

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

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

ОХРАНА ТРАДИЦИОННЫХ ВЫРАЖЕНИЙ КУЛЬТУРЫ: 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 выражений культуры (ТВК);
- (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 возможные меры устранения 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 ТВК был подготовлен Секретариатом в этот период 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/13/4(b) Rev. для 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 знаниях (ТЗ) – таким образом, к тринадцатой сессии МКГР было подготовлено два предварительных варианта анализа пробелов, которые содержались в документах WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev. (ТВК) и WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. (ТЗ).

5. К этому моменту МКГР уже провел обстоятельный анализ возможных правовых и административных мер охраны ТВК. 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 ТВК, ситуационные исследования, постоянные обследования международной базы правовых и административных норм, а также выявление ключевых принципов и целей охраны ТВК, 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/13/4(a), который дополнил предварительный вариант анализа пробелов, представленный в документе WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.

6. Тринадцатая сессия МКГР, состоявшаяся в октябре 2008 г., не проводила подробного обсуждения документа WIPO/GRTKF/IC/13/4 (b) Rev.², и в решениях сессии только говорится, что он был «принят к сведению»³. МКГР не принимала 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 ТВК».

8. В соответствии с этим решением в Приложении I к документу WIPO/GRTKF/IC/37/7 был представлен уточненный вариант предварительного анализа пробелов в области охраны ТВК, 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 изменений нормативного регулирования или политики. Таким образом, данная версия представляла собой то «уточнение» анализа, о котором шла речь в просьбе МКГР. В частности, изменения были внесены в пункты 1, 2, 6-8, 10, 13, 14, 17, 19-21, 24, 35, 38, 41-43, 45-47, 48, 50, 51-53, 57, 58, 61-64, 71-73, 78, 79, 85, 86, 88, 91, 96, 100, 101, 104, 106-108, 110, и 113. В Приложении II приводилась уточненная таблица, отражающая вопросы, упомянутые выше в подпунктах (a) - (d).

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.

9. Уточненный вариант предварительного анализа пробелов и уточненная таблица содержатся в приложении к настоящему документу.

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

[Приложения следуют]

ПРИЛОЖЕНИЕ I

УТОЧНЕННЫЙ ВАРИАНТ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО АНАЛИЗА ПРОБЕЛОВ В ОБЛАСТИ
ОХРАНЫ ТРАДИЦИОННЫХ ВЫРАЖЕНИЙ КУЛЬТУРЫ:

СОДЕРЖАНИЕ

I. ССЫЛКИ И ДРУГИЕ МАТЕРИАЛЫ, ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ПРИ ПОДГОТОВКЕ НАСТОЯЩЕГО АНАЛИЗА	3
II. РАБОЧИЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И ДРУГИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ НАСТОЯЩЕГО АНАЛИЗА	3
<i>Традиционные выражения культуры</i>	3
<i>Характеристики ТВК</i>	4
<i>Формы ТВК</i>	5
<i>Значение термина «охрана»</i>	6
<i>Общие характеристики охраны интеллектуальной собственности</i>	6
<i>Формы охраны ИС, наиболее важные с точки зрения охраны ТВК</i>	6
<i>Международные конвенции и договоры по вопросам ИС, важные с точки зрения охраны ТВК</i>	7
<i>«Охрана» в отличие от «сбережения», «сохранения» или «содействия развитию»</i>	7
<i>Цели, связанные с охраной ТВК</i>	8
<i>Конкретные желательные формы охраны ТВК</i>	9
<i>Значение термина «пробелы»</i>	10
<i>Пробелы, которые непосредственно не рассматриваются в рамках настоящего анализа</i>	11
<i>Пробелы в контексте многоуровневого подхода к определению объема охраны ...</i>	13
<i>Резюме</i>	14
III. АНАЛИЗ	15
A. <i>Обязательства, нормативные положения и возможности обеспечения охраны ТВК/ВФ, уже существующие на международном уровне</i>	15
<i>Литературные и художественные произведения</i>	15
<i>Исполнения ТВК</i>	18
<i>Образцы</i>	19
<i>ТВК, сохраняемые в тайне</i>	20
<i>Названия, слова и символы коренных народов и традиционные названия, слова и символы</i>	20
B. <i>Пробелы, существующие на международном уровне, по возможности проиллюстрированные примерами</i>	21
<i>Литературные и художественные произведения</i>	21
<i>Исполнения ТВК</i>	25
<i>Образцы</i>	26
<i>ТВК, сохраняемые в тайне</i>	26
<i>Названия, слова и символы коренных народов и традиционные названия, слова и символы</i>	26
C. <i>Соображения, существенные для определения необходимости устранения пробелов</i>	27
<i>На каком уровне следует устранять пробелы: на международном, региональном, национальном и/или местном?</i>	27

<i>Нормативные меры, практические меры, обучение</i>	28
<i>База нормативно-правового и административного регулирования</i>	28
<i>Вопросы регулирования</i>	28
<i>Экономические, культурные и социальные цели</i>	29
<i>Конкретные технические и правовые вопросы</i>	30
<i>Текущие вопросы: управление правами и соблюдение требований</i>	30
<i>D. Варианты действий, которые существуют или могут быть разработаны для устранения любых выявленных пробелов, включая правовые и иные меры, применяемые на международном, региональном или национальном уровне</i>	30
<i>Литературные и художественные произведения</i>	31
<i>Признание прав и интересов общин</i>	31
<i>Неимущественные права общин</i>	31
<i>Пояснение в отношении объема применения статьи 15.4 Бернской конвенции</i>	32
<i>Режим <i>domaine public payant</i> (платное общественное достояние)</i>	33
<i>Произведения, автор которых неизвестен</i>	33
<i>Право на долю от перепродажи</i>	34
<i>Использование отличительных знаков и принципов борьбы с недобросовестной конкуренцией для противодействия неправомерному присвоению репутации, ассоциирующейся с ТВК («стиля» ТВК)</i>	34
<i>Производные произведения и защитная охрана литературных и художественных произведений</i>	36
<i>Протоколы, кодексы поведения, типовые контракты и другие практические инструменты</i>	36
<i>Реестры и базы данных</i>	37
<i>Коллективное управление</i>	38
<i>Исполнения ТВК</i>	38
<i>Образцы</i>	38
<i>ТВК, сохраняемые в тайне</i>	38
<i>Названия, слова и символы коренных народов и традиционные названия, слова и символы</i>	39

I. ССЫЛКИ И ДРУГИЕ МАТЕРИАЛЫ, ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ПРИ ПОДГОТОВКЕ НАСТОЯЩЕГО АНАЛИЗА

1. Значительная часть информации, содержащейся в настоящем документе, взята из более ранних документов МКГР⁴ и других публикаций и материалов, подготовленных ранее в рамках деятельности МКГР⁵. Особое внимание следует обратить на документ WIPO/GRTKF/IC/6/3. Все эти документы и материалы имеются на вебсайте ВОИС по адресу: <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>. Использовались также содержание ряда других публикаций, документов и статей⁶.

II. РАБОЧИЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И ДРУГИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ НАСТОЯЩЕГО АНАЛИЗА

Традиционные выражения культуры

2. Никакого устоявшегося или общепринятого международного определения терминов «традиционные выражения культуры» или «выражения фольклора» (в настоящем документе оба эти термина будут использоваться взаимозаменяемым образом и сокращаться до «ТВК») не существует, однако множество определений этих терминов имеется в национальном и региональном законодательстве, а также в международных договорах⁷.

3. В течение длительного времени одной из основных трудностей, связанных с обеспечением охраны ТВК, оставалось определение предмета охраны. От способа определения ТВК зависят как объем, так и методы их охраны при помощи инструментов ИС. Хотя выработка конкретного предлагаемого варианта определения ТВК не является целью данного предварительного анализа, определенное понимание его значения было совершенно необходимо при его выполнении.

4. Соответственно, в настоящем документе не ставится цель предложить единое определение или даже предложить считать такое определение на международном

⁴ См. документы WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 и 6/3 Add., WIPO/GRTKF/IC/7/3, WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4, WIPO/GRTKF/IC/11/4(a), (a) Add. и (a) Add. 2, WIPO/GRTKF/IC/11/4(b) и WIPO/GRTKF/IC/12/4(a), (b) и (c).

⁵ ВОИС, «Сводный анализ механизмов правовой охраны традиционных выражений культуры/выражений фольклора», 2004 г.; Janke, "Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions" (Янке, «С мыслью о культуре: ситуационные исследования в области интеллектуальной собственности и традиционных выражений культуры»), ВОИС, 2003 г.; Kutty, "National Experiences with the Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions – India, Indonesia, the Philippines" (Катти, «Национальный опыт охраны выражений фольклора/традиционных выражений культуры: Индия, Индонезия, Филиппины»), ВОИС, 2004 г.

⁶ McDonald, I., Protecting Indigenous Intellectual Property (Australian Copyright Council, Sydney, 1997, 1998) (И. Макдональд, «Охрана интеллектуальной собственности коренных народов» (Совет по авторскому праву Австралии, Сидней, 1997 г., 1998 г.)); Palethorpe and Verhulst, "Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law" (Пэйлторп и Верхульст, «Доклад о международной охране выражений фольклора средствами права интеллектуальной собственности» (исследование, выполненное по поручению Европейской Комиссии, октябрь 2000 г.)); "Protecting Traditional Cultural Expressions: Policy Issues and Considerations from a Copyright Perspective" («Охрана традиционных выражений культуры: вопросы и моменты политики с точки зрения авторского права») – дискуссионный материал, подготовленный организацией «Canadian Heritage», 2004 г.; Lucas-Schloetter, A., 'Folklore' in von Lewinski, S. (Ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (А. Лукас-Шлёттер, Понятие "фольклора" в монографии С. фон Левински и др.), «Наследие коренных народов и интеллектуальная собственность», 2004 г. – справочный материал председателя Комитета по вопросам охраны ТВК, подготовленный к 34-й сессии МКГР (см. http://www.wipo.int/meetings/ru/doc_details.jsp?doc_id=373916).

⁷ Документы WIPO/GRTKF/IC/3/9 и WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4. См. также базу нормативных материалов по адресу: <http://www.wipo.int/tk/en/databases/tklaws/>.

уровне необходимым, поскольку участники МКГР придерживаются различных мнений по этому вопросу. Тем не менее, исключительно для целей данного анализа полезно дать общее обозначение того, что именно понимается под термином «традиционные выражения культуры».

Характеристики ТВК

5. Характеристики ТВК подробно обсуждались в более ранних документах и материалах⁸.
6. Для целей настоящего анализа следует напомнить два момента. Во-первых, ТВК могут представлять собой самые разные материалы: от издавна существующих материалов, созданных «неизвестными авторами» в далеком прошлом до самых последних и современных выражений традиционных культур, включая весь промежуточный ряд их постепенных и эволюционных переработок, имитаций, возрождений и воссозданий. ТВК, являясь частью живого наследия, постоянно воссоздаются общинами и группами как форма их ответа на внешние условия и их взаимодействия с природой и их историей и дают им ощущение самобытности и преемственности. В связи с этим можно проводить различие между издавна существующими ТВК и их современными версиями и переработками.
7. Во-вторых, хотя традиционное творчество – это динамичное взаимодействие между коллективным и индивидуальным творчеством, определяющая особенность «традиционных» произведений состоит в том, что они являются выражением живой традиции и деятельности сообщества людей, которое все еще является ее носителем и практикует ее. Даже когда произведение создается отдельным лицом на основе традиций и в рамках обычного уклада его жизни, такое произведение не «принадлежит» такому отдельному лицу, а находится в сфере ответственности и идентичности общины и сохраняется ею. Именно это делает такое произведение «традиционным».
8. Резюмируя, в целом можно сказать, что ТВК:
 - (a) являются продуктом творческой интеллектуальной деятельности,
 - (b) передавались из поколения в поколение в устной форме или путем подражания,
 - (c) отражают культурную и социальную идентичность общины,
 - (d) состоят из характерных элементов наследия общины,
 - (e) часто созданы неизвестными авторами и/или авторами, которых нельзя точно установить, и/или самими общинами,
 - (f) часто создавались прежде всего в духовных и религиозных целях,
 - (g) часто создаются и воспроизводятся с использованием местных природных ресурсов, и
 - (h) постоянно видоизменяются, развиваются и воссоздаются в рамках общины.
9. Термин «община» используется в данной предварительной версии анализа в соответствии с практикой, применявшейся в документах, которые составлялись в рамках деятельности МКГР, и означает в общем смысле коренные народы, а также традиционные, местные и иные культурные сообщества. Использование этих терминов не предполагает наличия консенсуса членов МКГР в отношении бенефициаров охраны ТВК и/или правомерности или правильности этих или иных

⁸ WIPO/GRTKF/IC/6/3; Сводный анализ ВОИС.

терминов. Использование этих терминов для целей настоящего анализа не влияет на использование других терминов в национальных или региональных законах и процедурах и не ограничивает его.

Формы ТВК

10. ТВК могут в принципе включать широкий спектр материальных, нематериальных и смешанных форм творческого выражения⁹.

11. Предлагается, однако, максимально конкретизировать настоящий анализ и рассматривать в его рамках определенные конкретные ТВК, в отношении которых существует, как представляется, наиболее серьезный риск их неправомерного использования с применением методов ИС. В более ранних материалах были выявлены и рассмотрены фактические примеры присвоения и незаконного присвоения ТВК¹⁰. Среди этих примеров упоминались использование традиционной музыки и песен, произведений изобразительного искусства (прежде всего живописи), традиционных музыкальных инструментов, изделий ремесел (включая воплощенные в них образцы и «стили»), исполнения ТВК, использование сакральных ТВК и ТВК, сохраняемых в тайне, записей и форм документирования ТВК, а также слов, названий и символов коренных народов.

12. Из этих примеров следует, что охрана ТВК может означать охрану (i) результатов творчества и характерных выражений культуры самих по себе; и/или (ii) репутации или самобытности, которые с ними ассоциируются; и/или (iii) способов их производства (например, способов производства изделий ремесла, музыкальных инструментов или тканей).

