

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

**Тридцать восьмая сессия
Женева, 10 – 14 декабря 2018 г.**

ОХРАНА ТРАДИЦИОННЫХ ЗНАНИЙ: УТОЧНЕННЫЙ ВАРИАНТ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО АНАЛИЗА ПРОБЕЛОВ

Документ подготовлен Секретариатом

1. На своей двенадцатой сессии, состоявшейся в Женеве 25–29 февраля 2008 г., Межправительственный комитет ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору (МКГР) решил, что Секретариат, с учетом предшествующей работы МКГР, подготовит в качестве рабочего документа тринадцатой сессии МКГР документ, который будет:

- (a) характеризовать обязательства, положения и возможности, уже существующие на международном уровне для охраны традиционных знаний (ТЗ);
- (b) характеризовать пробелы, существующие на международном уровне, по возможности иллюстрируя их конкретными примерами;
- (c) содержать соображения, важные для определения целесообразности устранения этих пробелов;
- (d) описывать варианты действий по устранению любых выявленных пробелов, которые существуют или могут быть разработаны на международном, региональном или национальном уровне, включая меры правового и иного характера;
- (e) сопровождаться приложением в виде таблицы, отражающей моменты, упомянутые выше в подпунктах (a) - (d).

2. Перед Секретариатом была поставлена задача «ясно изложить рабочие определения или другие исходные предпосылки своего анализа».

3. Первый предварительный анализ пробелов в области охраны ТЗ был подготовлен Секретариатом в то время и распространен среди членов МКГР для направления по нему соответствующих замечаний. С учетом полученных замечаний¹ был подготовлен следующий предварительный вариант анализа пробелов, который был распространен как документ WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. к тринадцатой сессии МКГР, состоявшейся 13 -17 октября 2008 г.
4. То же самое решение было принято в это время двенадцатой сессией МКГР по вопросу о традиционных выражениях культуры (ТБК) – таким образом, к тринадцатой сессии МКГР было подготовлено два предварительных варианта анализа пробелов, которые содержались в документах WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev. (в отношении ТБК) и WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. (в отношении ТЗ).
5. К этому моменту МКГР уже провел обстоятельный анализ возможных правовых и административных мер охраны ТЗ. Этот анализ включал комплексное изучение существующих национальных и региональных правовых механизмов, проведение групповых презентаций, посвященных опыту регулирования данной сферы, накопленному в разных странах, выявление общих элементов систем охраны ТЗ, ситуационные исследования, результаты регулярно проводимых обследований международной базы правовых и административных норм, а также выявление ключевых принципов и целей охраны ТЗ, получивших поддержку в ходе предыдущих сессий Комитета. По просьбе Комитета эта проведенная ранее работа по определению исходных предпосылок анализа была резюмирована в документе WIPO/GRTKF/IC/13/5(a), дополнившем предварительный вариант анализа пробелов, представленный в документе WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.
6. В ходе тринадцатой сессии МКГР, состоявшейся в октябре 2008 г., подробного обсуждения документа WIPO/GRTKF/IC/13/5 (b) Rev.² не проводилось, и в решениях сессии говорится только, что он был «принят к сведению»³. МКГР не принимал решения о рассмотрении документа на будущих сессиях.
7. В 2017 г. Генеральная Ассамблея ВОИС обратилась к Секретариату с просьбой «уточнить проведенный в 2008 г. анализ пробелов существующих режимов охраны ТЗ и ТБК».
8. В соответствии с этим решением в приложении I к документу WIPO/GRTKF/IC/37/6 был представлен уточненный вариант предварительного анализа пробелов в охране ТЗ, выполненного в 2008 г. Структура, формат и содержание предыдущего анализа в основном были оставлены без изменений, кроме тех случаев, когда необходимо было отразить принятие новых международных инструментов или изменения в нормативном регулировании или политике. Таким образом, эта версия по существу представляла собой запрошенный МКГР уточненный вариант. Изменения были внесены, в частности, в пункты 3-6, 12-13, 15, 16-17, 21-24, 33, 35, 39, 54, 59-61, 66, 71-73, 75, 81-84, 94, 98, 101, 108, 111-113, 117, 122, 125-126, 131, 134, 136, 138, 140, 142 и 147. В приложении II содержалась уточненная таблица, отражающая вопросы, упомянутые выше в подпунктах (a) - (d).
9. Уточненный вариант предварительного анализа пробелов и уточненная таблица приведены в приложениях к настоящему документу.

¹ Замечания, полученные в это время, все еще имеются на вебсайте ВОИС по следующему адресу: <http://www.wipo.int/tk/en/igc/gap-analyses.html>.

² Документ WIPO/GRTKF/IC/13/11.

³ Документ WIPO/GRTKF/IC/13/DECISIONS.

10. Комитету предлагается рассмотреть уточненный вариант предварительного анализа пробелов и таблицу, содержащиеся в приложениях I и II.

[Приложения следуют]

УТОЧНЕННЫЙ ВАРИАНТ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО АНАЛИЗА ПРОБЕЛОВ В ОБЛАСТИ
 ОХРАНЫ ТРАДИЦИОННЫХ ЗНАНИЙ

СОДЕРЖАНИЕ

I. ВВЕДЕНИЕ	3
II. РАБОЧИЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И ДРУГИЕ ИСХОДНЫЕ ПРЕДПОСЫЛКИ АНАЛИЗА ...	3
(A) РАБОЧИЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ	3
(B) ДРУГИЕ ИСХОДНЫЕ ПРЕДПОСЫЛКИ АНАЛИЗА	5
(i) Понятие «охраны»	5
(ii) Связь с анализом пробелов в области охраны ТВК.....	8
(iii) Разнообразие свойств ТЗ	9
(iv) Характер выявляемых «пробелов».....	10
III. СУЩЕСТВУЮЩИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА, НОРМАТИВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ И ВОЗМОЖНОСТИ ОХРАНЫ	11
(A) ОХРАНА В СООТВЕТСТВИИ С СУЩЕСТВУЮЩИМИ МЕЖДУНАРОДНЫМИ ДОКУМЕНТАМИ В ОБЛАСТИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	12
(i) Позитивная патентная охрана ТЗ.....	12
(ii) Защитная охрана ТЗ в рамках патентной системы.....	14
(iii) Требования в отношении раскрытия, специфичные для ТЗ	15
(iv) Нераскрытые ТЗ	16
(v) Недобросовестная конкуренция.....	18
(vi) Отличительные обозначения.....	19
(vii) Право промышленных образцов	20
(viii) Авторское право и смежные права	20
(B) ДРУГИЕ ОБЛАСТИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА.....	21
(i) Конвенция о биологическом разнообразии	21
(ii) Нагойский протокол.....	21
(iii) Международный договор ФАО	22
(iv) Конвенция Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием	22
(C) ДРУГИЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОКУМЕНТЫ	23
(i) Боннские руководящие принципы	23
(ii) Декларация о правах коренных народов	23
(iii) Интерлакенская декларация по генетическим ресурсам животных	24
IV. ПРОБЕЛЫ, СУЩЕСТВУЮЩИЕ НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ.....	24
(A) ПРОБЕЛЫ В ОПРЕДЕЛЕНИИ ИЛИ ВЫЯВЛЕНИИ ТЗ, ПОДЛЕЖАЩИХ ОХРАНЕ	24
(B) ПРОБЕЛЫ В ЦЕЛЯХ ОХРАНЫ ИЛИ ОСНОВАНИЯХ ПОЛИТИКИ В ОБЛАСТИ ОХРАНЫ:.....	26
(C) ПРОБЕЛЫ В СУЩЕСТВУЮЩИХ ПРАВОВЫХ МЕХАНИЗМАХ.....	27
(i) Объекты, не охватываемые существующими нормами законодательства по вопросам ИС	28
ТЗ, не охватываемые существующими формами охраны ИС.....	28
Накапливаемые коллективные инновации, передаваемые из поколения в поколение в рамках одной общины	28
(ii) Непризнание бенефициаров и правообладателей	30
Признание коллективных прав и интересов в рамках системы ТЗ	30
(iii) Прояснение существующих принципов или подтверждение их применимости в отношении ТЗ	31
Норма, определенным образом допускающая применение принципов патентной системы в контексте ТЗ	31

(iv) <i>Формы охраны, не предусмотренные существующими международными нормами</i>	32
<i>Конкретное требование о раскрытии, касающееся ТЗ</i>	32
<i>Охрана от неосновательного обогащения в результате использования ТЗ, незаконного присвоения и неправомерного использования ТЗ</i>	32
<i>Предварительное информированное согласие</i>	34
<i>Право на указание источника и право требовать недопущения искажения ТЗ</i>	35
(v) <i>Отсутствие прав на получение вознаграждения или иных выгод</i>	35
V. СООБРАЖЕНИЯ, КАСАЮЩИЕСЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТИ УСТРАНЕНИЯ УКАЗАННЫХ ПРОБЕЛОВ	36
(A) <i>СОДЕРЖАТЕЛЬНЫЕ СООБРАЖЕНИЯ</i>	37
(i) <i>Международное право и политика</i>	37
(ii) <i>Соображения социального, культурного, политического и экономического характера</i>	38
(iii) <i>Значение охраны ТЗ для разработки политики и принятия мер регулирования в более широком контексте</i>	38
(B) <i>СООБРАЖЕНИЯ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ИЛИ ФОРМАЛЬНОГО ХАРАКТЕРА</i>	39
(i) <i>Конкретные соображения процессуального и формального характера</i>	39
(ii) <i>Конкретные доводы против устранения пробелов</i>	40
VI. ВАРИАНТЫ УСТРАНЕНИЯ ЛЮБЫХ ВЫЯВЛЕННЫХ ПРОБЕЛОВ, КОТОРЫЕ УЖЕ СУЩЕСТВУЮТ ИЛИ МОГУТ БЫТЬ РАЗРАБОТАНЫ	40
(A) <i>ЮРИДИЧЕСКИЕ И ИНЫЕ ВОЗМОЖНЫЕ ВАРИАНТЫ ДЕЙСТВИЙ НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ</i>	41
(i) <i>Международный документ или документы, имеющий (имеющие) обязательную силу</i>	41
(ii) <i>Версии или доработанные варианты существующих правовых документов</i>	42
(iii) <i>Нормативный международный документ, не имеющий обязательной силы</i>	42
(iv) <i>Политическая резолюция, декларация или решение высокого уровня</i>	43
(v) <i>Руководящие принципы или типовые законы, повышающие уровень международного сотрудничества</i>	44
(vi) <i>Координация работы по совершенствованию национального законодательства</i>	46
(vii) <i>Координация и сотрудничество в осуществлении инициатив по укреплению потенциала и практических инициатив</i>	47
<i>Укрепление потенциала и подготовка содержательных материалов для выработки правовых норм и политики</i>	47
<i>Укрепление потенциала носителей ТЗ на практическом уровне</i>	47
<i>Создание учреждений и выработка для них соответствующих рекомендаций</i>	48
<i>Межучрежденческое сотрудничество и координация действий в рамках системы ООН</i>	48
<i>Повышение осведомленности широкой публики и ведение соответствующей разъяснительной работы</i>	48
(B) <i>ЮРИДИЧЕСКИЕ И ИНЫЕ ВОЗМОЖНЫЕ ВАРИАНТЫ ДЕЙСТВИЙ НА РЕГИОНАЛЬНОМ УРОВНЕ</i>	49
(C) <i>ЮРИДИЧЕСКИЕ И ИНЫЕ ВОЗМОЖНЫЕ ВАРИАНТЫ ДЕЙСТВИЙ НА НАЦИОНАЛЬНОМ УРОВНЕ</i>	49

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Документ содержит данное краткое введение и четыре раздела, соответствующие четырем элементам, предусмотренным решением Комитета, принятым на его двенадцатой сессии, а именно:

- Раздел II: рабочие определения и другие исходные предпосылки анализа;
- Раздел III: обязательства, нормативные положения и возможности, уже существующие на международном уровне в рамках охраны традиционных знаний («ТЗ») (подпункт (а) решения);
- Раздел IV: пробелы, существующие на международном уровне, по возможности проиллюстрированные конкретными примерами (подпункт (b) решения);
- Раздел V: соображения, важные для определения целесообразности устранения этих пробелов (подпункт (с) решения);
- Раздел VI: варианты действий по устранению любых выявленных пробелов, включая правовые и другие меры, будь то на международном, региональном или национальном уровне, которые уже существуют или могут быть разработаны (подпункт (d) решения).

2. В Приложении II содержится таблица, отражающая положения, рассматриваемые в этих разделах (то есть в подпунктах (а)-(d) решения Комитета).

II. РАБОЧИЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И ДРУГИЕ ИСХОДНЫЕ ПРЕДПОСЫЛКИ АНАЛИЗА

(а) Рабочие определения

3. Признанного международного определения «традиционных знаний» как такового не существует. В ряде международных документов упоминаются такие родственные понятия, как:

- знания, инновации и практика коренных и местных общин, воплощающие черты традиционного образа жизни, важные для сохранения биологического разнообразия и устойчивого использования разнообразных биологических ресурсов⁴
- ТЗ, имеющие отношение к генетическим ресурсам⁵
- традиционные знания, важные для обеспечения растительных генетических ресурсов для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства⁶
- культурное наследие, традиционные знания и традиционные выражения культуры, а также проявления основанных на них наук, технологий и культур,

⁴ Статья 8(j) Конвенции о биологическом разнообразии.

⁵ Статья 7 Нагойского протокола регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии (Нагойский протокол).

⁶ Статья 9.2(а) Международного договора о растительных генетических ресурсах для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства.

включая знания о людских и генетических ресурсах, семенах, лекарствах, знание свойств фауны и флоры, устные традиции, литература, узоры и орнаменты, спортивные и традиционные игры, а также изобразительное и исполнительское искусство⁷

- традиционные знания, важные для селекции животных и животноводства⁸.

4. Просьба о проведении данного предварительного анализа пробелов касается «традиционных знаний» как таковых, а не каких-то более конкретных понятий, таких, как ТЗ, связанные с обеспечением биоразнообразия, знания о генетических ресурсах растений и животных или ТЗ, принадлежащие коренным народам (называемых также «знаниями коренных народов»); такие более конкретные понятия можно считать входящими в более общее понятие «традиционных знаний» как таковых. Однако, поскольку имеется просьба о проведении отдельного анализа пробелов в отношении «традиционных выражений культуры», предметом анализа должны быть традиционные знания в узком смысле слова, а не более широкое понятие традиционных знаний, которое иногда используется в качестве общего и более описательного термина. Поэтому термин «традиционные знания», исключительно для целей данного анализа, понимается как означающий знания как таковые в общем смысле, особенно знания, являющиеся результатом интеллектуальной деятельности в традиционном контексте, и охватывает практические знания, формы практической деятельности, навыки и инновации. Такое общее определение ТЗ основано на результатах работы самого Комитета⁹.

5. В основу анализа пробелов положено также то исходное допущение, что анализ пробелов в правовой охране может требовать более точного определения понятия традиционных знаний, поскольку слишком общее определение может оказаться недостаточно ясным для конструктивного анализа пробелов. За годы работы Комитета предлагались и рассматривались различные критерии отнесения знаний к традиционным. Из различных выработанных Комитетом характеристик ТЗ в качестве характеристик, которые могут давать право на правовую охрану, были отобраны критерии¹⁰, согласно которым такие ТЗ:

- (i) создаются, сохраняются и передаются из поколения в поколение в традиционном контексте;
- (ii) определенным образом связаны с традиционной и коренной общиной или народом, которые сохраняют или передают их из поколения в поколение; и
- (iii) составляют неотъемлемую часть культурной идентичности коренной или традиционной общины или народа, которые признаются носителями таких знаний на основе какой-то формы их хранения, коллективного владения ими или несения за них культурной ответственности. Эта связь может выражаться, формально или неформально, в виде обычной или традиционной практики,

⁷ Статья 31 Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, документ WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

⁸ Пункт 12 Интерлакенской декларации по генетическим ресурсам животных.

⁹ Источник: Глоссарий основных терминов в области интеллектуальной собственности и генетических ресурсов, традиционных знаний и традиционных выражений культуры, опубликованный по адресу: <http://www.wipo.int/tk/en/resources/glossary.html>.

¹⁰ Эти критерии взяты из п. 4 (Право на охрану), документа «Охрана традиционных знаний: уточнение целей и принципов» (WIPO/GRTKF/IC/8/5). Поскольку никакого согласия не достигнуто, и эти критерии остаются одним из предметов продолжающихся переговоров в Межправительственном комитете ВОИС по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору, эта ссылка не обновлялась, однако с более недавними предварительными положениями по вопросам охраны ТЗ можно ознакомиться по следующему адресу: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=368218.

правил или законов. Может учитываться и такой фактор, как инновационность традиционных знаний.

6. С точки зрения данного анализа, чтобы подлежать охране, знания должны не просто определяться как «традиционные знания» в общем плане. Может быть необходимым, чтобы они воплощали в себе преемственность поколений, имели объективную связь с общиной своего происхождения и субъективно ассоциировались с такой общиной, составляя благодаря этому элемент ее собственной идентичности. Знания являются моментом социального развития общины.

7. Вот некоторые конкретные примеры ТЗ:

- традиционные медицинские знания – знания о способах лекарственного использования определенных генетических ресурсов, а также о методах лечения, не связанных с использованием генетических ресурсов (таких как традиционный массаж);
- знания, связанные с биоразнообразием, или знания, которые «имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологически разнообразных ресурсов»¹¹;
- традиционные знания, имеющие отношение к генетическим ресурсам растений для целей производства продовольствия и ведения сельского хозяйства¹²;
- традиционные знания, имеющие отношение к селекции животных и животноводству¹³.

(b) Другие исходные предпосылки анализа

(i) Понятие «охраны»

8. В рамках анализа пробелов должен рассматриваться вопрос об «охране» ТЗ. В какой-то степени анализ пробелов в охране, естественно, требует понимания самого термина «охрана». В ходе своей деятельности Комитет исходил из самых разных вариантов трактовки этого понятия, от правовой охраны от несанкционированного использования и присвоения ТЗ (вида охраны, которая обычно рассматривается в контексте законодательства и политики, касающихся интеллектуальной собственности) до практических форм защиты ТЗ от ущерба и бесконтрольного распространения (например, практических инициатив по документированию и регистрации систем традиционных знаний, а также выработки правовых требований в отношении защиты ТЗ от ущерба, то есть, фактически – обязательств защищать и сберегать ТЗ, а также соответствующие социальный, интеллектуальный и культурный контекст, поддерживающий системы ТЗ).

9. Уточнению понятия «охраны» могут помочь ответы на такие вопросы, как:

- объем соответствующей охраны:
 - объекты, которые охраняются в настоящее время (например, патентоспособные изобретения);
 - действия, от которых охраняются объекты (например, определенные виды их использования третьими лицами);

¹¹ КБР, статья 8(j)

¹² МДГРРПС ФАО, статья 9.2(a).

¹³ Пункт 12 Интерлакенской декларации по генетическим ресурсам животных.

- действия, от которых они *не* охраняются (например, во многих странах патентоспособные изобретения не охраняются от использования для исследований, проводимых в некоммерческих целях); и
 - как они охраняются (например, ограничена ли охрана во времени, требует ли она выполнения каких-то формальностей или каких-то других условий (например, требование о том, чтобы нераскрытая информация, для которой испрашивается охрана, имела коммерческую, а не культурную или духовную ценность);
- и, с другой стороны, какие объекты *не* подлежат охране (например, во многих странах не охраняются обычные открытия и публично раскрытые практические знания и навыки).

10. Характер инновационной деятельности коренных общин и инновационной «составляющей» систем традиционных знаний также могут способствовать выявлению пробелов в правовой охране, поскольку существующие формы и стандарты правовой охраны могут не учитывать инновации, существующие в традиционных контекстах.

11. Применительно к ТЗ термин «охрана» имеет множество различных значений. Он может означать, в принципе, физическую охрану материальных источников от ухудшения состояния или утраты (например, реставрацию древних текстов, содержащих ТЗ) и законы, вводящие или стимулирующие введение программ сохранения ТЗ. Для целей настоящего предварительного анализа пробелов термин «охрана» означает охрану, которая чаще всего рассматривается в контексте интеллектуальной собственности, то есть правовые меры, ограничивающие возможности использования охраняемого материала третьими лицами на основе права препятствовать любому их использованию (исключительные права), установления условий их допустимого использования (например, условий лицензии на использование патента, условий соблюдения коммерческой тайны или охраны товарного знака, либо более общих требований, касающихся справедливого вознаграждения или признания прав). Кроме того, в Комитете подчеркивалось, что ТЗ могут охраняться физическими средствами, а также охраняться – в некоторых смыслах термина «охрана» – от исчезновения путем поощрения их широкого использования и что, с учетом необходимой формы охраны, причем это может быть самым экономичным и долговечным средством их охраны. При таком понимании термина «охрана» традиционные инновации, в частности, средства традиционной медицины, «охранялись» бы путем содействия их широкому практическому использованию, однако это не то понятие охраны, которое обычно имеется в виду при выработке политики в сфере интеллектуальной собственности.

