>4</sup> Рабочие документы WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) по вопросу о «Выборке письменных комментариев к списку вопросов» и WIPO/GRTKF/IC/12/4(b) по вопросу о «Выборке фактов».

<sup>5</sup> Рабочий документ WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.

<sup>6</sup> <http://www.wipo.int/tk/en/igc>

- (b) в Приложении сохранены комментарии по существу каждой цели и принципа. Информация о комментариях, сделанных к предыдущему варианту документа WIPO/GRTKF/IC/9/4, не включена и фактически заменена сделанными комментариями и вопросами, поставленными в ходе пятнадцатой сессии и в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев. Во избежание путаницы между предыдущими комментариями и комментариями, сделанными на пятнадцатой сессии и в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев, из текста исключены сноски, содержащие ссылки на предыдущие комментарии. Комментарии, сделанные ранее в отношении «оригинального» документа WIPO/GRTKF/IC/9/4, по-прежнему остаются доступными для информации в режиме он-лайн<sup>7</sup>;
- (c) в соответствии с решениями Комитета, принятыми на его пятнадцатой сессии, конкретные поправки, предложенные государствами-членами на этой сессии и в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев, отражены в целях и принципах в Приложении. Предложенные вставки и добавления подчеркнуты, а слова или фразы, которые государства-члены предложили исключить, «зачеркнуты». В тех случаях, когда было внесено сразу несколько предложений, они разделены двумя наклонными линиями («//»). В Приложении также зафиксированы другие комментарии и вопросы, сделанные/поставленные в ходе пятнадцатой сессии и в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев, а также предложения, комментарии и вопросы наблюдателей редакционного характера, которые зафиксированы для их рассмотрения государствами-членами. Комментарии и вопросы по мере возможности сгруппированы по темам. Несколько комментариев, сделанных в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев, в основном касались всего документа в целом; эти общие комментарии изложены в самом конце документа.

*7. Комитету предлагается продолжить рассмотрение и представление комментариев к проекту положений, содержащемуся в Приложении, в целях разработки его пересмотренного и обновленного варианта.*

[Приложение следует]

---

<sup>7</sup> [http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft\\_provisions/comments-1.html](http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-1.html)

ПРИЛОЖЕНИЕ

ПЕРЕСМОТРЕННЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ  
ОБ ОХРАНЕ ТРАДИЦИОННЫХ  
ВЫРАЖЕНИЙ КУЛЬТУРЫ/ВЫРАЖЕНИЙ ФОЛЬКЛОРА

ПРОЕКТ ПОЛИТИЧЕСКИХ ЦЕЛЕЙ И ОСНОВНЫХ ПРИНЦИПОВ

СОДЕРЖАНИЕ

I. ЦЕЛИ

- (i) Признание ценности
- (ii) Содействие обеспечению уважения
- (iii) Удовлетворение насущных потребностей общин
- (iv) Предотвращение незаконного присвоения и неправомерного использования ТВК/ВФ
- (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 коренных народов и общин и традиционных и иных культурных общин, а также 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 коренных народов и общин и традиционных и иных культурных общин, а также обязательств по отношению к ним ~~коренных народов и иных 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 и неправомерного использования (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 фольклора<sup>8</sup> должна быть направлена на:*

### *Признание ценности*

(i) *признание того, что коренные народы и общины 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 общинами и традиционными и иными 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 и неправомерного использования традиционных выражений культуры/выражений фольклора*

(iv) *предоставление коренным народам и общинам 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~~ и средств их использования вне привычного и традиционного контекста, и содействие 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 общин и традиционных и иных культурных общин по эффективному использованию их прав и распоряжению их собственными национальными выражениями культуры/выражениями фольклора;*

<sup>8</sup>

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 общин 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 общин 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 общин и традиционных и иных культурных общин;*

*Содействие культурному разнообразию*

*(x) содействие расширению и охране разнообразия выражений культуры;*

*Содействие развитию ~~общин~~ коренных народов и общин и традиционных и иных культурных общин и законной торговой деятельности*

*(xi) если таковым будет желание коренных народов и общин и традиционных и иных культурных общин и их членов, – содействие использованию традиционных выражений культуры/выражений фольклора в целях развития коренных народов и общин и традиционных и иных культурных 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 общинами и традиционными и культурными общинами, с одной стороны, и пользователями ТВК/ВФ из академической, коммерческой, правительственной, образовательной и других сфер, с другой.*

[Комментарий к целям следует]

## 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.

*Предложенные изменения, сделанные комментарии и вопросы, поставленные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Конкретные редакционные поправки, отраженные в целях, были предложены Мексикой.



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 коренных народов и общин и традиционных и иных культурных общин и обязательств по отношению к ним
- (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 ними 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 несовпадающих 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 человека. Охрана ТВК/ВФ не должна использоваться для целей ущемления прав человека, гарантированные международным правом, или ограничения их действия.

*(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».

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 уровне.

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 №169.

*(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».

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 существования 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 коренных народов и общин и традиционных и иных культурных общин и обязательств по отношению к ним*

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.

*(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.

