

Межправительственный комитет ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору

42-я сессия
Женева, 28 февраля – 4 марта 2022 г.

ОБНОВЛЕННЫЙ ОТЧЕТ О ТЕХНИЧЕСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЕ ПРОЕКТОВ ДОКУМЕНТОВ ВОИС, ПОСВЯЩЕННЫХ ГЕНЕТИЧЕСКИМ РЕСУРСАМ, ТРАДИЦИОННЫМ ЗНАНИЯМ И ТРАДИЦИОННЫМ ВЫРАЖЕНИЯМ КУЛЬТУРЫ, ПО КЛЮЧЕВЫМ ВОПРОСАМ, КАСАЮЩИМСЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ, В КОНТЕКСТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА, ПРИНАДЛЕЖАЩИХ КОРЕННЫМ НАРОДАМ

Документ подготовлен Секретариатом

1. Признав значимость документа «Отчет о технической экспертизе проектов документов ВОИС, посвященных генетическим ресурсам, традиционным знаниям и традиционным выражениям культуры, по ключевым вопросам, касающимся интеллектуальной собственности» (WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10) («Отчет о технической экспертизе»), подготовленного профессором Джеймсом Анаей, экспертом из числа представителей коренных народов, для работы Межправительственного комитета ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору («Комитет») и ссылаясь на рекомендацию Постоянного форума Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов (ПФОООНКН), вынесенную на его 18-й сессии в 2019 г., Комитет на своей 40-й сессии просил Секретариат дать поручение, в рамках имеющихся ресурсов, о подготовке экспертом из числа представителей коренных народов обновленного отчета об этой Технической экспертизе для рассмотрения Комитетом в течение двухгодичного периода 2020-2021 гг.¹

2. В соответствии с указанным решением г-же Неве Коллингс, директору Совета Управления жилищного обустройства аборигенов Нового Южного Уэльса при Департаменте семейных и муниципальных услуг Австралии, и г-ну Элифурахе Лалтаика, старшему преподавателю и руководителю Отдела научных исследований Университета Тумаини (г. Макумира, Объединенная Республика Танзания), было поручено подготовить Обновленный отчет о технической экспертизе, который затем прошел слепое

¹ См. Решения 40-й сессии Комитета, стр. 3.

рецензирование двумя экспертами из числа представителей коренных народов. Обновленный отчет о технической экспертизе подготовленный привлеченными экспертами из числа представителей коренных народов, содержится в Приложении к настоящему документу.

3. *Комитету предлагается
принять к сведению Приложение
к настоящему документу.*

[Приложение следует]

Обновленный отчет о технической экспертизе проектов документов ВОИС, посвященных генетическим ресурсам, традиционным знаниям и традиционным выражениям культуры, по ключевым вопросам, касающимся интеллектуальной собственности, в контексте прав человека, принадлежащих коренным народам

Г-н Элифураха Лалтаика и г-жа Нева Коллингс

ИСТОРИЯ ВОПРОСА И ВВЕДЕНИЕ

1. В ходе 18-й сессии Постоянного форума Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов (ПФОООНКН), проходившей с 22 апреля по 3 мая 2019 года, ПФОООНКН рекомендовал Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС)² привлечь и оплатить услуги эксперта из числа коренных народов для подготовки обновленной версии отчета о технической экспертизе проектов документов Межправительственного комитета ВОИС по интеллектуальной собственности и генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору (МКГР), посвященных генетическим ресурсам (ГР), традиционным знаниям (ТЗ) и традиционным выражениям культуры (ТВК) в контексте прав человека, принадлежащих коренным народам («Отчет о технической экспертизе»), подготовленного в 2014 году профессором Джеймсом Анаей³.

2. ПФОООНКН рекомендовал подготовить обновленный отчет о технической экспертизе «для отражения текущих вопросов, уделив особое внимание таким понятиям, как "баланс" и "общественное достояние", и вопросу о том, как они могут противоречить правам человека, принадлежащим коренным народам и их обычному праву, а также обязательству учитывать и соблюдать права человека в работе ВОИС»⁴. Запрошенный обновленный отчет о технической экспертизе содержится в настоящем отчете.

3. Отчет о технической экспертизе, подготовленный профессором Анаей – это документ, имеющий непреходящую теоретическую и практическую значимость с точки зрения исследования связей между охраной интеллектуальной собственности и правами человека, принадлежащими коренным народам. В нем обосновывается ключевая роль согласия коренных народов на доступ к их ТЗ, ТВК и ГР как предварительного условия предоставления такого доступа⁵.

4. Таким образом, данный Обновленный отчет о технической экспертизе основан на работе профессора Анаи, выполненной по запросу ПФОООНКН. Текущие проекты текстов МКГР по ТЗ, ТВК и ГР рассматриваются в нем в контексте прав человека, принадлежащих коренным народам, путем анализа возможных противоречий между такими понятиями, как «баланс» и «общественное достояние», а также «базы данных», «многоуровневый подход» и «требования в отношении раскрытия информации», и правами человека, принадлежащими коренным народам, рассмотренными в Отчете о технической экспертизе, подготовленном профессором Джеймсом Анаей.