12. Вместе с тем, ввиду сложности оценки пробелов в практических инициативах, предпринимаемых на международном уровне, и ввиду того, что работа Комитета ориентирована на проблематику интеллектуальной собственности, в контексте настоящего документа под охраной понимается охрана от несанкционированного или несправедливого использования охраняемых объектов. В более общем плане «охрана» в этом смысле подразумевает определенный уровень постоянного контроля или полномочий в отношении соответствующих традиционных знаний, с возможным правом исключения прав других лиц, или иные формы постоянных прав по отношению к таким знаниям. Такой контроль должен осуществляться общиной или каким-либо лицом, действующим от ее имени. Он отличается от режима общественного достояния, при котором пользователь не несет ни материальной, ни моральной ответственности перед субъектом, предоставившим знания.

13. Это отнюдь не означает, что это единственная законная или важная форма охраны или форма, которую следует считать наиболее необходимо. Это просто отражает

характерные особенности работы самого Комитета. Соответственно, данный анализ пробелов касается областей, которые являются обычным предметом законодательства по вопросам интеллектуальной собственности и соответствующих мер регулирования. Другие международные правовые системы, такие как Конвенция о биологическом разнообразии или конвенции ЮНЕСКО, подходят к различным аспектам сохранения и защиты традиционных знаний в конкретном контексте, соответствующем их предмету регулирования.

- Так, статья 8(j) КБР, озаглавленная «Сохранение in situ», гласит, что каждая сторона «обеспечивает уважение, сохранение и поддержание знаний, нововведений и практики коренных и местных общин, отражающих традиционный образ жизни, который имеет значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия, способствует их более широкому применению с одобрения и при участии носителей таких знаний, нововведений и практики, а также поощряет совместное пользование на справедливой основе выгодами, вытекающими из применения таких знаний, нововведений и практики». В КБР содержатся и другие положения, касающиеся распространения и поощрения использования традиционных знаний: например, в ней говорится об охране и поощрении «использования биологических ресурсов в соответствии со сложившимися культурными обычаями, которые совместимы с требованиями сохранения или устойчивого использования» (статья 10), об «обмен[е] результатами технических, научных и социально-экономических исследований, а также информацией о программах профессиональной подготовки и обследований, специальными знаниями, местными и традиционными знаниями как таковыми и в сочетании с технологиями, упомянутыми в пункте 1 статьи 16», и о том, что «он включает, когда это возможно, репатриацию информации» (статья 17), а также о сотрудничестве в области развития и использования технологий, включая технологии коренных и традиционных общин (статья 18).
- целью Нагойского протокола является совместное извлечение на справедливой и равной основе выгод от использования генетических ресурсов, что способствует сохранению разнообразия биологических ресурсов и устойчивому использованию их элементов (статья 1). Протокол также относится к ТЗ, связанным с генетическими ресурсами и выгодам от использования таких знаний (статья 3).
- В Конвенции ЮНЕСКО 2003 г. об охране нематериального культурного наследия отмечается, что «пока не существует никакого многостороннего правового акта, имеющего обязательную силу и касающегося охраны нематериального культурного наследия». В конвенции говорится, что она заключается с целью «охраны нематериального культурного наследия», которое определяется как включающее «обычаи, ... знания и навыки, ... признанные сообществами, группами и, в некоторых случаях, отдельными лицами в качестве части их культурного наследия». Сохранение определяется как «принятие мер с целью обеспечения жизнеспособности нематериального культурного наследия, включая выявление, документирование, исследование, сохранение, защиту, популяризацию, повышение роли, передачу, главным образом с помощью формального и неформального образования, а также возрождение различных аспектов такого наследия». Нематериальное культурное наследие определяется как включающее «знания, ноу-хау, навыки, практики и представления, создаваемые и сохраняемые общинами во взаимодействии с окружающей их средой ... [Э]та сфера охватывает многие области, такие как традиционная

экологическая мудрость, традиционные знания, этнобиология, этноботаника, этнозоология, традиционные системы целительства и фармакопея...»¹⁴. В качестве одного из примеров приведена система «Андского космовидения» народа калавайя (Боливия), которая включает фармакопею и традиционную систему целительства.

- В одном из международно-правовых документов, касающихся политики в области культуры – Конвенции ЮНЕСКО 2005 г. об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения – «охрана» определяется «как принятие мер, направленных на сохранение, защиту и увеличение разнообразия форм культурного самовыражения». Она иллюстрирует связь между распространением ТЗ и охраной ТВК, признавая, что «разнообразие форм культурного самовыражения, включая традиционные формы, является важным фактором, дающим людям и народам возможность выражать свои идеи и ценности и обмениваться ими с другими».

14. Хотя в настоящем анализе пробелов признается важность и авторитет таких уже существующих международно-правовых документов и выполняемых ими важных задач в области сбережения и защиты ТЗ, перед ним не ставится задача попытаться оценить возможные пробелы в этих документах, которые применяются на основе самостоятельных мандатов; как уже упоминалось, он призван сосредоточить внимание на том аспекте правовой охраны, который чаще всего учитывается при разработке политики и законодательства в области ИС.

15. В комментариях к первому варианту настоящего предварительного анализа подчеркивалось, что такую направленность анализа пробелов не следует расценивать как предвосхищение вывода о том, что традиционные знания могут охраняться в рамках системы ИС; при этом отмечалось, что существуют различные мнения и позиции относительно того, какая именно концепция охраны является подходящей. Соответственно, анализ пробелов носит описательный характер: выявление того или иного пробела в «охране» в данном контексте ИС не означает, что такой пробел может или должен быть устранен. Это также не означает, что некая ситуация, которая в строгом смысле является одним «пробелом», должна устраняться в приоритетном порядке, ранее других пробелов (включая пробелы в других формах охраны, выходящих за рамки законодательства и политики в области интеллектуальной собственности). Поэтому в разделе IV пробелы фиксируются в порядке фактической констатации, а в следующем за ним разделе V излагаются соображения, которыми государства-члены могут руководствоваться, рассматривая отдельный вопрос о том, следует ли или не следует – и если да, то каким образом – устранять те или иные из выявленных пробелов.

(ii) Связь с анализом пробелов в области охраны ТВК

16. В интересах большей определенности данного анализа пробелов и в соответствии с выработанным Комитетом общим рабочим подходом проводится различие между ТЗ и традиционными выражениями культуры (ТВК). Некоторые формы охраны ТВК косвенным образом также обеспечивают охрану ТЗ: например, при охране записей традиционных песен и сказаний, с помощью которых ТЗ сохраняются и передаются из поколения в поколение в рамках общины, или при охране изделий кустарных промыслов, воплощающих в себе своеобразные приемы работы или практические знания и навыки, основанные на ТЗ. Упомянутая выше система «Андское

¹⁴ <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?pg=56>

космовидение» народа калавайя – это система медицинских знаний, которые также воплощаются женщинами калавайя в соответствующих элементах орнамента на тканях. Внимание, безусловно, следует уделять обоим аспектам систем традиционных культур и систем знаний: как существу или содержанию практических знаний, которыми обладают общины, так и используемым ими формам выражения. Эти виды охраны форм выражений традиционной культуры и культурного наследия надлежащим образом рассмотрены в уточненном варианте анализа пробелов в охране ТВК (документ WIPO/GRTKF/IC/37/7) и упоминаются в данном анализе пробелов в охране ТЗ лишь вскользь, в порядке подтверждения взаимодополняемости этих двух аспектов охраны.

(iii) Разнообразие свойств ТЗ

17. Анализ основан на следующих исходных допущениях в отношении общих свойств ТЗ¹⁵:

- ТЗ могут включать в себя конкретные элементы знаний, в том числе инновации, автором которых является один из членов традиционной общины, или более широкий комплекс систематизированных знаний. Не делается никаких исходных допущений относительно того, должны ли «традиционные знания» ограничиваться конкретными элементами знаний или быть системой знаний.
- Не делается никаких исходных допущений относительно того, являются ли определенные ТЗ обязательно патентоспособными или обязательно непатентоспособными; элементы ТЗ могут быть как патентоспособными, так и непатентоспособными. Возникновение инновации в традиционном контексте само по себе не делает ее непатентоспособной (при условии, что патент выдается подлинному изобретателю, автору/авторам инноваций, происходящих из традиционной общины, или их подлинным правопреемникам). Иными словами, сам факт, что определенные знания являются «традиционными», отнюдь не лишает их патентоспособности. Тем не менее, возможна правовая неопределенность в отношении способов применения стандартов новизны, изобретательского уровня и полезности к заявленным изобретениям, которые сами представляют собой ТЗ, являются их производными или созданы в рамках системы традиционных знаний. Кроме того, может существовать неопределенность в отношении способов определения соответствующего заявителя – например, в случае, когда патентоспособные ТЗ созданы в рамках традиционной общины или другого сообщества.
- ТЗ не обязательно следует рассматривать в качестве раскрытых или не раскрытых публично: они могут быть как раскрытыми, так и не раскрытыми. Кроме того, может существовать правовая неопределенность в отношении того, можно ли ТЗ, раскрытые в рамках местной или коренной общины, считать «не раскрытыми» или не входящими в общественное достояние.
- В отношении ТЗ могут применяться различные формы собственности, ответственного хранения, прав и интересов, предусмотренных правом справедливости. Такими правами может обладать отдельный член общины, община в целом (независимо от того, признается ли она юридически в качестве таковой) или государство (либо само по себе, либо как

¹⁵ См. также документ WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9 «Перечень и краткое техническое пояснение в отношении различных форм существования традиционных знаний», размещенный по адресу: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf.

доверительный управляющий в интересах отдельных лиц или общин).
Определенные аспекты ТЗ могут ассоциироваться с отдельным членом общины, даже если обладателем всего комплекса ТЗ является община как таковая, которая является хранителем всего комплекса таких знаний.
Определенные ТЗ могут также являться частью общего наследия человечества и не принадлежать никакой конкретной общине или стране.

- *Знания коренной общины* считаются более определенным комплексом знаний, чем ТЗ, поскольку они создаются, поддерживаются и распространяются коренными народами, признанными в качестве таковых. Носителями ТЗ могут быть и другие местные и культурные общины, которые не признаются в качестве коренных общин. Возможно, что ряд подходов к анализу пробелов должен будет отражать возможные различия в подходе к знаниям коренных общин и к традиционным знаниям в более широком смысле слова – следует отметить, например, что права коренных народов на традиционные знания были определены в международной декларации (которая рассмотрена ниже).

(iv) Характер выявляемых «пробелов»

18. Весьма вероятно расхождение мнений относительно того, что следует считать реальным «пробелом» в области охраны; отчасти это обусловлено тем, что сам термин «охрана» может иметь весьма широкие коннотации или точное правовое применение. В настоящем предварительном варианте анализа пробелов проблема такого расхождения в подходах решается путем отражения широкого спектра возможных вариантов решения вопроса о том, что следует понимать под «пробелом»; такие различные возможные допущения разъясняются в разделе IV. В разделе IV (с) настоящего анализа перечислены возможные пробелы, которые иллюстрируются примерами, однако следует иметь в виду, что пробел», воспринимаемый одними адресатами настоящего анализа как существенный, может вообще не расцениваться в качестве такового или восприниматься как несущественный другими. В связи с этим цель данного анализа пробелов – определить потенциальные «пробелы» для содействия дискуссии по вопросам политики, а не вынести окончательные суждения по вопросам, являющимся предметом продолжающегося обсуждения.

19. В частности, пробел в правовой охране может рассматриваться как желательная ситуация, а не обязательно как ситуация, которую следует устранить. Общий подход состоит в том, что нормально функционирующее общественное достояние предполагает определенные «пробелы» в правовой охране или возникает в результате таких «пробелов».

20. В самом общем смысле одним из вариантов «пробела» является отсутствие какого бы то ни было правового механизма охраны знаний. Действующие механизмы правовой охраны ориентированы на конкретные формы или аспекты знаний и действуют ограниченным образом: так, не раскрытая информация должна отвечать определенным условиям, чтобы подлежать охране в качестве объекта коммерческой тайны или конфиденциальной информации; к тому же такая охрана имеет ограниченный характер (например, она не распространяется на третьих лиц, которые получили соответствующие знания независимо). Поэтому определение «пробела» в охране может означать уточнение круга объектов, подлежащих охране, и определение не разрешенных видов действий третьих лиц, позволяющее таким лицам знать, какие именно действия они не могут совершать.

Пробелы в контексте многоуровневого подхода к определению объема охраны

21. На своей двадцать седьмой сессии МКГР внес на обсуждение предложение о многоуровневом подходе к определению объема охраны, согласно которому правообладателям получают различные виды или уровни прав или могут применять различные меры, в зависимости от характера и особенностей объекта охраны, уровня контроля, которым располагают бенефициары, и степени распространенности объекта охраны. Многоуровневый подход означает дифференцированную охрану различных ТЗ в широком интервале от традиционных знаний, доступных широкой публике, до знаний, хранящихся в тайне, не известных за пределами общины и контролируемых бенефициарами. Этот подход предполагает, например, что в отношении одних видов ТЗ (например, ТЗ, сохраняемых в тайне) могут применяться исключительные имущественные права, в то время как для других видов ТЗ, которые публично распространены или широко известны, но все же связаны с конкретными коренными народами и местными общинами, более подходящей может быть модель личных неимущественных прав.

22. Следует отметить, что в контексте многоуровневого подхода к определению объема охраны пробелы, которые могут быть выявлены на международном уровне, будут, по-видимому, различаться в зависимости от уровня их охраны, определяемого с учетом, например, таких моментов, как характер и особенности ТЗ, уровень контроля, сохраняемый бенефициарами, и степень распространенности знаний¹⁶.

III. СУЩЕСТВУЮЩИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА, НОРМАТИВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ И ВОЗМОЖНОСТИ ОХРАНЫ

23. Этот раздел посвящен «обязательствам, нормативным положениям и возможностям обеспечения охраны, которые уже существуют на международном уровне». В рамках настоящего анализа детально рассматриваются формы охраны, обеспечиваемой основными международными документами, действующими в целом в области охраны интеллектуальной собственности, и менее детально – охрана, обеспечиваемая международными документами, действующими в других областях международного публичного права и непосредственно касающимися традиционных знаний и их охраны. Для краткости и ясности анализа конкретные правовые документы не рассматриваются сами по себе (они всесторонне рассмотрены в опубликованных ранее материалах Комитета). Кроме того, упоминаются различные международные правовые документы, включая такие недавно принятые документы, как Декларация ООН о правах коренных народов, Интерлакенская декларация по генетическим ресурсам животных и Нагойский протокол. Они цитируются исключительно для иллюстрации того, какие области представляют интерес в настоящее время с точки зрения выработки международной политики. Авторы не пытаются анализировать правовые тексты или присваивать любому тексту какой-либо правовой статус.

¹⁶ См. справочную записку к 31-й сессии МКГР и справочную записку к 32-й сессии МКГР, подготовленные Ианом Госсом, Председателем МКГР.

(a) Охрана в соответствии с существующими международными документами в области интеллектуальной собственности

Общие замечания

24. Что касается общей применимости существующего права ИС к объектам ТЗ, то любой общий подход к охране этих объектов средствами ИС, включая ее международный аспект, может по необходимости требовать рассмотрения вопроса о том, какие правовые инструменты и механизмы требуются на национальном уровне, как они должны функционировать и какие правовые и функциональные преимущества может дать международный аспект с точки зрения охраны на национальном уровне; при этом следует отметить, что системы охраны прав ИС недостаточны для решения задач охраны таких целостных и уникальных объектов, как ТЗ. До настоящего времени ряд мер, а также ряд норм существующего законодательства в области ИС, признавали элементы такого традиционного права в более широком контексте охраны. Следует учитывать и экономические аспекты проблем развития, а также необходимость обеспечения эффективного участия самих носителей ТЗ в обеспечении охраны, при соблюдении принципа получения от таких носителей предварительного информированного согласия. Однако даже с учетом всего вышеизложенного нормы существующего законодательства в области ИС, включая законы о патентах, товарных знаках, географических указаниях, промышленных образцах и коммерческой тайне, с успехом применялись для охраны ТЗ от некоторых форм неправомерного использования и незаконного присвоения¹⁷.

(i) Позитивная патентная охрана ТЗ

Упомянутые международные документы: Соглашение Всемирной торговой организации по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), Договор о патентной кооперации (РСТ).

25. Несмотря на широкие различия в интерпретации и применении на национальном уровне, международные стандарты патентного права в целом позволяют применять инструменты патентной охраны к конкретным инновациям, создаваемым в традиционном контексте, при условии, что они:

- обладают новизной (являются новыми);
- обладают изобретательским уровнем (не являются очевидными);
- являются полезными и промышленно применимыми; и
- в целом соответствуют определению «изобретения».

26. Ни один из этих критериев не определен в международных документах формально и юридически обязывающим образом. В связи с этим их применение к традиционным знаниям открывает возможности широкой свободы толкования в рамках национального законодательства.

27. Широкая свобода интерпретации существует при определении «изобретения» в отличие от открытия, что, например, может быть актуально для ТЗ, которые могут

¹⁷ См. публикацию ВОИС «Protect and Promote Your Culture: A Practical Guide to Intellectual Property for Indigenous Peoples and Local Communities» (2017 г.). См. также документ WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9 «Перечень и краткое техническое пояснение в отношении различных форм существования традиционных знаний», размещенный по адресу: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf.

рассматриваться как открытие какого-то природного принципа, а не как изобретение в собственном смысле слова.

28. Широкая свобода интерпретации существует при решении вопроса о том, следует ли рассматривать ТЗ в качестве объекта, патентоспособного в принципе, если традиционные знания представляют собой:

- изобретение, предотвращение коммерческого использования которого вызвано необходимостью охраны общественного порядка или нравственности, в том числе охраны жизни или здоровья людей, животных или растений, или недопущения серьезного ущерба окружающей среде, при условии, что такое предотвращение связано не просто с тем, что использование изобретения запрещается законом соответствующей страны; или
- диагностический, терапевтический или хирургический метод лечения людей или животных;
- растение или животное (исключая микроорганизмы), а также в основном биологические процессы разведения растений или животных, кроме небиологических и микробиологических процессов.

29. Широкая свобода интерпретации существует также в отношении применения к традиционным знаниям обычных критериев патентоспособности, особенно критерия новизны (следует ли, например, считать устные предания, передаваемые более или менее конфиденциальным образом в рамках коренной или местной общины, раскрытым уровнем техники для целей определения новизны как критерия патентоспособности) и неочевидности (например, следует ли при определении очевидности считать лицо, практикующее систему традиционных знаний, специалистом в соответствующей области техники).

30. Из констатации того, что лицо, практикующее традиционные знания, разработало инновационное решение, которое могло бы считаться патентоспособным, также не следует явным образом, что такое лицо обязательно пожелает, чтобы оно было запатентовано или что у него найдутся необходимые средства для прохождения процедуры патентования; иными словами, если ТЗ признаются патентоспособными в принципе, это еще не значит, что они *патентуются* фактически. Неприменение патентной системы на практике или решение не использовать ее по той причине, что обеспечиваемая ею форма охраны не отвечает запросам обладателей ТЗ, также можно рассматривать в качестве «пробела» в охране, даже если некоторые элементы ТЗ «патентоспособны» в строгом смысле этого понятия. Однако при выполнении анализа пробелов может потребоваться разграничение между формальным пробелом в объеме возможной правовой охраны в принципе и реальным пробелом в смысле неиспользования возможности получения охраны в отношении конкретных элементов ТЗ; другими словами, определение степени, в которой ТЗ, для которых какой-то вид охраны уже *обеспечивается*, охраняются *фактически*. Поскольку последний вариант анализа пробелов связан с большим объемом эмпирической работы на местах, в данном случае он не проводился. Тем не менее, Комитет провел обширные исследования в этой области^{18,19}.

¹⁸ См., например, документы WIPO/GRTKF/IC/5/7 и WIPO/GRTKF/IC/5/8, а также обследования и вопросники, на основе которых они были подготовлены.