Предложенные изменения, сделанные комментарии и вопросы, поставленные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев

Конкретные редакционные поправки, отраженные в общих руководящих принципах, были предложены Мексикой.

## III. МАТЕРИАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

## СТАТЬЯ 1:

## ОБЪЕКТ ОХРАНЫ

(А) «Традиционные выражения культуры» и/или «выражения фольклора» представляют собой любые формы, будь то материального или нематериального/материального, нематериального или смешанного характера// представляют собой любые формы, будь то материального или нематериального характера// представляют собой любые формы материального и/или нематериального характера, в которых выражаются, представляются или проявляются и передаются из поколения в поколение традиционная культура и знания, включая://, в частности, следующие формы выражения или их сочетания:

(i) фонетические или устные выражения, такие, как: предания, эпос, легенды, поэзия, загадки и другие повествования; слова, обозначения, наименования и символы и т.д.;

(ii) музыкальные или звуковые выражения, такие, как песни, ритмы, инструментальная музыка и народные былины;

(iii) выражения действием, такие, как танцы, пьесы, церемонии, ритуалы, виды спорта и традиционные игры и другие исполнения, театр, включая, среди прочего, кукольные представления и народную драму,

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), резьба по дереву, скульптуры, лепные украшения, изделия из глины, терракота, мозаика, изделия из дерева, изделия из металла, ювелирные изделия, плетеные корзины, еда и напитки, вышивка, текстиль, изделия из стекла, ковры, костюмы, маскарадные одежды; игрушки, подарки и ремесленные изделия; музыкальные инструменты; каменная кладка, художественная работа по металлу, плетение и архитектурные и/или погребальные формы;

которые:

– (a) являются продуктами творческой интеллектуальной деятельности, включая индивидуальное и общинное творчество;

– (b) являются свидетельством подлинности/истинности культурной и социальной самобытности и культурного наследия коренных народов и общин и традиционных и иных культурных общин; и

– (c) поддерживаются, используются или развиваются ~~такой общинной~~ коренными народами и общинами и традиционными и иными культурными общинами или отдельными лицами, которые наделены правом делать это или на которых возложена такая обязанность в соответствии с обычной системой землевладения или права// системами обычного права или традиционной/унаследованной от предков практикой этих коренных народов и общин и традиционных и иных культурных общин или в силу принадлежности к коренной/традиционной общине. ~~этой общины.~~

(В) Конкретный выбор терминов для обозначения охраняемого объекта определяется на национальном, субрегиональном 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 ИС.

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 предложено, 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 охраны. 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 «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 общины;

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

Понятие «наследия» используется для обозначения объектов 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, поколений. Выражения, которые могут быть характерными для недавно созданных общин или самобытных групп, к той категории не относятся.

#### *Современное творчество/индивидуальные авторы*

Как отмечалось в предыдущих документах, 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 исполнений), 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 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.

*Поправки, предложенные на пятнадцатой сессии (7-11 декабря 2009 г.) и в рамках межсессионного процесса представления комментариев, сделанные комментарию и поставленные вопросы*

Конкретные редакционные поправки, отраженные в проекте положений, были предложены Анголой, Австралией, Боливией (Многонациональное Государство), Бразилией, Колумбией, Египтом, Сальвадором, Индией, Индонезией, Исламской Республикой Иран, Мексикой, Непалом, Нигерией, Филиппинами, Тринидадом и Тобаго и Венесуэлой (Боливарианская Республика).

*Сделанные комментарии и поставленные вопросы*

Комментарии и вопросы были сделаны/поставлены Австралией, Бразилией, Камеруном, Китаем, Колумбией, Египтом, Францией, Германией, Италией, Исламской Республикой Иран, Японией, Республикой Корея, Филиппинами, Российской Федерацией, Испанией, Суданом, Швейцарией, Соединенными Штатами Америки и, в качестве наблюдателей, Иберо-латиноамериканской федерацией исполнителей (FILAIE), Советом саами, племенами тулалип и «Тупак Амару».

### Структура статьи 1

Одна из делегаций обратилась к Секретариату с просьбой пояснить структуру статьи 1. Она поинтересовалась, верно ли ее понимание того, что все условия, перечисленные в подпунктах (aa)-(cc), касаются всех форм ТВК, описанных в подпунктах (i)-(iv). В случае утвердительного ответа, она предложила изменить структуру текста таким образом, чтобы исключить всякую неясность.

### Терминология

Одна из делегаций предложила заменить в подпункте (a)(bb) слово «heritage» в английском тексте каким-либо другим словом, близким по значению к испанскому «patrimonio». Английский вариант не отражает идею, содержащуюся в испанском варианте, а именно идею о том, что ТВК носят динамичный и интерактивный характер.

Одна из делегаций предложила дать четкое определение термина «традиционные» в пункте (a). По ее мнению, главная цель охраны ТВК – обеспечение охраны этих ТВК, представляющих достаточную ценность для того, чтобы быть охраняемыми, но не подпадающими под действие конвенционного режима авторско-правовой охраны. Поскольку «выражения культуры», как правило, могут подпадать под охрану в соответствии с действующим авторско-правовым режимом, ключевым понятием для принятия решения относительно объектов охраны ТВК, должен являться термин «традиционные». Хотя используемые в подпункте (iv)(bb) слова «культурная и социальная самобытность» и «культурное наследие» и помогают определить этот термин, их значение является слишком широким по своему охвату. Поэтому термин «традиционные» определен недостаточно ясно.