² Постоянный форум Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов, отчет о 18-й сессии, E/2019/43-E/C.19/2019/10. См. пункт 10 документа, размещенного по адресу:

<https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/news/2019/06/18-session-report/>.

³ Документ WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, размещенный по адресу:

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

⁴ Документ E/2019/43-E/C.19/10, пункт 10.

⁵ Документ WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, пункт 11.

5. С точки зрения структуры данный Обновленный отчет делится на три части. Первая часть охватывает обновленный обзор проектов статей МКГР по ТЗ⁶ и ТВК⁷. Вторая часть включает обновленный обзор «Сводного документа, касающегося интеллектуальной собственности и ГР» (далее «Сводный документ»), и «Проекта международно-правового документа в области интеллектуальной собственности, ГР и ТЗ, связанных с ГР», подготовленный Председателем МКГР (далее «Текст Председателя»)⁸. Третья часть содержит заключительные соображения.

6. Всю ответственность за содержание данного Обновленного отчета о технической экспертизе несут его авторы. Он ни в коей мере не отражает мнения Секретариата ВОИС, государств-членов ВОИС или Наблюдателей.

ЧАСТЬ 1: ПРОЕКТЫ ТЕКСТОВ МКГР ПО ТЗ И ТВК

Обеспечение баланса

7. Принцип «баланса», используемый в системе охраны прав интеллектуальной собственности, создает взаимные преимущества для собственников и пользователей охраняемых объектов, в том числе в интересах поощрения инноваций и творчества. Самым ярким примером использования этого принципа в международно-правовых документах служит его применение в тексте статьи 7 Соглашения Всемирной торговой организации по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). Статья гласит: «Охрана и обеспечение соблюдения прав интеллектуальной собственности должны содействовать техническому прогрессу и передаче и распространению технологии к взаимной выгоде производителей и пользователей технических знаний, способствуя социально-экономическому благосостоянию и достижению баланса прав и обязательств»⁹.

8. Здесь возникает, однако, серьезная проблема, связанная с тем, что механизмы интеллектуальной собственности ориентированы, как правило, на охрану интересов индивидуальных или корпоративных изобретателей, в то время как коренные народы владеют знаниями коллективно. Теоретически «баланс» предполагает, соответственно, стремление обеспечить охрану прав интеллектуальной собственности коренных народов как группы при одновременном соблюдении прав остальных членов общества. Но этот подход проблематичен для коренных народов, поскольку ТЗ и ТВК являются неотъемлемой частью их групповой идентичности и передаются из поколения в поколение. Важно отметить, что ТЗ и ТВК коренных народов содержат истории, нормы

⁶ 51-я (24-я очередная) сессия Генеральной Ассамблеи ВОИС: Отчет о работе Межправительственного комитета по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору (МКГР) (WO/GA/51/12), Приложение I: Охрана традиционных знаний: проекты статей, текст координаторов, Rev. (19 июня 2019 г.), размещено по адресу: https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=443934.

⁷ 51-я (24-я очередная) сессия Генеральной Ассамблеи ВОИС: Отчет о работе Межправительственного комитета по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору (МКГР) (WO/GA/51/12), Приложение II: Охрана традиционных выражений культуры: проекты статей, текст координаторов, Rev. (19 июня 2019 г.), размещено по адресу: https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=443934.

⁸ 51-я (24-я очередная) сессия Генеральной Ассамблеи ВОИС: Отчет о работе Межправительственного комитета по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору (МКГР) (WO/GA/51/12), Приложение III: Сводный документ, касающийся интеллектуальной собственности и генетических ресурсов, Rev. 2 (23 марта 2018 г.), размещено по адресу: https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=443934, и Приложение IV: Проект международно-правового документа в области интеллектуальной собственности, генетических ресурсов и традиционных знаний, связанных с генетическими ресурсами, подготовленный г-ном Иеном Госсом, размещен по адресу: https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=443934.

⁹ См. Приложение С1, размещенное по адресу: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

обычного права, протоколы, церемонии, особенности уклада жизни и мировоззрения, которые не предполагают коммерциализации.

9. Хотя применительно к физическим и юридическим лицам такой «баланс» оправдан, применение этого понятия может наносить ущерб коренным народам, которые владеют своими ТЗ и ТВК коллективно и пользуются правом на самоопределение, предусмотренным нормами международного права¹⁰. Это право предполагает стремление многих коренных народов принимать законы, касающиеся их языка, культуры и, возможно, их интеллектуальной собственности. Сложность заключается в обеспечении признания правовым режимом интеллектуальной собственности обычаев коренных народов, обеспечении охраны и передачи ТЗ и ТВК на основе механизмов доступа и совместного использования выгод (ДСИВ) и на взаимно согласованных условиях (ВСУ) в соответствии с принципом свободного, предварительного и осознанного согласия (СПОС)¹¹.

10. Хотя цель системы интеллектуальной собственности – обеспечивать ситуацию, когда все знания используются всем обществом в целом, коренные народы обладают правами человека и другими правами в отношении ТЗ и ТВК, которые являются неотъемлемой частью их обычного права, культуры, языка и религии. Соответственно, поскольку права человека имеют долгосрочное действие, законы об интеллектуальной собственности не могут их обходить; следовательно, не должно быть никаких законов или запретов, ограничивающих коренные народы в использовании их ТЗ и ТВК.