¹⁹ В публикации ВОИС «Protect and Promote Your Culture: A Practical Guide to Intellectual Property for Indigenous Peoples and Local Communities» (2017 г.) приводятся два примера патентов на инновационные решения, разработанные на основе ТЗ, выданных представителям коренных народов и местных общин. В данном случае патентовались не сами ТЗ, а новые и инновационные технические решения, разработанные на их основе.

(ii) *Защитная охрана ТЗ в рамках патентной системы*

Упомянутые международные документы: РСТ, Международная патентная классификация

31. Защитная охрана – это меры по недопущению незаконной выдачи патентов на элементы ТЗ или отмене таких решений. Охрана ТЗ в рамках патентной системы чаще рассматривалась именно с защитной точки зрения, а не с точки зрения позитивной деятельности по получению патентов на ТЗ. Существующие на международном уровне обязательства, нормативные положения и возможности имеют непосредственное отношение к защитной охране. Они включают правовые и практические защитные меры, принимаемые в рамках действующего патентного права, а также предложения по пересмотру стандартов международного патентного права для установления специальных процедур раскрытия применительно к ТЗ (в связи с генетическими ресурсами).

32. Защитная охрана ТЗ в контексте существующих стандартов международного патентного права включает следующие меры:

- право изобретателя на указание в патенте в качестве такового, предусмотренное Парижской конвенцией;
- включение в минимум документации РСТ ряда публикаций, посвященных традиционным знаниям. Этим обеспечивается систематический учет значительного объема уже опубликованных традиционных знаний на ранней стадии жизненного цикла многих патентов и включение таких знаний в публикуемые отчеты о международном поиске до перехода патентной заявки на национальную фазу;
- пересмотр Международной патентной классификации в 2006 г., с более широким и определенным отражением в ней конкретных видов материалов, связанных с традиционными знаниями, а именно, «лекарственных препаратов неопределенного состава, содержащих материалы из морских водорослей, лишайников, грибов или растений или их производных – например, традиционных лекарственных трав» (А61К 36/00). Этот пересмотр означает признание интеллектуальной и технической значимости систем традиционных знаний. Он повышает вероятность выявления релевантных документов, относящихся к ТЗ, при проведении патентного поиска, что будет укреплять практическую основу защитной охраны ТЗ.

33. Комитет разработал следующие стандарты и рекомендации, которые формально не отражены в существующих стандартах международного патентного права, но имеют, тем не менее, важное значение для защитной охраны:

- Комитет утвердил стандарты документирования традиционных знаний, отражающие необходимость фиксации и соблюдения условий доступа к документированным традиционным знаниям и их использования²⁰;

²⁰ См. документ WIPO/GRTKF/IC/4/14, размещенный по адресу:
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_14.pdf.

- Комитет подготовил рекомендации по вопросам экспертизы патентов, связанных с ТЗ, применение которых существенно повысит вероятность недопущения выдачи незаконных патентов на традиционные знания.

34. Еще одна мера, предусматриваемая национальным законодательством ряда стран, но не закрепленная в международных нормах, заключается в том, что в патентной заявке заявитель обязан раскрыть информацию, существенную с точки зрения патентоспособности изобретения, включая ее источник.

35. Новые и дополнительные инициативы направлены на обеспечение полного доступа экспертов к существующим ТЗ при осуществлении патентного поиска и экспертизы для формирования более широкой базы оценки патентоспособности без создания условий, облегчающих нежелательное раскрытие и распространение ТЗ, не соответствующее намерениям первоначально предоставивших их лиц.

(iii) Требования в отношении раскрытия, специфичные для ТЗ

36. Для укрепления защитной охраны ТЗ в смысле недопущения выдачи патентов на изобретения, основанные на ТЗ, которые не обладают новизной или в отношении которых не получено предварительного информированного согласия или не обеспечивается справедливое совместное пользование выгодами от их использования, ряд стран предусмотрели в своем национальном законодательстве нормы, требующие применения специальных форм раскрытия, касающихся традиционных знаний и генетических или биологических ресурсов, используемых в заявляемом изобретении²¹. В рамках ВТО и ВОИС внесен целый ряд предложений об усовершенствовании стандартов международного патентного права для учета таких требований в отношении раскрытия. Такие механизмы представляют собой важную форму защитной охраны ТЗ и потому существенны для данного анализа. На сегодняшний день ни один из них не принят на международном уровне в форме юридически обязывающего документа²², однако в тексте Боннских руководящих принципов, которые не имеют обязательной силы, но могут считаться в контексте настоящего анализа «нормативными положениями» или «возможностями», Договаривающимся сторонам КБР рекомендуется оценивать целесообразность принятия:

- мер, предусматривающих раскрытие в заявках на регистрацию прав интеллектуальной собственности страны происхождения генетических ресурсов и места происхождения традиционных знаний, инноваций и практики коренных и местных общин.

37. Ряд «нормативных положений» и «возможностей» был достаточно детально рассмотрен в двух исследованиях, проведенных ВОИС по инициативе КБР²³.

38. Кроме того, отмечалось, что в Боннских руководящих принципах эта мера рассматривается в связи с целым рядом других правовых и административных мер и инструментов регулирования, касающихся пользователей генетических ресурсов, в частности, механизмов информирования потенциальных пользователей об их обязанностях в связи с доступом к генетическим ресурсам, мер, призванных

²¹ См. публикацию ВОИС «Key questions on patent disclosure requirements for genetic resources and traditional knowledge», 2017 г., размещенную по адресу: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1047.pdf.

²² Нагойский протокол не содержит никаких упоминаний, касающихся требований в отношении раскрытия информации.

²³ Эти исследования опубликованы по следующим адресам:
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_32/wo_ga_32_8.pdf и
http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/786/wipo_pub_786.pdf.

препятствовать использованию генетических ресурсов, получаемых без предварительного информированного согласия Договаривающей стороны, предоставляющей такие ресурсы, сотрудничества Договаривающихся сторон в борьбе с предполагаемыми нарушениями соглашений о доступе и совместном пользовании выгодами, систем добровольной сертификации для учреждений, соблюдающих правила доступа и совместного пользования выгодами, а также мер по пресечению недобросовестной торговой практики²⁴. Как правило, такие меры прямо не связаны с законодательством и практикой в области интеллектуальной собственности, хотя борьба против недобросовестной коммерческой практики в определенной степени осуществляется на основании законов о борьбе с недобросовестной конкуренцией (рассматриваемых в настоящем анализе пробелов как отдельная тема).

39. Высказывались, в том числе в комментариях к предыдущему варианту настоящего предварительного анализа пробелов, существенно различные мнения относительно необходимости и целесообразности таких требований о раскрытии информации, которые касались бы только ТЗ, а также по поводу того, следует ли считать само упоминание таких положений суждением относительно его целесообразности. В рамках настоящего анализа пробелов не дается никакой оценки таких требований с точки их ценности для целей регулирования, однако при рассмотрении этих вопросов, которое приводится ниже объективное, фактическое отсутствие международного стандарта всё же квалифицируется как формальный «пробел», поскольку речь идет о форме охраны, используемой рядом стран, но отсутствующей в составе международной нормативной базы.

(iv) Нераскрытые ТЗ

Упомянутые международные документы: Парижская конвенция по охране промышленной собственности (Парижская конвенция), Соглашение ТРИПС

40. Если ТЗ не раскрывались публично, они могут подпадать под действие существующих международных стандартов, регулирующих охрану нераскрытой или конфиденциальной информации. Согласно общим международным минимальным стандартам, установленным Соглашением ТРИПС ВТО, чтобы быть объектом охраны, информация должна:

- быть конфиденциальной, в том смысле, что она в целом или в ее конкретной конфигурации и составе, не является общеизвестной или доступной для лиц тех категорий, которые обычно имеют дело с подобной информацией;
- представлять коммерческую ценность в силу своей конфиденциальности; и
- быть объектом применения лицом, правомерно контролирующим эту информацию, мер по сохранению ее конфиденциальности, являющихся обоснованными в конкретных обстоятельствах.

41. Охрана распространяется на информацию, «раскрываемую, получаемую или используемую другими лицами без [их] согласия способом, противоречащим честной коммерческой практике», который определяется как включающий «как минимум такие действия, как нарушение условий договора, нарушение доверия или поощрение к нарушению доверия, включая приобретение закрытой информации третьими лицами, которые знали или не выяснили вследствие грубой небрежности, что приобретение

²⁴ Боннские руководящие принципы, пункт 16(d).

такой информации предполагало такие действия». В принципе это справедливо для значительной части традиционных знаний, поскольку фактическую коммерциализацию ТЗ часто осуществляет не лицо, первым получившее доступ к информации, а коммерческие и промышленные компании, с которыми оно взаимодействует.

42. Этот международный стандарт характеризуется как средство «обеспечения эффективной охраны от недобросовестной конкуренции, предусмотренной статьей 10bis Парижской конвенции (1967 г.)». Срок охраны является практически неограниченным, если продолжают сохраняться соответствующие условия (например, охрана прекращает свое действие после публичного раскрытия знаний их обладателем).

43. Очевидно, что этот международный стандарт применим к значительной части традиционных знаний, но столь же очевидно, что значительная их часть не будет подпадать под его действие. По поводу применения данного стандарта могли бы возникнуть, в частности, следующие вопросы:

- в каких случаях ТЗ, раскрытые в рамках определенной традиционной общины, продолжают считаться «тайными»?
- какова возможная роль традиционного права или обычаев общины в определении того, выполняются ли условия предоставления охраны? (Так, например, в решении по делу «Foster v Mountford»²⁵, которое часто цитируется в Комитете, традиционное право коренной общины было признано достаточным для признания обязательства сохранения конфиденциальности);
- будут ли знания, которые не представляют для общины коммерческой ценности, но представляют для нее духовную и культурную ценность, по-прежнему охраняться в случае, если третье лицо извлекает из них коммерческую выгоду? Иными словами, если община хранит ТЗ в тайне по причинам духовного характера, не связанным с коммерческими интересами, и даже активно отвергает идею их коммерческой оценки, будут ли они по-прежнему охраняться в качестве нераскрытой информации?

44. Поскольку этот стандарт является минимальным, существуют возможности применения более общих форм охраны в рамках национального законодательства, когда, например, ТЗ, распространявшиеся только внутри конкретной общины, признаются не раскрытыми и, как следствие, подлежащими охране. Существенным фактором может также считаться духовная и культурная ценность знаний (когда одной только коммерческой ценности традиционных знаний может быть недостаточно для признания их подлежащими охране); может бы также признаваться роль традиционного права и обычаев общин (например, при определении «разумных мер для обеспечения охраны»).

²⁵ См., например, «IP Needs And Expectations Of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-Finding Missions (1998-1999)», ВОИС, 2001 г., стр. 75.

(v) *Недобросовестная конкуренция*

Упомянутые международные документы: Парижская конвенция, Соглашение ТРИПС

45. Парижская конвенция предусматривает «эффективную защиту от недобросовестной конкуренции», указывая, что «[а]ктом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах». Таким образом, это понятие недобросовестной конкуренции сформулировано в общем виде, хотя при этом особое внимание обращается на следующие виды действий:

- действия, создающие возможность смешения с предприятием, продукцией или промышленной или торговой деятельностью конкурента;
- ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, дискредитирующие предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента;
- указания или утверждения, которые могут ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров.

46. Эти более точные определения недобросовестной конкуренции применимы, например, к действиям по коммерциализации изделий, создаваемых на основе ТЗ, которые выдаются ложным образом за подлинные изделия коренной или местной общины, не будучи таковыми, создают возможность смешения с ними или впечатление одобрения таких изделий или их изготовления такой общиной, возникающее в результате обмана или смешения²⁶.

47. Одна из возможных трактовок этих международных стандартов (которые также вводятся в действие Соглашением ТРИПС) состоит в том, что они могли бы охватывать более широкий круг форм охраны, не сводящихся к предотвращению действий, связанных со смешением, ложными заверениями или дезориентирующими утверждениями, приведенных выше в качестве примеров. В одном из комментариев к этому положению говорится:

Каждая страна определяет содержание понятия «конкуренции» исходя из своего собственного понимания: страны могут распространять понятие «недобросовестной конкуренции» на действия, не являющиеся конкуренцией в узком смысле слова... Всякий акт конкуренции должен считаться актом недобросовестной конкуренции, если он противоречит обычаям честной промышленной или торговой практики. Данный критерий не ограничивается обычаями честной практики, существующими в стране, где испрашивается охрана от недобросовестной конкуренции. Судебные и административные органы такой страны должны будут учитывать и обычаи честной практики, существующие в международной торговле. Если судебный или административный орган страны, в которой испрашивается охрана, констатирует, что обжалуемый акт противоречит обычаям честной промышленной или торговой практики, он обязан будет считать данный акт актом недобросовестной конкуренцией и применить санкции и

²⁶ См. Примеры, приводимые в публикации ВОИС «Protect and Promote Your Culture: A Practical Guide to Intellectual Property for Indigenous Peoples and Local Communities», стр. 57.

правовые средства, предусмотренные его национальным законодательством. Под упомянутые критерии могут подпадать самые различные действия²⁷.

48. Таким образом, данное положение можно толковать как включающее охрану и от других форм использования традиционных знаний, которые считаются противоречащими честной практике. Также всегда есть возможность предусмотреть в национальном законодательстве, что акты недобросовестной конкуренции могут включать неосновательное обогащение за счет использования традиционных знаний и извлечение коммерческой выгоды из незаконно приобретенных ТЗ.

49. Во многих национальных законах о борьбе с недобросовестной конкуренцией предусматриваются меры пресечения и других форм коммерческого поведения, кроме действий, вызывающих возможность смешения, или ложных/дезориентирующих утверждений. Они касаются и такой недобросовестной деловой практики, как установление монополий, а также другие формы использования традиционных знаний, которые могут рассматриваться как честная, но не справедливая конкуренция – например, искусственное занижение цен с целью разорения конкурентов.

(vi) Отличительные обозначения

Упомянутые международные документы: Соглашение ТРИПС, Мадридское соглашение и протокол, Лиссабонское соглашение об охране наименований мест происхождения, Парижская конвенция

50. Охрана отличительных обозначений в соответствии с международными документами распространяется на:

- обычные товарные знаки (включая знаки обслуживания);
- сертификационные и коллективные знаки;
- географические указания.

51. Такая охрана не обеспечивает охраны знаний как таковых. Однако она может обеспечить ее косвенно, при помощи средств охраны отличительных обозначений, символов, орнаментов и географических указаний, а также подтверждений одобрения со стороны общины или сертификатов подлинности, когда они применяются для маркировки продуктов и услуг, основанных на традиционных знаниях или их использовании.

52. Такие отличительные обозначения могут также получить защитную охрану при помощи таких правовых механизмов, особенно путем обжалования или оспаривания в судах регистраций, равносильных вводящему в заблуждение или обманному использованию знаков, символов, слов или географических указаний, связанных с ТЗ²⁸. Международные стандарты могут применяться для обеспечения отказа в регистрации или признания недействительными знаков, противоречащих морали или общественному

²⁷ Г.Боденхаузен, Руководство по применению Парижской конвенции по охране промышленной собственности (1968 г.), стр.144 (сноски опущены).

²⁸ Новая Зеландия и Андское Сообщество приняли специальные положения, не допускающие регистрации товарных знаков, включающих названия или выражения культуры коренных народов, кроме тех случаев, когда заявки на регистрацию товарных знаков подаются представителями коренных народов или другими лицами с их согласия. См. дополнительную информацию в примерах, приводимых в публикации ВОИС «Protect and Promote Your Culture: A Practical Guide to Intellectual Property for Indigenous Peoples and Local Communities», стр. 44.

порядку. В некоторых случаях такие запретительные действия использовались для обеспечения отказа в регистрации или аннулирования регистрации товарных знаков, которые могли бы быть оскорбительными для коренных общин по культурным или духовным причинам (вопросы защитной охраны ТВК в рамках системы охраны товарных знаков рассматриваются в уточненном варианте анализа пробелов в охране ТВК²⁹).

(vii) Право промышленных образцов

Упомянутые международные документы: Соглашение ТРИПС, Бернская конвенция, Гаагское соглашение о международном депонировании промышленных образцов, Парижская конвенция

53. Охрана образцов не касается содержания знаний как такового и в большей степени существенна для охраны традиционных культурных выражений, чем для охраны ТЗ (см. уточненный вариант анализа пробелов в области ТВК, дополняющий данный анализ). Тем не менее, международные стандарты в области охраны образцов могут обеспечивать определенные виды косвенной охраны некоторых ТЗ, особенно в тех случаях, когда образцы тесно связаны с какой-то конкретной системой ТЗ, например со способом изготовления орудий, музыкальных инструментов или кустарных изделий. Охрана предусмотрена для промышленных образцов, которые являются новыми или оригинальными, однако возможно исключение охраны образцов, обусловленное главным образом техническими или функциональными соображениями.

54. В рамках разработки проекта Договора о законах по промышленным образцам ряд государств-членов внес предложение о том, чтобы предусматривать требование раскрытия в заявке происхождения или источника ТВК, ТЗ или биологических/генетических ресурсов, использованных при создании промышленного образца или входящих в его состав³⁰.

(viii) Авторское право и смежные права

Упомянутые международные документы: Соглашение ТРИПС, Бернская конвенция, Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ)

55. Авторско-правовая охрана касается формы выражения и не затрагивает содержания знаний как таковых; в связи с этим она более существенна для охраны традиционных выражений культуры, чем для охраны ТЗ (см. анализ пробелов в области ТВК в документе WIPO/GRTKF/IC/37/7). Тем не менее, международные стандарты в области авторского права и смежных прав можно рассматривать в качестве одного из способов обеспечения косвенной охраны ТЗ. В частности, авторское право может применяться в отношении описаний ТЗ, включенных в базу данных, а также компиляций ТЗ, которые охраняются в качестве компиляций в том случае, если они представляют собой «по подбору и расположению материалов результат интеллектуального

²⁹ Документ WIPO/GRTKF/IC/37/8, Приложение: часть II: «Значение термина "пробелы"», п. 35; часть IV A: «Местные и традиционные названия, слова и символы», п. 63; часть III B: «Местные и традиционные названия, слова и символы», п.п. 75-79; и часть IV D: «Использование отличительных знаков и принципов борьбы с недобросовестной конкуренцией для противодействия неправомерному присвоению репутации, ассоциирующейся с ТВК ("стиля" ТВК)», п. 119.).

³⁰ SCT/35/2.

творчества». Однако такая косвенная охрана ТЗ с помощью авторского права не распространяется на содержание ТЗ как таковых, и поэтому третьи лица могут использовать технические знания и навыки и основное содержание ТЗ даже в том случае, если они включены в базу данных, охраняемую авторским правом.

56. Как правило, если ТЗ принимают форму ТВК, охрана ТВК может считаться косвенной охраной ТЗ (например, звукозапись традиционного исполнения, используемая для передачи ТЗ в рамках общины, может охраняться в качестве записи ТВК; это позволяет ограничивать распространение записи и доступ к ней, косвенно ограничивая тем самым доступ к ТЗ, существующих в форме ТВК, и их распространение); подробнее см. уточненный вариант анализа пробелов в охране ТВК, дополняющий данный анализ.

(b) Другие области международного публичного права

57. Основное внимание в рамках настоящего анализа пробелов уделено международным нормам, входящим в состав законодательства об интеллектуальной собственности, и связи этого законодательства с ТЗ. Тем не менее, более общие нормы международного публичного права, например, нормы, касающиеся охраны окружающей среды, генетических ресурсов растений и прав коренных народов также могут иметь определенное значение для общей базы международного законодательства и мер регулирования в области ТЗ. Ниже приводится краткий обзор таких норм.

Упомянутые международные документы: Конвенция о биологическом разнообразии (КБР), Нагойский протокол, Международный договор ФАО, Конвенция Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием (КООНБО)

(i) Конвенция о биологическом разнообразии

58. Одна из конкретных областей традиционных знаний – область знаний, существенных для сохранения и обеспечения устойчивого использования биологически разнообразных ресурсов, регулируется Конвенцией о биологическом разнообразии, согласно которой Договаривающаяся сторона:

обеспечивает, с учетом положений своего национального законодательства, уважение, сохранение и поддержание знаний, нововведений и практики коренных и местных общин, отражающих традиционные формы жизни, важные для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия, и способствует их более широкому применению с одобрения и при участии носителей таких знаний, нововведений и практики, а также поощряет совместное пользование на справедливой основе выгодами, вытекающими из применения таких знаний, нововведений и практики.

(ii) Нагойский протокол

59. Статья 7 Нагойского протокола гласит:

«в соответствии с положениями внутригосударственного права каждая Сторона принимает соответствующие меры с целью обеспечения того, чтобы доступ к традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами, носителями которых являются коренные и местные общины, осуществлялся с

предварительного и обоснованного согласия или одобрения и при участии данных коренных и местных общин и чтобы были установлены взаимосогласованные условия».