Несколько делегаций предложили добавить статью или глоссарий, содержащий определения ключевых терминов. Было выражено мнение о необходимости использования унифицированной терминологии для понятий, поскольку согласование рабочего определения ТВК является одним из обязательных условий содержательного обсуждения. Комитету следует также принять во внимание уже существующую международную терминологию в этой области, включая определение «нематериального культурного наследия», данное в Конвенции ЮНЕСКО 2003 г. об охране нематериального культурного наследия.

Одна из делегаций отметила, что Комитет не определил, означают ли по сути ТВК и выражения фольклора одно и то же, и что этим терминам так и не даны определения.



### Значение термина «община»

Две делегации задали вопросы, касающиеся концепции членов «общины», и пожелали узнать, каково определение «традиционной общины».

Одна из делегаций предложила толковать термин «община» в том же широком и инклюзивном смысле, что и термин «общины», как это указано в сноске 23 в Приложении к рабочему документу WIPO/GRTKF/IC/9/4. [Примечание Секретариата: эта сноска гласит следующее: «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.»]

Был также поднят вопрос об общине, живущей в диаспоре. Одна из делегаций заявила, что ТВК являются живыми только тогда, когда их носителем выступает народ, когда они выражаются через народ, пребывающий в своем политическом или географическом районе, или когда они принадлежат народу, проживающему в диаспоре по всему миру. Она привела пример камбоджийского танцора, проживающего в Сиэтле, которого можно было бы обвинить в пиратстве камбоджийских ТВК, равно как и группу эфиопских музыкантов в Вашингтоне, округ Колумбия. Делегация выразила мнение о том, что [содержащееся в комментарии к данной статье] заявление о том, что «выражения, которые могут быть характерными для недавно созданных общин или самобытных групп, к этой категории не относятся» вносит путаницу.

Один из наблюдателей согласился с мнением, выраженным по вопросу об общинах, проживающих в диаспоре.

### Значение термина «характерные»

Одна из делегаций предложила использовать вместо слова «характерные», которое, по ее мнению, носит слишком общий характер, какой-либо другой формулировкой, уточняющей, что ТВК должны быть «подлинными и истинными».

Одна из делегаций в отношении подпункта (a)(bb) задала вопрос о том, кто будет определять, что именно является «характерным» и на какой стадии это будет делаться.

В отношении подпункта (a)(bb) и в ответ на вопрос, заданный одной из делегаций, один из наблюдателей заявил, что решать, какие ТВК являются характерными, должны сами коренные народы или общины. В качестве примера он привел традиционный наряд саами, который согласно статье 1 рассматривался бы в качестве ТВК в силу того, что он является традиционным костюмом саами; на практике только сам народ саами может определить, выражает тот или иной костюм его культурную самобытность или нет. Никто другой, кроме саами, сделать этого не может. В большинстве случаев и в качестве общего правила именно община или народ, представляющие собой источник ТВК, определяют, являются ли ТВК культурно значимыми или нет; в отношении подпункта (a)(cc) было предложено заменить его следующими словами: «являются тесно связанными с коренным народом или общиной ввиду их культурного значения для этого коренного народа или общины».

Определение ТВК (сфера охвата объектов охраны): неограниченный/исчерпывающий перечень

Две делегации заявили о том, что определение должно оставаться открытым для добавлений. Одна из делегаций предложила в конце пункта преамбулы вставить слова «и т.д.», с тем чтобы показать, что существуют также другие формы ТВК.

Одна из делегаций выразила мнение о том, что в целом определение является приемлемым, однако ввиду культурного разнообразия приведенные в нем примеры не следует рассматривать в качестве исчерпывающих.

Одна из делегаций обратилась с просьбой пояснить, каковы должны быть цель и объекты охраны ТВК.

Одна из делегаций выразила мнение о необходимости четкого определения сферы охвата объектов охраны ТВК, поскольку классификация ТВК в настоящем документе, на ее взгляд, является слишком расплывчатой. Для более детальной разбивки объектов ТВК, необходимо проделать дополнительную работу.

Одна из делегаций отметила, что, по ее мнению, одним из неперменных условий обстоятельной дискуссии является установление рабочего определения «ТВК». Хорошим рабочим определением является определение, которое дано «ТВК» в статье 1. Комитет может и должен возвращаться к этому определению, в случае необходимости, при проведении переговоров о внесении в него поправок или изменений. Делегация пояснила, что определение «ТВК» должно охватывать все ТВК, т.е. ТВК развивающихся и развитых стран.