13. Третья категория, касающаяся способов производства таких ТВК, как ремесленные изделия, музыкальные инструменты и текстильные изделия, скорее относится к категории, называемой в рамках деятельности Комитета «традиционными знаниями» (ТЗ). Вопрос о ТЗ рассматривается внутренне согласованным образом, дополняющим данный анализ, в документе WIPO/GRTKF/IC/37/6. [Примечание Секретариата: он также представляет собой, как указано выше, уточненную версию анализа пробелов в охране ТЗ выполненного в 2008 г.].

14. Исходя из вышеизложенного, в рамках настоящего анализа предполагается сосредоточить внимание на конкретных примерах, относящихся к первым двум из указанных категорий, а именно:

- (a) литературным и художественным произведениям¹¹, таким как музыкальные произведения и произведения изобразительного искусства;

⁹ См. «Список и краткое техническое пояснение различных форм, в которых встречаются традиционные знания» в документе WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9.

¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/5/3; ВОИС, «Сводный анализ...».

¹¹ Статья 2 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений гласит: «Термин "литературные и художественные произведения" охватывает все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были выражены, как-то: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, графики и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, географические карты,

- (b) исполнениям ТВК
- (c) образцам, воплощенным в изделиях ремесел и других произведениях прикладного искусства;
- (d) ТВК, сохраняемым в тайне; и
- (e) названиям, словам и символам коренных народов и традиционным названиям, словам и символам.

15. Смысл такой конкретизации – сделать данный анализ максимально конкретным и точным. Это не означает, однако, отсутствия других форм ТВК и элементов нематериального культурного наследия, которые также являются ценными и уязвимыми.

Значение термина «охрана»

Общие характеристики охраны интеллектуальной собственности

16. Системы ИС различаются по своему характеру и целям регулирования, которые они преследуют. Так, например, авторское право – это право автора контролировать использование результатов своего интеллектуального труда. Авторское право не обеспечивает, однако, полного контроля, поскольку оно применяется с различными ограничениями и исключениями, призванных обеспечить баланс между задачей охраны творческой деятельности и задачей распространения информации. С другой стороны, охрана товарных знаков и географических указаний направлена на охрану престижа и репутации торговцев и их продукции, а также на предотвращение несанкционированного использования таких обозначений, способного ввести потребителей в заблуждение.

17. Охрана ИС может включать в себя охрану прав собственности. В тех случаях, когда права собственности существуют – например, в случае имущественных прав в контексте авторского права – правообладатели могут осуществлять эти права сами, давать разрешение на их использование другими лицами (т.е. право может лицензироваться), и/или запрещать их использование другими лицами.

18. Охрана ИС не обязательно подразумевает предоставление прав собственности. Так, например, личные неимущественные права, предусмотренные авторским правом, обеспечивают контроль над способом использования произведения, а не над самой возможностью его использования, причем в некоторых случаях даже после истечения срока действия имущественных прав. Аналогичным образом, принудительные (недобровольные) лицензии в контексте авторского права позволяют регулировать способ использования произведения и связаны с уплатой «справедливого вознаграждения» или «обоснованного авторского гонорара» (см., например, статьи 11 bis(2) и 13.1 Бернской конвенции).

Формы охраны ИС, наиболее важные с точки зрения охраны ТВК

19. Поскольку многие ТВК представляют собой литературные и художественные произведения или исполнения, для их охраны особенно важны механизмы охраны

[Footnote continued from previous page]

планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам».

авторского права и смежных прав¹². Традиционные образцы в принципе могут охраняться как промышленные образцы. Для охраны названий, обозначений и символов наиболее важны системы ИС, обеспечивающие охрану знаков и указаний, а также законы о борьбе с недобросовестной конкуренцией.

Международные конвенции и договоры по вопросам ИС, важные с точки зрения охраны ТВК

20. Конвенции и договоры в области авторского права и смежных прав, административные функции которых выполняет ВОИС, образуют международную систему принципов и норм, которые государства, ратифицировавшие эти инструменты, реализуют через свои национальные законы. Международные конвенции и договоры предусматривают гибкие нормы по ряду вопросов, и национальное законодательство может в значительной степени отличаться от одной юрисдикции к другой, поэтому на практике охрана ИС является, прежде всего и главным образом, вопросом национального законодательства. Важно отметить, что международные договоры направлены также на защиту прав в иностранных юрисдикциях на основе национального режима и принципов взаимности.

21. В рамках настоящего анализа упоминаются следующие основные международные конвенции и договоры в области ИС:

- (a) Международная конвенция по охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. («Римская конвенция 1961 г.»);
- (b) Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1967 г. («Парижская конвенция 1967 г.»);
- (c) Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений 1971 г. («Бернская конвенция 1971 г.»);
- (d) Конвенция об охране интересов производителей фонограмм 1971 г. («Конвенция по фонограммам 1971 г.»);
- (e) Соглашение ТРИПС 1994 г.;
- (f) Договор ВОИС об авторском праве 1996 г. («ДАП 1996 г.»);
- (g) Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г. («ДИФ 1996 г.»); и
- (h) Пекинский договор по аудиовизуальным исполнениям 2012 г. («Пекинский договор 2012 г.») (который пока не вступил в силу)¹³.

«Охрана» в отличие от «сбережения», «сохранения» или «содействия развитию»

22. В соответствии с обсуждениями, состоявшимися ранее в рамках Комитета, термин «охрана», употребляемый в решении Комитета, принятом на его 12-й сессии в феврале 2008 г., понимается как охрана в том смысле, в котором этот термин используется в системе ИС (именуемая иногда «правовой охраной»), т.е. как охрана результатов человеческого интеллектуального труда и инноваций от несанкционированного использования.

¹² Основные принципы охраны авторского права и смежных прав и их применение к ТВК рассмотрены в более ранних документах. См. документ WIPO/GRTKF/IC/6/3.

¹³ Следует отметить, что Марракешский договор об облегчении доступа слепых и лиц с нарушениями зрения или иными ограниченными способностями воспринимать печатную информацию к опубликованным произведениям 2013 г. не упоминается в данном контексте, потому что он не имеет последствий, имеющих значение с точки зрения охраны ТВК.

23. «Охрана» ИС в этом смысле отличается от «сбережения», «сохранения» и «содействия развитию» культурного наследия, которые, как правило, связаны с выявлением, документированием, передачей и возвращением к жизни материального и нематериального культурного наследия для обеспечения его сохранности или жизнеспособности. Хотя сами по себе инструменты и программы, направленные на сохранение и содействие развитию ТВК, важны и дополняют охрану ТВК, основное внимание в рамках настоящего анализа, в соответствии с решением Комитета, принятым в феврале 2008 г., сосредоточено на правовой охране ТВК. Законы и программы, не относящиеся к области ИС и касающиеся сохранения живого наследия и содействия его развитию, могут играть полезную роль, дополняя законы, регулирующие вопросы охраны ИС. Многие цели, связанные с ТВК, о которых заявляют общины, могут быть достигнуты не при помощи мер того типа, которые применяются в системе ИС, а при помощи мер и программ, направленных на сбережение, сохранение и содействие развитию культурного наследия. Кроме того, для предотвращения нежелательного использования своих ТВК общины используют другие инструменты, например, средства, создаваемые в рамках их традиционного права. Отмечалось также, что сохранению и развитию культур коренных народов может способствовать надлежащее использование традиционных названий, слов и символов, а также других ТВК.

Цели, связанные с охраной ТВК

24. В более ранних документах указывался целый ряд целей, определенных государствами и общинами в связи с ТВК¹⁴. Одни из них имеют общий характер, другие более непосредственно связаны с ИС и охраной ТВК. Кроме того, в качестве источника, отражающего чаяния коренных народов, упоминалась Декларация ООН о правах коренных народов.

25. Для надлежащей конкретизации настоящего анализа, а также с учетом более ранних обсуждений и решения МКГР, принятого в феврале 2008 г., предлагается считать непосредственным предметом настоящего анализа цели, конкретно связанные с охраной ТВК при помощи механизмов ИС.

26. Следует напомнить, что участники МКГР, принимая во внимание возможность принятия мер вне сферы системы ИС, указывали различные экономические и внеэкономические цели охраны ТВК, основанной на применении механизмов ИС, в частности:

- (a) охрану интеллектуальных прав для содействия экономическому развитию: некоторые общины стремятся заявлять интеллектуальные права на свои ТВК и осуществлять такие права, позволяющие им использовать их коммерческим образом в интересах своего экономического развития;
- (b) охрану интеллектуальных прав для предотвращения нежелательного использования ТВК другими лицами: некоторые общины могут стремиться осуществлять интеллектуальные права на свои ТВК для предотвращения их использования и коммерциализации другими лицами, включая использование, оскорбляющее или унижающее культуру, а также использование, неверно представляющее их культуру; и

¹⁴ Документ WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- (с) охрану от осуществления интеллектуальных прав других лиц: общины также стремятся предотвращать получение или сохранение прав ИС на свои ТВК, а также на произведения, создаваемые на их основе или путем их переработки, другими лицами. Это предполагает использование защитных механизмов, блокирующих осуществление интеллектуальных прав третьих лиц или упреждающих получение прав, которые считаются противоречащими интересам общины или были получены без согласия общины («защитная охрана»).

Конкретные желательные формы охраны ТВК

27. Способы использования различных форм ТВК в мире весьма разнообразны. В более ранних документах Комитета приводились примеры видов присвоения выражений культуры, на которые указывают коренные общины¹⁵.

28. Из этих реальных примеров следует, что такие общины и другие стороны заинтересованы:

- (a) в охране ТВК от несанкционированного использования, включая воспроизведение, переработку, распространение, исполнение и иные подобные действия, в особенности коммерческого использования;
- (b) в предотвращении использования ТВК, являющегося оскорбительным, унижительным и/или неприемлемым в культурном и духовном отношении
- (c) в предотвращении присвоения репутации или самобытного характера ТВК, создающего ложное впечатление, что продукт является подлинным традиционным изделием, за счет использования вводящих в заблуждение или ложных признаков подлинности или происхождения или копирования «стиля» традиционных изделий;
- (d) в предотвращении ситуаций, когда ТВК используются без указания источника;
- (e) в применении защитной охраны ТВК (то есть противодействия получению другими лицами прав ИС на ТВК или их адаптации); и
- (f) в предотвращении несанкционированного раскрытия конфиденциальных ТВК или ТВК, сохраняемых в тайне

29. Для уточнения соответствующих вариантов действий и придания настоящему анализу более практической и прикладной направленности предлагается сосредоточить его на этих шести основных формах охраны, выявленных и рассмотренных в более ранних документах.

30. В связи с защитной охраной ТВК предлагается сосредоточить внимание на предложениях об охране от (i) несанкционированного использования авторских прав и прав на образцы в связи с произведениями, полученными на основе ТВК, включая изделия ремёсел, и (ii) несанкционированной регистрации местных и традиционных названий, слов и символов в виде товарных знаков.

¹⁵ Документы WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

Значение термина «пробелы»

31. Решение МКГР, принятое на его двенадцатой сессии, предусматривает анализ «пробелов» в «обязательствах, нормативных положениях и возможностях, уже существующих на международном уровне в области охраны ТВК/ВФ».

32. Понятие «пробел», используемое в решении МКГР, подразумевает наличие неудовлетворенной экономической, культурной или социальной потребности. Выявление таких экономических, культурных или социальных потребностей и определение того, являются ли они «неудовлетворенными» – это предприятие неопределенного объема, поскольку в рамках МКГР пока отсутствует договоренность по этим вопросам. Определение неудовлетворенной потребности как «пробела», и прежде всего определение необходимости заполнения этого пробела – это вопрос, который должен решаться государствами-членами.

33. Тем не менее, принимая прагматичный подход, в рамках выполнения решения МКГР возможно выявить пробелы, касающиеся:

- (a) форм охраны, желательных для государств и общин (которые упомянуты выше); и/или
- (b) конкретных осознанных технических недостатков существующей системы ИС в связи с охраной ТВК. Эти вопросы подробно рассматривались в материалах опросов и других документах и материалах, которые готовились в рамках деятельности МКГР¹⁶.

34. Желательные формы охраны были определены выше. В качестве конкретных технических ограничений систем ИС, наиболее важных с точки зрения охраны ТВК, указывались следующие моменты:

- (a) *Требование «оригинальности»:* авторским правом охраняются только «оригинальные» произведения, многие же традиционные литературные и художественные произведения не являются «оригинальными» в этом смысле. Также указывалось, что традиционные образцы не являются «новыми» или «оригинальными» в контексте охраны промышленных образцов. С другой стороны, переработанные ТВК могут получать охрану как «оригинальные» объекты авторского права или как образцы, в связи с чем предъявляются требования применения «защитной охраны» (см. ниже);
- (b) *«Собственность»:* применение инструментов охраны авторских прав и промышленных образцов часто требует указания известного конкретного автора или авторов для определения правообладателей и точного решения вопроса о том, кто может быть бенефициаром прав. Однако определить авторов ТВК и, соответственно, правообладателей и бенефициаров прав на ТВК, затруднительно, если не невозможно, поскольку ТВК созданы и сохраняются общинами и/или их авторы просто неизвестны и/или не могут быть установлены. Само понятие «собственности» в том смысле, в каком оно употребляется в системе ИС, также может быть непонятным для многих коренных народов (см. ниже под заголовком «Понятийный разрыв»);
- (c) *Фиксация:* требование фиксации, предусмотренное законодательством об авторском праве многих стран, исключает возможность обеспечения охраны

¹⁶ См., например, документы WIPO/GRTKF/IC/1/5, WIPO/GRTKF/IC/3/11, WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- нематериальных и устных выражений культуры, таких как сказки, танцы или песни, до их воплощения или без их воплощения в какой-то форме или на каком-то носителе. Даже некоторые «зафиксированные» выражения, такие как раскраска лица, раскраска тела или скульптуры из песка, могут не отвечать этому требованию фиксации. С другой стороны, права на записи ТВК и их формы их документирования принадлежат лицу, выполнившему такие действия фиксации, в частности, исследователям этнической музыки или фольклора и другим исследователям, а не самим носителям ТВК;
- (d) *Срок охраны:* утверждается, что ограниченный срок охраны, применяемый при охране авторских и смежных прав и промышленных образцов, не подходит для ТВК. Во-первых, он не отвечает потребности обеспечения охраны ТВК на постоянной основе или по крайней мере в течение срока жизни общины. Кроме того, ограниченность срока охраны предполагает определенность времени создания или первого обнародования произведения, которое в случае ТВК часто неизвестно;
- (e) *Формальные требования:* если при получении охраны авторских и смежных прав формальные требования отсутствуют, то при получении охраны промышленных образцов и товарных знаков предусмотрены определенные требования в отношении регистрации прав и продления ее срока. Указывалось, что такие требования затрудняют использование этих систем ИС коренными и традиционными общинами;
- (f) *Исключения и ограничения:* помимо обсуждения вопроса об ограниченности сроков, обеспечиваемых большинством форм ИС, утверждалось, что другие исключения и ограничения, обычно предусмотренные законодательством по вопросам ИС, не подходят для ТВК. Например, типичное исключение из авторского права, допускающее воспроизведение скульптуры или изделия художественных ремесел, постоянно экспонируемого в публичном месте, в виде фотографий, рисунков и иных изображений, может вызывать озабоченность представителей коренных народов и нарушать их традиционные права. Аналогичным образом, национальные законы об авторском праве часто разрешают публичным архивам, библиотекам и другим подобным учреждениям делать репродукции произведений и открывать доступ к ним для публики. Некоторые из таких исключений и ограничений критиковались представителями коренных и традиционных общин; другие представители подчеркивали, что при применении любых исключений и ограничений следует учитывать общественные интересы; и
- (g) *Защитная охрана:* коренные народности и общины озабочены тем фактом, что не связанные с ними компании и частные лица имитируют или копируют их ТВК или используют их как источник вдохновения, обеспечивая охрану интеллектуальных прав на свои производные произведения, образцы, знаки или другие произведения. Например, общины выражали озабоченность по поводу использования не связанными с ними лицами слов, названий, образцов, символов и других отличительных обозначений в коммерческих целях и их регистрации в качестве товарных знаков. Кроме того, ни законодательство об авторском праве, ни законодательство о промышленных образцах не предусматривает охраны «стиля» литературных и художественных произведений или, соответственно, образцов.