60. В данном контексте существенны и положения статьи 5.5:

«Каждая Сторона принимает в зависимости от обстоятельств законодательные, административные или политические меры для обеспечения совместного использования на справедливой и равной основе выгод от применения традиционных знаний, связанных с генетическими ресурсами, с коренными и местными общинами, являющимися носителями таких знаний. Такое совместное использование выгод осуществляется на взаимосогласованных условиях».

61. Кроме того, согласно статье 16,

«1. Каждая Сторона принимает соответственно случаю надлежащие эффективные и соразмерные законодательные, административные или политические меры для обеспечения того, чтобы доступ к традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами, которые используются в пределах ее юрисдикции, осуществлялся в соответствии с предварительным обоснованным согласием или с одобрения и при участии коренных и местных общин и чтобы были установлены взаимосогласованные условия, как определено в национальном законодательстве, регулирующем доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод, или в регулятивных требованиях другой Стороны, где находятся такие коренные и местные общины.

2. Каждая Сторона принимает надлежащие, эффективные и соразмерные меры для урегулирования ситуаций несоблюдения мер, принятых в соответствии с вышеприведенным пунктом 1.

3. Стороны сотрудничают, насколько это возможно и целесообразно, в случаях предполагаемого нарушения национального законодательства или регулятивных требований, регулирующих доступ к генетическим ресурсам и совместное использование выгод, о которых говорится в вышеприведенном пункте 1.»

(iii) *Международный договор ФАО*

62. Международный договор ФАО о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства (МДГРРПС), который касается еще одной конкретной области традиционных знаний: знаний, имеющих отношение к генетическим ресурсам растений для целей производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, гласит: «каждая Договаривающаяся сторона должна в надлежащих случаях и с учетом своего национального законодательства принимать меры для защиты и поощрения прав фермеров, включая: (а) охрану традиционных знаний, касающихся генетических ресурсов растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства....»³¹.

(iv) *Конвенция Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием*

63. Согласно Конвенции Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием (КООНБО), Стороны защищают, поощряют и используют соответствующие традиционные и местные технологии, знания, ноу-хау и практику и с этой целью обязуются «составлять сводную информацию о таких технологиях, знаниях, ноу-хау и практике и возможностях их использования с участием местного населения и должным образом распространять такую информацию в сотрудничестве с

³¹ Статья 9 МДГРРПС («Права фермеров»).

соответствующими межправительственными и неправительственными организациями» (статья 18.2(a)). Кроме того, конвенцией предусматривается, что региональные мероприятия могут включать «подготовку перечней технологий, знаний, ноу-хау и практических методов, а также традиционных и местных технологий и ноу-хау и поощрение их распространения и использования» (статья 6(b) Приложения II).

c) Другие международные документы

Упомянутые международные документы: Боннские руководящие принципы по КБР, Декларация о правах коренных народов, Интерлакенская декларация по генетическим ресурсам животных

(i) Боннские руководящие принципы

64. Во Введении Исполнительного секретаря к Боннским руководящим принципам по обеспечению доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения эти принципы характеризуются как «не имеющие юридически обязательного характера..., [но обладающие, ввиду их единогласного принятия 180 странами] определенным и неоспоримым авторитетом», и как документ, обеспечивающий определенную охрану традиционным знаниям ввиду содержащейся в нем рекомендации о том, что: «[п]редоставляющие стороны должны: ... Предоставлять генетические ресурсы и/или традиционные знания лишь в тех случаях, когда они имеют на это соответствующее право» и что «Договаривающиеся стороны, имеющие в своей юрисдикции пользователей генетических ресурсов, ... могли бы рассмотреть, в частности, ... целесообразность принятия мер по поощрению предоставления сведений о стране происхождения... традиционных знаний, нововведений и практики коренных народов и местных общин в заявках на регистрацию прав интеллектуальной собственности».

65. Цель Руководящих принципов состоит в «содействии разработке режимов доступа и использования выгод, отражающих необходимость охраны традиционных знаний» (пункт 11(j)); , они поощряют «сотрудничество между Договаривающимися сторонами в решении вопросов, связанных с предполагаемыми нарушениями соглашений о доступе к генетическим ресурсам и совместном использовании выгод», что может иметь значение для охраны ТЗ.

(ii) Декларация о правах коренных народов

66. К самим традиционным знаниям, носителями которых являются коренные народы, относятся положения Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов³², которая, будучи декларацией, может рассматриваться как «нормативное положение» или «возможность», существующие на международном уровне, хотя ряд авторов подчеркивают, что Декларация не носит юридически обязательного характера и не была принята на консенсусной основе и характеризуют ее «как источник, отражающий чаяния коренных народов». Статья 31 Декларации гласит:

«[к]оренные народы имеют право на сохранение, контроль, охрану и развитие своих ... традиционных знаний ..., а также проявлений их научных знаний, технологий и культуры, включая людские и генетические ресурсы, семена, лекарства, знания свойств фауны и флоры, традиции устного творчества,

³² Принята Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в 2007 г., документ WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6 (15 февраля 2008 г.).

литературные произведения, рисунки, спорт и традиционные игры и изобразительное и исполнительское искусство. Они имеют также право на сохранение, контроль, защиту и развитие своей интеллектуальной собственности на такие ... традиционные знания...»

67. В декларации также предусматривается, что «[с]овместно с коренными народами Государства принимают действенные меры в целях признания и защиты возможностей осуществления этих прав».

(iii) Интерлакенская декларация по генетическим ресурсам животных

68. В Интерлакенской декларации по генетическим ресурсам животных, принятой на Международной технической конференции по вопросам генетических ресурсов животных для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства 7 сентября 2007 г., говорится о «целесообразности, в необходимых случаях, при соблюдении национального законодательства, учитывать, использовать, сохранять и поддерживать традиционные знания, актуальные для селекционного животноводства и животноводческого производства, в качестве вклада в ... создание устойчивых источников средств к существованию...». С этой декларацией увязан Глобальный план действий в области генетических ресурсов животных, направленный, в частности, на «содействие справедливому и равноправному распределению выгод от использования генетических ресурсов животных для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства и признание роли традиционных знаний, инновационных разработок и методов, касающихся сохранения генетических ресурсов животных и их устойчивого использования, а также, в необходимых случаях, введение в действие эффективных мер регулирования и законодательных мер».

IV. ПРОБЕЛЫ, СУЩЕСТВУЮЩИЕ НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ

проиллюстрированные, по возможности, конкретными примерами

69. При анализе охраны ТЗ на международном уровне возможные «пробелы» рассматриваются на двух уровнях:

- пробелы в *целях* охраны, выявленные на международном уровне;
- пробелы в международных *правовых механизмах*, созданных для достижения таких целей.

70. Однако прежде всего следует рассмотреть область применимости понятия «традиционных знаний», которое является предметом анализа пробелов.

(a) Пробелы в определении или выявлении ТЗ, подлежащих охране

71. Рабочие допущения, положенные в основу настоящего анализа пробелов, которые, в свою очередь, опираются на обстоятельный анализ данной проблематики, проведенный самим Комитетом, предполагают следующие разграничения понятий:

(i) Разграничение между:

- «традиционными знаниями» как общим определением объекта охраны, которые представляют собой, как правило, интеллектуальное и нематериальное культурное наследие, практики и системы знаний традиционных общин, включая коренные и местные общины («ТЗ в широком смысле слова»), и
- «традиционными знаниями» как конкретным объектом применения прав с более выраженным акцентом на содержании и существовании знаний как таковых («ТЗ в узком смысле слова»), которые необходимо отличать, например, от традиционных выражений культуры (ТБК) и выражений фольклора.

(ii) Разграничение между:

- тем, что принято называть «ТЗ» в общем смысле, и
- теми элементами ТЗ, которые являются или должны являться конкретными объектами правовой охраны.

72. Исходя из вышеизложенных рабочих допущений, Комитет применял эти разграничения в своей работе. Что касается первого разграничения (см. (i), выше), термин «традиционные знания» используется в более узком смысле слова для обозначения:

знаний как таковых, в частности, знаний, являющихся результатом интеллектуальной деятельности в традиционном контексте, и охватывающих технические знания и приемы, навыки и инновации³³.

73. Понятие ТЗ, употребляемое в этом смысле, шире конкретных областей знаний (лекарственной информации, знаний, касающихся биоразнообразия, генетических ресурсов в целом или генетических ресурсов растений), определяемых в других областях международного публичного права и политики.

74. Что касается второго разграничения (см. (ii), выше), Комитет подробно рассматривал принцип, согласно которому ТЗ, чтобы подлежать *охране* с применением конкретных правовых механизмов, возможно, должны:

- (i) создаваться, сохраняться и передаваться из поколения в поколение в традиционном контексте;
- (ii) быть определенным образом связанными с традиционным или коренным сообществом или народом, который сохраняет и передает их из поколения в поколение; и
- (iii) быть неотъемлемой частью культурной идентичности коренной или традиционной общины или народа, которые признаются носителями таких знаний, обеспечивая в той или иной форме их сохранение, осуществляя коллективное владение ими или неся за них культурную ответственность. Эта связь может быть выражена формально или неформально, в виде обычаев или традиционной практики, правил или законов³⁴.

³³ Источник: Глоссарий основных терминов.

³⁴ Примечание: Документ WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. был подготовлен на основе документа WIPO/GRTKF/IC/8/5 («The protection of traditional knowledge: Revised objectives and principles»). Учитывая продолжающиеся переговоры в МКГП, эта ссылка не обновлялась.

75. С точки зрения настоящего анализа это означает, что для того, чтобы подлежать охране, знания должны не просто определяться в общих терминах как «традиционные знания», но также передаваться из поколения в поколение, иметь объективную связь с общиной их происхождения и ассоциироваться с такой общиной на субъективном уровне, составляя часть ее собственной идентичности.

(b) Пробелы в целях охраны или основаниях политики в области охраны:

76. Частью анализа любой правовой системы является рассмотрение ее целей и оснований. В этой связи в рамках анализа пробелов, вероятно, необходимо учитывать такие общие цели, которые могли бы быть сформулированы на международном уровне, но пока не получили формального выражения. Цели политики, не зафиксированные формально и не подтвержденные на международном уровне применительно к интеллектуальной собственности и ТЗ, включают следующие цели:

- признание имманентной ценности систем традиционных знаний и их вклада в сохранение окружающей среды, обеспечение продовольственной безопасности и устойчивого сельского хозяйства, а также в развитие науки и техники;
- признание систем традиционных знаний ценными формами инновационной деятельности;
- воспитание уважения к системам традиционных знаний, а также культурным и духовным ценностям носителей традиционных знаний;
- уважение прав носителей и хранителей традиционных знаний;
- содействие сбережению и сохранению традиционных знаний;
- укрепление систем традиционных знаний, включая оказание помощи для дальнейшего использования и развития традиционных знаний, обмена ими и их передачи в соответствии с обычаями;
- поддержка непрерывной инновационной деятельности, осуществляемой в рамках систем традиционных знаний, и поощрение инноваций, создаваемых на основе традиционных знаний;
- поддержка усилий по защите и сохранению традиционных знаний;
- пресечение незаконного присвоения и несправедливого и неравноправного использования традиционных знаний и содействие справедливому совместному пользованию выгодами, получаемыми от традиционных знаний;
- обеспечение положения, при котором доступ к традиционным знаниям и их использование осуществляются на основе предварительного информированного согласия³⁵;
- содействие устойчивому развитию общин и их законной торговой деятельности, основанной на системах традиционных знаний;

³⁵ Или «предварительного свободно выраженного и информированного согласия», согласно формулировке Декларации ООН о правах коренных народов.

- пресечение неправомерного предоставления и осуществления прав интеллектуальной собственности на традиционные знания.

77. Таково существо целей, сформулированных в ходе международных обсуждений, в том числе в рамках деятельности Комитета. Эти цели не были приняты ни в каком формальном смысле и, возможно, не пользуются единодушной поддержкой. Тем не менее, достижению некоторых из этих общих целей в той или иной степени служат существующие международные документы, даже если такие документы призваны обеспечивать охрану какому-то одному элементу из всего комплекса традиционных знаний: например, КБР призван обеспечивать уважение и сохранение ТЗ, которые важны для сбережения и устойчивого использования ресурсов биологического разнообразия, но не относится непосредственно к другим элементам ТЗ, например, к системам кодифицированных медицинских знаний. МДГРПС ФАО признает «тот огромный вклад, которые местные и коренные общины и фермеры... вносят и будут впредь вносить в сохранение и развитие генетических ресурсов растений, которые составляют основу производства продовольственной и сельскохозяйственной продукции во всем мире».

78. Ориентиром при выработке политики, направленной на достижение международных целей, может служить Декларация о правах коренных народов, не являющаяся юридически обязательным документом. В Декларации зафиксированы, в частности, права коренных народов (в отличие от других носителей традиционных знаний), на «сохранение, контроль, охрану и развитие своих... традиционных знаний» и на «сохранение, контроль, защиту и развитие своей интеллектуальной собственности на такие... традиционные знания», причем спектр упоминаемых здесь ТЗ шире, чем в других существующих документах.

(с) Пробелы в существующих правовых механизмах

79. Охрана интеллектуальной собственности в точном правовом смысле этого термина состоит в признании прав правообладателя возражать против использования охраняемого объекта другими лицами или, по крайней мере, получать справедливое вознаграждение за его использование, а также его прав возражать против непризнания его прав или искажения (нарушения целостности) объекта. Иными словами, охрана заключается в наделении правообладателя правом препятствовать нежелательным видам использования или распространения знаний или незаконному доступу к ним, или правом получать справедливое вознаграждение (включая применение режима компенсаторных обязательств). Таким образом, основное внимание при охране прав интеллектуальной собственности уделяется праву возражать против тех или иных способов использования третьими лицами охраняемого материала или препятствовать такому использованию.

80. В связи с этим пробелы в охране ТЗ в рамках конкретных правовых механизмов могут характеризоваться с точки зрения:

- (i) объектов, не подлежащих охране в соответствии с действующим законодательством по вопросам ИС;
- (ii) правообладателей, не признаваемых в качестве таковых, и других бенефициаров, не пользующихся результатами охраны;
- (iii) способов использования и других действий, которые не удается предотвратить;

- (iv) отсутствия прав на получение вознаграждения или иных преимуществ.

81. Однако анализ подобных потенциальных пробелов по необходимости должен опираться на результаты полного исследования возможностей обеспечения охраны ТЗ с помощью действующих норм законодательства по вопросам ИС. Комитет всесторонне изучил эти возможности, в том числе на основе детальных исследований, проведенных государствами-членами, и проанализировал возможные варианты действий, отразив их в целом ряде документов по содержательным вопросам (перечисленных в документе WIPO/GRTKF/IC/13/5(a)); они не воспроизводятся в настоящем документе, однако их можно рассматривать как материал, существенный для целей настоящего анализа пробелов; см., например:

- варианты политики и правовые механизмы: документы WIPO/GRTKF/IC/7/6 и WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5;
- исследования, отчеты и сопоставительный анализ механизмов охраны ТЗ на национальном, региональном и международном уровнях: документы WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/3/8, WIPO/GRTKF/IC/3/9, WIPO/GRTKF/IC/4/7, WIPO/GRTKF/IC/4/8, WIPO/GRTKF/IC/5/7, WIPO/GRTKF/IC/5/8 и WIPO/GRTKF/IC/6/4.

(i) *Объекты, не охватываемые существующими нормами законодательства по вопросам ИС*

ТЗ, не охватываемые существующими формами охраны ИС.

82. Вводный комментарий: Можно определенно указать на пробел в охране традиционных знаний, которые исключены из состава объектов обычных форм охраны ИС, перечисленных в разделе III(a), выше. В ряде случаев такие ТЗ могут охраняться на основании существующего национального законодательства в области ИС в рамках гибких возможностей, предусмотренных международным законодательством по вопросам ИС. В ориентировочный перечень таких неохраняемых знаний правомерно включить следующие ТЗ:

- ТЗ, которые не считаются новыми, поскольку они были правомерно раскрыты широкой публике;
- ТЗ, считающиеся очевидными, в том числе для специалистов в соответствующей области техники, к которым могут относиться лица, использующие традиционные знания на практике, или их носители, считающиеся специалистами в соответствующей области техники, с учетом других знаний, уже доступных соответствующей части публики;
- ТЗ, которые были раскрыты публике или не отвечают критериям охраны конфиденциальной информации, коммерческой тайны или нераскрытой информации по иным причинам.

Накапливаемые коллективные инновации, передаваемые из поколения в поколение в рамках одной общины

83. Вводный комментарий: Одной из особенностей традиционных знаний, которая определена в рамках настоящего анализа, является то, что они создаются и развиваются на протяжении поколений в рамках одной общины. Некоторые элементы ТЗ создаются отдельными членами общины, которые могут быть наделены особыми правами в рамках общины, а также нести обязанности по отношению к ней. Однако в целом охрана ТЗ, если они не считаются нераскрытой или конфиденциальной

информацией – это охрана накопленных знаний, которыми община обладает коллективно.

84. Такие знания могут считаться подпадающими под действие КБР (ТЗ, имеющие значение для сохранения и устойчивого использования биологически разнообразных ресурсов), Нагойского протокола (ТЗ, связанные с генетическими ресурсами) и Договора ФАО (ТЗ, касающиеся генетических ресурсов растений), которые предусматривают обязательство охраны, сформулированное в общем плане. Эти документы не охватывают ТЗ в более широком смысле этого термина, однако упоминают их в связи с конкретными задачами политики, которые решаются этими документами.

85. Община может пользоваться охраной ТЗ при помощи товарных знаков и географических указаний как коллективное целое, и они могут обеспечивать эффективную охрану традиционных знаний, передающихся из поколения в поколение и не отвечающих определению нераскрытой или конфиденциальной информации. Аналогичным образом, такие механизмы можно считать применимыми к охране систем знаний, и в рамках существующей системы ИС существует целый ряд механизмов сохранения, развития и охраны ТЗ, действие которых распространяется на многие различные виды и формы выражения таких знаний.

86. Пробел: Охрана не распространяется на накопленные традиционные знания, которыми община обладает коллективно и которые передаются из поколения в поколение, если они не отвечают критериям нераскрытой или конфиденциальной информации. Прямых средств охраны таких традиционных знаний в качестве самостоятельного объекта охраны не существует, хотя на ТЗ распространяются некоторые формы охраны ИС – например, охрана с помощью географических указаний и отличительных обозначений, традиционно ассоциируемых с такими знаниями.

87. Пробел: Охрана прав интеллектуальной собственности в смысле предотвращения присвоения конкретной системы знаний не распространяется на комплексную систему традиционных знаний как таковую. Охрана ИС может распространяться на некоторые отдельные элементы знаний в рамках какой-то системы ТЗ и обеспечивать охрану конкретной репутации, обозначений и знаков, ассоциируемых с системами знаний, а также охрану от дезориентирующих упоминаний систем знаний, в том числе посредством удостоверения подлинности.

88. Пробел: Срок охраны, установленный для большинства форм охраны ИС, является сравнительно небольшим по сравнению с временными рамками, в которых создаются и передаются из поколения в поколение традиционные знания, и может быть недостаточным для обеспечения надлежащего сохранения ТЗ. Поэтому ограниченный срок охраны может считаться пробелом.

89. Пример: В общине выработан целый ряд способов полезного применения лекарственного растения и сложилась система знаний о способах выращивания, сбора и последующего использования этого растения (в том числе в сочетании с другими растительными экстрактами) для лечения ряда заболеваний. Эта система знаний определенным образом связана с этой общиной и поддерживается в рамках общины традиционными средствами, соответствующими ее обычаям. Международные нормы не позволяют общине препятствовать присвоению и использованию третьими лицами элементов этих знаний в промышленных и коммерческих целях без какого бы то ни было признания прав общины на эти знания и без выплаты справедливой компенсации за такое использование (помимо элементов этих знаний, которые запатентованы или отвечают критериям нераскрытой информации). Имеющиеся формы охраны – если

таковые применимы вообще – как правило, действуют в течение более ограниченного срока, чем срок, необходимый для передачи систем традиционных знаний из поколения в поколение и их сохранения. Охрана знаний об отдельных аспектах использования общиной лекарственного растения может быть обеспечена с помощью таких сопутствующих механизмов, как охрана названия общины в связи с растением и видами его использования в лечебных целях, системы подтверждения согласия общины на использование растения или ее участие в коммерциализации принадлежащих ей знаний.