#### Взаимосвязь с конвенционным авторским правом

Одна из делегаций отметила, что, возможно, существует частичное дублирование с охраной адаптаций и вариаций ТВК авторским правом, и поинтересовалась, каким образом будет устранена эта коллизия. При этом делегация указала на следующие слова: «различные версии, вариации или адаптации одного и того же выражения можно квалифицировать как самостоятельные ТВК/ВФ». Она заявила, что в качестве ТВК будут охраняться не только оригинальные ТВК, но и их вариации и адаптации. Далее она заявила, что, насколько она понимает, такие адаптации, основанные на оригинальных ТВК, могут также охраняться конвенционным авторским правом. Поэтому в отношении одного и того же объекта действовало бы два режима, что породило бы коллизию между ними.

Одна из делегаций указала на коллизию с Бернской конвенцией (Статья 2) в том, что касается соответствующих определений и взаимосвязи между Бернской конвенцией и охраной, предусматриваемой данным документом. Она предложила передать этот вопрос на рассмотрение экспертной группе.

Один из наблюдателей выразил мнение о необходимости пересмотра ссылки на «архитектурные формы». Потенциальным источником озабоченности является то, что охрана архитектурных произведений не предусматривается ни Бернской конвенцией, ни современным правом ИС. Однако охрана может быть установлена в отношении проектов, схем, моделей, архитектурных и технических образцов. Наблюдатель заявил, что постоянным местонахождением архитектурных произведений являются парки, улицы, площади и другие общественные места и что их изображения можно свободно воспроизводить, распространять и сообщать с помощью произведений живописи, рисунков, фотографий и аудиовизуальных средств. Это может создать коллизию с Бернской конвенцией.

Взаимосвязь с общественным достоянием

Две делегации предложили проанализировать воздействие на сферу общественного достояния. Одна из делегаций поинтересовалась, какие критерии применяются для проведения различия между охраняемыми и неохраняемыми ТВК. Одни ТВК передаются только определенным членам малой общины, в то время как другие передаются в более широком общенациональном культурном контексте, поддерживаются и используются более широкой публикой, а иногда даже используются в коммерческих целях. Эта проблема представляется важной, поскольку она будет непосредственным образом влиять на границы сферы общественного достояния. В условиях, когда применимый в отношении объектов охраны уровень охраны не определен, более широкое определение ТВК может означать сокращение числа материалов, которые в настоящее время относятся к общественному достоянию.

## Редакционные замечания наблюдателей

Один из наблюдателей в отношении пункта (а) предложил добавить после слов «или проявляются» слова «в оригинальной форме», с тем чтобы установить критерии для определения и упоминания конкретной общины. Он также предложил исключить слова «и знания» во избежание любого смешения с ТЗ, которые рассматриваются отдельно. В отношении подпункта (а)(aa) он предложил добавить слова «которые созданы предшествующими поколениями», с тем чтобы подчеркнуть подлинную сущность обсуждаемого предмета, а именно культурного наследия.

Один из наблюдателей, комментируя фразу «поддерживаются, используются или развиваются такой общиной или отдельными лицами, которые наделены правом ...», заявил, что эта формулировка указывает на то, что документ будет применяться только к ТВК, хранителями которых по-прежнему являются коренные народы. Выражение «поддерживаются, используются или развиваются» указывает на то, что ТВК должны находиться в управлении общины или коренных народов, и он выразил мнение о том, что оно должно также применяться в отношении артефактов, которые могли оказаться выведенными за пределы общины без ее согласия. Он предложил следующую альтернативную формулировку: «имеют тесную связь с коренным народом или общиной в силу их культурного значения для этой общины».

Один из наблюдателей предложил следующий текст для статьи 1:

## «Статья 1

## Охраняемый материал

- (1) Устные выражения, такие, как народные сказки и легенды, народная поэзия, предания, эпические поэмы, загадки, другие повествования; слова, обозначения, священные названия и символы;
- (2) Музыкальные выражения, такие, как песни и коренная инструментальная музыка, музыка, исполняемая на ударных инструментах и деревянных духовых инструментах;
- (3) Выражения действием, такие, как танцы, пьесы, церемонии, ритуальные выражения и другие фольклорные исполнения;
- (4) Выражения в материальной форме, такие, как произведения искусства, рисунки, произведения живописи, скульптуры, изделия из глины, терракота, мозаика, изделия из дерева и ювелирные изделия; плетенные корзиночные изделия, вышивка, текстиль, изделия из стекла, изделия для письма, одежда, изделия ремесленников; и
- (5) Музыкальные инструменты и архитектурные произведения.

Указанные ТВК имеют универсальную ценность с исторической, эстетической и антропологической точек зрения и передаются из поколения в поколение».

СТАТЬЯ 2:

БЕНЕФИЦИАРЫ

*Меры по охране национальных традиционных выражений культуры/выражений фольклора принимаются на благо коренных народов и общин, отдельных групп, семей, племен, наций и традиционных и иных культурных общин или всей нации// или стран для которых характерно то или иное традиционное выражение культуры/выражение фольклора<sup>9</sup>:*

(i) *которые хранят ТВК/ВФ, заботятся о них и защищают их в соответствии с их обычным правом и/или практикой; и*

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

[Комментарий к статье 2 следует]

---

<sup>9</sup> Документ WIPO/GRTKF/IC/6/12. На данном этапе в данном проекте положений не 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»<sup>10</sup>.