11. Возможным частичным решением этой головоломной задачи является создание системы охраны ТЗ и ТВК *sui generis*¹², учитывающей права человека, принадлежащие коренным народам и их обычное право, вместо распространения на них норм системы интеллектуальной собственности, как это показано в пунктах 12 и 13 данного Обновленного отчета. Предполагаемая система *sui generis* должна уважать права коренных народов на контроль и охрану их ТЗ и ТВК.

12. Более того, для предотвращения незаконного присвоения ТЗ могут требоваться реальные меры, включая создание особых режимов интеллектуальной собственности в качестве отдельных норм законодательства, предусматривающего охрану ТЗ от несанкционированного доступа и использования, регулирование прав на базы данных, а также компенсацию или реституцию¹³. Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов (ДПКНООН) подтверждает право коренных народов на реституцию или справедливую и соразмерную компенсацию за ресурсы, изъятые и использованные без их СПОС¹⁴.

13. Ключевыми элементами режимов *sui generis* должны быть требования в отношении атрибуции ТЗ коренных народов, разработка баз данных коренными народами и получение их СПОС до получения доступа к ТЗ коренных народов и их использования

¹⁰ Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов (ДПКНООН), статья 4, размещена по адресу: <https://undocs.org/A/RES/61/295>.

¹¹ ДПКНООН, статья 19.

¹² В Юридическом словаре Блэка понятие «*sui generis*» определяется как «своего рода или класса, уникальный или своеобразный».

¹³ ДПКНООН, ст. 28(1); Natalie P. Stoianoff and Alpana Roy, *Indigenous Knowledge and Culture in Australia — The Case for Sui Generis Legislation* (SSRN Scholarly Paper No ID 2765827, Social Science Research Network, 31 December 2015), 748. <<https://papers.ssrn.com/abstract=2765827>>; Graham Dutfield, 'Legal and Economic Aspects of Traditional Knowledge' in Keith E. Maskus and Jerome H. Reichman (eds), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime* (Cambridge University Press, 1st ed, 2005), 506.

¹⁴ ДПКНООН, статья 28(12).

третьими сторонами¹⁵. Разработка баз данных и реестров ТЗ коренными народами на основе СПОС может требовать финансовой и технической помощи государств-членов, основанной на принципиальном уважении к обычному праву и культурной целостности коренных народов и местных общин¹⁶.

Возмещение ущерба

14. Право коренных народов на возмещение ущерба от несанкционированного использования и эксплуатации их ТЗ, ТВК, ГР и связанных с ними ТЗ подтверждается ДПКНООН, требующей от государств возмещения ущерба с применением эффективных механизмов, включая реституцию культурных ценностей и интеллектуальной собственности, использованных без СПОС, что может включать принятие специальных конкретных мер¹⁷. Таким образом, государства-участники обязаны принимать конкретные меры для обеспечения полного осуществления коренными народами прав человека, применяя эффективные механизмы, предусматривающие реституцию за культурное наследие и интеллектуальную собственность, используемые без СПОС¹⁸.

15. Форум коренных народов при МКГР ВОИС сформулировал в качестве неотъемлемого элемента возмещения ущерба право коренных народов на дальнейшее использование их ТЗ, ТВК и ТЗ, связанных с ГР, без каких-либо запретов. Более того, если компания имеет патент, это не должно создавать препятствия для использования запатентованного изобретения коренными народами-первоначальными обладателями соответствующих ТЗ. Еще одним элементом возмещения ущерба является репатриация. Как Форум коренных народов уже указывал ранее, правовой документ должен предусматривать репатриацию на том основании, что «переговоры не могут относиться только к будущей практике, связанной с патентными вопросами», но должны также учитывать «случаи незаконного присвоения и противоправных действий, уже имевшие место ранее»¹⁹.

16. Определенные положения, касающиеся реституции, содержатся в «Добровольном руководстве Руцолихирисашик по репатриации традиционных знаний коренных народов и местных общин, имеющих значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия», принятом в рамках Конвенции о биологическом разнообразии (КБР), которое содержит рекомендации в отношении мер по репатриации, в том числе призванных обеспечить совместное использование выгод²⁰.

17. Добровольное руководство Руцолихирисашик предусматривает, что «репатриация может включать в себя усилия, направленные на восстановление способности коренных народов и местных общин управлять своими традиционными знаниями», которые касаются порядка предоставления предварительного и осознанного согласия, свободного, предварительного и осознанного согласия или, соответственно, одобрения и участия, а также, в соответствующих случаях, взаимно согласованных условий и

¹⁵ Natalie P Stoianoff and Alpana Roy, *Indigenous Knowledge and Culture in Australia — The Case for Sui Generis Legislation* (SSRN Scholarly Paper No ID 2765827, Social Science Research Network, 31 December 2015), 748. <<https://papers.ssrn.com/abstract=2765827>>.

¹⁶ ДПКНООН, статья 32(2), статья 18, статья 34; Доклад о реестрах традиционных знаний и связанных с ними базах данных традиционных знаний (документ UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9).

¹⁷ ДПКНООН, ст. 11(2), ст. 28; Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (МКЛРД), ст. 2(2).