(ii) Непризнание бенефициаров и правообладателей

Признание коллективных прав и интересов в рамках системы ТЗ

90. Вводный комментарий: Действующие правовые механизмы, как правило, предусматривают предоставление прав ИС отдельному лицу или небольшой группе лиц (например, признанному изобретателю или изобретателям). Некоторые формы ИС – например, охрана географических указаний, охрана коллективных знаков и нераскрытой информации – могут в определенной степени признавать правомочия коллективного целого осуществлять права на охраняемый объект и получать связанные с этим выгоды, если его владельцем или бенефициаром является коллективное целое, в том числе юридически признанная коренная или местная община. Однако в целом не существует никаких систем, признающих коллективное или общинное владение, хранение или другие формы властных полномочий или прав в отношении знаний общины или их отдельных элементов. При использовании таких систем потребуются, возможно, учитывать тот факт, что владельцами прав на ТЗ могут являться несколько общин.

91. Этот пробел отчасти учитывается ДПКНООН, которая гласит, что «коренные народы имеют право на сохранение, контроль, охрану и развитие своих ... традиционных знаний ... [и] ... право на сохранение, контроль, защиту и развитие своей интеллектуальной собственности на такие ... традиционные знания». Однако ввиду его статуса как международного документа, не имеющего обязательной силы, это положение носит общий характер и не является конкретным правовым механизмом, позволяющим устранить этот пробел на практике.

92. Пробел: Признание того, что коренная или местная община как таковая может обладать правами на знания, существующие в рамках определенным образом связанной с ней системы традиционных знаний, хранить такие знания или осуществлять в их отношении другие правомочия.

93. Пример: В вышеприведенном примере община как таковая в настоящее время не обладает никаким коллективным правом принимать меры против различных форм противоправного использования или незаконного присвоения ее знаний.

(iii) Прояснение существующих принципов или подтверждение их применимости в отношении ТЗ

Норма, определенным образом допускающая применение принципов патентной системы в контексте ТЗ

94. Вводный комментарий: В принципе уже сегодня нельзя получить законный патент на традиционные знания, которые не обладают новизной или являются очевидными для соответствующей группы специалистов в соответствующей области техники (которая может включать лиц, использующих системы традиционных знаний на практике). Кроме того, нельзя получить законный патент на заявленное изобретение, если заявитель не является фактическим изобретателем или не был уполномочен на подачу заявки фактическим изобретателем – например, если формула изобретения охватывает традиционные знания, полученные от носителя ТЗ, или если носитель ТЗ внес вклад в создание заявляемого изобретения. Кроме того, реальный изобретатель или изобретатели имеют право на их указание в качестве таковых в патентном документе. Эти общие принципы закреплены в международном патентном праве, хотя они никогда определенным образом не применялись в отношении традиционных знаний на уровне международного нормотворчества.

95. Вопрос о том, можно ли вообще считать такое отсутствие определенного принципа «пробелом», и является ли «заполнением пробела» применение общих принципов именно к ТЗ и определенная формулировка того, что уже имплицитно отражено в патентном праве и соответствующих принципах, является спорным. С другой стороны, четкое изложение понимания того, как общие принципы патентной системы могут применяться именно к традиционным знаниям так, чтобы исключать выдачу определенных недействительных патентов, например, исключать любые попытки утверждать, что традиционные знания, полученные от их носителя, представляют собой изобретение другого лица, в виде каких-то международных норм, могло бы стать полезным уточнением существующих принципов. Это понимание подразумевается существующими принципами, и вопрос состоит в том, может ли его более определенное изложение считаться устранением реального пробела.

96. Пробел: Не существует никаких формальных международных положений, предусматривающих непосредственное применение общих норм и принципов патентной системы к традиционным знаниям – например, конкретного и определенного исключения возможности выдачи патентов, формула которых непосредственно включает ТЗ, и которые (i) не обладают новизной, поскольку они известны или доступны широкой публике, (ii) являются очевидными для лица, использующего систему традиционных знаний, в качестве специалиста в соответствующей области техники, или (iii) получены от носителя ТЗ, который не был указан в качестве изобретателя и от которого не были надлежащим образом получены соответствующие права собственности.

97. Пример: Некое лицо, посетив коренную общину, получает в свое распоряжение ценные традиционные знания. Оно подает две патентные заявки на эти знания в том виде, в каком они были получены, указав себя в качестве изобретателя, не внося в них никаких дополнительных существенных улучшений и не уведомив и не указав носителя ТЗ, от которого оно получило эти знания. Одна из патентных заявок касается действительно патентоспособного изобретения. В этом случае заявитель не имеет права испрашивать патентную охрану, поскольку подлинным изобретателем является лицо, изначально практиковавшее эти ТЗ, а поданная заявителем заявка не основана на правах собственности, полученных от фактического изобретателя. Другая патентная заявка касается ТЗ, которые были публично раскрыты и представляют собой способ,

уже известный общине обладателя ТЗ. В этом случае патент также будет недействительным в силу отсутствия новизны или изобретательского уровня.

(iv) Формы охраны, не предусмотренные существующими международными нормами

Конкретное требование о раскрытии, касающееся ТЗ

98. Вводный комментарий: В ряде стран установлены специальные механизмы, касающиеся ТЗ (а также генетических ресурсов, которые не являются предметом рассмотрения в настоящем анализе пробелов), в форме включения в национальные патентные законы дополнительных требований о раскрытии информации. Они обязывают лицо, подающее патентную заявку, раскрывать источник или происхождение ТЗ, используемых в заявляемом изобретении, а в ряде случаев также представлять доказательства предварительного получения информированного согласия и наличия договоренностей о справедливом совместном пользовании выгодами. Такое требование не предусмотрено международным правом, хотя вносились предложения³⁶ – поддержанные рядом стран – о пересмотре Соглашения ТРИПС с включением в него подобного требования, и несколько предложений о введении такого требования также вносились в рамках ВОИС. Другие стороны возражали против такого требования и поставили под сомнение его целесообразность. В рамках настоящего анализа никакой оценки этих противоположных мнений не дается, и лишь констатируется объективный факт наличия чисто формального пробела в виде отсутствия в международных положениях любого подобного требования. Вопрос о необходимости и способах устранения этого пробела, разумеется, является предметом обсуждения вопросов политики между государствами.

99. Пробел: В международном праве не существует никаких конкретных требований раскрытия лицом, подающим патентную заявку, источника или происхождения ТЗ, используемых в заявленном изобретении, или раскрытия информации о наличии предварительного информированного согласия и справедливого совместного пользования выгодами.

100. Пробел: В международном праве не существует никакого конкретного требования раскрытия лицами, подающими патентные заявки, информации, имеющей отношение к вопросам патентоспособности, например, информации о соответствующем известном уровне техники.

Охрана от неосновательного обогащения в результате использования ТЗ, незаконного присвоения и неправомерного использования ТЗ

101. Вводный комментарий: Существуют различные оценки относительно полного объема применения международной нормы о необходимости пресечения недобросовестной конкуренции, закрепленной в Парижской конвенции. Недобросовестные действия, которые должны пресекаться в соответствии с этой нормой, вероятно, охватывают, по крайней мере, некоторые формы незаконного присвоения и противоправного использования ТЗ, но столь же вероятно, что они охватывают не все такие действия, включая все виды использования ТЗ в коммерческих и промышленных целях, которые могут считаться противоречащими честной коммерческой практике или принципам справедливости. На международном уровне существуют большие расхождения во мнениях относительно того, какие именно виды использования ТЗ могут считаться незаконным присвоением, неосновательным обогащением или иными видами противоправного использования, а какие виды

³⁶ См. предложения, представленные в Комитет ВТО по торговым переговорам (документ TN/C/W/52 от 19 июля 2008 г. и документ TN/CW/59 от 19 апреля 2011 г.

использования ТЗ лицами, не являющимися членами общины происхождения (включая коммерческое использование), могут считаться добросовестными и правомерными. Не все виды использования ТЗ третьими лицами могут считаться полностью законными или полностью незаконными, и относительно их разграничения высказываются различные мнения. Эти различные мнения свидетельствуют о наличии пробела, заключающегося в отсутствии международных руководящих принципов в данной области.

102. Пробел: В международном праве не существует никакого определенного требования относительно пресечения неосновательного обогащения за счет использования ТЗ или незаконного присвоения или неправомерного использования ТЗ, и никаких международных руководящих принципов, определяющих понятия законного и добросовестного использования ТЗ, а также неосновательного обогащения или незаконного присвоения.

103. Пример: Применительно к вышеприведенному примеру этот пробел касается права на возражение или применение средств правовой защиты в ситуации, когда третье лицо использует ТЗ, принадлежащие общине, например, для производства лечебных средств из «натуральных продуктов» или лекарственных препаратов, которые основаны непосредственно на этих знаниях и в которых прямо используются известные свойства биологических материалов, составляющие элемент этих знаний.

104. Можно привести некоторые другие примеры:

- лечебное средство или лекарственный препарат, полученные непосредственно с использованием ТЗ, принадлежащих коренной общине;
- лечебное средство или лекарственный препарат, изготовленные с использованием части знаний, известных широкой публике;
- лечебное средство или лекарственный препарат, изготовленные с использованием знаний, дополняющих ТЗ.

105. Следует также детальнее рассмотреть случаи, когда ТЗ входили в состав объекта каких-то интеллектуальных прав, даже если последний не основан на ТЗ непосредственно. Если такое использование ТЗ в составе нового продукта не учитывается, это может считаться пробелом в охране ТЗ.

106. В каждом случае при выяснении наличия пробела в охране от незаконного приобретения или неосновательного обогащения необходимо дать ответ на следующие вопросы:

- когда такое использование ТЗ порождает обязательство указывать общину в качестве их источника, делиться с ней результатами их использования или иным образом выплачивать общине вознаграждение и признавать ее права, и когда любая форма использования считается неосновательным обогащением или незаконным приобретением?
- какая связь должна существовать между формой доступа к знаниям и их последующим использованием?
- влияют ли обстоятельства, при которых знания были первоначально получены от общины, на то, считается ли их использование незаконным приобретением или неосновательным обогащением, или это зависит только от способа использования?

- ограничивается ли незаконное приобретение только широким использованием таких знаний в коммерческих целях или таковым также считается некоммерческое использование или ограниченное коммерческое использование?

107. В одном из комментариев была высказана озабоченность по поводу того, что международные стандарты не позволяют общинам препятствовать использованию другими лицами элементов ТЗ в промышленных и коммерческих целях без указания источника и предоставления справедливых выгод в обмен на такое использование. В другом комментарии отмечались негативные последствия, которые будет иметь отсутствие надлежащих санкций с точки зрения возможностей возмещения ущерба, причиняемого незаконным приобретением.

Предварительное информированное согласие

108. Вводный комментарий: КБР признает право предварительного информированного согласия в отношении генетических ресурсов, а в Боннских руководящих принципах отмечается, что оно может также применяться в отношении ТЗ, связанных с биоразнообразием. Статья 7 Нагойского протокола гласит: «В соответствии с положениями внутригосударственного права каждая Сторона принимает соответствующие меры с целью обеспечения того, чтобы доступ к традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами, носителями которых являются коренные и местные общины, осуществлялся с предварительного и обоснованного согласия или одобрения и при участии данных коренных и местных общин и чтобы были установлены взаимосогласованные условия». Однако не существует никакой определенной международной нормы, в которой признавалось бы право предварительного информированного согласия применительно ко всем традиционным знаниям.

109. Пробел: Определенная формулировка принципа необходимости свободного предварительного информированного согласия на использование ТЗ, носителем которых является признанная коренная или местная община.

110. Пробел: Еще один пробел, выявленный в комментариях, касается ситуации, когда обязательства относительно необходимости получения предварительного информированного согласия и законодательство о доступе и совместном пользовании выгодами, предусмотренные в одной стране, могут не применяться в третьей стране, в связи с чем встает вопрос о препятствиях для экстерриториального применения таких норм судами в третьих странах, в том числе при наличии или в отсутствие международной нормы, касающейся охраны ТЗ.

111. Пример: Ученый-этноботаник осуществляет программу полевых исследований, касающихся традиционных знаний определенной общины. Он не обязан запрашивать согласие общины перед тем, как собирать такие знания, которые он может далее свободно предоставлять другим лицам, а такие другие лица – использовать в коммерческих или промышленных целях.

112. Возможно также существование пробела с практической точки зрения, поскольку создание эффективной системы сертификации и систематизации данных требует практической поддержки, а для подтверждения предварительного информированного согласия, особенно согласия местных и коренных общин, требуется институциональная поддержка и соответствующее законодательство; такая помощь в краткосрочном плане способствовала бы решению проблем противоправного использования и незаконного присвоения ТЗ.

Право на указание источника и право требовать недопущения искажения ТЗ

113. Вводный комментарий: Пользователь традиционных знаний, как правило, не обязан указывать носителя или источник знаний. Кроме того, пользователь не обязан относиться к знаниям с уважением и избегать форм использования традиционных знаний, которые воспринимаются как оскорбительные по культурным причинам или когда традиционные знания используются в формах, подрывающих их подлинность или целостность. Во многих случаях определить все источники знаний сложно или невозможно, и поэтому предусматривать право возражения против определенных видов использования ТЗ может быть неуместным или социально непродуктивным. Тем не менее, отмечалась важность создания подобного механизма – например, хотя бы в отношении таких ТЗ, которые имеют особо сакральное значение или особенную важность для коллективной идентичности общины. Формально международные нормы не предусматривают такого требования, и в этом чисто формальном смысле можно говорить о существовании пробела: это не означает, что такой пробел нужно вообще устранять, или каким образом и в какой степени его следовало бы устранить; всё это серьезные вопросы политики, требующие обстоятельного изучения. Тем не менее, с формальной точки зрения можно говорить о наличии такого пробела.

114. Пробел: Право на возражение против использования ТЗ без определенного указания общины, которая является фактическим источником знаний.

115. Пробел: Право на возражение против использования ТЗ в тех случаях, когда такое использование является оскорбительным для общины по культурным или духовным причинам или иным образом нарушает целостность таких знаний.

116. Пример: Традиционные знания, являются чертой идентичности определенной общины, используются третьим лицом в составе коммерческого продукта; при этом община не указывается в качестве источника, создателя или традиционного хранителя знаний. Как вариант, такой продукт предлагается и распространяется в формах, которые являются унижительными или оскорбительными для общины, являющейся источником ТЗ (вторая проблема частично решается применением положений статьи 10bis Парижской конвенции).

(v) Отсутствие прав на получение вознаграждения или иных выгод

117. Вводный комментарий: По аналогии с правом на справедливое вознаграждение, предусмотренным в некоторых системах ИС, и в соответствии с теориями «компенсаторной ответственности» и принципом справедливого распределения выгод предлагалось предоставлять носителям ТЗ право на справедливую долю участия в выгодах, извлекаемых другими лицами из использования их знаний, особенно когда речь идет о финансовой или коммерческой выгоде. (Однако выгоды не обязательно должны быть финансовыми или денежными сами по себе, особенно если соответствующая деятельность противоречит ценностям или явно выраженным желаниям общины). У традиционных знаний может быть много разных носителей: отдельное лицо может иметь право на компенсацию или получение выгод, либо ТЗ могут быть настолько «размытыми» по своему происхождению, что справедливым механизмом распределения выгод может быть только национальный, глобальный или региональный фонд. Таким образом, помимо изучения возможности предоставления права на справедливое вознаграждение, в рамках анализа пробелов можно было бы также рассмотреть вопрос об отсутствии надлежащих институциональных рамок, обеспечивающих управление финансовыми или иными выгодами и их распределение.

118. Пробел: Коллективное право на справедливое вознаграждение или другое равноправное участие в выгодах от коммерческого использования ТЗ в целом или иных выгодах от ТЗ, помимо прав, установленных для конкретных форм ТЗ, таких, как ТЗ, связанные с биоразнообразием, являющиеся предметом КБР.

119. Пробел: Надлежащая институциональная структура сбора и справедливого распределения выгод (особенно в тех случаях, когда такие выгоды носят финансовый характер).

120. Пример: Традиционные медицинские знания некой общины были использованы для разработки популярной серии потребительской медицинской продукции. Помимо других соображений (таких, как право на указание источника) община может иметь право на участие в выгодах от такой коммерческой деятельности. Такие выгоды не обязательно должны быть именно финансовыми (и члены общины могут не приветствовать такую монетизацию их знаний), но могут реализовываться в нефинансовой форме, например в форме участия в научно-исследовательской деятельности, надлежащего культурного развития общины и устойчивого сбора используемых материалов.

V. СООБРАЖЕНИЯ, КАСАЮЩИЕСЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТИ УСТРАНЕНИЯ УКАЗАННЫХ ПРОБЕЛОВ

121. Соображения, касающиеся определения целесообразности устранения выявленных пробелов, можно подразделить на:

- соображения институционального/процедурного характера; и
- соображения содержательного характера.

122. Соображения институционального/процедурного характера включают вопросы о том, позволяют ли международные процедуры, которые уже существуют, устранить конкретный пробел, и что это означает с точки зрения дальнейшей работы по его устранению. Помимо обсуждения содержательного вопроса идет обсуждение «процессуальных» вопросов, касающееся форума или форумов, которые следует считать надлежащими для устранения такого пробела.

123. Содержательные соображения, с другой стороны, включают рассмотрение вопросов наличия убедительных причин для устранения того или иного конкретного пробела на уровне политики. Например, может в принципе существовать правовой «пробел» в охране ТЗ от некоммерческого использования в личных целях, однако его устранение может быть сочтено недостаточно приоритетной задачей политики, по крайней мере, в сравнении с пробелом, касающимся способов коммерческого использования знаний с целью извлечения прибыли.

124. Дополнительные соображения могут касаться определения не самой целесообразности устранения пробела, а способов его устранения – например, какая форма устранения выявленного пробела будет наиболее эффективной: обязательная норма международного права, меры стимулирование на политическом уровне или типовой закон? Эти соображения в основном рассматриваются в заключительном разделе настоящего анализа пробелов.

(a) Содержательные соображения

(i) Международное право и политика

125. Формирующаяся база международного права и политики в области охраны ТЗ может породить представление о том, что для устранения выявленных пробелов может потребоваться корректировка норм охраны интеллектуальных прав. Иными словами, сдвиги и конечные результаты процессов, происходящих в области международного публичного права могут рассматриваться как «соображение», важное для определения целесообразности устранения пробелов: результат в области права или политики в смежной области может, в принципе, рассматриваться как способ выявления пробела в системе законодательства по вопросам ИС на определенном уровне детализации. К таким процессам – охватывающим как императивные нормы международного права, так и рекомендации по выработке политики, подобные декларациям – относятся:

- заключение и вступление в силу статьи 8(j) КБР, которая предусматривает уважение, сохранение и поддержание традиционных знаний, касающихся биоразнообразия;
- принятие Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, в которой сформулирован широкий комплекс прав, непосредственно относящихся как к собственно традиционным знаниям, так и связанным с ними правам ИС (будучи международной декларацией, она считается документом, отражающим уже существующие нормы, а не создающим конкретные правовые обязательства);
- заключение и вступление в силу МДГРПС ФАО, который требует охраны традиционных знаний, касающихся генетических ресурсов растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства;
- растущее признание традиционных знаний в качестве одного из важнейших элементов политики здравоохранения (в частности, в докладе Комиссии Всемирной организации здравоохранения по правам интеллектуальной собственности, инновациям и здравоохранению и в Глобальной стратегии в области здравоохранения, инноваций и интеллектуальной собственности, принятой Всемирной ассамблеей здравоохранения в мае 2008 г.);
- в КООНБО предусматриваются обязательства в отношении охраны, поощрения и использования соответствующих традиционных и местных технологий, ноу-хау и практики;
- ввиду взаимосвязи между ТЗ и ТВК обеспечение более эффективных результатов в области права и регулирования, касающихся сохранения нематериального культурного наследия и поощрения культурного разнообразия, может иметь эффект с точки зрения охраны ТЗ (хотя эти области политики в большей степени относятся к охране ТВК, и поэтому в связи с данным направлением политики следует опираться на уточненный вариант анализа пробелов в охране ТВК);
- принятие Интерлакенской декларации по генетическим ресурсам животных, которая предусматривает обеспечение учета, сохранения и поддержания традиционных знаний, актуальных для селекционного животноводства и животноводческого производства.
- принятие Нагойского протокола, расширяющего положения КБР, касающиеся ТЗ.

126. Применительно к ВОИС важными для устранения некоторых из пробелов, выявленных в этом процессе, могут считаться два конкретных соображения:

- в контексте Повестки дня ВОИС в области развития, рассматриваемой Комитетом по развитию и интеллектуальной собственности (КРИС) (см., например, документ CDIP/1/3), было сформулировано предложение 18 следующего содержания:

«настоятельно призвать МКГР ускорить процесс установления охраны генетических ресурсов, традиционных знаний и фольклора, не предвосхищая никакой результат, включая возможную выработку международного документа или документов».