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»)<sup>11</sup>, а также Законом Перу 2002 г. об установлении режима охраны коллективных знаний коренных народов, основанных на использовании биологических ресурсов («Перуанский закон 2002 г.»)<sup>12</sup>. 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»). 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 страны. Это согласуется с практикой в других областях политики и дополняет такую практику<sup>13</sup>. Поэтому национальный закон может, например, устанавливать, что бенефициарами охраны являются все граждане.

---

<sup>10</sup> WIPO/GRTKF/IC/6/12.

<sup>11</sup> Статья 5, Декрет.

<sup>12</sup> Статья 10.

<sup>13</sup> 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 народа<sup>14</sup>. 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 ИС.

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.

*Поправки, предложенные на пятнадцатой сессии (7-11 декабря 2009 г.) и в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев, сделанные комментарии и поставленные вопросы*

Конкретные редакционные поправки, отраженные в проекте положений, были предложены Австралией, Бразилией, Индией, Мексикой, Марокко и Тринидадом и Тобаго.

*Сделанные комментарии и поставленные вопросы*

Комментарии и вопросы были сделаны/заданы Австралией, Бразилией, Сальвадором, Индией, Индонезией, Исламской Республикой Иран, Республикой Корея и Марокко, а также, в качестве наблюдателя, Австралийским центром права в области искусства.

Терминология

Одна из делегаций повторила свои комментарии, сделанные к статье 1, в отношении английского эквивалента испанскому «patrimonio».

Одна из делегаций в отношении пункта (i) заявила, что термин «возложена обязанность» может иметь определенные правовые последствия в виде требования о представлении доказательств выполнения обязанности хранить, заботиться и защищать, возложенной на ту или иную

---

<sup>14</sup> См. документ WIPO/GRTKF/IC/6/3.

конкретную общину. Она предложила исключить слова «возложена обязанность» и соответствующим образом изменить форму последующих глаголов.

### Круг бенефициаров

Одна из делегаций выразила мнение о том, что под «бенефициарами» следует понимать не только «коренные народы и традиционные и другие культурные общины», но и другие группы.

Одна из делегаций в отношении пункта (i) заявила, что термин «традиционные общины» является слишком общим и что его следует определить более четким и точным образом. Она заявила, что нация имеет свой собственный фольклор, а именно «национальный» фольклор. Однако в положениях не содержится упоминания о «национальных» ТВК. Она предложила внести поправку в пункт (i) таким образом, чтобы охватить также охраной «национальный» фольклор государств-членов.

Одна из делегаций предложила включить также в определение бенефициаров следующие элементы: (i) помимо традиционных/коренных общин, которые поддерживают и развивают ТВК/ВФ, правительства должны также играть свою роль в обеспечении охраны ТВК/ВФ в случае, когда имеются другие общины, которые потенциально могут извлекать выгоды из использования ТВК/ВФ; (ii) в случаях, когда нельзя определить владельца ТВК/ВФ, бенефициаром охраны ТВК/ВФ должно являться правительство, например местные органы управления, а ТВК/ВФ должны использоваться в интересах общины; (iii) владельцем ТВК/ВФ, имеющим право на пользование выгодами от охраны, должен являться владелец ТВК/ВФ, который определен в качестве такового местными органами управления; (iv) что касается вклада отдельных лиц в развитие ТВК/ВФ, то эти лица могут вознаграждаться в рамках существующей системы ИС; (v) государство может играть определенную роль в обеспечении охраны интересов общины, и его роль в качестве правообладателя может быть расширена только в том случае, если из такой охраны пользу извлекают общины.

Одна из делегаций выразила мнение о том, что правообладателями должны являться отдельные группы, семьи, местные общины, племена и нации. Однако правообладателей следует рассматривать в рамках прав всего общества. В этом отношении большое значение имеет национальное законодательство, и его нельзя игнорировать. Следует соблюдать права местных общин, которые являются реальными владельцами, и следует всегда заручаться их согласием.

Одна из делегаций заявила, что в этом положении неполно отражен вопрос о законных бенефициарах охраны ТВК. Различные общины могут практиковать одинаковые или схожие формы ТВК, или их ТВК могут иметь схожие признаки, что может затруднить потенциальным пользователям поиск законных бенефициаров или правообладателей ТВК, которые они желают использовать. Кроме того, без четкого определения круга бенефициаров упомянутым в статье 7(b)(iv) ведомствам по регистрации ТВК придется урегулировать многочисленные споры.

### Обычное право

Одна из делегаций заявила, что доказать существование соответствующих норм обычного права коренных общин будет сложно, и предложила заменить в пункте (i) слово «и» словом «или».