¹⁸ ДПКНООН, статья 11(2).

¹⁹ Отчет о 35-й сессии МКГР, 12-23 марта 2018 г., Заявление фонда Tebtebba от имени Форума коренных народов, пункт 23, документ WIPO/GRTKF/IC/35/10.

²⁰ См.: <https://www.cbd.int/doc/guidelines/cbd-RutzolijirisaxikGuidelines-en.pdf>.

совместного использования выгод при предоставлении доступа к используемым генетическим ресурсам и связанным с ними традиционным знаниям²¹.

Общественное достояние

18. Понятие «общественного достояния», обычно используемое в области авторского права, относится, например, к «истечению срока действия исключительных прав», включая прекращение обязательств пользователей литературных произведений предоставлять те или иные выгоды правообладателям или получать их согласие на использование охраняемых объектов²². Это означает, что по истечении срока действия исключительных имущественных прав произведения авторов становятся общедоступными. Смысл данного понятия – обеспечение публичной доступности информации и материалов, необходимых для создания новых произведений²³.

19. Из вышеизложенного вытекает, что основания для охраны интеллектуальной собственности существуют в течение ограниченного времени. Однако эта практика может углублять очевидное противоречие между системами интеллектуальной собственности в целом, со стороны, и ценностями коренных народов и правами человека, принадлежащими коренным народам, закрепленными различными международными нормами в области прав человека²⁴.

20. В отличие от песен, пьес или фильмов, создаваемых с развлекательными целями и для получения прибыли, ТЗ и ТВК могут содержать нормы обычного права, обычаи, церемонии и представления коренных народов, которые являются неотъемлемой частью их коллективной культуры. В условиях, когда ТЗ и ТВК столь тесно связаны с самой идентичностью нации, группы или сообщества, обращение таких инноваций в общественное достояние вызывает определенные трудности.

21. Учитывая сказанное, в связи с понятием «общественного достояния» существуют различные мнения об охране ТЗ и ТВК. Согласно одному из подходов, ТЗ – это «ценная информация, находящаяся в собственности, и разрешение на ее использование должно предоставляться в основном независимо от срока существования или общедоступности традиционных знаний», в то время как сторонники другого подхода утверждают, что «общедоступные традиционные знания являются общественным достоянием и, следовательно, доступны в качестве существующего уровня техники, а в остальных отношениях допускают свободное использование без какой-либо компенсации»²⁵.

22. С точки зрения коренных народов понятие общественного достояния противоречит правам человека, принадлежащим коренным народам, которые закреплены в авторитетных международных документах, таких как ДПКНООН. Оно также не соответствует обычному праву коренных народов. В то время как оно предполагает права ограниченного срока действия, коренные народы считают ТЗ и ТВК и связанные с ними права человека, такие как право на самоопределение, принцип СПОС²⁶ и соответствующие права на земли, территории и ресурсы, бессрочными. Соответственно, установление ограниченного срока действия прав на ТЗ и ТВК коренных народов

²¹ Добровольное руководство Руцолихирисашик, пункт 11(k).

²² См. анализ этих вопросов в статье: Patricia L. Judd, The Difficulties in Harmonizing Legal Protections for Traditional Knowledge and Intellectual Property. The Washburn Law Journal. Vol. 58, 2019. p. 249-270.

²³ Ruth L. Okediji, Traditional Knowledge and the Public Domain. CIGI Paper No. 176 June 2018 at p. 8 available at <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.176web.pdf>.

²⁴ См. пункты 4-6 Технической экспертизы, опубликованной по адресу: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

²⁵ Bagley, там же.

²⁶ ДПКНООН, статья 19.

противоречит неограниченному и межпоколенческому характеру прав на ТЗ и ТВК, как они понимаются коренными народами.

23. Указанный выше диссонанс усугубляется отсутствием согласованного на международном уровне представления о взаимосвязи между общественным достоянием и охраной ТЗ и ТВК. Заполнение этого пробела может потребовать определения основных контуров этого понятия в соответствии с национальными законами или практикой различных юрисдикций. Поскольку национальные законы некоторых юрисдикций противоречат обычному праву, установлениям и ценностям коренных народов, этот подход может оказаться нежелательным. Сложность задачи, стоящей перед МКГР, состоит в том, чтобы сформировать пространство для выработки альтернативных принципов охраны, использования и распространения ТЗ и ТВК, которые должны быть тщательно разработаны коренными народами и при их содействии.

24. Кроме того, возможности более широкого распространения тех ТЗ и ТВК, которые коренные народы стремятся защитить, увеличились с появлением цифровых библиотек и современных технологий. Ввиду этих процессов некоторые представители коренных народов в МКГР утверждали, что определенные виды знаний следует изъять из обращения и репатриировать тем группам коренного населения, которыми такие ТЗ или ТВК были созданы.

Исключения и ограничения

25. В области охраны интеллектуальной собственности предусмотрены основания для освобождения пользователей объектов, охраняемых правами интеллектуальной собственности, от соблюдения, при определенных условиях, установленных в их отношении требований. Такая практика называется «исключениями и ограничениями»²⁷. Основания для применения исключений и ограничений включают использование знаний для целей научных исследований и образования, некоммерческое использование, деятельность музеев и библиотек²⁸.