- продлевая мандат Комитета на сессии в сентябре 2007 г., Генеральная Ассамблея ВОИС также решила, что он «...будет и далее активизировать свою работу с целью достижения согласия в отношении международного правового документа (документов) по вопросам интеллектуальной собственности, который обеспечит сбалансированную и эффективную охрану... традиционных знаний».

(ii) Соображения социального, культурного, политического и экономического характера

127. К потенциально релевантным социальным, культурным, политическим и экономическим соображениям можно, в частности, отнести следующие:

- внимание, которое многие представители общин и многие правительства уделяют заявлениям о несправедливостях, связанных с незаконным присвоением и неправомерным использованием ТЗ;
- роль ТЗ в обеспечении устойчивого развития на низовом и местном уровне;
- взаимосвязь между охраной ТЗ и сохранением культурной и социальной идентичности коренных и местных общин;
- все более широкое использование ТЗ для решения многих промышленных и коммерческих задач;
- ценность и практическое применение ТЗ, имеющих отношение к сохранению и устойчивому использованию биологически разнообразных ресурсов в условиях изменения окружающей среды и климата;
- все более широкое использование ТЗ в различных областях регулирования, например таких, как анализ воздействия на окружающую среду и оценка безопасности и эффективности лекарственных препаратов;
- понятия социальной ответственности и морали, включая этические обязательства.

(iii) Значение охраны ТЗ для разработки политики и принятия мер регулирования в более широком контексте.

128. Как свидетельствует целый ряд правовых и политических документов, перечисленных выше в разделе (i), ТЗ упоминаются и активно используются в рамках многих процессов разработки политики; такие процессы включают:

- охрану биоразнообразия и справедливое использование связанных с ним выгод;

- признание прав коренных народов;
- укрепление продовольственной безопасности и содействие повышению разнообразия продовольственных культур;
- обеспечение надлежащего с точки зрения культуры доступа к услугам здравоохранения;
- устойчивое развитие на низовом и местном уровне;
- смягчение последствий изменения климата;
- частичное совпадение программ НИОКР, основанных на традиционных знаниях в собственном смысле слова, и программ НИОКР, основанных на формальных научных дисциплинах, таких, как биотехнология и фармакология;
- вклад систем традиционных знаний в инновационную деятельность и культурное разнообразие.

(b) Соображения процессуального или формального характера

(i) Конкретные соображения процессуального и формального характера

129. Помимо этих общих вопросов политики существуют более конкретные соображения, которые могут считаться важными для устранения выявленных пробелов; они включают:

- то, что в рамках многих национальных или региональных процессов уже вырабатываются более эффективные меры охраны ТЗ: формирование международного измерения и общей платформы могут способствовать преодолению практических сложностей и правовой неопределенности, которые в противном случае могут возникнуть при наличии разных национальных и региональных систем охраны ТЗ;
- необходимость дальнейшего сохранения, несмотря на указанные выше обстоятельства, надлежащего разнообразия систем регулирования, в связи с тем, что системы традиционных знаний и конкретные средства их охраны должны отвечать местным потребностям и культурным нормам;
- возможные системные последствия недостаточной определенности норм международного права ИС в областях, имеющих отношение к ТЗ и традиционным системам знаний и инноваций;
- возможный выигрыш от снижения степени правовой неопределенности, обусловленной обеспокоенностью по поводу возможных обязанностей по владению или хранению, связанных с ТЗ;
- издержки и выгоды, связанные с применением общего международного подхода к решению вопросов охраны ТЗ или созданию новой формы охраны интеллектуальной собственности, включая последствия для выполнения административных функций на национальном и региональном уровнях и доступности охраны для иностранных носителей ТЗ;
- различия и взаимосвязи между законодательно-нормотворческим подходом, с помощью которого определяются общие потребности и стандарты, и

двусторонним договорным подходом, с помощью которого носители и пользователи знаний вырабатывают конкретные условия использования ТЗ.

(ii) Конкретные доводы против устранения пробелов

130. В ходе работы Комитета также высказывались определенные доводы, которые могут быть направлены против устранения выявленных пробелов; к ним относятся следующие:

- возможная преждевременность усилий по устранению определенных пробелов на международном уровне, даже несмотря на их однозначное выявление, ввиду необходимости накопления большего опыта на национальном уровне и обмена таким опытом в качестве одного из условий выработки более четких международных документов;
- разнообразие ТЗ и общин, являющихся их носителями, которое может осложнять нормотворческий процесс в его международном измерении;
- неясность вопросов, касающихся прав и возможностей иностранных правообладателей, таких, как общины, являющиеся носителями ТЗ, существующих в совершенно иных культурных и социальных условиях;
- возможная необходимость активизации и диверсификации консультационных процедур, которые необходимы до принятия любых серьезных политических и правовых документов, поскольку их пересмотр после их принятия может быть сложным и дорогостоящим.

VI. ВАРИАНТЫ УСТРАНЕНИЯ ЛЮБЫХ ВЫЯВЛЕННЫХ ПРОБЕЛОВ, КОТОРЫЕ УЖЕ СУЩЕСТВУЮТ ИЛИ МОГУТ БЫТЬ РАЗРАБОТАНЫ

Юридические и иные возможные варианты действий на международном, региональном или национальном уровне

131. На международном уровне в документе WIPO/GRTKF/IC/14/6 и предшествующих документах этой серии были определены следующие возможные варианты:

- (i) международный документ или документы, имеющий (имеющие) обязательную силу;
- (ii) убедительные или аргументированные версии или доработанные варианты существующих правовых документов;
- (iii) нормативный международный документ или документы, не имеющий (не имеющие) обязательной силы;
- (iv) политическая резолюция, декларация или решение высокого уровня – например, международная политическая декларация, закрепляющая основные принципы, устанавливающая положение о запрете незаконного присвоения и противоправного использования ТЗ и определяющая нужды и чаяния носителей ТВК/ТЗ в качестве приоритета политики;
- (v) руководящие принципы или типовые законы, повышающие уровень международного сотрудничества;
- (vi) координация усилий по совершенствованию национального законодательства;
- (vii) координация и сотрудничество в осуществлении инициатив по укреплению потенциала и практических инициатив.

Все эти варианты действий последовательно рассматриваются ниже.

(a) Юридические и иные возможные варианты действий на международном уровне:

(i) Международный документ или документы, имеющий (имеющие) обязательную силу

132. Международный документ, направленный на устранение любых конкретных пробелов в области охраны и имеющий обязательную силу, будет обязывать договаривающиеся стороны применять стандарты, установленные в их национальном законодательстве, в качестве международно-правового обязательства. Такие документы могут иметь форму отдельных правовых документов, протоколов к уже существующим документам или специальных соглашений, заключенных в рамках действующих соглашений. Заключенные ранее международные договоры ВОИС обрели силу императивных норм международного права благодаря присоединению к ним заинтересованных сторон; государства, не присоединившиеся к этим договорам, не связаны их положениями как таковыми (в ряде областей – например, в области классификаций промышленной собственности – они часто предпочитают применять нормы, закрепленные в договоре, не присоединяясь к договору официально). Для согласования такого документа потребуется организовать самостоятельный договорный процесс (как правило, дипломатическую конференцию). Международный договор приобретет обязательную силу только для тех стран, которые присоединятся к нему посредством подписания специального акта ратификации или присоединения.

133. Документы, имеющие обязательную силу, могут приобретать форму рамочных или стратегических конвенций, составляя основу или базу политики для дальнейшей нормотворческой деятельности и сближения и повышения транспарентности национальных инициатив в области политики, обеспечивая при этом достаточную свободу для реализации различных подходов на национальном и региональном уровнях. В дальнейшем конкретные международно-правовые механизмы, уточняющие обязательства сторон, могут согласовываться в форме протоколов к первоначальным рамочным соглашениям.

Контекст МКГР: Многие делегации призывали к разработке имеющего обязательную силу международного документа или документов в качестве конечного результата работы Комитета. Комитет и Генеральная Ассамблея ВОИС не наделены самостоятельными полномочиями для выработки императивных международных норм, и для заключения такого договора и обеспечения вступления его в силу в тех странах, которые к нему присоединятся, необходимо будет инициировать отдельный процесс.

Примеры в смежных областях: Конвенция о биологическом разнообразии, Конвенция об охране нематериального культурного наследия, Международный договор ФАО о генетических ресурсах растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, Конвенция о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности, Конвенция МОТ № 169, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах.

Примеры в области интеллектуальной собственности: Сингапурский договор о законах по товарным знакам, Договор о патентном праве, Договор ВОИС по авторскому праву (ДАП), Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ).

(ii) Версии или доработанные варианты существующих правовых документов

134. Для выработки убедительных или аргументированных версий уже существующих правовых документов может потребоваться интерпретация существующих обязательств для частичного устранения любых выявленных пробелов в области охраны ТЗ, и такие документы будут служить руководством и стимулом для такой работы. Здесь существует целый ряд вариантов, от принятия приложения к уже существующему международному договору до согласования аргументированного заявления, не имеющего обязательной силы. Тем не менее, такие документы могут играть важную роль в интерпретации норм основных договоров и служить практическим руководством для национальных директивных органов, поскольку они будут основаны на согласованных международных стандартах. Такой подход может давать более точные ориентиры относительно способов применения международных стандартов, не устанавливая при этом конкретных обязательств. Например, в связи с Дохинской декларацией о ТРИПС и здравоохранении можно сказать, не входя в исследование вопроса о точном правовом статусе этого документа, что эта декларация, в частности, содержит рекомендации относительно способов интерпретации Соглашения ТРИПС³⁷.

Контекст МКГР: Комитет рассмотрел возможность толкования или адаптации существующих общих международных норм борьбы с недобросовестной конкуренцией таким образом, чтобы однозначно охватить ими акты незаконного присвоения, что может быть сделано путем какого-то варианта интерпретации или расширения действия статьи 10bis Парижской конвенции по аналогии.

Примеры в смежных областях: Общий комментарий № 17 (2005 г.) - «Право каждого человека на защиту моральных и материальных интересов, возникающих в связи с любыми научными, литературными или художественными трудами, автором которых он является» (пункт 1 (с) статьи 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах).

Примеры в области интеллектуальной собственности: Совместная рекомендация о нормативных положениях, касающихся охраны общеизвестных знаков; Согласованные заявления Дипломатической конференции, принявшей ДАП и ДИФ 1996 г. (Дипломатическая конференция ВОИС по некоторым вопросам авторского права и смежных прав).

(iii) Нормативный международный документ, не имеющий обязательной силы

135. Документ, не имеющий обязательной силы (документ «мягкого права») мог бы рекомендовать государствам ввести определенные нормы в их национальное законодательство и другие процедуры и положения административного и неправового характера или просто предусматривать механизм координации деятельности стран, которые решат придерживаться согласованного подхода. Такой документ мог бы иметь форму авторитетной рекомендации или документа «мягкого права», основанных на убедительной аргументации или пользующихся моральным авторитетом. Другие международные организации принимали подобные документы в перечисленных ниже областях, смежных со сферой деятельности Комитета. Некоторые из этих документов впоследствии были переработаны в документы, имеющие обязательную силу. Даже Всемирная декларация прав человека (в которой содержится ряд положений, имеющих

³⁷ Пункт 5(а): В соответствии с обычными правилами толкования норм международного публичного права каждое положение Соглашения ТРИПС следует рассматривать в свете предмета и направленности Соглашения, находящих отражение, в частности, в его целях и принципах.

значение для политики в области ИС) была первоначально разработана как документ, не имеющий обязательной силы. Задачи документа, не имеющего обязательной силы, (документа «мягкого права») могут частично совпадать с задачами политических деклараций и других форм политических обязательств – иначе говоря, политическая декларация может иметь такое же направляющее действие и играть роль такого же ориентира в политике, как и документ «мягкого права». Между документом, не имеющим обязательной силы, и другими подобными документами, например, типовыми законами и нормами, существует много общих черт, однако следует учитывать и недостатки существующих норм «мягкого права» с точки зрения эффективности решения проблем незаконного присвоения; сам по себе необязательный характер таких норм можно считать пробелом.

Контекст МКГР: Как уже отмечалось, никакой документ, выработанный в рамках Комитета или принятый Генеральной Ассамблеей, сам по себе не может иметь обязательной юридической силы. Комитет проделал большую работу по выработке целей и принципов охраны ТЗ, возможных вариантов и механизмов их охраны, руководящих принципов проведения экспертизы патентов, касающихся ТЗ, а также руководящих принципов обеспечения доступа и совместного пользования выгодами в контексте ИС; все эти материалы могут быть в определенной форме направлены Генеральной Ассамблее ВОИС и другим органам ВОИС для принятия или одобрения в качестве рекомендаций, не имеющих обязательной силы, а также основы для дальнейшей нормотворческой деятельности.

Примеры, приводимые в работе Комитета: Всеобщая декларация прав человека, Декларация ЮНЕСКО о биоэтике и правах человека, Международный кодекс поведения в области сбора и передачи генетического материала растений ФАО, Декларация о правах коренных народов, декларации ЮНЕСКО по биоэтике и культурному разнообразию; Международное обязательство ФАО по генетическим ресурсам растений и резолюции по таким вопросам, как права фермеров; решения Конференции Сторон КБР, включая Боннские руководящие принципы.

Примеры в области интеллектуальной собственности: Декларация Мататуа о культурных правах и правах интеллектуальной собственности коренных народов, Типовые положения национальных законов по охране выражений фольклора от незаконного использования и других действий, способных причинить ущерб, подготовленные ВОИС и ЮНЕСКО³⁸.

(iv) Политическая резолюция, декларация или решение высокого уровня

136. Одним из возможных вариантов, обсуждавшихся в более ранних документах, является резолюция, декларация или совместная декларация, принятые на высоком уровне соответствующими Ассамблеями ВОИС. Темы такой декларации могут отражать нынешний этап переговоров, идущих в Комитете, а также, отчасти, быть посвящены пробелам, выявленным в рамках настоящего анализа или в других исследованиях Комитета; так, в ней могла бы признаваться ценность и значимость ТЗ в качестве «интеллектуальной собственности»; подчеркиваться необходимость наделять их традиционных носителей или хранителей правами и возможностями по защите своих интересов применительно к ТЗ и использованию ТЗ в качестве основы для устойчивого культурного и экономического развития; определяться основные цели и принципы

³⁸ Эти типовые положения касаются исключительно ТВК.

охраны; содержаться призыв к государствам-членам активно применять эти цели и принципы в рамках их усилий по укреплению национальной и международной охраны; и намечаться задачи на будущее, включая выработку более конкретного документа или документов. Такой подход не обязательно должен исключать возможность последующей разработки международно-правового документа, имеющего обязательную силу, или отсрочивать его разработку, и в ряде случаев такие результаты служили основой для согласования документов, имеющих обязательную силу (одним из примеров может служить преобразование Международного обязательства ФАО, не имевшего обязательную силу, в Международный договор ФАО). Выработанные в прошлом совместные рекомендации ВОИС – например, рекомендации в области товарных знаков – применяются и выполняются множеством стран и признаны и закреплены в других правовых документах.

Контекст МКГР: Возможность выработки такого документа рассматривалась в рамках общей дискуссии в Комитете. Один из возможных вариантов – направление Генеральной Ассамблее ВОИС рекомендации о принятии ею (возможно, совместно с другими органами ВОИС) решения о том, что она выступит с общим политическим заявлением, в котором будет признан прогресс, достигнутый к настоящему времени, и определена повестка дня будущей работы ВОИС в этих областях.

Примеры в смежных областях: Декларация Алма-Атинской международной конференции по первичной медико-санитарной помощи; Международное обязательство ФАО по генетическим ресурсам растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства, Декларация ЮНЕСКО о культурном разнообразии 2001 г.

Примеры в области интеллектуальной собственности: Резолюция Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций 60/184 по международной торговле и развитию; Резолюция 2000/7 Подкомитета по поощрению и защите прав человека по вопросу о правах интеллектуальной собственности и правах человека; Совместная рекомендация, касающаяся лицензий на использование товарных знаков; Декларация Мататуа о культурных правах и правах интеллектуальной собственности коренных народов.

(v) Руководящие принципы или типовые законы, повышающие уровень международного сотрудничества

137. В прошлом типовые законы и руководящие принципы использовались как выражение общего международного подхода, для содействия координации разработки национального законодательства и политики и, в частности, устранения пробелов, подобных тем, которые выявлены в рамках настоящего анализа, без принятия какого-либо конкретного международного документа. Это может составлять основу для сотрудничества, сближения позиций и взаимного согласования национальных законодательных инициатив, направленных на охрану ТЗ, а также закладывать фундамент для принятия более формальных международных документов и определения сферы их применимости, обеспечивающего надлежащее разнообразие подходов. На практике проведение различия между типовыми законами и руководящими принципами, с одной стороны, и нормами «мягкого права», рассмотренными выше, с другой, может оказаться сложным. В ряде областей, имеющих непосредственное отношение к работе Комитета, уже действуют некоторые руководящие принципы, рамочные положения и типовые законы.

138. В качестве документов, не имеющих обязательной силы, способных в принципе помочь определению правовых обязательств, которые должны предусматриваться национальными законами, был выработан целый ряд других авторитетных международных документов по охране ТЗ (включая Африканский типовой закон об охране прав местных общин, фермеров и селекционеров и регулировании доступа к биологическим ресурсам, принятый в 2000 г., и Тихоокеанские региональные рамочные положения в области охраны традиционных знаний и выражений культуры, принятые в 2002 г.). Эти типовые нормы, в свою очередь, стимулировали обсуждение и анализ проблемы охраны в рамках Комитета. В прошлом отмечалось, что, «хотя этот вопрос, без сомнения, должен обсуждаться и решаться членами Комитета, опыт в других областях свидетельствует о возможности применения поэтапного подхода, когда один механизм, предназначенный для формулирования международных норм и содействия применению искомого подхода к охране на уровне национальных норм, стимулирует создание или пересмотр других механизмов, создавая бóльшую вероятность соблюдения требований и повышая эффективность законодательства».

Контекст МКГР: Цели и принципы охраны ТЗ, выработанные в результате работы Комитета и под его руководством в 2005 г., широко применяются в качестве рекомендательных норм в области охраны при разработке региональных документов и международных процедур и в ходе разработки национального законодательства и норм регулирования. Недавно различные версии, альтернативы и варианты, содержащиеся в проектах статей об охране ТЗ, стимулировали принятие региональных документов и работу по выработке национального законодательства и политики. Хотя в их нынешней форме они не принимались и не одобрялись, они могут служить источником содержания при выработке любых руководящих положений, типовых законов и других «инструментов». Ранее Комитет отклонил предложение о подготовке типовых нормативных положений, касающихся механизмов раскрытия патентной информации, касающейся генетических ресурсов и ТЗ.

Примеры в смежных областях: добровольные методические рекомендации Акве Коп по проведению оценки культурных, экологических и социальных последствий различных мероприятий, Боннские руководящие принципы по обеспечению доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения, Международный кодекс поведения ФАО в области распространения и использования пестицидов, Кодекс поведения ЮНИДО в области выбросов ГМО в окружающую среду, Практические рекомендации Африканского Союза по координированному применению положений Нагойского протокола в Африке.

Примеры в области интеллектуальной собственности: Типовой закон Туниса, Типовые нормы для разработки национальных законов по охране выражений фольклора от незаконного использования и других действий, способных причинить ущерб, подготовленные ВОИС и ЮНЕСКО, Тихоокеанские региональные рамочные положения в области охраны традиционных знаний и выражений культуры, Руководящие принципы ОЭСР в области лицензирования изобретений в области генетики.

(vi) *Координация работы по совершенствованию национального законодательства*

139. В настоящее время многие страны разрабатывают новые законы и регламенты в области охраны ТЗ (которые в ряде случаев также касаются охраны ТВК/фольклора)³⁹. Они заявляли о серьезной заинтересованности в получении информации о решениях, принимаемых в этой области другими правительствами и региональными органами, а также их опыте реализации мер такого рода. Такая заинтересованность связана с их стремлением обеспечить применение «передовых методов», а также обеспечивать согласованность различных национальных законов, ввиду необходимости надлежащего взаимодействия различных национальных правовых систем. Одним из следствий разработки даже предварительных международных материалов, посвященных особенностям охраны и контексту регулирования в котором она осуществляется, может быть стимулирование и поддержка такой координации национальных и региональных инициатив в тех случаях, когда к этому стремятся соответствующие правительства. Неформальные отзывы и увеличение числа просьб об оказании поддержки в области обучения кадров указывают на то, что многие правительства определили разработку национальной системы охраны ТЗ в качестве одного из своих приоритетов, но что при этом они стремятся выработать согласованный подход, позволяющий им обмениваться опытом в организованных формах, обеспечивая разумную согласованность и исключая вероятность применения противоречащих друг другу подходов. Одним из средств активизации такой работы может служить тот или иной документ, не имеющий обязательной силы. Даже документы, описывающие нормы национального законодательства и другие связанные с ними тексты в обобщенном виде, будучи по существу основаны на внутренних законах, могут играть роль «мягкого права» на международном уровне, способствуя повышению согласованности и совместимости национальных законов и укреплению общей базы коллективной охраны на международном уровне.