Пробелы, которые непосредственно не рассматриваются в рамках настоящего анализа

35. *Понятийный разрыв:* Предлагаемый акцент на таких предполагаемых конкретных и технических недостатках существующих систем ИС не должно привести к тому, что будут упущены из виду более глубокие понятийные различия между целями и

ориентирами коренных народов и целями и ориентирами существующей системы ИС. Более того, усматривается определенная связь между такими понятийными различиями и техническими недостатками. Представители коренных народов, участвующие в работе Комитета и других форумов, ясно выражали свои сомнения по поводу способности традиционной системы ИС отвечать их фундаментальным нуждам. Отмечалось, например, что само понятие «собственности», используемое в общепринятой системе ИС, не совместимо с понятиями ответственности и заботы о сохранении ТВК, которые лежат в основе традиционного права и систем, основанных на обычаях. Если система авторского права дает исключительные права частной собственности отдельным лицам, авторы, принадлежащие к коренным народам, должны соблюдать динамичные и сложные правила и нормы ответственности, являющиеся общинными по самой своей природе и скорее напоминающие права доверительного использования или распоряжения¹⁷.

36. В рамках настоящего анализа эти более фундаментальные различия не могут даже быть рассмотрены в полном объеме, не говоря уже о том, чтобы предлагать какое-то решения для их преодоления. Система авторского права, по существу, призвана обеспечивать максимально сбалансированное и справедливое коммерческое использование произведений творческого труда, в то время как многие ТВК создавались прежде всего в духовных и религиозных целях и не были предназначены для максимально широкого публичного распространения. Как уже указывалось в ходе обсуждения этих вопросов в Комитете¹⁸, потребности коренных общин, касающиеся принадлежащих им ТВК, которые не могут быть удовлетворены в рамках системы ИС, могли бы, возможно, быть удовлетворены путем создания системы ИС *sui generis* и/или использования механизмов, не относящихся к системе ИС, например, законов о запрете кощунственных действий, обеспечении культурных и иных прав человека, защите человеческого достоинства, сохранении культурного наследия, законов о клевете, прав на публичное использование и норм, гарантирующих неприкосновенность частной жизни. В этой связи в качестве источника, отражающего чаяния коренных народов, упоминалась Декларация ООН о правах коренных народов.

37. *Разрыв на практическом уровне:* Во-вторых, работа по сбору фактических материалов, проведенная ВОИС в самом начале этой программы, в 1998 и 1999 гг.¹⁹, показала, что наиболее существенными препятствиями для эффективного использования инструментов ИС коренными и местными общинами могут быть препятствия текущего и практического характера, такие как ограниченные возможности получения надлежащих юридических консультаций и недостаточность финансовых средств для приобретения и защиты прав. В исследованиях Янке, выполненных по заказу ВОИС, эти практические трудности отмечены, например, в главе «Использование товарных знаков для охраны традиционных выражений культуры». Для преодоления этих препятствий предлагались самые различные решения, включая использование механизмов альтернативного урегулирования споров (АУС)²⁰. Такие практические препятствия не являются предметом настоящего анализа.

38. *ТВК, находящиеся в общем владении:* В-третьих, важной и постоянно вновь возникающей проблемой охраны ТВК является определение владельцев выражений культуры, находящихся в совместном владении нескольких общин, проживающих на

¹⁷ См. документ WIPO/GRTKF/IC/3/11, стр. 3; см. McDonald, стр. 45.

¹⁸ Документы WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

¹⁹ ВОИС, Отчет о результатах миссии по сбору данных; документы WIPO/GRTKF/IC/3/10 и WIPO/GRTKF/IC/5/3.

²⁰ ВОИС, Отчет о результатах миссии по сбору данных; документы WIPO/GRTKF/IC/3/10 и WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/2/10 и WIPO/GRTKF/IC/3/15.

одной и той же национальной территории или на различных территориях. Возможные варианты решения этой проблемы могут включать схемы совместного владения правами и предоставление общинам разрешения владеть правами на одни и те же или сходные ТВК отдельно. При этом подчеркивалось, что в определяющую роль в решении этих вопросов должны играть традиционное право и процедуры. Еще одним возможным решением этой проблемы могла бы быть передача прав государству или официальному органу. Существующие региональные организации и механизмы также могли бы играть важную роль в решении проблем «регионального фольклора».

39. *Пробелы, имманентные для систем ИС:* Наконец, прилагаются усилия к тому, чтобы выявить как (i) пробелы, специфичные для ТВК, так и (ii) пробелы в механизмах, которые могли бы использоваться для охраны ТВК, которые не специфичны для ТВК, а имманентны для системы ИС (например, ограничения и исключения из авторского права). Система ИС не обеспечивает абсолютного контроля над охраняемыми объектами, причем в системах охраны авторских и смежных прав особенно широко применяются исключения и ограничения. Существующие границы применимости систем ИС, включая решения об объеме охраны, часто отражают важные принципы общественной политики, в частности, принцип свободы высказываний и общественного достояния. Такие принципы политики рассмотрены ниже в разделе «Вопросы регулирования». Например, как отмечал один из комментаторов, использование других культур как источника вдохновения – это часть творческого процесса, а использование «стиля» какого-то ТВК не обязательно должно считаться незаконным присвоением, особенно если при этом указывается источник ТВК.

40. В рамках настоящего предварительного анализа эти более общие пробелы понятийного и практического характера далее не рассматриваются. Тем не менее, они весьма существенны и важны. Они уже обсуждались в рамках Комитета ранее и, возможно, будут обсуждаться и в будущем.

Пробелы в контексте многоуровневого подхода к определению объема охраны

41. На своей двадцать седьмой сессии МКГР внес на обсуждение предложение о многоуровневом подходе к определению объема охраны, который предполагает, что правообладатели имеют различные виды или уровни прав или могут воспользоваться различными мерами, в зависимости от характера и особенностей объекта охраны, уровня контроля, которым располагают бенефициары, и степени распространенности объекта охраны. Многоуровневый подход означает дифференцированную охрану различных ТВК в широком интервале от традиционных выражений, доступных широкой публике, до выражений, хранящихся в тайне, сакральных выражений или выражений, не известных за пределами общины и контролируемых бенефициарами. Этот подход предполагает, например, что для одних видов ТВК (например, ТВК, сохраняемых в тайне, и сакральных ТВК) могут применяться эксклюзивные имущественные права, в то время как для других видов ТВК, 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.

42. 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 ТВК, уровень контроля, сохраняемый бенефициарами, и степень распространенности выражений.

Резюме

43. Результаты изложенного анализа обобщены в структурированном виде в приводимой ниже таблице. Этот систематизированный подход был принят в интересах более ясного представления результатов анализа и ознакомления с ними, но на практике вопросы редко удается представить в столь наглядном структурированном виде. Можно также рассматривать вопрос о том, насколько активно общины используют или в состоянии использовать конкретные возможности, которые могут обеспечиваться современными системами ИС. Кроме того, ТВК часто тесно связаны с теми или иными формами ТЗ (см. документ WIPO/GRTKF/IC/37/6). Таким образом, данный подход, с учетом того, как вещи происходят или могут происходить на практике, выглядит несколько искусственным, тем не менее, предполагается, что такой методичный и структурированный подход может помочь обсуждению этой проблематики в МКГР.

Объект ТВК:	Желаемый вид охраны:	Предполагаемые недостатки:
(i) литературные и художественные произведения, например, произведения традиционной музыки и изобразительного искусства (ii) исполнения ТВК (iii) образцы (iv) ТВК, сохраняемые в тайне (v) названия, слова и символы коренных народов, традиционные названия, слова и символы	(i) охрана ТВК от несанкционированного использования (ii) предотвращение использование ТВК, являющегося оскорбительным, унижительным и/или неприемлемым в культурном и духовном отношении (iii) предотвращение ложных или вводящих в заблуждение утверждений о подлинности и происхождении (iv) неуказание источника при использовании ТВК (v) защитная охрана ТВК (vi) охрана от несанкционированного раскрытия конфиденциальных ТВК или ТВК, сохраняемых в тайне	(i) требование оригинальности (ii) владение (iii) фиксация (iv) срок (vi) наличие формальных требований (vii) исключения и ограничения; (vii) защитная охрана

III. АНАЛИЗ

A. Обязательства, нормативные положения и возможности обеспечения охраны ТВК/ВФ, уже существующие на международном уровне

Литературные и художественные произведения

44. Литературные и художественные произведения, как правило, охраняются законодательством об авторском праве, которое на международном уровне получило форму Бернской конвенции 1971 г., Соглашения ТРИПС 1994 г. и ДАП 1996 г. Соответственно, применительно к *традиционным* литературным и художественным произведениям речь идет именно об этих международных договорах.

45. В рамках этих договоров охрана ТВК, имеющих форму литературных и художественных произведений, обеспечивается следующими обязательствами, нормативными положениями и возможностями:

- (a) Традиционные литературные и художественные произведения, признаваемые достаточно «оригинальными» и имеющие известного автора или авторов, могут охраняться авторским правом. Понятие «оригинальности» не определено в соответствующих международных договорах и, как правило, не определяется и в национальном законодательстве. Данный вопрос часто оставляют на усмотрение судов, рассматривающих конкретные дела, но в целом можно сказать, что произведение является «оригинальным», если при его создании были затрачены определенные интеллектуальные усилия и оно не является простой копией произведения, созданного другим лицом²¹. В целом для соблюдения требования оригинальности, предусмотренного законодательством об авторском праве, требуется сравнительно невысокий уровень творческого усилия, поэтому ТВК, представляющие собой оригинальные произведения конкретной общины, в том смысле, что они не являются копиями произведений другого лица или лиц, могут признаваться достаточно «оригинальными». Судебная практика различных юрисдикций, например, Австралии²², Китая²³ и других стран²⁴, подтверждает, что современные выражения традиционных культур, не являющиеся переработками и версиями, вдохновленными уже существующими традиционными литературными и художественными произведениями или основанные на таких произведениях, могут охраняться как объекты авторского права. Рассматриваемый вид охраны применяется в отношении современных литературных и художественных произведений, содержащих новые элементы и имеющих живого автора (авторов), который может быть установлен²⁵. Ниже рассматривается «пробел» в охране литературных и художественных произведений, передаваемых из поколения в поколение без существенных изменений.

²¹ См. Palethorpe and Verhulst, стр 28; см. также Ricketson, S. and Ginsburg, J., International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond (С. Рикетсон и Дж. Гинзбург «Международные нормы в области авторских и смежных прав: Бернская конвенция и далее») (Нью-Йорк, 2005 г.), стр. 511 - 514.

²² M, Payunka, Marika and Others v. Indofurn Pty Ltd 30 IPR 209; Bulun Bulun v R & T Textiles Pty Ltd (198) 41 IPR 513.

²³ Решение Пекинского Верховного народного суда по делу № 246, 17 декабря 2003 г.

²⁴ См. выше, Lucas-Schloetter, дела, цитируемые в сноске 238, а также на стр. 301 - 304.