26. Понятие «ограничений и исключений» не имеет в виду ограничение использования ТЗ и ТВК коренными народами. Оно касается условий, при которых ТЗ и ТВК изымаются из сферы охраны интеллектуальной собственности. Существует, однако, потенциальный риск того, что такое изъятие будет противоречить праву коренных народов на самоопределение и принципу СПОС.

27. Что касается права на самоопределение, то, как указывалось выше, коренные народы имеют право на автономию и самоуправление в своих внутренних делах. Соответственно, решение о применении исключений и ограничений к их ТЗ и ТВК без получения их СПОС, как оно определяется ниже, может противоречить их праву на автономию и самоуправление.

28. Принцип СПОС, в контексте охраны ТЗ и ТВК, запрещает приобретение или использование ТЗ и ТВК коренных народов в нарушение законов, традиций и обычаев коренных народов и без предварительного получения их СПОС²⁹. Таким образом, до установления исключений и ограничений, касающихся ТЗ и ТВК коренных народов, на это должно быть получено их СПОС.

²⁷ См. WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment. Standing Committee on Copyright and Related Rights. Geneva, June 23 to 27, 2003, размещено по адресу: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf.

²⁸ См. документ WO/GA/51/12, стр. 21 Приложения I: Исключения и ограничения.

²⁹ Статьи 11(2) и 19 ДПКНООН.

29. Кроме того, должно предусматриваться общее исключение, позволяющее коренным народам сохранять свое коллективное право иметь и воссоздавать различные материалы, составляющие ТВК и ТЗ, как это признано в ДПКНООН и других документах по правам человека. Оно должно позволять коренным народам охранять свою культуру в форме ТЗ и ТВК и показывать возможность такого реформирования режима интеллектуальной собственности, которое позволит коренным народам сохранять свою самобытность и культурный суверенитет. Исключения такого типа содержатся в некоторых торговых соглашениях, в частности, в Соглашении о свободной торговле между США, Канадой и Мексикой³⁰.

Объем охраны: многоуровневый подход

30. Многоуровневый подход – это новаторская идея, согласно которой ТЗ и ТВК делятся на категории, а объем охраны устанавливается соразмерно степени значимости соответствующей категории ТЗ или ТВК для коренных народов.

31. В концептуальном отношении многоуровневый подход лучше соответствует принципам соблюдения прав коренных народов. Он не ограничивает свободу и автономное право коренных народов не допускать раскрытия тех ТЗ и ТВК, которые они считают более тесно связанными с духовной сферой и поэтому признают их публичное раскрытие неправильным. Кроме того, этот подход основан на понимании того, что коренные народы не считают все виды ТЗ и ТВК одинаково ценными или требующими единого подхода.

32. Соответственно, применение данного подхода наряду с обязательным условием получения СПОС коренных народов, следует считать положительным направлением. Многоуровневый подход мог бы стать еще более обоснованным, если дополнить его требованием об исправлении случаев исторической несправедливости путем репатриации незаконно присвоенных ТЗ и ТВК.

33. Несмотря на всё вышесказанное, существуют четыре момента, которые делают многоуровневый подход весьма проблематичным. Во-первых, возникает вопрос о том, будет ли имеющийся спектр прав на ТЗ и ТВК всех уровней регулироваться договорным правом или правовыми традициями коренных народов. С одной стороны, нарушение договоров оборачивается большими издержками, связанными с судебным разбирательством. С другой стороны, судьи могут не в полной мере понимать или учитывать правовые традиции коренных народов, особенно когда они связаны с духовными аспектами. Во-вторых, применительно к священным и тайным ТЗ и ТВК не имеет значения, насколько широкую известность они получили. Тот факт, что они получили распространение, не должен иметь определяющее значение. В тех случаях, когда такие ТЗ и ТВК были использованы незаконно или без СПОС, присвоившие их лица не должны вознаграждаться тем, что к их первоначальным владельцам предъявляется требование отказа от прав. В-третьих, продолжаются дискуссии о том, по какому критерию следует определять степень их известности: объективному (мнение большинства) или субъективному (мнение коренных народов). Наконец, некоторые представители коренных народов в МКГР не поддерживают идею сближения прав, к которым применяется многоуровневый подход, с правами, предусмотренными в сложившихся системах интеллектуальной собственности³¹.

³⁰ См. статью 32.5 Соглашения по адресу:

https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/32_Exceptions_and_General_Provisions.pdf.

³¹ Отчет о 38-й сессии МКГР, 10-14 декабря 2018 г., заявление Центра междисциплинарных исследований народности аймара (СЕМ-Аутага) от имени форума коренных народов, пункты 197 и 215 (документ WIPO/GRTKF/IC/38/16).

Базы данных и реестры знаний

34. В области патентной охраны использование баз данных имеет своей целью предотвращение незаслуженного предоставления прав интеллектуальной собственности. Согласно законодательству многих юрисдикций, чтобы изобретатель мог получить патентную охрану, его изобретение должно быть новым, обладать изобретательским уровнем и быть промышленно применимым. Кроме того, изобретение должно быть патентоспособным и быть раскрыто надлежащим образом, чтобы его могло реализовать лицо, обладающее обычным опытом в соответствующей области техники³².