Один из наблюдателей в отношении пункта (i) выразил мнение о том, что необходимо исключить требование о предъявлении общинами доказательств того, что на них возложена обязанность хранить ТВК, заботиться о них и защищать их в соответствии с их обычным правом и практикой, и что такая обязанность коренной общины должна презюмироваться из утверждения коренной общины о существовании этой обязанности. Он предложил изменить формулировку этого пункта следующим образом: «на которые возложена обязанность хранить

ТВК/ВФ, заботиться о них и защищать их». Он также заявил, что следует исключить начало фразы, а в конце добавить новое положение следующего содержания: «считается, что на коренные народы и традиционные и другие культурные общины, испрашивающие охрану ТВК/ВФ, возложена обязанность хранить ТВК/ВФ, заботиться о них и защищать их». В качестве альтернативы он предложил, как минимум, внести следующее изменение: «на которые в соответствии с их обычным правом или практикой возложена обязанность хранить ТВК/ВФ, заботиться о них и защищать их». Он также заявил, что в Австралии коренные народы считают неуважительным использование термина «коренные» в написании со строчной буквы и что поэтому слово «коренные» следует дать по всему тексту с прописной буквы «К». Он заявил, что такое написание согласуется с правописанием этого слова в Декларации о правах коренных народов.



## СТАТЬЯ 3:

АКТЫ НЕЗАКОННОГО ПРИСВОЕНИЯ И НЕПРАВОМЕРНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ  
(ОБЪЕМ ОХРАНЫ)

Традиционные выражения культуры/выражения фольклора, имеющие особую ценность или значимость которые зарегистрированы или в отношении которых направлено уведомление

(a) В отношении традиционных выражений культуры/выражений фольклора, ~~которые имеют особую культурную или духовную ценность или значимость для общины~~ и которые 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 соответствующий коренной народ или община, традиционная или иная культурная община могли 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~~ коренные народы и общины и традиционные и иные культурные общины 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, совершенное с целью причинения вреда им или репутации или престижу общины, коренных народов и общин или региона, к которому они относятся; 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 уменьшает соответствующие общину коренные народы и общины и традиционные и иные культурные общины, оскорбляет их или устанавливает с ними ложную связь, или вызывает к ним презрительное отношение, или создает им дурную репутацию;

(iii) любую фиксацию, воспроизведение, публикацию, сообщение или использование в любой форме традиционных выражений культуры/выражений фольклора без упоминания общины, коренных народов или общин или региона, к которому они относятся.

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) соответствующие коренные народы и общины и традиционные и иные культурные общины ~~община~~ идентифицировались 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~~ коренных народов и общин и традиционных и иных культурных общин, проистекающим из них или связанным с ними, подразумевают любое одобрение ~~этой общиной~~ этими коренными народами и общинами и традиционными и иными культурными общинами или связь с ними, 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 национальным компетентным органом, упомянутым в статье 4, по согласованию с соответствующими коренными народами и общинами и традиционными и иными культурными общинами~~общинной~~; и

Традиционные выражения культуры/выражения фольклора, сохраняемые в тайне

(c) Предусматриваются адекватные и эффективные правовые и практические меры для обеспечения того, чтобы ~~общины~~ коренные народы и общины и традиционные и иные культурные 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 Комитета, 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 ИС. 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.

(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 ДИФ. 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 целью. 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 *suí generis* в области ТВК/ВФ<sup>15</sup>, а также в конвенционном авторском праве в области музыкальных произведений, уже зафиксированных в звукозаписях.<sup>16</sup>

(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.<sup>17</sup> В Декларации Матаатуа 1993 г. признается, в частности, что коренные народы имеют право «охранять и контролировать распространение» [их] знаний.<sup>18</sup>

#### *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.

<sup>15</sup> Например, Бангийское соглашение, АОИС, вариант 1999 г.

<sup>16</sup> Статья 13, Бернская конвенция 1971 г.

<sup>17</sup> Foster v. Mountford (1976) 29 FLR 233.

<sup>18</sup> Статья 2.1.

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 ограничений.

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»<sup>19</sup>. 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.

#### *Предложенные поправки, сделанные комментарии и вопросы, поставленные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Конкретные редакционные поправки, отраженные в проекте положения, были предложены Мексикой.

#### *Комментарии, сделанные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Комментарии были представлены Китаем.

#### Защита прав

Одна из делегаций предложила уточнить минимальные критерии для защиты прав. Например, когда предполагается использовать ТВК, должны быть удовлетворены следующие два условия, причем в качестве принципа и независимо от характера прав: (i) в отношении личных неимущественных прав – ТВК должны охраняться от искажения и извращения, а также должен быть указан источник ТВК; и (ii) в отношении имущественных прав – должна быть обеспечена надлежащая материальная компенсация.

---

<sup>19</sup> Рассматривалось в WIPO/GRTKF/IC/6/3.

## СТАТЬЯ 4:

## УПРАВЛЕНИЕ ПРАВАМИ

(a) Предварительные разрешения на использование традиционных выражений культуры/выражений фольклора, если этого требуют настоящие положения, выдаются либо непосредственно коренными народами и общинами и каждой из групп, семей, племен, наций, традиционных и иных культурных общин или стран соответствующей общиной, если община того желает, либо указанным национальным компетентным органом Агентством, действующим по просьбе и от имени коренного народа или общины или традиционных и иных культурных общин общины (именуемым далее «Агентство»). Если разрешения выдаются агентством компетентным органом:

(i) такие разрешения выдаются только после надлежащего согласования с соответствующими коренным народом и общиной и традиционными и иными культурными общинами с соблюдением традиционных процессов принятия решений и управления;

(ii) любые денежные и неденежные выгоды, собранные указанным национальным компетентным органом Агентством за использование традиционных выражений культуры/выражений фольклора, передаются им непосредственно соответствующим коренному народу и общине и традиционным и иным культурным общинам.