²⁵ Документы WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- (b) Произведения, которые еще не «опубликованы» и принадлежат «неизвестным авторам», предположительно являющимися гражданами стран-участниц Бернского союза, охраняются как объекты авторского права на основании положений статьи 15.4 Бернской конвенции 1971 г. Эта статья была включена в Бернскую конвенцию в 1967 г. специально для обеспечения охраны ТВК, автор которых неизвестен. В подобных случаях национальное законодательство должно определить «компетентный орган», представляющий автора, и другие страны информируются об учреждении такого органа путем направления соответствующего письменного заявления Генеральному директору ВОИС. Пока такое заявление сделала только одна страна – Индия, хотя некоторые другие страны приняли законы об охране произведений на основании статьи 15.4. Высказывалось мнение о том, что назначение упомянутого компетентного органа, уведомление ВОИС о его назначении и последующее уведомление о нем других государств-членов – это действия, которые совершаются в рамках практического применения положений статьи, но не являются охраной сами по себе²⁶. Другими словами, охрана неопубликованных произведений неизвестных авторов уже предусмотрена положениями конвенции; назначение компетентного органа и последующие действия просто призваны содействовать фактическому применению охраны и обеспечить ее юридическую силу. Согласно статье 7.3 Бернской конвенции, срок охраны произведения истекает через 50 лет после того, как оно «было правомерно сделано доступным для всеобщего сведения». С другой стороны, предусмотренный конвенцией 50-летний срок является минимальным, и государства-члены могут предусматривать в своих национальных законах более длительные сроки (статья 7.6). Таким образом, теоретически страна может предусмотреть на основании положений статьи 15.4. столетний или даже тысячелетний срок охраны произведений. Однако в международных ситуациях, если национальным законодательством не предусмотрено иное, применяется положение статьи 7.8 конвенции о «сравнении сроков». Это означает, что (i) срок охраны устанавливается в соответствии со сроком, действующим в той стране, в которой испрашивается охрана, но (ii) если срок охраны в этой стране длиннее срока охраны в стране происхождения охраняемого произведения, применяется более короткий срок. На практике это означает, что срок, превышающий минимальный, может применяться только в том случае, если обе страны предусмотрели в своем законодательстве такой более длительный срок, и что в противном случае применяется более короткий срок. Статья 20 конвенции допускает заключение странами специальных соглашений, предусматривающих более широкие права авторов по сравнению с конвенцией или содержащих иные положения, не противоречащие конвенции. Статья 7.3 предусматривает, что страны не обязаны охранять анонимные произведения, в отношении которых есть все основания предполагать, что со времени смерти автора прошло 50 лет.
- (c) Коллекции, подборки и базы данных, содержащие как традиционные, так и современные ТВК, могут охраняться как объекты авторского права сами по себе. ТРИПС и ДАП содержат четкие положения о том, что подборки материалов, не являющихся объектами авторского права, могут охраняться как подборки материалов и базы данных. Кроме того, в некоторых

²⁶ Следует напомнить, что авторское право действует автоматически и не зависит от выполнения каких-либо формальных требований.

юрисдикциях существует охрана баз данных *sui generis*. Подробнее см. также ниже в разделе «Реестры и базы данных».

46. Применительно ко всем произведениям, охраняемым как объекты авторского права (пункты (а) – (с), выше):

- (a) обладатели авторских прав обладают имущественными правами, позволяющими им разрешать или запрещать определенные действия, связанные с авторско-правовой охраной, включая воспроизведение, переработку, публичное исполнение, распространение произведений и их сообщение для всеобщего сведения.
- (b) Они также пользуются личными неимущественными правами на признание авторства, сохранение целостности (право предъявлять возражения против искажения произведения) и публикацию (право решать, когда, где и в какой форме произведение может публиковаться или раскрываться). Многие комментаторы считают личные неимущественные права особенно полезными для целей охраны ТВК.
- (c) Срок действия имущественных прав составляет не менее 50 лет с момента смерти автора или, в случае соавторства, последнего из оставшегося в живых авторов. Точный срок охраны зависит от особенностей национального законодательства. С другой стороны, личные неимущественные права могут иметь неограниченный срок действия, однако это также зависит от особенностей национального законодательства.
- (d) «Фиксация» не является обязательной предпосылкой охраны в соответствии с международным законодательством об авторском праве (поэтому «незафиксированные» картины или другие произведения изобразительного искусства, в частности раскраска тела или скульптуры из песка, в принципе подлежат охране на основании международных норм). Препятствие, связанное с «фиксацией», актуально только в странах (преимущественно с традицией общего права), установивших требование фиксации в качестве требования национального законодательства. Кроме того, большинство ТВК, для которых существует потенциальный риск несанкционированного использования (такие как произведения изобразительного искусства или изделия ремесел), имеют фиксированную форму. Исключением может считаться, пожалуй, «живое» исполнение ТВК (подробнее см. раздел «Исполнение ТВК»).
- (e) Возможна авторско-правовая охрана произведений, созданных несколькими авторами, при условии, что авторы могут быть установлены или обладателем авторских прав на произведение является юридическое лицо.
- (f) Авторско-правовая охрана предоставляется без необходимости выполнения каких-либо формальностей.
- (g) Принудительное обеспечение охраны на международном уровне обеспечивается положениями Бернской конвенции 1971 г. и Соглашения ТРИПС 1994 г. Таким образом, ТВК, охраняемые в стране-участнице этих договоров как объекты авторского права, охраняются в других странах-участницах в соответствии с принципом «национального режима».

47. Следует отметить, что во многих юрисдикциях записи ТВК – например, музыкальных произведений – охраняются на основании законодательства о «смежных правах». Применительно к таким произведениям:

- (а) Охрана записей традиционной музыки (и других ТВК, например, легенд или поговорок) обеспечивается положениями Римской конвенции 1961 г., Соглашения ТРИПС 1994 г. и ДИФ 1996 г., предусматривающими охрану «смежных прав». Охрана звукозаписи обеспечивает косвенную охрану ТВК, а также содействует их сохранению и распространению. ТВК, которые когда-то передавались только в рамках устной традиции и поэтому не подлежат охране в соответствии с национальными законами, требующими их фиксации в качестве одной из предпосылок авторско-правовой охраны, могут получать косвенную охрану благодаря их фиксации в форме звукозаписей. Обладатели смежных прав на звукозаписи – это фактически создатели звукозаписей, и они имеют исключительные права на их воспроизведение, распространение, передачу во временное пользование и предоставление в распоряжение других лиц. В соответствии со статьей 12 Римской конвенции и статьей 15 ДАП 1996 г., они также могут иметь дискреционное право на получение вознаграждения, если звукозаписи публикуются на коммерческой основе для целей вещания или доведения до всеобщего сведения. Часть такого справедливого вознаграждения должна передаваться исполнителям, чьи исполнения записывались (подробнее см. ниже в разделе «Исполнения ТВК»). Как следует из Согласованного заявления, касающегося статьи 15 ДИФ 1996 г., производители звукозаписей ТВК, не публикуемых на коммерческой основе, могут получать такое право (как и исполнители ТВК, воплощенных в записи – подробнее см. ниже) на основании национальных имплементирующих норм. Указанное Согласованное заявление было принято именно с учетом того, что ТВК часто используются без разрешения в широких масштабах посредством вещания или иных форм публичного распространения, осуществляемого на основе некоммерческих записей (например, записей, сделанных этнографами).

Исполнения ТВК

48. Хотя считалось, что уже положения Римской конвенции 1961 г. обеспечивают охрану даже исполнителям ТВК, любые сомнения по этому поводу сняты положениями Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г. и Пекинского договора 2012 г. (еще не вступившего в силу), которые сегодня определенным образом предусматривают охрану прав исполнителей «выражений фольклора».

49. Охрана, предусмотренная ДИФ 1996 г., включает личные неимущественные права, различные исключительные имущественные права и дискреционное право на справедливое вознаграждение в случае, когда исполнение зафиксировано в виде звукозаписи, распространяемой в коммерческих целях, как указывалось выше. К исполнителям также применяется Согласованное заявление в отношении статьи 15 ДИФ 1996 г. Права исполнителей ограничены во времени: срок их действия составляет не менее 50 лет с момента первой фиксации исполнения в звукозаписи. Если исполнение не зафиксировано (в частности, в случае «живого» исполнения), такой срок не применим, так как охрана может предоставляться только в отношении одновременных действий²⁷.

²⁷ Статьи 5 и 6 ДИФ 1996 г.

50. После вступления в силу Пекинского договора он будет обеспечивать охрану прав исполнителей, исполнения которых были зафиксированы в аудиовизуальных средствах передачи, например, в виде фильмов или телевизионных программ, а также прав музыкантов на их исполнения, непосредственно записанные или зафиксированные средствами аудиовизуальной записи. Как и ДИФ 1996 г., Пекинский договор 2012 г. будет обеспечивать охрану прав на аудиовизуальные исполнения «литературных и художественных произведений или выражений фольклора». Такая охрана будет включать личные неимущественные права и ряд имущественных прав, включая имущественные права на их незафиксированные исполнения, права на воспроизведение, распространение и передачу во временное пользование, право предоставлять доступ к фиксированным исполнениям и право вещания и публичной передачи²⁸. Права исполнителей на исполнения, зафиксированные аудиовизуальными средствами, ограничены во времени: срок их действия составляет не менее 50 лет с момента фиксации исполнения²⁹.

51. Можно сказать, что исполнения ТВК пользуются значительными возможностями охраны или, по крайней мере, охраняются положениями международных договоров об охране смежных прав не хуже других видов исполнений. Статьи 5 - 10 ДИФ 1996 г. предусматривают ряд личных неимущественных прав, а также имущественных прав исполнителей применительно к звуковой составляющей их исполнений. Статьи 5 - 11 Пекинского договора 2012 г. предусматривает ряд личных неимущественных прав, а также имущественные права исполнителей, произведения которых зафиксированы в аудиовизуальной форме. Реальный объем этой охраны на национальном уровне зависит от объема и формы ратификации и имплементации этих договоров конкретными странами. Следует отметить, что Пекинский договор 2012 г. пока не вступил в силу³⁰, и что не все государства ратифицировали ДИФ 1996 г.³¹

Образцы

52. Значительная часть представленного выше анализа ситуации в отношении литературных и художественных произведений применима и к образцам. Традиционные образцы, которые являются результатами современной переработки более ранних традиционных образцов, могут охраняться как промышленные образцы и регистрироваться в качестве таковых, и в ряде документов приводились соответствующие примеры из практики Китая и Казахстана³². С другой стороны, исходные образцы, имеющие давнюю историю, а также их копии, охране не подлежат. Опыт охраны традиционных образцов, с другой стороны, более ограничен.

53. В контексте обсуждения проекта Договора о законах по промышленным образцам ряд государств-членов внес предложение о том, чтобы предусмотреть возможность обязательного раскрытия происхождения или источника ТВК, ТЗ или биологических/генетических ресурсов, использованных при создании промышленного образца или вошедших в его состав, в качестве одного из реквизитов заявки³³.

²⁸ Статьи 5 – 11 Пекинского договора 2012 г.

²⁹ Статья 14 Пекинского договора 2012 г.

³⁰ Пекинский договор вступит в силу через три месяца после депонирования ратификационных грамот или актов о присоединении 30 сторонами, имеющими право на его подписание. По состоянию на 25 июня 2018 г. насчитывалось 20 таких государств.

³¹ По состоянию на 25 июня 2018 г. насчитывалось 96 таких государств.

³² Документ WIPO/GRTKF/IC/5/3 и ВОИС, «Сводный анализ...».

³³ Документ SCT/35/2.

ТВК, сохраняемые в тайне

54. Действенной формой охраны ТВК, сохраняемых в тайне, является предотвращение их раскрытия, но судебная практика показывает, что согласно общему праву, по крайней мере, в некоторых юрисдикциях информация, переданная лицу на конфиденциальной основе, защищена этим фактом от ее дальнейшего раскрытия. В рассмотренном австралийском судом деле «Foster против Mountford» (1976 г., 29 FLR 233) австралийская коренная община сумела добиться запрета на публикацию изображений и сведений о священных местах, предметах и других ТВК, имеющих особое религиозное и культурное значение для общины, которые были переданы исследователю-антропологу на конфиденциальной основе³⁴. Соответствующие соображения политики рассматриваются ниже в разделе «Вопросы регулирования».

55. Данная форма охраны, основанной на нормах общего права, имеет параллели в конкретных положениях международных договоров по вопросам ИС, отражающих требования законодательства о предотвращении недобросовестной конкуренции (статья 10*bis* Парижской конвенции 1967 г. и статья 39 Соглашения ТРИПС), включая охрану прав на сохранение конфиденциальности информации. «Злоупотребление доверием», имевшее место, например, в деле «Foster против Mountford», считается разновидностью действий, «противоречащих честной коммерческой практике»³⁵, как они определены в статье 39 Соглашения ТРИПС 1994 г.

56. Охрана конфиденциальной информации не требует ни соблюдения формальностей, ни наличия договорных отношений между общиной и стороной, получающей информацию. Однако коренные и другие общины могут испытывать практические трудности при отстаивании своих прав, связанные, в частности, с ограниченными возможностями получения юридических услуг и финансирования. (См. пункт «Разрыв на практическом уровне»).

57. Кроме того, в последнее время учеными-этнографами и другими авторами разработаны кодексы этического поведения и протоколы, которые могут способствовать предотвращению культурного ущерба, подобного ущербу, который стал предметом иска в деле Mountford (подробнее см. пункт «Протоколы, кодексы поведения, типовые контракты и другие практические инструменты» ниже). ВОИС создала базу данных таких кодексов и протоколов с функцией поиска, которая размещена по адресу: http://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage/.

Названия, слова и символы коренных народов и традиционные названия, слова и символы

58. Данный вопрос имеет два аспекта, а именно:

- (a) *Защитную охрану*: Коренные общины озабочены тем, что не связанные с ними компании и частные лица используют их слова, названия, образцы, символы и иные отличительные обозначения в коммерческой деятельности и регистрируют их как товарные знаки и/или доменные имена; и

³⁴ ВОИС, Сводный анализ.

³⁵ В контексте статьи 39 Соглашения ТРИПС «выражение "способ, противоречащий честной коммерческой практике" подразумевает 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 в силу грубой небрежности, что приобретение такой информации предполагало такие действия» (Примечание 10 к Соглашению ТРИПС).

- (b) *Позитивную охрану*: Позитивную охрану общинами местных и традиционных названий, слов и символов в качестве товарных знаков, сертификационных и коллективных знаков и географических указаний.

59. Что касается защитной охраны, статья 6 *quinquies* Парижской конвенции предусматривает отказ в регистрации или аннулирование регистрации знаков, если они «противоречат морали или публичному порядку и, в особенности, если они могут ввести в заблуждение общественность». Такие нормы предусмотрены национальным законодательством о товарных знаках большинства стран.

60. В данном контексте также применимы и полезны нормы общего законодательства о борьбе с недобросовестной конкуренцией, включая охрану от «коммерции под чужим именем».

61. Что касается позитивной охраны, то община, которая желает зарегистрировать товарные знаки, являющиеся «отличительными», может воспользоваться международными принципами и процедурами. Срок охраны товарных знаков в принципе не ограничен. Несколько коренных общин регистрировали также коллективные или сертификационные знаки (см. подробнее ниже) и географические указания³⁶.