35. Таким образом, базы данных позволяют предупреждать о наличии «предшествующего уровня техники», служа определенным доказательством того, что соответствующее изобретение, являясь общеизвестным, не отвечает указанным выше условиям. Это позволяет предотвращать неправомерное предоставление прав интеллектуальной собственности.

36. Хотя реестры и базы данных играют важную роль, о которой сказано выше, их использование не может контролироваться исключительно национальными правительствами. Соответственно, коренные народы выражали сомнения по поводу использования баз данных, указывая на вероятность свободного распространения информации, которая может использоваться третьими сторонами. В связи с этим коренные народы подчеркивают, что любое документирование ТЗ и ТВК должно осуществляться прежде всего в интересах коренных народов, а их участие в таких механизмах должно быть добровольным, а не являться обязательным условием охраны ТЗ и ТВК³³.

37. Форум коренных народов при МКГР ВОИС выражал озабоченность по поводу еще одной проблемы: доступность баз данных ТЗ и ТВК для широкой публики может повышать вероятность использования такой информации без разрешения коренных народов, владеющих такими ТЗ и ТВК³⁴.

38. Важно иметь в виду, например, что при отклонении патентной заявки основания отказа обычно сообщаются заявителю в письменной форме. Эти основания могут также становиться известными более широкой публике, особенно в юрисдикциях, где решения об отказе в предоставлении патентной охраны оспариваются в суде. Таким образом, базы данных не обеспечивают полной защиты ТЗ и ТВК коренных народов.

ЧАСТЬ 2: ПРОЕКТЫ ТЕКСТОВ, КАСАЮЩИХСЯ ГЕНЕТИЧЕСКИХ РЕСУРСОВ (ГР)

Права коренных народов на генетические ресурсы

39. ДПКНООН подтверждает право коренных народов «иметь в собственности, использовать, контролировать и развивать» ресурсы, которыми они владеют в силу традиционного права собственности или традиционных занятий, а также сохранять, контролировать и развивать свое культурное наследие, включая генетические ресурсы³⁵.

40. ДПКНООН, которая имеет особое значение для решения вопросов интеллектуальной собственности и согласования правового документа, подтверждает

³² См. Anupam Chander and Madhavi Sunder, *The Romance of Public Domain*, California Law Review [Vol. 92:2004].

³³ Решение КС КБР № VIII/5 В, пункт 5; Решение КС КБР № IX/13 – документ UNEP/CBD/COP/DEC/IX/13.

³⁴ Отчет о 37-й сессии МКГР, 27-31 августа 2018 г., Заявление Центра художественного права Австралии от имени Форума коренных народов, документ WIPO/GRTKF/IC/37/17, пункт 253.

³⁵ ДПКНООН, статья 31.

право коренных народов на самоопределение и ключевое значение СПОС при использовании и эксплуатации их ресурсов и связанных с ними ТЗ. СПОС – это принцип, основанный на праве на самоопределение³⁶. Предполагается, что проекты документов ВОИС находятся во взаимодополняющих отношениях с международными соглашениями по вопросам прав человека, за которые выступают коренные народы. Коренные народы настаивают на таком взаимодополняющем подходе, который способствовал бы непротиворечивому толкованию и защите их прав.

41. Согласно тексту Отчета о технической экспертизе, подготовленного профессором Анаей, права коренных народов на ресурсы считаются охватывающими все виды «природных ресурсов», традиционно используемые коренными народами в установившихся формах, включая ГР³⁷. Права коренных народов на ГР также подтверждены Нагойским протоколом регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к КБР («Нагойский протокол»)³⁸. Права коренных народов давать разрешение на доступ к ГР также подтверждаются промежуточными национальными докладами об осуществлении Нагойского протокола, которые готовятся в рамках Механизма посредничества для регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод³⁹.

42. Новые возможности, ставшие результатом научных исследований в биотехнологии за период с момента выдачи поручения на подготовку Отчета о технической экспертизе, позволяют выполнять цифровое секвенирование ГР, изучать их отдельно от физического генетического материала и, в принципе, обходить требования о наличии предварительного осознанного согласия (ПОС) и взаимно согласованных условий (ВСУ)⁴⁰. Это может иметь последствия для прав коренных народов владеть ресурсами и контролировать их, а также охранять, поддерживать и контролировать связанные с ними ТЗ⁴¹. Эти процессы и новые технологические достижения могут отрицательно влиять на

³⁶ ДПКНООН, ст. 4, ст. 32; документ WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, размещенный по адресу: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

³⁷ Документ WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, размещенный по адресу: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

³⁸ Нагойский протокол, статья 6(3); Промежуточный национальный доклад об осуществлении Нагойского протокола, подготовленный в рамках Механизма посредничества для регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования выгод (ДГРСИВ). Анализ: Разбивка по регионам. Вопрос 38: «Обладают ли коренные и местные общины установленным правом предоставлять доступ к генетическим ресурсам в соответствии с положениями внутригосударственного права?» - <https://absch.cbd.int/reports/analyser>, 11 мая 2020 года.