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

(i) если об этом его просят коренной народ и община и традиционные и иные культурные общины, 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 соответствующими коренными народами и общинами и традиционными и иными культурными общинами общины.

[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-членов.

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 ТЗ. 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.

*Предложенные поправки, сделанные комментарии и вопросы, поставленные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Конкретные редакционные поправки, отраженные в проекте положения, были предложены Мексикой.

*Комментарии, сделанные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Комментарии были представлены – в качестве наблюдателя – Иберо-латиноамериканской федерацией исполнителей (FILAIE).

*Редакционные изменения, предложенные наблюдателями*

Один из наблюдателей выразил в отношении пункта (b) мнение о том, что общины, проживающие в приграничных районах, должны выбирать свое «агентство», упомянутое в статье 4, в стране, в которой они проводят большую часть года.

## СТАТЬЯ 5:

## ИСКЛЮЧЕНИЯ И ОГРАНИЧЕНИЯ

(a) Меры по охране ТВК/ВФ:

(i) не ограничивают нормальное использование ТВК/ВФ, их передачу, обмен ими и их развитие лицам, относящимся к коренным народам и общинам и традиционным и иным культурным общинам, 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, соответствующие община-коренные народы и общины и традиционные и иные культурные общины, насколько это практически осуществимо и возможно, признаются в качестве источника ТВК/ВФ и такое использование не является оскорбительным для ~~соответствующей общины~~ таких коренных народов и общин и традиционных и иных культурных общин по причине того, что традиционные выражения культуры/выражения фольклора искажаются, извращаются или изменяются с целью причинения вреда им или репутации общины, коренных народов и общин или региона, к которому они относятся.

(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)(i) 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 (а)(ii) 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 (а)(iii) 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 обучения<sup>20</sup>. 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 публики<sup>21</sup>, 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 целом<sup>22</sup>;

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Примером может служить Закон Соединенного Королевства 1988 г. об авторском праве, образцах и патентах, раздел 2, пункт 14.1.

<sup>22</sup> 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.

*Предложенные поправки, сделанные комментари и вопросы, поставленные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Конкретные редакционные поправки, отраженные в проекте положения, были предложены Мексикой.

*Комментарии, сделанные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Комментарии были представлены – в качестве наблюдателя – Иберо-латиноамериканской федерацией исполнителей (FILAIE).

*Редакционные изменения, предложенные наблюдателями*

Один из наблюдателей предложил в подпункте (a)(iii) либо исключить слово «случайное», либо предусмотреть применение в отношении таких пользователей трехступенчатой проверки.

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; и*

*(iii) охрана, предоставляемая ТВК/ВФ от их любого искажения, извращения или иного изменения, совершаемого с целью причинения вреда им или репутации или престижу общины, коренных народов и общин или региона, к которому они относятся, длится неограниченный срок.*

[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».

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.

*Предложенные поправки, сделанные комментарии и вопросы, поставленные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Конкретные редакционные поправки, отраженные в проекте положения, были предложены Мексикой.

*Комментарии, сделанные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Комментарии были представлены – в качестве наблюдателя – Иберо-латиноамериканской федерацией исполнителей (FILAIE).

*Редакционные изменения, предложенные наблюдателями*

Один из наблюдателей заявил, что формулировка подпункта (ii) может вызывать путаницу и что по этой причине было бы целесообразно добавить, что правовые нормы, применимые ко всем другим формам ТВК/ВФ, будут также применяться к сохраняемым в тайне ТВК/ВФ после того, как они перестанут сохраняться в тайне.

## 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 соответствующий коренной народ и община и традиционные и иные культурные общины, или Агентство, упомянутое в статье 4 указанный национальный компетентный орган или третье лицо, действующее по просьбе и от имени общины, уведомили о таких традиционных выражениях культуры/выражениях фольклора указанный национальный 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 соответствующим коренным народам и общинам или традиционным и иным культурным общинам ~~общине~~ или передаются им.

(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~~ Указанный национальный компетентный орган, получающий такие регистрации или уведомления, урегулирует любые неопределенные ситуации ~~и~~ и помогает урегулировать споры, связанные с тем, какие ~~общины~~ коренные народы и общины и традиционные и иные культурные общины, в том числе те, которые находятся в двух или нескольких странах, должны обладать правом на регистрацию или уведомление или должны являться бенефициарами охраны, упомянутыми в статье 2, используя для этого, по мере возможности, нормы, системы 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 администраторов. 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:

(а) 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 (а) 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 (а) 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 Америки, Панамский закон 2000 г., решение Андского сообщества № 351 и Перуанский закон 2002 г. (информацию об этих законах см., в частности, в документе 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 области. 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 *bter* 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 4;

(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 общины;

(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 ТЗ<sup>23</sup>. 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 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.

---

<sup>23</sup>

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

*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 публикациях<sup>24</sup>. 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)<sup>25</sup>. 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»<sup>26</sup>.