В. Пробелы, существующие на международном уровне, по возможности проиллюстрированные примерами

Литературные и художественные произведения

62. Можно указать наличие следующих пробелов³⁷:

- (a) *Требование «оригинальности»*: ТВК, которые являются всего лишь имитацией или воспроизведением традиционно существовавших ТВК, вряд ли могут отвечать требованию «оригинальности» и получить охрану в качестве обычных объектов авторского права. Это означает, что их авторы вряд ли могут получить имущественные права (следует отметить, что личные неимущественные права могут также касаться произведений, входящих в «общественное достояние», включая, возможно, традиционные ТВК). Кроме того, в отношении ТВК, которые охраняются как обычные объекты авторского права, законодательство не делает различий в зависимости от того, кто является их автором, т.е. требованию оригинальности может соответствовать даже автор современного выражения фольклора, не являющимся членом общины, в которой возникла соответствующая традиция. Это может вызывать озабоченность представителей коренных и традиционных общин, которые могут настаивать на непризнании авторских прав на произведения, возникшие в общине, полученных лицами, не принадлежащими к соответствующей общине или, по крайней мере, ограничении возможности их получения (см. пункт «Защитная охрана» ниже).

³⁶ Общим справочником по вопросам использования существующих инструментов ИС для охраны и распространения ТЗ и ТВК может служить публикация ВОИС «Protect and Promote Your Culture: A Practical Guide to Intellectual Property for Indigenous Peoples and Local Communities» (2017 г.)

³⁷ Требование фиксации не рассматривается в данном разделе как «пробел», поскольку оно не является требованием согласно международным положениям по вопросам авторского права.

- (b) *Охрана «стиля»*: Одна из наиболее часто предъявляемых претензий касается имитации или незаконного присвоения «стиля» традиционного произведения. Законодательство об авторском праве и образцах допускает имитацию неоригинальных элементов или общих идей и концепций произведения, и такая практика широко распространена, поскольку одни люди вдохновляются в своем творчестве произведениями других. Таким образом, даже если новое выражение культуры, основанное на традиции, получило бы авторско-правовую охрану, сама по себе такая охрана не исключала бы присвоения традиционного «стиля» охраняемого произведения. Элементы стиля подлежат охране в той степени, в какой стиль несет в себе оригинальное выражение. Кроме того, полезную роль могли бы играть законодательство о борьбе с недобросовестной конкуренцией, а также признание «коммерции под чужим именем» правонарушением в рамках общего права (см. ниже). Это может принимать форму признания объектом охраны стиля как такового или запрета на создание ложных коннотаций или впечатления, основанного на использовании стиля или характерного образного ряда или символики. Фактически предметом присвоения часто является репутация, ассоциирующаяся с ТВК, воплощенная в их характерном «стиле» или представленная ими.
- (c) *Собственность*: Применительно к исконным и традиционным ТВК некоторые национальные системы права могут не предусматривать авторско-правовой охраны произведений, не имеющих конкретного автора или авторов, помимо самой общины или иного сообщества, испрашивающего охрану. Другими словами, произведения, создававшиеся совместно на протяжении длительного времени неизвестными авторами могут не подлежать охране средствами авторского права. Одна возможность, тем не менее, существует, и это охрана, предусмотренная статьей 15.4 Бернской конвенции, о которой упоминалось выше³⁸. К недостаткам того вида охраны, который предусмотрен этой статьей, относится то, что она является дискреционной и не предусматривается законодательством большинства стран, что срок охраны таких произведений ограничен сроком в 50 лет с того момента, как произведение «было правомерно сделано доступным для всеобщего сведения», и что эта норма не содержит никакого определенного упоминания роли общин, и в ней говорится только о «компетентном органе», полномочном осуществлять права от имени автора. Объем охраны, предусмотренной данной статьей, также ограничен в силу положений статьи 7.3 Бернской конвенции, в которой говорится, что страны не обязаны охранять анонимные произведения, в отношении которых есть веские основания предполагать, что со времени смерти их автора уже прошло 50 лет.
- (d) *Срок охраны*: Срок действия авторского права составляет, как правило, 50 лет (в некоторых юрисдикциях – 70 лет) по смерти автора. В Бернской конвенции 1971 г. указано, что 50 лет – это минимальный срок охраны, и что страны вправе предусматривать более длительные сроки. Тем не менее, положение о конечности срока охраны считается обычно фундаментальным

³⁸ К числу других возможностей, которые часто рассматриваются как варианты решения проблемы собственности, относится охрана средствами авторского права анонимных и совместных и/или коллективных произведений. Однако, поскольку эти варианты обычно признаются недостаточными, они оставлены без дальнейшего рассмотрения. См. документы WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

положением всей системы авторского права. Сам смысл этой системы состоит в том, что охрана предоставляется на определенный срок, и что в конечном счете произведения переходят в общественное достояние. Тем не менее, национальное законодательство многих стран признает личные неимущественные права бессрочными и устанавливает разные сроки действия для имущественных прав.

- (e) *Исключения и ограничения:* Некоторые коренные общины критикуют и/или ставят под сомнение элемент системы ИС, называемый «общественным достоянием»³⁹, заявляя, что они не признают это понятие. Кроме того, некоторые конкретные исключения и ограничения, характерные для законодательства в области авторского права, критикуются как неподходящие для ТВК, в частности исключения, которые допускают воспроизведение на фотографиях, рисунках и другими способами без разрешения общины скульптур или изделий художественных ремесел, постоянно экспонируемых в публичных местах⁴⁰. Национальные законы в области авторского права также часто допускают копирование произведений публичными архивами и библиотеками и открытие их для публики. Коренные общины выражали озабоченность по поводу таких исключений и ограничений. Ограниченность самого срока охраны авторских и смежных прав уже рассматривалась выше как отдельная проблема.
- (f) *Защитная охрана:* Вопрос здесь состоит в том, должно ли регулироваться использование производных произведений, созданных авторами, не связанными с традициями и культурным материалом, который они адаптируют или из которых черпают вдохновение, и если да, то каким образом. Этот вопрос относится и к традиционным образцам. Как часто отмечалось в ходе уже состоявшихся обсуждений⁴¹, произведения, производные от материалов, находящихся в общественном достоянии, могут охраняться авторским правом, поскольку новая версия, аранжировка, переработка или подборка материалов, находящихся в общественном достоянии, или даже их «переупаковка» в форме цифрового усиления, расцвечивания и т. д. может дать отчетливо новое выражение, которое будет достаточно «оригинальным». Требованию оригинальности может соответствовать даже автор, не происходящий из общины, в которой берет начало соответствующая традиция. В этом контексте общины могут добиваться какого-то варианта защитной охраны, не позволяющей авторам, не принадлежащим к соответствующей общине, получать авторские права на произведения, производные от культурных традиций данной общины, или по крайней мере ограничивающей их возможности в этом отношении.
- (g) *Право собственности на записи и документацию:* Что касается записей и материалов, документирующих ТВК, включая исполнения традиционных произведений, недостаток системы охраны состоит в том, что права, о которых говорилось выше, принадлежат создателю записи, который не обязательно является членом соответствующей общины. Это может быть исследователь этнической музыки, фольклора или иной коллекционер.

³⁹ См. «Записка о значении термина "общественное достояние" в системе интеллектуальной собственности со специальной ссылкой на охрану традиционных знаний и традиционных выражений культуры/выражений фольклора», документ WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8.

⁴⁰ См. выше, McDonald I., стр. 44.

⁴¹ См., в частности, документы WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

Представители коренных народов и местных общин часто утверждают, что их права и интересы, которые могли бы охраняться при помощи системы ИС, включая права и интересы, понимаемые в контексте их традиционного и общинного права, не всегда учитываются в достаточной степени при первоначальной записи и документировании их ТВК исследователями фольклора и другими лицами, проводящими полевые исследования, или когда они затем экспонируются и открываются для публичного доступа музеями, архивами и другими организациями-обладателями коллекций. Вместе с тем, деятельность исследователей фольклора, коллекционеров и ученых, проводящих полевые исследования, музеев, архивов и т. д. чрезвычайно важна для сохранения, сбережения, поддержания и передачи будущим поколениям нематериальных и материальных форм культурного наследия. Культурные учреждения также играют очень важную образовательную роль. Этот вопрос практически иллюстрирует то противоречие, которое, как говорилось выше, может возникать между целью «сохранения» и целью «охраны», поскольку сам процесс сохранения наследия может вызывать озабоченность по поводу слабости его охраны и ненамеренно создавать ситуации, когда ТВК, входящие в состав «общественного достояния», используются в нежелательных формах. Профессиональные организации и объединения, такие как Международный совет музеев (ICOM), а также учреждения культуры разработали определенные формы работы и разработали ценные кодексы, протоколы и типовые контракты, позволяющие решать этические вопросы и вопросы интеллектуальных прав. Многие из этих документов имеются в базе данных ВОИС с функцией поиска, размещенной по адресу: http://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage/ (см. пункт «Протоколы, кодексы поведения, типовые контракты и другие практические инструменты» ниже)⁴².

63. Примеры:

- (a) произведения живописи, созданные выходцами из коренных народов, включая произведения наскальной живописи, копировались лицами, не принадлежащими к этим народам, на коврах, набивных тканях, футболках, платьях и другой одежде, а также на поздравительных открытках, и затем распространялись и предлагались к продаже. Копии произведений традиционного искусства также распространялись через интернет в виде компьютерных «обоев». Татуировки коренных народов также воспроизводились и использовались вне традиционного контекста;
- (b) традиционная музыка была сэмплирована и наложена при помощи цифровых технологий на ритмы танцевальной музыки «техно-хаус», на основе чего был выпущен популярный альбом в жанре world music, получивший авторско-правовую охрану;
- (c) произведения художественных промыслов и ремесел (такие как плетеные корзины, небольшие картины и резные фигурки) в общем стиле

⁴² Дополнительная информация по вопросам документирования ТВК также имеется в следующих публикациях: Torsen and Anderson, "Intellectual Property and the Safeguarding of Traditional Cultures, Legal Issues and Practical Options for Museums, Libraries and Archives" (Торсен и Андерсон, «Интеллектуальная собственность и сохранение традиционных культур: правовые вопросы и практические рекомендации для музеев, библиотек и архивов»), ВОИС, 2010 г.; и публикация ВОИС "Documenting Traditional Knowledge – A Toolkit" (Документирование традиционных знаний: комплект материалов) 2017 г.

традиционного искусства копировались, имитировались и производились в массовых масштабах для продажи на рынках сувенирной продукции в виде изображений на таких предметах, не связанных с обиходом традиционных общин, как футболки, кухонные полотенца, сервировочные коврики, игральные карты, открытки, подставки под напитки и кулеры, календари и коврики для компьютерных «мышей»;

- (d) в скульптурном произведении используется традиционный сакральный символ. Скульптор заявляет свои авторские права на произведение, однако представители общины утверждают, что он использовал этот символ без их согласия;
- (e) этнографические записи, содержащие конфиденциальный материал, описывающий ритуал посвящения, были распространены учреждением культуры в образовательных и коммерческих целях. В соответствии с законодательством по вопросам ИС община не является правообладателем и не имеет никаких правовых оснований для возражений.

Исполнения ТВК

64. Как указывалось выше, международное законодательство об охране смежных прав, а именно, ДИФ 1996 г. и Пекинский договор 2012 г. предусматривают серьезные возможности охраны исполнений ТВК, однако можно указать следующие недостатки этой формы охраны:

- (a) бенефициаром охраны является исполнитель (исполнители) ТВК, а не соответствующая община, что особенно важно в тех случаях, когда исполнитель не является членом общины. Когда исполнитель или исполнители являются выходцами из общины, последняя, как правило, имеет больше возможностей получить прямые выгоды от такой охраны.
- (b) поскольку Пекинский договор 2012 г. пока не вступил в силу, в настоящее время охрана прав обеспечивается ДИФ 1996 г. и распространяется только на некоторые звуковые исполнения. Это касается всех исполнений, а не только исполнений ТВК;
- (c) опять-таки, поскольку Пекинский договор 2012 г. пока не вступил в силу, охрана прав исполнителей ограничена аудиовизуальной составляющей (опять-таки, это касается не только ТВК). В соответствии со статьей 19 Римской конвенции 1961 г., после того, как исполнитель дал согласие на включение своего исполнения в визуальную или аудиовизуальную запись, права, предусмотренные статьей 7 этой конвенции, «в дальнейшем не применяются». Это означает, что, за исключением права на фиксацию, права исполнителей в аудиовизуальной сфере ограничены;
- (d) Срок действия прав исполнителей ограничен и составляет не менее 50 лет, если исполнение зафиксировано в виде звукозаписи, или 20 лет в соответствии с Римской конвенцией. Этот срок не применим к незаписанным исполнениям, поэтому вопрос о сроке охраны сам по себе не может считаться «пробелом».

65. Примеры: производились видеозаписи «живых» исполнений песен и танцев представителей коренных народов, которые затем копировались, выпускались на DVD и размещались в Интернете.

Образцы

66. Как и в случае литературных и художественных произведений, по-настоящему исконные образцы не охраняются, поскольку они не являются «новыми» или «оригинальными». Кроме того, срок охраны образцов короче срока охраны объектов авторского права. Для обеспечения охраны образцов необходимо выполнение определенных формальных требований.

67. Примеры: образцы, воплощенные в тканях ручной работы, коврах, плетеных изделиях и одежде, копировались и использовались в коммерческих целях лицами, не принадлежащими к коренным народам.

ТВК, сохраняемые в тайне

68. Хотя, как отмечалось выше, статья 39 Соглашения ТРИПС и статья 10*bis* Парижской конвенции могут в некоторых случаях обеспечить достаточную охрану ТВК, сохраняемых в тайне, эти нормы, пожалуй, в основном применимы к промышленной и коммерческой информации. Однако не все ТВК, сохраняемые в тайне, представляют собой информацию, имеющую коммерческую ценность. Раскрытие ТВК, как видно из материалов упоминавшегося выше дела Mountford, часто связано с причинением скорее культурного и духовного, чем имущественного ущерба. Таким образом, это можно считать пробелом системы охраны не подлежащей раскрытию и конфиденциальной информации.

69. Кроме того, не очевидно, что все ТВК, сохраняемые в тайне, считались бы «конфиденциальными» в данном контексте. Многие ТВК известны в пределах общины, которая может включать множество людей, проживающих на обширных территориях и в поселениях более чем одного типа – например, и в сельской местности, и в городах. Другими словами, вопрос о том, в каких кругах допустимо раскрытие ТВК, сохраняемых в тайне, без нарушения их конфиденциального характера, может быть не всегда очевидным.