³⁹ Анализатор промежуточных национальных докладов в рамках Механизма посредничества для регулирования ДГРСИВ об осуществлении Нагойского протокола дает разбивку по регионам в ответ на вопрос 38: «Обладают ли коренные и местные общины установленным правом предоставлять доступ к генетическим ресурсам в соответствии с положениями внутригосударственного права?» – <https://absch.cbd.int/reports/analyser>, 11 мая 2020 года.

Статистика показывает, что коренные народы имеют право предоставления доступа к генетическим ресурсам в 52% Договаривающихся сторон. Среди указанных 52% Договаривающихся сторон наличие предварительного обоснованного согласия коренных народов и взаимно согласованных с ними условий считаются обязательными в 80% Договаривающихся сторон.

⁴⁰ Специальная группа технических экспертов КБР по цифровой информации о последовательностях в отношении генетических ресурсов (DSI-AHTEG); Manuel Ruiz Muller, Access to Genetic Resources and Benefit Sharing 25 Years on: Progress and Challenges (International Centre for Trade and Development, Issue Paper No.44, 2018), vii. <<https://www.voices4biojustice.org/wp-content/uploads/2018/12/Access-to-Genetic-Resources-and-Benefit-Sharing-25-Years-On-Progress-and-Challenges.pdf>> 25 мая 2020 года; Недавним примером ЦИП является исходный код вируса COVID-19, распространенный через Механизм обеспечения готовности к пандемическому гриппу (Механизм ГПГ), открывающий доступ к патогенам для разработки вакцин и методов лечения без доступа к генетическому материалу; Всемирная организация здравоохранения, 64-я сессия Всемирной Ассамблеи здравоохранения, Механизм обеспечения готовности к пандемическому гриппу, WNA64.5.

⁴¹ ДПКНООН, статья 31, статья 23.

права коренных народов владеть ГР и контролировать их с точки зрения объема охраны, обеспечиваемого международными соглашениями. В частности, невозможность контролировать ГР и связанные с ними ТЗ может еще больше подрывать продовольственную безопасность и суверенитет, а также традиционные системы здравоохранения.

43. Последствия распространения новых технологий с точки зрения внедрения национальных мер, обеспечивающих использование ГР и связанных с ними ТЗ, а также механизмов совместного использования выгод, анализируются и другими форумами, в том числе Специальной группой технических экспертов по цифровой информации о последовательностях в отношении генетических ресурсов, созданной в рамках КБР. Эти последствия признаются в тексте Председателя, который предполагает, что они создают «встроенный механизм», позволяющий решать такие проблемы по мере их возникновения⁴². Влияние новых технологий, позволяющих секвенировать ГР в цифровой форме, может стать значимым с точки зрения прав коренных народов владеть и осуществлять контроль над своими ГР и связанными с ними ТЗ, и в свое время потребовать учета в проектах текстов МКГР⁴³.

Обязательное раскрытие информации

44. В проектах текстов, касающихся ГР и связанных с ними ТЗ (как в сводном документе, так и в тексте Председателя), содержится предложение ввести требование обязательного раскрытия лицами, подающими патентные заявки, источника ГР, фигурирующих в их заявках. Основной вопрос в отношении ГР заключается в том, следует ли ввести в патентное законодательство новое требование об обязательном раскрытии происхождения ГР.

45. Обязательное раскрытие информации – это защитная мера, призванная предотвращать неправомерное присвоение ГР и связанных с ними ТЗ⁴⁴. Такое требование означало бы обязательное раскрытие соответствующей информации в заявках, предмет которых предполагает использование ГР и связанных с ними ТЗ или основан на них. Предлагаемое требование об обязательном раскрытии означает, что заявители обязаны раскрывать в своих патентных заявках «страну происхождения» ГР, если изобретение существенным или непосредственным образом основано на использовании ГР⁴⁵. Как предлагается в проекте сводного документа, информация, подлежащая раскрытию, включала бы страну происхождения или источник ГР и связанных с ними ТЗ и/или подтверждение наличия соглашений о ДСИВ. В тексте Председателя также содержится предложение о раскрытии информации о коренных народах, предоставивших соответствующие ТЗ⁴⁶.

46. В целом Форум коренных народов при МКГР поддержал предложение об обязательном раскрытии информации, при условии, что такое раскрытие включает

⁴² CBD/COP/DEC/XIII/16 – Решение Конференции сторон КБР от 16 декабря 2016 года; CBD/NP/MOP/DEC/2/14 – Решение сторон Нагойского протокола от 16 декабря 2016 г.; текст Председателя, статья 9.

⁴³ Текст Председателя, примечания к статье 9; Специальная группа технических экспертов КБР по цифровой информации о последовательностях в отношении генетических ресурсов (АНТЕГ DSI), Монреаль, Канада, 13-16 февраля 2018 года, CBD/DSI/АНТЕГ/2018/1/4 .

⁴⁴ Текст Председателя, вступительные замечания; сводный текст, ст.10.4.

⁴⁵ Текст председателя, ст. 3.1, ст. 3.2; сводный текст, ст.10.4.

⁴⁶ Текст председателя, ст. 3, примечания к ст. 3; Graham Dutfield, 'Legal and Economic Aspects of Traditional Knowledge' in Keith E Maskus and Jerome H Reichman (eds), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime* (Cambridge University Press, 1st ed, 2005), 506.