Контекст МКГР: Различные версии, альтернативы и варианты действий, предусмотренные в проектах статей по вопросам охраны ТЗ, в значительной степени представляют собой концентрированное отражение фактической практики государств-членов по выработке законодательства об охране различных аспектов ТЗ с помощью системы ИС и механизмов, связанных с ИС; соответствующие документы содержат обширные сведения об источниках законов государств-членов. Обстоятельный анализ реализации государствами-членами этих принципов и целей представлен в документе WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5 (охрана традиционных знаний). Другие материалы, подготовленные для Комитета, включают краткий сопоставительный анализ законодательства *suí generis* в области охраны традиционных выражений культуры (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3), краткий сопоставительный анализ существующих национальных мер и законов *suí generis* в области охраны традиционных знаний (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4) и вопросники по вопросам охраны фольклора/ТВК и ТЗ.

Примеры в смежных областях: Национальные доклады в рамках КБР (<http://www.biodiv.org/reports/list.aspx>); законы и рекомендации, касающиеся этических норм, Глобальная этическая обсерватория ЮНЕСКО.

Примеры в области интеллектуальной собственности: Обзор практики, касающейся изобретений в области биотехнологии (WIPO/GRTKF/IC/1/6).

³⁹ База WIPO Lex, размещенная по адресу: <http://www.wipo.int/wipolex/en/> – это международная база данных, которая может использоваться для поиска национальных законов и региональных документов, разработанных для охраны ТЗ (и ТВК).

(vii) Координация и сотрудничество в осуществлении инициатив по укреплению потенциала и практических инициатив

140. Анализ пробелов должен охватывать «правовые и другие возможные варианты». Поскольку эффективная охрана ТЗ требует принятия целого ряда мер по укреплению потенциала и практических мер по обеспечению реализации правовых мер или в дополнение к ним, полный анализ пробелов, как представляется, должен был бы давать оценку необходимости международных мер по координации, совместному и практическому осуществлению таких мер укрепления потенциала и практических мер (если таковая существует). Возможные меры по укреплению потенциала и практические меры можно было бы подразделить на следующие категории:

Укрепление потенциала и подготовка содержательных материалов для выработки правовых норм и политики

141. Активизирована работа по разработке материалов, призванных оказывать директивным структурам, участникам переговоров и законодательным органам помощь в устранении выявленных пробелов, включая:

- материалы для разработки законодательства и политики, включая типовые нормативные положения, базы данных законов и инструментов регулирования, а также анализ возможных вариантов регулирования и правовых механизмов для поддержки процессов выработки политики и законодательства;
- анализ правовых вопросов, таких, как законодательство и практика в области ИС, имеющие отношение к вопросам охраны ТЗ; признание норм традиционного права и обычаев для формирования базы справочной информации для нормотворческих и директивных органов;
- обзор возможных подходов к организации надлежащих консультаций с общинами при разработке вариантов действий, политики и законодательства.

Укрепление потенциала носителей ТЗ на практическом уровне

142. Ввиду общего понимания того факта, что никакой правовой документ или свод правовых норм, будь то существующий или планируемый, не обеспечит удовлетворения потребностей носителей ТЗ, если им не будут предоставлены необходимые возможности и ресурсы, позволяющие им применять соответствующие принципы на практике, продолжалась работа над материалами, призванными оказывать поддержку носителям ТЗ, включая:

- образцы и базы данных протоколов, лицензионных договоров и соглашений, регулирующих доступ к ТЗ, для использования общинами, призванные расширить возможности носителей ТЗ по подготовке протоколов, лицензионных и иных соглашений, регулирующих доступ к их ТЗ;
- оказание общинам поддержки в определении и отстаивании их интересов в процессе документирования ТЗ⁴⁰;
- образцы, базы данных и руководства, касающиеся равноправного совместного пользования выгодами от использования ТЗ и связанных с ними генетических ресурсов⁴¹; и

⁴⁰ См., например, публикацию ВОИС «Documenting Traditional Knowledge – A Toolkit», 2017 г., размещенную по адресу: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1049.pdf.

⁴¹ Еще один пример: документ ВОИС «A Guide to Intellectual Property Issues in Access and Benefit-sharing Agreements», 2018 г., размещенный по адресу: <http://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4329>

- информационные материалы, тематические исследования и материалы правового анализа по таким вопросам, как признание норм традиционного права, учитывающие запросы и потребности общин, являющихся носителями ТЗ.

Создание учреждений и выработка для них соответствующих рекомендаций

143. В адрес национальных научных и учебных учреждений и других органов, таких, как патентные ведомства, нередко звучат призывы играть активную роль в устранении пробелов практического характера в охране ТЗ в интересах носителей ТЗ. В связи с этим продолжалась работа по созданию практических пособий для таких учреждений и органов, включая:

- типовые протоколы, рекомендуемые регламенты и описания передовых методов работы для учреждений, отвечающих за сбор или сохранение коллекций ТЗ, таких, как музеи, этнографические учреждения, национальные органы, научные и учебные заведения;
- руководства и рекомендации по вопросам экспертизы патентов, связанных с ТЗ;
- рекомендации относительно мер, позволяющих общинам определять и отстаивать интересы при документировании ТЗ, в том числе в форме разработки справочных материалов по документированию ТЗ;
- стандарты в области документирования ТЗ, включая меры, обеспечивающие документирование не только самих ТЗ, но и черт идентичности и запросов носителей ТЗ; и
- исследования по вопросам политики и правовым вопросам, таким, как механизмы раскрытия патентной информации и стандарты в области биозтики, имеющие отношение к ТЗ.

Межучрежденческое сотрудничество и координация действий в рамках системы ООН

144. Координация действий и сотрудничество в реализации на международном уровне инициатив в области укрепления потенциала и практических мер потребует примерно такого же межучрежденческого сотрудничества, координации действий и обмена технической информацией и другими материалами, которые ВОИС осуществляет во взаимодействии с другими международными учреждениями, такими как КБР, ФАО, Центр Юга, ЮНКТАД, ЮНЕП, ЮНЕСКО и ВОЗ, а также НПО и другими международными организациями, занимающимися ТЗ и смежными вопросами.

Повышение осведомленности широкой публики и ведение соответствующей разъяснительной работы

145. Одним из явных пробелов является серьезный дефицит информированности широкой публики и международных директивных органов, представителей деловых кругов и организаций гражданского общества и понимания ими особенностей ТЗ, систем ТЗ и их культурного и интеллектуального контекста. Устранение этого пробела предполагает реализацию таких инициатив, как:

- тематические исследования, анализ и брифинги;
- миссии по установлению фактов и консультациям;
- просветительская и учебная деятельность;
- обследования национальной практики и опыта; и
- общий обзор вариантов правового и административного регулирования.

(b) Юридические и иные возможные варианты действий на региональном уровне

146. Некоторые меры по устранению выявленных пробелов целесообразнее всего осуществлять на региональном или субрегиональном уровне, что обусловлено преимуществами выработки общих норм, учреждений и практических мер, отражающих общие или частично схожие правовые культуры и системы традиционных знаний. Кроме того, ряд региональных организаций уже играют активную роль как в разработке новых правовых документов, так и в наращивании потенциала на практическом уровне в интересах укрепления охраны ТЗ. Многие из вышеперечисленных международных мер можно столь же эффективно осуществлять на региональном уровне. Несколько примеров такого осуществления содержатся в приведенном выше обзоре международных мер. Возможные меры можно подразделить на следующие общие категории:

- правовые документы, заключаемые на региональном, субрегиональном и двустороннем уровнях, включая как специальные инструменты, так и нормы, основанные на существующем законодательстве по вопросам ИС;
- политические декларации или декларации политического уровня, принимаемые на региональном, субрегиональном или двустороннем уровнях;
- типовые законы и другие формы законодательных рекомендаций, принимаемые на региональном уровне;
- типовые протоколы, руководства и рекомендации по применению передовых методов работы, принимаемые на региональном и субрегиональном уровнях;
- региональные, субрегиональные и двусторонние инициативы и программы, призванные поддерживать усилия по укреплению потенциала общин в области ТЗ.

(c) Юридические и иные возможные варианты действий на национальном уровне

147. Многие государства, а также общины, существующие в этих государствах, предпринимают конкретные инициативы по разработке и реализации правовых и других возможных вариантов устранения пробелов в области правовой охраны ТЗ. В рамках настоящего анализа пробелов не ставится задача дать полный обзор таких инициатив, но вкратце их можно охарактеризовать следующим образом:

- законодательство в области охраны ТЗ, включая документы sui generis и адаптацию или пересмотр норм существующего законодательства по вопросам ИС;
- основы политики и административные механизмы содействия распространению и охране ТЗ, в том числе в таких конкретных областях, как медицина и здравоохранение, охрана окружающей среды и сельское хозяйство;
- типовые протоколы, руководства и рекомендации по применению передовых методов работы, принимаемые национальными органами или другими учреждениями;
- национальные инициативы и программы, обеспечивающие укрепление потенциала общин по вопросам охраны ТЗ.

[Приложение II следует]

ТАБЛИЦА РЕЗУЛЬТАТОВ АНАЛИЗА ПРОБЕЛОВ

Данная таблица соответствует вопросам, указанным в подпунктах (a)-(d) решения, принятого на двенадцатой сессии Межправительственного комитета ВОИС, в соответствии с указанным решением, с соответствующими обновлениями, если они будут признаны необходимыми. После резюме таблицы приводится полная таблица результатов представленного выше анализа пробелов.

СОДЕРЖАНИЕ ПРИЛОЖЕНИЯ

РЕЗЮМЕ ТАБЛИЦЫ

- A. ДЕЙСТВУЮЩИЕ МЕРЫ
- B. ПРОБЕЛЫ, СУЩЕСТВУЮЩИЕ НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ
- C. СООБРАЖЕНИЯ, КАСАЮЩИЕСЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТИ УСТРАНЕНИЯ ЭТИХ ПРОБЕЛОВ
- D. ВАРИАНТЫ ДЕЙСТВИЙ ПО УСТРАНЕНИЮ ЛЮБЫХ ВЫЯВЛЕННЫХ ПРОБЕЛОВ, КОТОРЫЕ УЖЕ СУЩЕСТВУЮТ ИЛИ МОГУТ БЫТЬ РАЗРАБОТАНЫ

I. РЕЗЮМЕ ТАБЛИЦЫ

Аспекты охраны ТЗ	(а) Действующие меры	(b) Выявленные пробелы	(c) и (d) Соображения и варианты действий
<p>Цели и принципы охраны ИС применительно к ТЗ</p>	<p>Существующие документы международного публичного права (не связанного с ИС), посвященные правам коренных народов, охране окружающей среды (включая биоразнообразие и генетические ресурсы) и сельскому хозяйству.</p>	<p>Авторитетное заявление о роли законодательства и мер регулирования в области ИС в решении проблем общественной политики, касающихся ТЗ. Целями такого заявления могут быть:</p> <ul style="list-style-type: none"> - признание ценности систем ТЗ и укрепление уважения к ним; - принятие мер, отвечающих реальным нуждам носителей ТЗ; - охрана ТЗ от незаконного присвоения и других форм недобросовестного и несправедливого использования; - охрана творческой и инновационной деятельности, основанной на традициях; - поддержка систем ТЗ и расширение прав и возможностей носителей ТЗ; - содействие справедливому 	<p>Международный договор или декларация, предусматривающие общие принципы охраны ТЗ в рамках системы ИС, в которых:</p> <ul style="list-style-type: none"> - выражаются цели охраны; - излагаются общие принципы охраны. <p>Соображения:</p> <ul style="list-style-type: none"> - роль правовых документов, устанавливающих императивные и диспозитивные нормы; - проведение различия между правовыми и административными аспектами проблем; - согласованный международный подход, а не отдельные национальные инициативы; - преимущества выработки более прочных основ политики и общих согласованных принципов будущей работы в области правовой охраны; - необходимость решения вопросов позитивной и защитной охраны; - решение таких вопросов, как обеспечение предварительного информированного согласия и совместного пользования выгодами.

Аспекты охраны ТЗ	(a) Действующие меры	(b) Выявленные пробелы	(c) и (d) Соображения и варианты действий
		распределению выгод от использования ТЗ; - поощрение использования ТЗ в интересах здорового развития; - поддержка усилий по защите и сохранению ТЗ.	
Определение охраноспособных ТЗ	ТЗ, являющиеся предметом существующих правовых документов, не относящихся к сфере ИС, без их точного правового определения Рабочее определение МКГР	Рабочее определение ТЗ: - в целом; - в качестве конкретного объекта правовой охраны. Уточнение общинных оснований прав и правомочий	Правовое определение ТЗ, имеющее обязательную силу: - правовая определенность и ясность, но, возможно, неполное отражение всего разнообразия ТЗ и систем знаний, а также общин, являющихся носителями ТЗ; - увязано с вопросом об объеме охраны и составе бенефициаров. Согласованная международная характеристика ТЗ, не имеющая обязательной юридической силы: - бóльшая определенность, более прочная основа для работы; - не предвосхищаются более фундаментальные правовые вопросы и вопросы политики

Аспекты охраны ТЗ	(a) Действующие меры	(b) Выявленные пробелы	(c) и (d) Соображения и варианты действий
Позитивная патентная охрана	<p>Существующая патентная система, включая стандарты и процедуры, предусмотренные Соглашением ТРИПС и РСТ</p> <p>Охрана знаков, символов и наименований, связанных с ТЗ и системами ТЗ</p>	<p>Отсутствие прямой охраны:</p> <p>(i) коллективных, накапливаемых кумулятивных и передаваемых из поколения в поколение ТЗ <i>как таковых</i>;</p> <p>(ii) систем ТЗ <i>как таковых</i> (в отличие от конкретных инноваций в рамках систем ТЗ и средств удостоверения подлинности и охраны отличительных обозначений и репутации).</p>	<p>Пересмотр или адаптация критериев и стандартов патентоспособности для учета потребностей систем ТЗ и коллективных интересов:</p> <ul style="list-style-type: none"> - на международном уровне: для выработки согласованного подхода, и/или - на национальном/региональном уровне – для сохранения необходимой гибкости. <p>Установление охраны sui generis (см. ниже)</p> <p>Признание того, что, поскольку многие ТЗ выходят за рамки патентной системы, было бы, возможно, правильней решать вопросы, касающиеся систем инноваций, основанных на ТЗ, отдельно</p>
Изобретения, основанные на ТЗ	<p>Конкретные меры по признанию ТЗ, предусматриваемые РСТ, МПК и МКГР</p>	<p>Отсутствие принятой международной нормы, касающейся конкретного механизма раскрытия информации о ТЗ и связанных с ними генетических ресурсах:</p> <ul style="list-style-type: none"> - несколько предложений (КБР, ВТО, ВОИС) 	<p>Введение механизмов раскрытия информации о ТЗ:</p> <ul style="list-style-type: none"> - на международном уровне – для выработки согласованного подхода, и/или - на национальном/региональном уровне – для сохранения необходимой гибкости <p>Укрепление основных принципов договорных обязательств, регулирующих доступ к ТЗ в рамках национального законодательства путем введения требования раскрытия и других условий доступа к ТЗ.</p>

Аспекты охраны ТЗ	(a) Действующие меры	(b) Выявленные пробелы	(c) и (d) Соображения и варианты действий
Нераскрытые ТЗ	Общие стандарты ТРИПС в области охраны нераскрытой информации	Отсутствие определенных норм в отношении: (i) ТЗ, раскрытых в рамках определенной общины; (ii) ТЗ, представляющих для общины не коммерческую, а культурную/духовную ценность; (iii) раскрытия ТЗ, ограничиваемого нормами традиционного права и обычаями	Уточнение или адаптация существующих норм для обеспечения: (i) ситуации, при которой ограниченное распространение информации в рамках четко определенной общины не считается ее полным раскрытием для широкой публики; (ii) охраны ТЗ даже в тех случаях, когда община, являющаяся их источником, считает их ценными не по коммерческим причинам; (iii) порядка, при котором ограничения, налагаемые нормами традиционного права и традиционной практикой, считаются достаточными для сохранения конфиденциальности/«тайного» характера ТЗ.
Знаки и символы, связанные с ТЗ	Законодательство о товарных знаках (включая коллективные и сертификационные знаки) и географических указаниях	Защитная охрана знаков и символов, связанных с ТЗ, от присвоения третьими лицами	Специальные реестры материалов, связанных с ТЗ. Усиление мер, направленных против регистрации товарных знаков, противоречащих нормам морали (см. также уточненный вариант анализа пробелов в охране ТВК). Только охрана от незаконных видов использования знаков и символов, связанных с ТЗ, а не охрана самих ТЗ.

Аспекты охраны ТЗ	(a) Действующие меры	(b) Выявленные пробелы	(c) и (d) Соображения и варианты действий
<p>Объекты ТЗ, охватываемые обычной системой охраны прав ИС</p>	<p>Некоторые ТЗ или элементы ТЗ потенциально охватываются:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>напрямую</i> – нормами права, касающимися патентов, охраны нераскрытой информации и борьбы с недобросовестной конкуренцией; и - <i>косвенно</i> – законодательством об авторском праве и смежных правах, охраной ТВК, охраной товарных знаков и географических указаний, охраной образцов и нормами права, касающимися недобросовестной конкуренции. 	<p>ТЗ, не охватываемые существующей охраной прав ИС, например:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ТЗ, не обладающие новизной; - ТЗ, не обладающие патентоспособным изобретательским уровнем; - публично раскрытые ТЗ или ТЗ, не подпадающие под действие норм о коммерческой тайне/конфиденциальности по иным причинам. <p>Срок действия предоставляемой охраны плохо соответствует аспектам развития и сохранения систем ТЗ, связанным с их передачей из поколения в поколение.</p> <p>Признание прямого или более косвенного вклада ТЗ в создание патентоспособных изобретений.</p>	<p>Специальная охрана объектов, еще не имеющих охраны:</p> <ul style="list-style-type: none"> - на международном уровне – для выработки согласованного подхода; - на национальном/региональном уровне – для обеспечения максимальной гибкости. <p>Адаптация существующих мер в области ИС, например:</p> <ul style="list-style-type: none"> - толкование или адаптация существующих международных стандартов для надлежащего учета объектов ТЗ; - национальные законодательные и административные инициативы (и эволюция прецедентного права), направленные на обеспечение признания отдельных систем ТЗ в рамках законодательства по вопросам ИС. <p>Возможные существенные соображения: комплексный характер ТЗ и коллективных прав на ТЗ; право носителей ТЗ контролировать свои природные ресурсы и распоряжаться своими знаниями; право человека носителей ТЗ на самоопределение; право носителей ТЗ на предварительное информированное согласие. Признание роли норм традиционного права и систем знаний, основанных на обычаях, для охраны и сохранения ТЗ.</p>
<p>Интересы и права общин на их</p>	<p>Ограниченная охрана, преимущественно в</p>	<p>Прямое признание коллективных интересов и</p>	<p>Специальная охрана коллективных интересов и прав на традиционные знания как таковые (а не</p>

Аспекты охраны ТЗ	(a) Действующие меры	(b) Выявленные пробелы	(c) и (d) Соображения и варианты действий
<p>накапливаемые и коллективные ТЗ, передаваемые из поколения в поколение и их комплексные системы традиционных знаний как таковые</p>	<p>качестве конфиденциальной информации</p>	<p>прав на накапливаемые и коллективные ТЗ, передаваемые из поколения в поколение</p> <p>Охрана целостности систем традиционных знаний как таковых</p> <p>Потенциальная возможность наличия прав на ТЗ у нескольких общин</p>	<p>как отдельные элементы, охраняемые как интеллектуальные права):</p> <ul style="list-style-type: none"> - на международном уровне – для выработки согласованного подхода; - на национальном/региональном уровне – для обеспечения максимальной гибкости. <p>Специальная охрана интересов и прав общин на системы традиционных знаний как таковые:</p> <ul style="list-style-type: none"> - на международном уровне – для выработки согласованного подхода; - на национальном/региональном уровне – для обеспечения максимальной гибкости.
<p>Специальные механизмы охраны ТЗ от некоторых действий, наносящих им ущерб, и их незаконного присвоения</p>	<p>В обычном праве ИС такие механизмы отсутствуют.</p> <p>ТЗ могут охраняться частично с помощью договоров и более общих принципов борьбы против недобросовестной конкуренции и неосновательного обогащения.</p>	<p>См. отдельные элементы ниже</p>	
		<p>Норма, направленная против неосновательного</p>	