70. Пример: конфиденциальная информация, раскрытая антропологу, была опубликована последним (см. дело Mountford выше). В некоторых случаях музеи, архивы и другие подобные учреждения раскрывали конфиденциальную информацию ненамеренно.

Названия, слова и символы коренных народов и традиционные названия, слова и символы

71. Что касается защитной охраны, то, как уже упоминалось выше, международное законодательство о товарных знаках предусматривает возможность отказа в регистрации или аннулирования регистрации знаков, которые «противоречат морали или публичному порядку и, в особенности, если они могут ввести в заблуждение общественность».

72. Хотя такая охрана в целом представляется достаточной, «пробел» в данном случае может быть связан с тем, что «противоречие морали» и «противоречие публичному порядку» – это общие понятия, применяемые в соответствии с национальным законодательством, правилами и судебной практикой, которые

устанавливают соответствующие нормы общественной морали или того, что признается введением общественности в заблуждение в конкретной стране. Эти нормы, как и само понятие «общественности», введение которой в заблуждение или оскорбление вкуса которой оцениваются при рассмотрении заявок на регистрацию товарных знаков, могут сильно различаться в законодательстве разных стран. Интерпретация этих понятий требует собственных ценностных суждений от сотрудников ведомств регистрации товарных знаков и работников судебной системы, многие из которых могут быть слабо знакомы с проблемами коренных общин и ТВК. Кроме того, законодательство о товарных знаках не запрещает такого использования местных и традиционных названий, слов и символов, которое «противоречит морали», «противоречит публичному порядку» или «способно ввести в заблуждение общественность», если пользователь не намерен зарегистрировать товарный знак; оно также не запрещает использования или регистрации местных и традиционных названий, слов и символов, которые не считаются «противоречащими морали», «противоречащими публичному порядку» или «способными ввести общественность в заблуждение» (хотя в их регистрации может быть отказано по другим основаниям).

73. Что касается позитивной охраны, то, хотя общины, желающие зарегистрировать отличительные товарные знаки, могут воспользоваться соответствующими международными принципами и процедурами, система охраны товарных знаков не обеспечивает их полной охраны, поскольку регистрация всех местных и традиционных названий, слов и символов, ассоциирующихся с конкретной общиной, была бы непомерно дорогим делом. Кроме того, законодательство о товарных знаках может требовать, чтобы знаки, чтобы они считались действительными, использовались в коммерческой деятельности, а это может быть проблематичным применительно к сакральным ТВК и ТВК, сохраняемым в тайне.

74. В силу этого некоторые страны и региональные организации приняли специальные меры для охраны ТВК от использования в качестве товарных знаков. См. пункт «Варианты действий, которые существуют или могут быть разработаны для устранения любых выявленных пробелов, включая правовые и иные меры, применяемые на международном, региональном или национальном уровне» ниже.

75. Пример: коммерческое использование местных и традиционных названий, слов и символов юридическими лицами, не относящимися к коренной народности, в корпоративных логотипах и изображениях, используемых на спортивном инвентаре, в мире моды, в спорте, в играх и игрушках, на автомобилях, оружии и алкогольной продукции.

C. Соображения, существенные для определения необходимости устранения пробелов

76. Принятие решений о целесообразности устранения любых из выявленных выше пробелов является прерогативой участников Комитета. В этом разделе излагаются некоторые соображения и факторы, которые могли бы учитываться ими при принятии таких решений.

На каком уровне следует устранять пробелы: на международном, региональном, национальном и/или местном?

77. Одно из соображений может касаться уровня, на котором возможно или необходимо устранить пробел. Устранение некоторых пробелов может требовать

принятия мер на международном уровне – например, путем заключения какого-то международного договора⁴³, другие пробелы могут быть устранены на региональном, национальном и/или местном уровнях. Весь спектр возможностей с точки зрения видов международных актов, которые могли бы принять государства, не рассматривается в настоящем документе; он рассмотрен в полном объеме в документе WIPO/GRTKF/IC/12/6.

Нормативные меры, практические меры, обучение

78. Пробелы могут устраняться путем принятия мер нормотворческого характера (например, утверждения новых или совершенствования существующих правовых стандартов на международном, региональном или национальном уровне), разработки практических инструментов (например, распространения типовых договоров о компенсации/совместном пользовании выгодами, протоколов проведения научных исследований или организации программ лицензирования) и/или реализации мер в области наращивания потенциала (например, призванных повысить умение общины вести переговоры с третьими сторонами на более равных основаниях).

База нормативно-правового и административного регулирования

79. Одним из соображений может быть активность обсуждения вопросов охраны ТВК в других форумах или степень, в которой ТВК уже охраняются правовыми инструментами, созданными в других областях регулирования. Так, например, проблемы охраны ТВК являются темой двух конвенций ЮНЕСКО: Конвенции об охране нематериального культурного наследия 2003 г. и Конвенции об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения 2005 г., которые рассматривались в более ранних документах. Вопросы охраны ТВК также рассматриваются в рамках некоторых форумов, в которых обсуждаются вопросы прав человека и коренных народов, а в Декларации ООН о правах коренных народов⁴⁴ содержится текст, касающийся охраны ТВК. Может быть также упомянута Конвенция № 169 Международной организации труда «О коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах». Одним из факторов могло бы быть определение оптимальных способов применения этих различных процессов регулирования таким образом, чтобы они поддерживали и дополняли друг друга.

80. Самую непосредственную роль в этой связи играет и вся система мер регулирования, разработанная ВОИС. Так, один из элементов Повестки дня ВОИС в области развития формулируется следующим образом: «Рекомендовать МКГР ускорить процесс охраны генетических ресурсов, традиционных знаний и фольклора, без предвосхищения любого окончательного результата, включая возможную разработку международного договора или договоров».

Вопросы регулирования

81. Участники Комитета могли бы также рассмотреть вопрос об исходных причинах возникновения выявленных пробелов, а также о том, как необходимость их устранения должна влиять на всю систему мер административного регулирования.

⁴³ Спектр мер, которые могли бы быть предусмотрены международным договором, рассматривается в документе WIPO/GRTKF/IC/12/6.

⁴⁴ Представлена на рассмотрение Комитета в форме документа WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

82. Возможное принятие мер по охране ТВК связано с целым рядом сложных культурных, экономических и социальных вопросов, а также с вопросами регулирования торговли. До некоторой степени вопросы регулирования рассмотрены в более ранних документах⁴⁵.

83. С точки зрения политики в области ИС охрана или отсутствие охраны ТВК может оцениваться с точки зрения последствий такой охраны в плане стимулирования и охраны творчества и инноваций как движущих сил устойчивого экономического развития, включая развитие местных и сельских общин. Призывы к бессрочной охране ТВК или к охране «стиля» целесообразно, например, оценивать с учетом базовых принципов политики, лежащих в основе соответствующих систем ИС. Кроме того, обязательным условием формирования надлежащих принципов регулирования, в рамках которых следует рассматривать вопросы охраны прав ИС и ТВК, является более ясное понимание роли, контуров и границ так называемого «общественного достояния» и влияния охраны ТВК на эту сферу⁴⁶. Ключевой проблемой регулирования является координация любых новых видов охраны ТВК с существующей системой охраны интеллектуальных прав и другими системами.

84. Однако охрана ТВК затрагивает и другие важные области политики. Так, участники Комитета могли бы рассмотреть охрану ТВК в следующих контекстах: сбережение и сохранение культурного наследия; свобода выражения; уважение прав, интересов и притязаний коренных и других традиционных общин; признание традиционного права, протоколов и практики; доступ к знаниям и объем «общественного достояния», решение проблем, возникающих в условиях культурного разнообразия; содействие культурному разнообразию, включая лингвистическое разнообразие, а также расширение доступа к разнообразным выражениям культуры.

Экономические, культурные и социальные цели

85. Выработка ответов на эти вопросы в контексте политики вызывает необходимость ясного понимания рассмотренных выше общих экономических, культурных и социальных целей, которым призвана служить охрана ТВК. В более ранних документах определен ряд задач, которые предполагается решить благодаря охране ТВК, включая:

- (a) признание ценности ТВК;
- (b) содействие уважению ТВК;
- (c) удовлетворение насущных потребностей общин;
- (d) предотвращение неправомерного присвоения ТВК, а также оскорбительных, унижительных и несанкционированных форм использования ТВК;
- (e) расширение прав и возможностей общин;
- (f) поддержка традиционных подходов и сотрудничества между общинами;
- (g) содействие сохранению традиционных культур;
- (h) поощрение инновационной и творческой деятельности общин;
- (i) содействие интеллектуальной и творческой свободе и развитию исследований и культурного обмена на справедливых условиях;
- (j) содействие культурному разнообразию;
- (k) содействие развитию общин и правомерной коммерческой деятельности;
- (l) предотвращение появления прав ИС, не имеющих законных оснований;
- (m) повышение определенности, прозрачности и взаимного доверия;

⁴⁵ См. документы WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 и WIPO/GRTKF/IC/7/3.

⁴⁶ См. документ ВОИС WIPO/GRTKF/IC/5/3, п.п. 22 - 33, и последующие документы.

- (n) контроль за способами использования ТВК за пределами традиционного и привычного контекста их существования;
- (o) содействие справедливому распределению выгод от использования ТВК при свободном волеизъявлении и осознанном согласии сторон;
- (p) признание прав, уже приобретенных третьими сторонами, содействие правовой определенности и формированию разнообразного и доступного общественного достояния;
- (q) принятие мер по предотвращению ошибочного предоставления прав интеллектуальной собственности на ТВК.

Конкретные технические и правовые вопросы

86. Участники Комитета могли бы также оценить работу по устранению пробелов в контексте с точки зрения конкретных технических и правовых вопросов, которые были выявлены ранее как требующие рассмотрения в связи с проблемой соотношения ИС и ТВК. К таким вопросам относятся следующие:

- (a) Каковы желаемые цели охраны прав ИС применительно к ТВК?
- (b) Какие именно ТВК следует охранять?
- (c) Кто должен быть бенефициаром любой такой охраны или обладать правами на охраноспособные ТВК?
- (d) Какие виды действий в отношении охраноспособных ТВК следует считать неприемлемыми или незаконными?
- (e) Следует ли предусматривать какие-либо исключения или ограничения из режима охраны охраноспособных ТВК?
- (f) Каким должен быть срок охраны?
- (g) Следует ли предусматривать какие-то формальные требования (такие как проведение экспертизы и регистрация)?
- (h) Как должно осуществляться управление правами?
- (i) Какие санкции или штрафные меры следует применять за действия, считающиеся неприемлемыми или незаконными?
- (j) Должны ли вновь признанные права на ТВК иметь обратную силу?
- (k) Как должны решаться вопросы отношений с иностранными правообладателями/бенефициарами?

Текущие вопросы: управление правами и соблюдение требований

87. Охрана должна быть практически осуществимой и обеспечиваться правовыми санкциями, особенно с точки зрения традиционных общин, не создавая чрезмерной административной нагрузки ни для правообладателей, ни для лиц и организаций, осуществляющих управление правами. Многие комментаторы признают, что охрана ТВК должна обеспечиваться оказанием надлежащей технической помощи, обучением и поддержкой в документировании ТВК, если она необходима общинам.

D. Варианты действий, которые существуют или могут быть разработаны для устранения любых выявленных пробелов, включая правовые и иные меры, применяемые на международном, региональном или национальном уровне

88. Одной из таких мер могло бы быть принятие отдельного специального закона, обеспечивающего охрану ТВК и позволяющего устранить пробелы в сложившемся законодательстве по вопросам ИС. Ряд стран и региональных организаций приняли такие законы. Одни страны предусматривают особый режим охраны ТВК в рамках своего законодательства об авторском праве, другие предусматривают охрану объектов ТВК, сходную с охраной прав ИС, при помощи других норм законодательства,

например, законов о сохранении культурного наследия и норм, регулирующих коммерческую практику. С текстами таких законов можно ознакомиться на вебсайте ВОИС⁴⁷, и многие из них анализировались и сопоставлялись в более ранних документах Комитета⁴⁸. Такие законы и меры позволяют устранять выявленные пробелы более комплексным образом и создать целостный механизм охраны, ориентированный именно на ТВК. Они могут, например, содержать положения о правах общин, охрана которых обеспечивается бессрочно. Вопрос о принятии такого закона является для конкретных государств-членов политическим вопросом и вопросом политики, который решается с учетом соображений политики и различных практических и технических моментов, подобных изложенным выше.

89. Основная тема настоящего раздела – конкретные доработки и усовершенствования соответствующих действующих законов по вопросам ИС, а также меры по устранению конкретных выявленных пробелов, не имеющие правового характера. Такие доработки и усовершенствования имели бы адресный характер (*sui generis*), то есть учитывали бы конкретные запросы носителей ТВК и конкретные особенности самих ТВК. Различные возможные меры не обязательно являются взаимоисключающими.

Литературные и художественные произведения

Признание прав и интересов общин

90. Суды продемонстрировали готовность учитывать в своих решениях интересы общин, связанные с произведениями, охраняемыми авторским правом. Рассматривая дело «Bulun Bulun против R & T Textiles (Pty) Ltd» (1998 г., 41 IPR 513)⁴⁹, австралийский суд решил, что если художник, происходящий из коренной общины, получает ее разрешение на создание художественных произведений в соответствии с требованиями традиционного права и местных обычаев, он может иметь фидуциарную (основанную на доверии) обязанность действовать таким образом, чтобы содействовать сохранению целостности культуры своей общины. Такая фидуциарная ответственность может возникать на основе отношений художника и общины, которые являются отношениями взаимного доверия. Традиционное право является частью реальной «матрицы», определяющей эти отношения. В силу этих фидуциарных отношений при нарушении художником его обязательств община прежде всего имела право возбудить против него иск, требуя принудительного исполнения его фидуциарных обязательств.