доказательства наличия СПОС коренных народов, основанного на ВСУ, а также справедливого и равного использования выгод⁴⁷.

47. Остается неясным, должно ли условие обязательного раскрытия информации при физическом доступе к ГР применяться также к доступу к информации о ГР, получаемой путем цифрового секвенирования. Этот вопрос может потребовать дальнейшего рассмотрения в МКГР ВОИС. В тексте Председателя и сводном документе проводится различие между ГР, получаемыми физически, и ГР, получаемыми из баз и хранилищ данных, но не уточняется, распространяется ли условие обязательного раскрытия информации, применяемое при физическом доступе к ГР, также на доступ к информации о ГР, получаемой путем цифрового секвенирования, и связанным с ними ТЗ. Проблема прослеживаемости связей между правами коренных народов и информацией о ГР, получаемой путем цифрового секвенирования, и соответствующими ТЗ, связана с беспрецедентными сложностями⁴⁸.

Разрешение споров

48. В проектах текстов предлагаются методы разрешения споров, касающихся раскрытия источника ГР. В тексте Председателя содержится предложение о введении обязательного механизма разрешения споров национального уровня, позволяющего сторонам согласовывать взаимоприемлемые решения, который мог бы включать соглашения о выплатах роялти⁴⁹, в то время как в сводном документе предлагается применять адекватные механизмы разрешения споров⁵⁰.

49. С точки зрения коренных народов, учитывая возможность претензий к зарубежным и международным корпорациям и учреждениям, базирующимся в других странах, ключевое значение имеет доступ к таким механизмам. Для возбуждения споров по вопросам обязательного раскрытия информации коренные народы должны будут обладать соответствующей правоспособностью, а принцип процессуальной справедливости может требовать принятия дополнительных мер по обеспечению доступности таких механизмов. ДПКНООН предусматривает положительное обязательство государств обеспечивать возможность получения коренными народами финансовой и технической помощи, необходимой для осуществления их прав, и устанавливать справедливые, независимые, беспристрастные, открытые и прозрачные процедуры признания и судебной защиты прав коренных народов⁵¹.

Прослеживаемость

50. В условиях, когда информация о ГР может быть получена путем цифрового секвенирования, прослеживание происхождения прав коренных народов на владение, контроль и получение выгод от изобретений, в которых применяются традиционно используемые ими ГР, может вызывать большие сложности. Это может быть значимым моментом для коренных народов в ходе будущих переговоров в рамках МКГР. В решении задач, связанных с прослеживанием происхождения прав, могли бы помочь такие

⁴⁷ Доклад Комитета по интеллектуальной собственности и генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору, заявление Фонда тебтебба от имени Форума коренных народов, 35-я сессия, Женева, 12-23 марта 2018 года. Документ WIPO/GRTKF/IC/35/10, пункт 23.

⁴⁸ CBD АНТЕГ DSI, 13-16 февраля 2018 года, CBD/DSI/АНТЕГ/2018/1/4, пункт 29.

⁴⁹ Текст Председателя, ст. 6.5.

⁵⁰ Сводный текст, статья 6.4

⁵¹ ДПКНООН, ст. 27, ст. 39, ст. 40; Международный пакт о гражданских и политических правах (МПГПП), Замечание общего порядка № 23.

технологии, как блокчейн⁵². Применение таких инновационных мер требует осознанного участия коренных народов в определении их рисков и преимуществ.

Часть 3: ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ СООБРАЖЕНИЯ

51. Международно-правовые документы в отношении ГР и связанных с ними ТЗ, а также в отношении ТЗ и ТВК, должны находиться во взаимодополняющих отношениях с другими международными документами, особенно документами, касающимися прав человека. Правовой документ (документы) не должен (не должны) сокращать объем прав и обязанностей, вытекающих из существующих международных соглашений, и не должен (не должны) создавать какую-либо иерархию.

52. Проекты текстов предполагают их взаимодополняющий характер по отношению к ДПКНООН и прямо ссылаются на нее. ДПКНООН была принята Генеральной Ассамблеей ООН, и страны, которые первоначально голосовали против нее, с тех пор изменили свои позиции. Таким образом, ДПКНООН пользуется всеобщим признанием. В связи с этим ее положения должны учитываться при разработке основных положений правовых текстов, касающихся ТЗ, ТВК и ГР коренных народов. Учитывая всеобщее признание декларации, логично ожидать всеобщего осуществления ее положений.

53. Поскольку государства в состоянии устанавливать баланс интересов различных групп внутри своих стран, права коренных народов остаются в силе и должны соблюдаться. Права интеллектуальной собственности какой-то одной группы не могут отменять признанные права коренных народов⁵³.

[Конец приложения и документа]

⁵² CBD AHTEG DSI, 13-16 февраля 2018 года, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4, пункт 29; Frederic Perron-Welch, Blockchain Technology and Access and Benefit Sharing, 7 августа 2018 года.

⁵³ ВОИС (наряду с другими учреждениями, фондами и программами ООН) ежегодно отчитывается о достижениях в реализации Общесистемного плана действий ООН (ОПД ООН) в этих областях. Генеральный секретарь ООН принял ОПД для содействия последовательному осуществлению ДПКНООН.