Аспекты охраны ТЗ	(a) Действующие меры	(b) Выявленные пробелы	(c) и (d) Соображения и варианты действий
		<p>обогащения, незаконного присвоения или действий, противоречащих честной коммерческой практике применительно к ТЗ</p>	<p>Специальная норма, закрепленная на международном уровне для содействия применению согласованного подхода: - правовой документ, имеющий обязательную силу, если считается, что условия для принятия международной нормы уже сложились; - политическая декларация, если правовое содержание нормы все еще разрабатывается.</p> <p>Специальная норма, закрепленная на национальном/региональном уровне, для обеспечения максимальной гибкости, развития правовой базы и обеспечения разнообразия.</p>
		<p>Определенное заявление о применении принципа предварительного информированного согласия к ТЗ, носителями которых являются общины</p> <p>Экстерриториальное признание принципа предварительного информированного согласия и соглашений о доступе и совместном пользовании выгодами в судах третьих стран.</p>	<p>Специальная норма, закрепленная на международном уровне для содействия применению согласованного подхода: - правовой документ, имеющий обязательную силу – если условия для принятия международной нормы уже сложились; - политическая декларация – если правовое содержание нормы еще вырабатывается.</p> <p>Специальная норма, закрепленная на национальном/региональном уровне, для обеспечения максимальной гибкости, развития правовой базы и обеспечения разнообразия.</p>

Аспекты охраны ТЗ	(a) Действующие меры	(b) Выявленные пробелы	(c) и (d) Соображения и варианты действий
		<p>Норма, предусматривающая определенное указание общины, являющейся источником ТЗ, при использовании ТЗ, однозначно связанных с такой общиной.</p>	<p>Специальная норма, закрепленная на международном уровне для содействия применению согласованного подхода:</p> <ul style="list-style-type: none"> - правовой документ, имеющий обязательную силу – если условия для принятия международной нормы уже сложились; - политическая декларация – если правовое содержание нормы еще вырабатывается. <p>Специальная норма, закрепленная на национальном/региональном уровне, для обеспечения максимальной гибкости, развития правовой базы и обеспечения разнообразия.</p>
		<p>Норма, направленная против форм использования ТЗ, являющихся оскорбительными по культурным или духовным причинам или нарушающих их целостность</p>	<p>Специальная норма, закрепленная на международном уровне для содействия применению согласованного подхода:</p> <ul style="list-style-type: none"> - правовой документ, имеющий обязательную силу – если условия для принятия международной нормы уже сложились; - политическая декларация – если правовое содержание нормы еще вырабатывается. <p>Специальная норма, закрепленная на национальном/региональном уровне, для обеспечения максимальной гибкости, развития правовой базы и обеспечения разнообразия.</p>

Аспекты охраны ТЗ	(a) Действующие меры	(b) Выявленные пробелы	(c) и (d) Соображения и варианты действий
<p>Патентование ТЗ, нарушающее принципы патентного права</p>	<p>Существующее патентное право предусматривает подачу заявки, основанной на подлинной информации об изобретателе (изобретателях), а также наличие реального изобретения.</p> <p>Парижская конвенция предусматривает определенное упоминание подлинного изобретателя.</p>	<p>Возможная неопределенность норм патентной системы для определения изобретательского вклада носителя ТЗ.</p> <p>Определенная норма, направленная против:</p> <ul style="list-style-type: none"> - патентования традиционных знаний как таковых без согласия и участия носителя ТЗ; - патентование изобретения, созданного благодаря незаконному присвоению традиционных знаний 	<p>На международном уровне:</p> <ul style="list-style-type: none"> - международная норма, имеющая обязательную силу; - авторитетное толкование существующих норм; - политическая декларация. <p>На национальном уровне:</p> <ul style="list-style-type: none"> - конкретные поправки к национальному патентному законодательству.
	<p>Специальные требования о раскрытии информации применительно к ТЗ:</p> <ul style="list-style-type: none"> - национальные/ региональные нормативные акты; 	<p>Предварительное информированное согласие на использование ТЗ</p>	<p>На международном уровне:</p> <ul style="list-style-type: none"> - международная норма, имеющая обязательную силу; - авторитетное толкование существующих норм; - политическая декларация. <p>На национальном уровне:</p> <ul style="list-style-type: none"> - конкретные поправки к национальному патентному законодательству

Аспекты охраны ТЗ	(a) Действующие меры	(b) Выявленные пробелы	(c) и (d) Соображения и варианты действий
	– предложения в рамках КБР, ВТО, ВОИС.		

А. ДЕЙСТВУЮЩИЕ МЕРЫ

Обязательства, нормативные положения и возможности в области обеспечения охраны ТЗ, уже существующие на международном уровне

Форма охраны	Объем охраны	Учитываемые факторы
Позитивная патентная охрана ТЗ	<p>В соответствии с принципами действующей патентной системы могут охраняться некоторые элементы ТЗ, но не системы ТЗ как таковые.</p> <p>Право должно быть получено от фактического изобретателя (изобретателей), включая носителя (носителей) ТЗ.</p> <p>Для того, чтобы охрана имела силу, обладатели патентоспособных ТЗ должны предпринимать активные действия.</p>	<p>Международные стандарты обеспечивают значительную гибкость в решении вопросов патентоспособности ТЗ, включая:</p> <ul style="list-style-type: none"> - определение понятия «изобретения»; - толкование критериев охраны (новизна, изобретательский уровень, полезность) применительно к ТЗ; - исключение из сферы охраны патентоспособных объектов в соответствии с целями общественной политики.
Защитная охрана ТЗ в рамках патентной системы	<p>Значительная часть ТЗ в принципе охраняется от незаконного использования в форме патентов – например, когда заявитель пытается получить права на ТЗ, созданные другими лицами.</p>	<p>Опасения относительно того, что открытие доступа к ТЗ в рамках патентных процедур может приводить к нежелательному незаконному присвоению ТЗ третьими лицами.</p>

	<p>Конкретные меры включают:</p> <ul style="list-style-type: none"> - улучшение доступа к информации о ТЗ как известном уровне техники при осуществлении патентных процедур без создания возможностей незаконного присвоения ТЗ (например, включение ТЗ в минимум документации РСТ, применение определенных стандартов документирования ТЗ, отражение ТЗ в МПК); - рекомендации по экспертизе патентов, связанных с ТЗ; - порталы, сетевые интерфейсы и надлежащие базы данных по ТЗ и связанным с ними генетическим ресурсам для использования в патентных процедурах. 	
	<p>Специальные механизмы раскрытия информации о ТЗ и связанных с ними ГР в патентах, предусматриваемые национальным законодательством, включая:</p> <ul style="list-style-type: none"> - раскрытие источника или происхождения ТЗ; - раскрытие информации о наличии предварительного информированного согласия; - раскрытие информации о равноправном совместном пользовании выгодами. <p>Национальные системы обеспечения доступа и совместного пользования выгодами</p>	<p>Активное международное обсуждение и анализ конкретных требований раскрытия информации о ТЗ, в том числе их эффективности в предотвращении незаконного присвоения ТЗ.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Боннские руководящие принципы (КБР) - предложения о новых требованиях, вносимые в ВТО и ВОИС.

Нераскрытые ТЗ	Предусматривается охрана ТЗ, которые сохраняются в тайне, обладают коммерческой ценностью благодаря их сохранению в тайне и являются объектом разумных мер по их сохранению в тайне.	Ставятся следующие конкретные вопросы: - в каких случаях раскрытие ТЗ в рамках общины считается их «сохранением в тайне»; - роль традиционного права и практики; - охрана знаний, которые имеют духовную и культурную ценность для общины, но не представляют для нее коммерческой ценности.
Охрана от недобросовестной конкуренции	Охрана от: - действий, порождающих смешение; - ложных утверждений в ходе торговли; - указаний или заявлений, способных ввести публику в заблуждение.	Гибкая интерпретация мер по борьбе с недобросовестной конкуренцией, позволяющая включить в них более общее правило, направленное против неосновательного обогащения и незаконного присвоения.
Охрана отличительных обозначений	Применяется не к ТЗ как таковым, а к отличительным обозначениям и символам, связанным с продуктами, основанными на ТЗ, в частности: - товарным знакам на товары и услуги с ТЗ в качестве компонента; - коллективным и сертификационным знакам; - географическим указаниям.	

Законодательство о промышленных образцах	Промышленные образцы, являющиеся новыми или оригинальными.	Возможность исключения определенных образцов из охраны, продиктованного главным образом техническими и функциональными соображениями.
Авторское право и смежные права (включая охрану баз данных и исполнений выражений фольклора).	Охрана не знаний как таковых, а средств записи и передачи ТЗ, особенно охраноспособных ТВК.	См. уточненный вариант анализа пробелов в охране ТВК (документ WIPO/GRTKF/IC/37/7)
Международное публичное право	КБР: ТЗ, связанные с биоразнообразием и имеющие значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия МДГРРПС ФАО: ТЗ, связанные с генетическими ресурсами растений для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства	
Другие международные документы	ДПКРООН: декларация, не имеющая обязательной силы, в которой разъясняются права коренных народов, касающиеся ТЗ.	

	Боннские руководящие принципы: ТЗ, связанные с биоразнообразием и имеющие значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия.	
--	---	--

В. ПРОБЕЛЫ, СУЩЕСТВУЮЩИЕ НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ

Аспект охраны	Выявление пробела в охране	Конкретные соображения
<p>Выявление охраноспособных ТЗ или выработка их определения</p>	<p>Отсутствие формального определения ТЗ, подлежащего охране, несмотря на упоминание ТЗ в нескольких международных документах (касающихся конкретных областей ТЗ).</p> <p>Элементы определения, выработанного в рамках деятельности МКГР</p>	
<p>Пробелы в формулировке определенных целей охраны</p>	<p>Внутренняя ценность систем ТЗ Системы ТЗ как важная форма инноваций Уважение систем ТЗ и культурных и духовных ценностей их носителей Уважение прав носителей и хранителей ТЗ Сохранение ТЗ и укрепление систем ТЗ Сохранение и поддержание традиционных форм жизни Поддержка инноваций в рамках систем ТЗ Поддержка усилий по защите и сохранению ТЗ Пресечение незаконного присвоения и недобросовестного и несправедливого использования ТЗ и поощрение равноправного пользования выгодами, связанными с ТЗ Обеспечение доступа к ТЗ и их использования на условиях получения предварительного информированного согласия Содействие устойчивому развитию общин и правомерной торговой практики, основанной на использовании систем ТЗ</p>	

	Ограничение предоставления или осуществления ненадлежащих интеллектуальных прав на ТЗ	
<i>Пробелы в существующих правовых механизмах</i>		
Объекты, не охваченные охраной	ТЗ, не охваченные существующими формами охраны прав ИС: - ТЗ, не обладающие новизной; - ТЗ, не обладающие изобретательским уровнем; - ТЗ, которые были публично раскрыты или не подлежат охране в качестве нераскрытой информации по иным причинам.	См. пункт А, выше
	Накапливаемые ТЗ в коллективном владении, передаваемые из поколения в поколение, не отвечающие определению нераскрытой или конфиденциальной информации.	
	Комплексная система традиционных знаний как таковая	
Не признаваемые бенефициары или правообладатели	Коллективные права, интересы и правомочия в рамках системы ТЗ	

<p>Формы использования и другие действия, которые нельзя предотвратить в рамках существующего права</p>	<p>Определенная норма, запрещающая незаконное патентование ТЗ</p>	
	<p>Специальное требование о раскрытии патентной информации, касающейся ТЗ</p>	
	<p>Охрана от неосновательного обогащения или незаконного присвоения ТЗ</p>	
<p>Право на указание источника и сохранение целостности</p>	<p>Предотвращение использования ТЗ без определенного указания общины, являющейся их источником.</p>	
	<p>Предотвращение форм использования, оскорбительных для общин по культурным или духовным причинам или нарушающих целостность ТЗ</p>	
<p>Предварительное информированное согласие на использование ТЗ</p>	<p>Отсутствие определенного признания необходимости испрашивания предварительного информированного согласия носителей ТЗ для получения доступа к определенным формам ТЗ.</p> <p>Уточнение условий охраны нераскрытой информации как средства осуществления права на предварительное информированное согласие</p>	<p>Необходимость уточнения принципа предварительного информированного согласия на использование ТЗ, обладателями которых являются несколько общин и которые уже раскрыты за пределами общины с ее согласия (молчаливого или явного) или без такового.</p>

<p>Принцип предварительного информированного согласия на использование ТЗ и патентная система</p>	<p>Отсутствие определенной правовой связи между принципом предварительного информированного согласия на использование ТЗ и патентованием:</p> <ul style="list-style-type: none">- ТЗ как таковых; и- изобретений, основанных на ТЗ	<p>Предусмотренное действующим законодательством обязательство указывать подлинного изобретателя и основывать патент на праве собственности, предоставленном изобретателем.</p>
<p>Право на справедливое совместное пользование выгодами</p>	<p>Отсутствие прав на получение справедливого вознаграждения или других выгод (включая выгоды, допустимые с точки зрения традиционной культуры и другие выгоды неденежного характера).</p>	<p>Потенциальная роль традиционного права и обычаев в определении того, какие выгоды являются справедливыми и надлежащими.</p>

С. СООБРАЖЕНИЯ КАСАЮЩИЕСЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТИ УСТРАНЕНИЯ ПРОБЕЛОВ

	Характер соображения	Более подробная характеристика
<i>Основные соображения</i>	Международное право и политика	Включая правовые обязательства и условия регулирования, касающиеся: <ul style="list-style-type: none"> - сохранения биоразнообразия и борьбы с опустыниванием; - прав коренных народов; - устойчивой политики в области здравоохранения и обеспечения доступа к лекарствам
	Социальные, культурные, политические и экономические соображения	<ul style="list-style-type: none"> - усиление внимания к заявлениям о нарушении справедливости в связи с незаконным присвоением и противоправным использованием ТЗ - роль ТЗ в обеспечении устойчивого развития на низовом и местном уровне - связь между охраной ТЗ и культурной и социальной идентичностью общин - промышленное и коммерческое освоение ТЗ - роль ТЗ в решении экологических проблем и проблем, связанных с изменением климата - упоминание ТЗ в целом ряде контекстов регулирования.
	Роль охраны ТЗ в более широком контексте разработки политики	<ul style="list-style-type: none"> - охрана биоразнообразия и равноправное совместное пользование преимуществами, создаваемыми биоразнообразием; - признание прав коренных народов; - содействие укреплению продовольственной безопасности и обеспечению разнообразия продовольственных сельскохозяйственных культур;

		<ul style="list-style-type: none"> - обеспечение доступа к здравоохранению, соответствующего требованиям культуры ; - устойчивое развитие на низовом и местном уровне; - смягчение последствий изменения климата; - расширение частичного совпадения традиционных знаний как таковых и официальных дисциплин в области биотехнологии - вклад систем традиционных знаний в инновационную деятельность и обеспечение культурного разнообразия.
	<p>Конкретные соображения права и регулирования</p>	<ul style="list-style-type: none"> – поскольку в рамках многих национальных и региональных процессов уже наблюдается тенденция к усилению охраны ТЗ, без развития ее международного измерения, позволяющего создавать общую платформу для национальных и региональных системы охраны ТЗ, эти системы будут иметь разноплановый характер, что может вызывать трудности и другие препятствия; - неясность норм международного права ИС в областях, имеющих отношение к ТЗ и традиционным системам знаний и инноваций, может иметь определенные системные последствия; - потенциальные положительные следствия уменьшения правовой неопределенности по возможным вопросам прав собственности на ТЗ и ответственности за их сохранность; - плюсы и минусы наличия единого международного подхода к решению вопросов охраны ТЗ.
	<p>Конкретные соображения, направленные против устранения пробелов</p>	<ul style="list-style-type: none"> - вероятность того, что устранение определенных пробелов на международном уровне, даже если эти пробелы четко определены, в настоящее время

		<p>преждевременно, поскольку необходимо накопить больше опыта на национальном уровне и организовать обмен этим опытом в качестве предварительного условия получения более определенных результатов на международном уровне;</p> <ul style="list-style-type: none">- разнообразие ТЗ и владеющих ими общин, которое может осложнять нормотворческий процесс в его международном измерении;- неясность вопросов, касающихся прав и возможностей иностранных правообладателей, таких, как общины, являющиеся носителями ТЗ, существующих в совершенно иных культурных и социальных условиях;- возможная необходимость активизации и диверсификации консультационных процедур, которые необходимы до принятия любых серьезных политических и правовых документов, поскольку их пересмотр после их принятия может быть сложным и дорогостоящим.
--	--	--

D. ВАРИАНТЫ ДЕЙСТВИЙ ПО УСТРАНЕНИЮ ЛЮБЫХ ВЫЯВЛЕННЫХ ПРОБЕЛОВ, КОТОРЫЕ УЖЕ СУЩЕСТВУЮТ ИЛИ МОГУТ БЫТЬ РАЗРАБОТАНЫ

Возможные варианты действий на различных уровнях	Конкретные соображения, касающиеся таких вариантов
Международный уровень	
(i) международный документ или документы, имеющий (имеющие) обязательную силу;	Какие конкретные нормы уже в достаточной степени оформились в своей содержательной части, так что их закрепление в виде международных норм, имеющих обязательную силу, может считаться своевременным? - нормы, касающиеся охраны самих ТЗ; - нормы, касающиеся признания ТЗ в патентной системе и других областях законодательства по вопросам ИС
(ii) убедительные или аргументированные версии или доработанные варианты существующих правовых документов;	Какие существующие нормативные положения и правовые принципы могут быть подходящими для убедительной интерпретации применительно к ТЗ? Например: - нормы, касающиеся пресечения недобросовестной конкуренции; - нормы патентного права и других сфер законодательства по вопросам ИС; - нормы, касающиеся охраны нераскрытой или конфиденциальной информации.
(iii) нормативный международный документ или документы, не имеющий (не имеющие) обязательной силы;	Какие нормы, стандарты и политические приоритеты могут быть согласованы в форме международного документа, не имеющего обязательной силы?

<p>(iv) политическая резолюция, декларация или решение высокого уровня</p>	<p>Какие нормы, стандарты и политические приоритеты могут быть согласованы в виде международной политической резолюции?</p>
<p>(v) руководящие принципы или типовые законы, повышающие уровень международного сотрудничества;</p>	
<p>(vi) координация усилий по совершенствованию национального законодательства;</p>	
<p>(vii) международное сотрудничество в выработке практических мер</p>	<p>Уже существующие программы, материалы и инициативы, направленные на:</p> <ul style="list-style-type: none">- укрепление потенциала и разработку содержательных материалов для обеспечения правовых и политических процессов;- укрепление потенциала носителей ТЗ на практическом уровне;- создание учреждений и выработка для них инструктивных материалов;- межучрежденческое сотрудничество и координация действий в рамках системы ООН;- повышение осведомленности широкой публики и ведение соответствующей разъяснительной работы

Региональный уровень

- правовые документы, заключаемые на региональном, субрегиональном и двустороннем уровнях, включая как специальные инструменты, так и нормы, основанные на существующем законодательстве по вопросам ИС
- политические декларации или декларации политического уровня, принимаемые на региональном, субрегиональном или двустороннем уровнях
- типовые законы и другие формы законодательных рекомендаций, принимаемые на региональном уровне
- типовые протоколы, руководства и рекомендации по применению передовых методов работы, принимаемые на региональном и субрегиональном уровнях
- региональные, субрегиональные и двусторонние инициативы и программы, призванные поддерживать усилия по укреплению потенциала общин в области ТЗ

Национальный уровень

- законодательство в области охраны ТЗ, включая документы *sui generis* и адаптацию или пересмотр норм существующего законодательства по вопросам ИС
- основы политики и административные механизмы содействия распространению и охране ТЗ, в том числе в таких конкретных областях, как медицина и здравоохранение, охрана окружающей среды и сельское хозяйство
- типовые протоколы, руководства и рекомендации по применению передовых методов работы, принимаемые национальными органами или другими учреждениями
- национальные инициативы и программы, обеспечивающие укрепление потенциала общин по вопросам охраны ТЗ

[Конец Приложения II и документа]