Неимущественные права общин

91. Неимущественные права (право на указание авторства и право возражать против искажения произведения) могли бы решать многие задачи охраны ТВК и в принципе являются бессрочными (см. выше). Однако, как и имущественные права, предусмотренные в системе авторского права, они привязаны к устанавливаемому автору или авторам. Неимущественные права общин могли бы стать предметом дальнейшего анализа. В 2003 г. предыдущее австралийское правительство распространило для целей обсуждения проект закона «О неимущественных правах коренных общин» (ICMR), направленного на охрану культурных интересов коренных

⁴⁷ <http://www.wipo.int/tk/en/databases/tklaws>.

⁴⁸ См. документы WIPO/GRTKF/IC5/INF 3 и WIPO/GRTKF/IC/5/3, а также ВОИС, «Сводный анализ...».

⁴⁹ См. публикацию Janke, «Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions» (Янке, «С мыслью о культуре: ситуационные исследования в области интеллектуальной собственности и традиционных выражений культуры»), подготовленную по заказу ВОИС.

общин⁵⁰. ICMR рассматривался как возможный инструмент, при помощи которого коренные народы могли бы препятствовать искажению произведений, основанных на их традициях, обычаях и поверьях. Некоторые аспекты предложенного законопроекта подверглись критике со стороны коренных народов и других заинтересованных сторон. В итоге законопроект так и не был принят.

92. Следует напомнить, что, согласно многим национальным законам, охрана на основе личных неимущественных прав может являться и зачастую является бессрочной. Фактически личные неимущественные права продолжают действовать в отношении произведений, уже перешедших в общественное достояние, которые могли бы включать и традиционные ТВК.

Пояснение в отношении объема применения статьи 15.4 Бернской конвенции

93. До сих пор статья 15.4 Бернской конвенции имела очень ограниченное практическое применение, поэтому, возможно, стоит исследовать причины такой ситуации. В ходе обсуждений, проходивших в рамках Комитета, высказывалось мнение о том, что одной из возможных мер мог бы стать пересмотр статьи 15.4 Бернской конвенции и изучение вариантов ее усовершенствования⁵¹.

94. Одним из таких вариантов могло бы быть уточнение текста статьи в том смысле, что (i) охрана, предусмотренная этой статьей, распространяется также на «опубликованные» произведения, (ii) срок охраны, применяемый к произведениям в соответствии со статьей 15.4, является минимальным, и государства вправе применять более длительный срок, при условии, что он будет ограниченным, и (iii) упоминаемым в ней «компетентным органом» мог бы быть орган, создаваемый на основании национального законодательства общиной, или какой-то иной орган, в котором общины имеют значительные позиции.

95. Неотъемлемым элементом общего баланса, обеспечиваемого системой авторского права, обычно считается то, что охрана не является бессрочной и поэтому произведения в конечном счете переходят в общественное достояние. Однако из этого правила существуют определенные исключения. Личные неимущественные права признаются законодательством многих стран бессрочными. Согласно законам Соединенного Королевства об авторском праве права на получение авторского вознаграждения за использование знаменитой книги «Питер Пэн» являются бессрочными, и эти средства направляются на благотворительные цели. Некоторые государства-члены Европейского Союза установили более длительные сроки охраны, призванные учесть последствия двух мировых войн с точки зрения возможности авторов получать отчисления от использования своих произведений, а также особые нормы, предусматривающие охрану ранее неопубликованных произведений⁵².

96. Не установлено никаких сроков в типовых положениях закона Панамы и Тихоокеанской региональной структуры. Вносились предложения об установлении «открытого» срока охраны и об установлении срока охраны ТВК продолжительностью, например, 150 лет⁵³. Также высказывалось предложение об увязывании максимального срока их охраны со сроком жизни общины. Это означало бы смещение акцента в сторону текущего использования ТВК, как это имеет место в случае

⁵⁰ Выступление делегации Австралии (документ WIPO/GRTKF/IC/5/15, п. 131).

⁵¹ Выступления делегаций Италии и Бразилии на 12-й сессии МКГР.

⁵² Директива ЕС 93/98/ЕЕС, пункт преамбулы 6 и статья 4.

⁵³ См. документ WIPO/GRTKF/IC/5/15, п. 37.

товарных знаков, и в этом случае охрана ТВК прекращалась бы после того, как община, с которой ассоциируются ТВК, перестает использовать их или перестает существовать как определенная общность⁵⁴.

Режим *domaine public payant* (платное общественное достояние)

97. Ряд стран ввел систему, при которой за использование произведений, находящихся в общественном достоянии, уплачивается вознаграждение, сумма которого часто перечисляется в национальный культурный фонд или иное подобное учреждение. Этот подход предусматривает плату за использование ТВК (в той мере, в какой они считаются элементом «общественного достояния»), но не препятствует использованию ТВК лицами, не относящимися к общине. Таким образом, в основе данной схемы лежит принцип, который можно определить так: «пользуйся сейчас, плати позднее». Некоторые авторы критикуют такой подход как установление бессрочного авторского права, которое будет изымать произведения из творческого оборота. Другая система, в целом схожая с описанной, также получила название «режима компенсаторной ответственности».

Произведения, автор которых неизвестен

98. Произведения, автор которых неизвестен («произведения-сироты») – это объекты авторского права, автор которых неизвестен или не может быть установлен. ТВК в целом считаются произведениями, никогда не имевшими автора в том смысле, в каком этот термин употребляется в системе авторского права, и поэтому как таковые не могут считаться «сиротами». Кроме того, коренные общины могли бы негативно отнестись к утверждениям о том, что их ТВК являются «сиротами» только потому, что они были созданы совместно и имеют коллективный характер. Тем не менее, применительно к ТВК, которые часто не содержат ни одного конкретного зафиксированного выражения, принадлежащего конкретному определенному автору, можно утверждать, что такие ТВК напоминают произведения, автор которых неизвестен, и что поэтому законы или существующие предложения, касающиеся произведений не установленного авторства, могут подсказать идеи или варианты действий, подходящие для охраны ТВК.

99. Некоторые страны уже рассматривают варианты соответствующих законов или уже приняли такие законы. Так, в Канаде принят закон, предусматривающий систему принудительных лицензий, в рамках которой допускается использование опубликованных произведений, выпускаемых национальным агентством по авторскому праву, от имени обладателей прав, которых не удалось установить⁵⁵. В 2012 г. Европейский Союз принял Директиву о произведениях, автор которых неизвестен⁵⁶, позволяющую установить для членов ЕС общие правила оцифровывания и онлайн-публикации произведений не установленного авторства. В Соединенных Штатах Америки Ведомство авторского права США проанализировало вопрос о произведениях, автор которых неизвестен, и опубликовало результаты этого анализа в июне 2015 г. с рекомендацией применения модели «ограниченной ответственности»⁵⁷.

⁵⁴ Scafidi, S., 'Intellectual Property and Cultural Products,' 81 *B.U.L. Rev.* 793.

⁵⁵ Статья 77 Закона об авторском праве Канады, (<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-42/page-32.html#h-88>)

⁵⁶ Директива о некоторых допустимых формах использования произведений, автор которых неизвестен, 2012 г. (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/index_en.htm#maincontentSec1).

⁵⁷ <https://www.copyright.gov/orphan/>

Право на долю от перепродажи

100. Право на долю от перепродажи (*le droit de suite*) предусматривается Бернской конвенцией (статья 14*ter*) в качестве одного из дискреционных прав и признается в некоторых (но не во всех) юрисдикциях. Это неотчуждаемое право позволяет художнику (или его наследникам) получать долю продажной цены произведения искусства при его перепродаже профессиональными участниками художественного рынка (аукционными компаниями, галереями или другими агентами по продаже произведений искусства). Смысл этих прав состоит в том, чтобы дать художникам возможность получать денежный доход от роста цен на их произведения. Европейский Союз выпустил Директиву по вопросу о праве на долю от перепродажи для гармонизации подхода своих государств-членов к этому вопросу в 2001 г.⁵⁸ Согласно этой директиве, каждое государство-член ЕС обязано принять закон, дающий деятелям искусств право на получение исчисляемого по скользящей шкале процента от прибыли, извлекаемой от перепродажи их произведений, ограниченного определенным максимумом, в течение их жизни плюс семьдесят лет. Право на долю от перепродажи предусмотрено и в некоторых странах Латинской Америки и Африки. Это право может также использоваться как механизм совместного пользования выгодами, позволяющий обеспечивать отчисление части средств от аукционной продажи произведений искусства коренных народов художникам, принадлежащим этим народам, в той мере, в какой они считаются «авторами», а их ТВК, как это часто может быть, признаются объектами авторского права⁵⁹.

Использование отличительных знаков и принципов борьбы с недобросовестной конкуренцией для противодействия неправомерному присвоению репутации, ассоциирующейся с ТВК («стиля» ТВК)

101. Возможные нормы в данной области включают:

- (a) *Законы о борьбе с недобросовестной конкуренцией и признание коммерции под чужим именем правонарушением по общему праву:* Объектом неправомерного присвоения часто оказывается репутация, ассоциирующаяся с ТВК, воплощающаяся или выражающаяся в их самобытным «стиле». В этой связи охрана включала бы противодействие ложным заверениям в «подлинности», в связи лица с общиной или ее согласия на его действия. В этом контексте важную роль могут играть законодательство о борьбе с недобросовестной конкуренцией и признание коммерции под чужим именем правонарушением по общему праву. Они могут принимать форму охраны стиля как такового, признаваемого самостоятельным объектом охраны, или предотвращения дезориентирующих заверений, основанных на использовании стиля, характерных образов или символики. Весь этот подход применим и к охране традиционных образов.
- (b) *Сертификационные знаки:* сертификационные и/или коллективные товарные знаки или «марки подлинности» зарегистрированы коренными

⁵⁸ Директива о праве авторов оригинальных произведений искусства на долю от их перепродажи, 2001 г.

⁵⁹ В отношении права на долю от перепродажи см. Farhy, J. and Graddy, K., *The Economic Implications of the Artist's Resale Right* (Дж. Фарчи и К. Грэджи, Экономические последствия применения права художников на долю дохода от перепродажи их произведений), документ ВОИС SCCR/35/7.

общинами ряда стран, таких как Австралия, Новая Зеландия, Канада, Соединенные Штаты Америки (Аляска), Япония,⁶⁰ Панама и Фиджи⁶¹.

- (с) *Законы о правдивой рекламе и законы о маркировке товаров:* Закон США «Об искусстве и ремеслах индейцев» 1990 г. (IACA) предусматривает охрану прав ремесленников из числа коренных американцев путем подтверждения Советом по развитию искусства и ремесел индейцев подлинности изделий индейских ремесел. Данный закон, относящийся к категории законов о правдивой рекламе, запрещает продажу изделий, обозначаемых как изделия «индейского производства», если такие изделия не были произведены индейцами, как они определены в тексте закона⁶².
- (d) *Географические указания:* Некоторые участники Комитета подчеркивали потенциальные возможности использования в этих целях географических указаний. Некоторые ТВК, в частности, изделия ремесел, создаваемые на основе местных природных ресурсов, могут квалифицироваться как «товары», могущие охраняться географическими указаниями. Кроме того, некоторые ТВК, такие как местные и традиционные названия, слова и другие обозначения, могут быть географическими указаниями сами по себе. Португалия, Мексика и Российская Федерация представили соответствующие примеры регистрации географических указаний для охраны ТВК и связанных с ними ТЗ⁶³.
- (e) *Законы о борьбе с недобросовестной конкуренцией или о надлежащей коммерческой практике:* Общие принципы законодательства о борьбе с недобросовестной конкуренцией, в том виде, как они воплощены в статье 10*bis* Парижской конвенции и отражены в Соглашении ТРИПС, были признаны полезными при обсуждении в рамках Комитета. Кроме того, отмечалось, что на основании конкретного закона о надлежащей коммерческой практике суд запретил австралийской компании продолжать называть продаваемые ею сувениры ручной раскраски или ручной работы, созданные на основе традиционных мотивов «произведениями австралийских аборигенов» или «аутентичными» произведениями, если у нее не было достаточных оснований полагать, что конкретный сувенир был расписан или изготовлен лицом, предки которого были аборигенами. Иск против этой компании был возбужден в связи с тем, что она называла некоторые из своих сувениров ручной раскраски в стиле традиционного искусства аборигенов «аутентичными», «гарантированно аутентичными» и/или «произведениями искусства австралийских аборигенов», и суд посчитал, что такие заявления могли вводить в заблуждение покупателей, поскольку большинство художников, производивших эти сувениры, не являлись аборигенами сами и не происходили от аборигенов⁶⁴.

⁶⁰ Система сертификации применяется в рамках инициативы One Village One Product (OVOP) в г. Оита (Япония). С тех пор инициативы OVOP также начали осуществляться в Таиланде, Индонезии, Лаосе и Камбодже.

⁶¹ см. ВОИС, «Сводный анализ...»

⁶² Документ WIPO/GRTKF/IC/3/10, п. 122 (i).

⁶³ Документ WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁶⁴ Подробнее см. документ WIPO/GRTKF/IC/5/3.

Производные произведения и защитная охрана литературных и художественных произведений

102. Данный аспект затрагивает ряд фундаментальных вопросов политики, подробно обсуждавшихся в более ранних документах⁶⁵.

103. Некоторые правовые вопросы и вопросы культурной политики, важные для охраны ТВК, могут решаться в зависимости от решения вопроса о том, следует ли предусматривать в отношении ТВК право на переработку, а также о вариантах приемлемых исключений и ограничений. Право на переработку – это право создания на основе ТВК производных произведений, которые могут подлежать отдельной авторско-правовой охране в качестве оригинальных произведений. Право на переработку позволяло бы общине или иному правообладателю запрещать или разрешать создание такого производного произведения, либо, в качестве альтернативы, получать справедливое вознаграждение за его использование, если произведение является производным от принадлежащих им ТВК. В отсутствие такого права на переработку община не может контролировать такое использование своих культурных материалов и традиций в рамках системы, подобной системе, основанной на ИС. Вопрос о предоставлении права на переработку тесно связан с вопросом о точном смысле термина «традиционное выражение культуры».

104. Следует отметить, что отрицание возможности приобретения авторских прав авторами таких производных произведений, не являющимися членами общины, может ограничивать творчество и усиливать неравенство между авторами, происходящими и не происходящими из общины. Одной из возможных мер в этой связи было бы установление обязанности авторов, не входящих в общину, указывать общину, традиции которой использовались в качестве источника вдохновения, перечислять ей часть дохода от использования авторских прав и/или соблюдать в той или иной форме неимущественные права, принадлежащие носителям традиций, лежащих в основе создаваемых произведений.