*Предложенные поправки, сделанные комментариис и вопросы, поставленные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Конкретные редакционные поправки, отраженные в проекте положения, были предложены Мексикой.

*Комментарии, сделанные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Комментарии были представлены Республикой Корея и Мексикой.

Связь с «характерными особенностями» ТВК

Одна из делегаций выразила мнение о том, что формальности должны быть привязаны, в частности, к характерным особенностям ТВК. Например, могут возникнуть трудности при определении времени первоначального создания и установлении времени признания или авторизации ТВК в качестве таковых. Между этими двумя временными точками может существовать разрыв, в связи с чем возникает вопрос о ретроактивном действии охраны ТВК. По этой причине охрана ТВК с момента их первоначального создания без применения каких-либо формальностей может вызвать путаницу как у правообладателей, так и у пользователей ТВК.

<sup>24</sup> См., например, документы WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 и WIPO/GRTKF/IC/7/3.

<sup>25</sup> См., например, Янке, «Неправомерное воспроизведение наскальной живописи»: тематические исследования в области интеллектуальной собственности и традиционных выражений культуры, ВОИС, 2003 г.

<sup>26</sup> Статья 1.3.



«Нормативные системы»

Одна из делегаций пояснила, что «нормативные системы» охватывают знания, создаваемые и сохраняемые в рамках конкретных групп коренных народов и общин и передаваемые из поколения в поколение в устной форме. Поэтому коренные нормативные системы являются частью той же культурной матрицы, что и традиционная медицина, ремесла, истории сотворения мира, обменные отношения, которые существуют между общинами и поддерживаются с природой. В этом смысле внутренние нормативные системы представляют собой ТЗ коренных народов, и коренные народы должны быть наделены правом использовать свои нормативные системы для урегулирования любых возникающих внутренних споров.

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~~ указанный национальный компетентный орган, упомянутый в статье 4, возлагается, среди прочего, задача по оказанию коренным народам и общинам и традиционным и иным культурным общинам ~~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).

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

*Предложенные поправки, сделанные комментарии и вопросы, поставленные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Конкретные редакционные поправки, отраженные в проекте положения, были предложены Мексикой.

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»<sup>27</sup>. 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»<sup>28</sup>.

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 *suí 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

<sup>27</sup> См., например, документ WIPO/GRTKF/IC/5/3 и последующие документы.

<sup>28</sup> 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.

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 наследия; 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 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 охране.

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.

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 *suí 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 нередко 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»<sup>29</sup>. В выступлении Марокко было указано на необходимость «проведения более широких консультаций с участием всех заинтересованных сторон на этапе до установления механизмов правовой охраны»<sup>30</sup>. 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 *suí generis* в области ТВК либо не предусматривает охраны прав иностранных владельцев вообще, либо предлагает использовать сочетание подходов.

<sup>29</sup> WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., пункт 69.

<sup>30</sup> 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 6ter Парижской конвенции или регистрационной системе, предусмотренной статьей 5 Лиссабонского соглашения 1958 г. об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации.

*Предложенные поправки, сделанные комментарии и вопросы, поставленные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Конкретные редакционные поправки, отраженные в проекте положения, были предложены Мексикой.

## ОБЩИЕ КОММЕНТАРИИ

*Общие комментарии к рабочему документу WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov., сделанные в рамках межсессионного процесса представления письменных комментариев*

Комментарии были представлены Германией и Швейцарией.

Одна из делегаций выразила мнение о том, что будущая работа Комитета не должна основываться исключительно на рабочем документе WIPO/GRTKF/IC/9/4 (его новый пересмотренный вариант опубликован в качестве документа WIPO/GRTKF/IC/16/4). Напротив, дискуссия должна основываться на всей работе, проводимой Комитетом, включая любые документы. Например, необходимо также учесть результаты анализа пробелов, содержащегося в документе WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev., поскольку в нем представлена ценная информация об общих характерных особенностях ТВК. Любая дискуссия по второстепенным вопросам должна основываться на «жизнеспособном» общем понимании сторонами, участвующими в работе Комитета, цели охраны ТВК. Поэтому она предложила пояснить цель и объект охраны в статье 1 и зарезервировала за собой право представить дополнительные комментарии по другим материально-правовым положениям после того, как этот вопрос будет достаточным образом прояснен. Вместе с тем это отнюдь не означает, что делегация согласна с материально-правовыми положениями, содержащимися в Приложении к настоящему документу, в качестве единственной основы для будущей дискуссии.

Одна из делегаций выразила мнение о том, что все три основных вопроса следует рассматривать на одинаковой основе. Поэтому все они должны обсуждаться на каждой сессии Комитета, и им должно уделяться примерно равное внимание и время. Так, в продленном мандате содержалась ссылка на весь рабочий документ WIPO/GRTKF/IC/9/4 в целом, и поэтому Комитету следует обсуждать в ходе последующего процесса переговоров не только часть 3, но и части 1 и 2 Приложения к этому документу. Делегация изъявила желание пояснить, что отсутствие квадратных скобок в пересмотренном документе WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov. не означает, что в Комитете был достигнут консенсус по какой-либо части текста документа.

[Конец Приложения и документа]