Протоколы, кодексы поведения, типовые контракты и другие практические инструменты

105. Такие практические инструменты, как протоколы, кодексы поведения и типовые контракты могут играть полезную практическую роль в устранении пробелов в охране ТВК. Так, ряд коренных общин разработали собственные протоколы и лицензионные договоры, основанные на принципах ИС, для удовлетворения просьб лиц, не входящих в общину, о предоставлении доступа к принадлежащим им ТВК и их использовании; ряд учреждений культуры и профессиональных ассоциаций также разработали этические кодексы, кодексы, позволяющие решать вопросы регулирования интеллектуальных прав, и типовые контракты. Такие практические инструменты могут играть очень важную роль, дополняя механизмы охраны, основанной на писаном и общем праве и/или разъясняя различные аспекты такой охраны в соответствии с потребностями и целями общин, в том числе путем частичного признания их традиционных законов. Однако, чтобы быть реально эффективными, такие практические инструменты должны сопровождаться обучением, направленным на повышение способности общин вести переговоры, составлять и заключать протоколы и контракты и обеспечивать их исполнение.

⁶⁵ См., в частности, документы WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

106. Этой потребности в контексте управления правами ИС при записи, документировании и оцифровывании ТВК отвечает проект ВОИС «Творческое наследие»⁶⁶. Этот образовательный проект предусматривает проведение обучения, предоставление информации и консультаций по вопросам ИС как общинам, так и музеям, архивам и другим учреждениям культуры. В 2010 г. ВОИС подготовила справочник для музеев и других учреждений, озаглавленный «Интеллектуальная собственность и защита традиционных культур: юридические вопросы и практические рекомендации для музеев, библиотек и архивов»⁶⁷. Проект также предусматривает обучение представителей общин в области документирования и архивирования культурных материалов, а также управления соответствующими интеллектуальными правами. Пилотный вариант данной учебной программы для общины народности масаи, расположенной в поселении Лайкипия в Кении, был реализован в сентябре 2008 г.⁶⁸ В 2011 г. проводилось такое же обучение представителей общин марун и растафари на Ямайке, при котором учитывался опыт обучения представителей общины масаи. Обучение проводилось ВОИС в сотрудничестве с Американским Центром фольклорных исследований (AFC) в Библиотеке Конгресса США Вашингтоне и в Центре изучения документации (CDS) Университета Дьюка в Северной Каролине. В ходе проекта была создана публичная база данных протоколов, кодексов поведения и типовых контрактов с функцией поиска, опубликованная по адресу http://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage/, которая используется общинами, музеями и другими учреждениями, профессиональными объединениями и другими лицами. К числу других ресурсов относятся результаты опросов музеев и архивов, касающихся их опыта управления правами ИС⁶⁹.

Реестры и базы данных

107. Реестры, описи, базы данных и перечни ТВК могут играть определенную роль в обеспечении их правовой охраны. Однако регистрация и оцифровывание ТВК, хотя оно может играть важную роль в программах сохранения и популяризации культурного наследия, могут ненамеренно порождать риски несанкционированного и неправомерного использования ТВК. В связи с этим в ходе регистрации, оцифровывания и распространения ТВК рекомендуется учитывать вопросы стратегического управления правами ИС (см. информацию о проекте «Культурное наследие» выше).

108. Реестры, описи, базы данных и перечни могут, в частности, обеспечивать: (i) сохранение ТВК; (ii) их использование как ресурса для творчества и предпринимательской деятельности; (iii) выявление общин, которые могут иметь право на участие в распределении выгод от использования ТВК и права на них; (iv) средства, позволяющие приобретать или регистрировать позитивные права на ТВК; и (v) охрану ТВК в форме специализированной охраны баз данных. Реестры могут иметь неисчерпывающий характер, то есть не обязательно отражать все ТВК, для которых испрашивается охрана. Какой-то вариант документирования ТВК также может играть роль конфиденциальной или сохраняемой в тайне записи ТВК, предназначенной только для соответствующей общины.

⁶⁶ <http://www.wipo.int/tk/en/resources/training.html>

⁶⁷ http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/1023/wipo_pub_1023.pdf

⁶⁸ См. статью Wendland, "Managing Rights in Digitized Indigenous Music", WIPO Magazine, October 2016 (http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2016/05/article_0003.html).

⁶⁹ <http://www.wipo.int/tk/en/resources/surveys.html>

Коллективное управление

109. В связи с трудностями, возникающими в сфере управления правами ценным практическим инструментом управления правами на ТВК в принципе могут быть существующие организации коллективного управления (ОКУ). Участники Комитета⁷⁰ и сами ОКУ⁷¹ заявили о своей заинтересованности в дальнейшем изучении этой возможности; между тем другие группы выражают озабоченность по поводу возможного создания административных органов, которые могут препятствовать нормальному использованию ТВК авторами, художниками и издателями.

Исполнения ТВК

110. Исполнения ТВК уже сегодня имеют охрану на тех же основаниях, что и другие исполнения. Так, статьи 5 - 10 ДИФ 1996 г. и статьи 5 - 11 Пекинского договора 2012 г. (еще не вступившего в силу) предусматривают ряд неимущественных прав, а также имущественных прав исполнителей. Весьма непосредственную полезную и практическую роль в данной области могут также играть такие практические инструменты, как протоколы, кодексы поведения и типовые контракты.

Образцы

111. См. пункт «Литературные и художественные произведения», в частности, подпункты «Использование отличительных знаков и принципов борьбы с недобросовестной конкуренцией для противодействия неправомерному присвоению репутации, ассоциирующейся с ТВК ("стиля" ТВК)» и «Производные произведения и защитная охрана литературных и художественных произведений». Кроме того, весьма непосредственную полезную и практическую роль в устранении пробелов в охране ТВК также могут играть такие практические инструменты, как протоколы, кодексы поведения и типовые контракты.

ТВК, сохраняемые в тайне

112. Возможными мерами устранения рассмотренных выше пробелов могут быть следующие:

- (а) *Лишение права возражения на основании данного обещания:* Принцип лишения права возражения на основании данного обещания означает, что одна из сторон не может отказаться от обещания, данного другой стороне, если последняя обоснованным образом полагалась на такое обещание и в связи с этим совершила действия, нанешие ей ущерб. Например, община, которая полагалась на устное обязательство исследователя не раскрывать любую конфиденциальную информацию, которая будет сообщена ему или ей, может использовать этот принцип, чтобы помешать такому исследователю раскрыть информацию. Это могло бы служить еще одним основанием при рассмотрении дел, подобных делу Mountford. Применение этого принципа могло бы также способствовать охране информации, которая может не иметь коммерческой ценности.

⁷⁰ Например, Группа латиноамериканских государств и государств Карибского бассейна (ГРУЛАК) (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Приложение II, стр. 5).

⁷¹ Например, Международная федерация организаций по защите прав на воспроизведения (IFRRO).

- (b) *Протоколы, контракты, формы выражения согласия*: См. выше. Эти практические инструменты также могли бы быть весьма полезными при регулировании доступа к ТВК, сохраняемым в тайне.
- (c) *Реестры и базы данных*: См. выше. Конфиденциальные реестры и базы данных могли бы быть полезными для охраны ТВК и, в сочетании с правильно составленным типовыми контрактами и формами выражения согласия, могли бы использоваться для контроля доступа к ТВК и их использования на условиях, устанавливаемых общинами.

Названия, слова и символы коренных народов и традиционные названия, слова и символы

113. В контексте защитной охраны некоторые региональные организации и государства уже предприняли определенные шаги для предотвращения несанкционированной регистрации знаков коренных народов в качестве товарных знаков. Такие меры принимаются на национальном уровне или на уровне региональных организаций, и они могли бы применяться шире. Они подробнее рассматриваются в более ранних документах. Примерами таких мер могут служить следующие:

- (a) статья 136(g) Решения № 486 Комиссии Андского сообщества предусматривает, что «обозначения, использование которых в торговле может оказать неоправданно серьезное негативное влияние на право третьей стороны, не могут быть зарегистрированы, особенно если они состоят из названий коренных, афро-американских или местных общин, наименований, слов, букв, символов или знаков, используемых для обозначения их продуктов или услуг или способов их производства, или представляют собой выражения их культуры или практики, за исключением тех случаев, когда заявка подается самой общиной или с ее определенного согласия»;
- (b) Ведомство США по патентам и товарным знакам (ВПТЗ США) создало обширную базу данных, содержащую официальные знаки всех коренных американских племен, признаваемых федеральными органами США⁷². ВПТЗ США может отказать в регистрации предполагаемого знака, создающего ложное впечатление о его связи с коренным племенем или поверьями такого племени⁷³; и
- (c) согласно Закону о товарных знаках Новой Зеландии, товарный знак (или его элемент) не подлежит регистрации, если признается вероятным, что его использование или регистрация могут оказаться оскорбительными для значительной части той или иной общины, включая общину маори, коренного народа Новой Зеландии⁷⁴.

[Приложение II следует]

⁷² См. «Доклад об официальных знаках коренных американских племен», 30 сентября 1999 г.

⁷³ Там же, стр. 24-26.

⁷⁴ Текст закона имеется по адресу: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0049/54.0/DLM164240.html>.

Объект, для которого желательна охрана	А. Существующие формы охраны	В. Пробелы	D. Возможные меры
Литературные и художественные произведения	<ul style="list-style-type: none"> • Авторско-правовая охрана современных выражений традиционных культур • Статья 15.4 Бернской конвенции: авторско-правовая охрана неопубликованных произведений неизвестных авторов • Коллекции, подборки и базы данных ТВК • Записи и формы документирования ТВК 	<ul style="list-style-type: none"> • Новые ТВК, создаваемые на основе традиционных, чаще всего не соответствуют критерию «оригинальности» • Законодательство об авторском праве обеспечивает охрану произведений, выраженных в конкретной форме, но не идей, лежавших в их основе, что может осложнять задачу охраны «стиля» • Отсутствие определенной формы охраны прав общин • Ограниченность срока охраны • Существование «общественного достояния» и других видов исключений и ограничений • Производные произведения, переработка и защитная охрана • Права на записи и формы документирования 	<ul style="list-style-type: none"> • Признание прав общин • Личные неимущественные права общин • Уточнение текста статьи 15.4 Бернской конвенции • Платное общественное достояние (domaine public payante) • Произведения, авторы которых неизвестны • Право на долю от перепродажи • Использование принципов борьбы с недобросовестной конкуренцией для противодействия незаконному присвоению репутации, ассоциирующейся с ТВК («стиля») • Производные произведения и защитная охрана литературных и художественных произведений

Объект, для которого желательна охрана	А. Существующие формы охраны	В. Пробелы	D. Возможные меры
			<ul style="list-style-type: none"> • Протоколы, кодексы поведения, типовые контракты и другие практические инструменты • Отдельный специальный (sui generis) закон • Реестры и базы данных • Коллективное управление
Исполнения ТВК	<ul style="list-style-type: none"> • Охрана, предоставляемая в соответствии с ДИФ 1996 г. • Охрана, которая будет предоставляться в соответствии с Пекинским договором 2012 г. (договор пока не вступил в силу) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ограниченный срок охраны записанных исполнений 	<ul style="list-style-type: none"> • Протоколы, кодексы поведения, типовые контракты и другие практические инструменты • Отдельный специальный закон
Образцы	<ul style="list-style-type: none"> • Охрана современных образцов при помощи системы охраны промышленных образцов • Коллекции, подборки и базы данных традиционных образцов 	<ul style="list-style-type: none"> • Традиционные образцы не подлежат охране • Срок охраны образцов ограничен • Необходимость выполнения формальных требований 	<ul style="list-style-type: none"> • Использование принципов борьбы с недобросовестной конкуренцией для противодействия незаконному присвоению репутации, ассоциируемой с ТВК («стиля» ТВК) • Протоколы, кодексы поведения, типовые контракты и другие

Объект, для которого желательна охрана	A. Существующие формы охраны	B. Пробелы	D. Возможные меры
			<p>практические инструменты</p> <ul style="list-style-type: none"> • Отдельный специальный закон • Реестры и базы данных
ТВК, сохраняемые в тайне	<ul style="list-style-type: none"> • Положения Соглашения ТРИПС и Парижской конвенции, касающиеся охраны от недобросовестной конкуренции и охраны нераскрытой информации • Охрана конфиденциальной информации на основании норм общего права 	<ul style="list-style-type: none"> • Положения о борьбе с недобросовестной конкуренцией в основном применимы к промышленной и коммерческой информации • Отсутствие определений «не подлежащей раскрытию» и «конфиденциальной» информации 	<ul style="list-style-type: none"> • Лишение права возражения на основании данного обещания • Протоколы, кодексы поведения, типовые контракты и другие практические инструменты • Отдельный специальный закон • Реестры и базы данных
Местные и традиционные названия, слова и символы	<ul style="list-style-type: none"> • Защитная охрана: положения об охране от недобросовестной конкуренции + охрана от регистрации знаков, противоречащих морали и общественному порядку и вводящих в заблуждение • Позитивная охрана: использование законодательства о товарных знаках 	<ul style="list-style-type: none"> • Содержание понятий «противоречащий морали» и «противоречащий публичному порядку» в основном определяется с точки зрения общества в целом и не обязательно подходит для целей охраны ТВК 	<ul style="list-style-type: none"> • Специальные нормы в национальных законах о товарных знаках (Новая Зеландия, Андское Сообщество, США) • Протоколы, кодексы поведения, типовые контракты и другие практические инструменты • Отдельный специальный закон • Реестры и базы данных

С. Соображения и моменты, которые необходимо учитывать:

- Уровень, на котором можно или следует устранять пробел (международный, региональный, национальный и/или местный)
- Выбор средств устранения пробелов (законодательные меры, разработка практических инструментов, обучение)
- Активность обсуждения вопросов охраны ТВК в других международных форумах или степень, в которой ТВК уже охраняются правовыми инструментами, созданными в других областях регулирования
- Последствия с точки зрения содержания мер регулирования
- Экономические, социальные и культурные цели
- Конкретные технические и правовые вопросы
- Текущие вопросы: управление правами и соблюдение установленных норм

[Конец Приложения II и документа]