

# ВОИС



WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.

ОРИГИНАЛ: английский

ДАТА: 11 октября 2008 г.

R

ВСЕМИРНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ  
ЖЕНЕВА

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

Тринадцатая сессия  
Женева, 13 – 17 октября 2008 г.

ОХРАНА ТРАДИЦИОННЫХ ВЫРАЖЕНИЙ КУЛЬТУРЫ:  
ПРОЕКТ АНАЛИЗА ПРОБЕЛОВ

*Документ подготовлен Секретариатом*

1. На своей двенадцатой сессии Межправительственный комитет по интеллектуальной собственности, генетическим ресурсам, традиционным знаниям и фольклору (Комитет) постановил, что Секретариат с учетом предшествующей работы [Комитета] подготовит в качестве рабочего документа к [тринадцатой] сессии [Комитета] документ, который:

- (a) описывает, какие обязательства, положения и возможности существуют на международном уровне для предоставления охраны;
- (b) описывает, какие пробелы существуют на международном уровне, с иллюстрацией, по мере возможности, этих пробелов на конкретных примерах;
- (c) излагает соображения, касающиеся определения того, необходимо ли устранять эти пробелы;
- (d) описывает, какие варианты существуют или могут быть разработаны для устранения любых выявленных пробелов, включая правовые и другие варианты, будь то на международном, региональном или национальном уровне;
- (e) содержит приложение в виде таблицы, отражающей те положения, которые упомянуты выше, в подпунктах (a) - (d).

2. Секретариату была поставлена задача «ясно изложить рабочие определения или другие основы, на которых он будет проводить свой анализ». Этот документ должен «быть представлен Секретариатом в виде проекта к 31 мая 2008 г.». Участникам Комитета должна была быть «предоставлена возможность представить комментарии к проекту до 30 июня 2008 г., после чего окончательный проект документа будет опубликован до 15 августа 2009 г. для дальнейшего рассмотрения на тринадцатой сессии Комитета.

3. Соответственно, первый проект анализа пробелов в охране традиционных выражений культуры (ТВК) был подготовлен Секретариатом и распространен для комментариев. По состоянию на 11 октября 2008 г. было получено тринадцать комментариев по существу от Африканской группы, Австралии, Бразилии, Эфиопии, Европейского Сообщества и его государств-членов, Японии, Мексики, Палау, Швейцарии, Таиланда, Соединенных Штатов Америки, Австралийского центра права в области прикладного искусства и Международной ассоциации издателей (IPA).

4. В Приложении I к настоящему документу содержится дальнейший проект анализа пробелов в охране традиционных выражений культуры (ТВК), который представлен на рассмотрение тринадцатой сессии Комитета. В соответствии с требованием, содержащемся в решении Комитета, проект включает следующие элементы:

- (a) обязательства, положения и возможности, которые уже существуют на международном уровне для обеспечения охраны ТВК;
- (b) пробелы, которые существуют на международном уровне, по возможности иллюстрируя эти пробелы конкретными примерами;
- (c) соображения, актуальные для определения необходимости устранения этих пробелов;
- (d) варианты, которые существуют или которые могут быть разработаны для устранения выявленных пробелов, включая правовые и другие варианты, будь то на международном, региональном или национальном уровне.

5. В Приложении II содержится матрица, соответствующая вопросам, указанным выше, в подпунктах (a) – (d). Настоящий анализ пробелов также излагает рабочие определения и другие основы, по которым проводится анализ.

*6. Межправительственному комитету предлагается рассмотреть проект анализа пробелов, содержащийся в Приложениях I и II, и при необходимости дать дальнейшие указания.*

[Приложения следуют]

ПРИЛОЖЕНИЕ I

ПРОЕКТ АНАЛИЗА ПРОБЕЛОВ  
В ОХРАНЕ ТРАДИЦИОННЫХ ВЫРАЖЕНИЙ КУЛЬТУРЫ:

СОДЕРЖАНИЕ

I. ССЫЛКИ И ДРУГИЕ МАТЕРИАЛЫ, ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ПРИ ПОДГОТОВКЕ НАСТОЯЩЕГО АНАЛИЗА.....	3
II. Рабочие определения и другие основы, на которых проводится настоящий анализ	3
Традиционные выражения культуры .....	3
Характеристики ТВК .....	4
Формы ТВК .....	4
Значение термина «охрана» .....	5
Общие характеристики охраны интеллектуальной собственности .....	5
Формы охраны ИС, наиболее актуальные для ТВК.....	6
Соответствующие международные конвенции и договоры в области ИС .....	6
«Охрана», а не «сбережение», «сохранение» или «содействие развитию» .....	7
Цели в связи с охраной ТВК .....	7
Особые формы охраны, желательные для ТВК .....	8
Значение термина «пробелы» .....	9
Пробелы, которые непосредственно не рассматриваются в настоящем анализе....	11
Резюме.....	13
III. АНАЛИЗ.....	14
А. Обязательства, положения и возможности, которые уже существуют на международном уровне для обеспечения охраны ТВК/ВФ .....	14
Литературные и художественные произведения .....	14
Исполнения ТВК.....	17
Образцы .....	17
Секретные ТВК .....	18
Коренные и традиционные названия, слова и символы .....	18
В. Пробелы, которые существуют на международном уровне, и по возможности иллюстрация этих пробелов примерами .....	19
Литературные и художественные произведения .....	19
Исполнения ТВК.....	22
Образцы .....	23
Секретные ТВК .....	23
Коренные и традиционные названия, слова и символы .....	23
С. Соображения, актуальные для определения необходимости устранения этих пробелов.....	24
Подход к устранению пробелов на международном, региональном, национальном и/или местном уровнях .....	24
Законодательство, практика, создание потенциала .....	24
Правовая и политическая среда .....	24
Вопросы политики .....	25
Экономические, культурные и социальные цели .....	26
Особые технические и правовые вопросы .....	26
Оперативные вопросы: управление правами и их соблюдение .....	26

<i>D. Варианты, которые существуют или могут быть разработаны для устранения выявленных пробелов, включая правовые и другие варианты, будь то на международном, региональном или национальном уровне .....</i>	<i>27</i>
<i>Литературные и художественные произведения .....</i>	<i>27</i>
<i>Признание общинных прав и интересов.....</i>	<i>27</i>
<i>Общинные немущественные права .....</i>	<i>28</i>
<i>Пояснение содержания Статьи 15.4 Бернской конвенции .....</i>	<i>28</i>
<i>Область общественного достояния с выплатой гонораров .....</i>	<i>29</i>
<i>Произведения, автор которых неизвестен .....</i>	<i>29</i>
<i>Право на долю от перепродажи .....</i>	<i>30</i>
<i>Использование принципов охраны от недобросовестной конкуренции для борьбы с незаконным присвоением репутации, ассоциируемой с ТВК, («стиля») .....</i>	<i>30</i>
<i>Производные произведения и защитная охрана литературных и художественных произведений .....</i>	<i>32</i>
<i>Протоколы, правила поведения, контракты и другие практические инструменты.....</i>	<i>32</i>
<i>Реестры и базы данных.....</i>	<i>33</i>
<i>Коллективное управление .....</i>	<i>34</i>
<i>Исполнения ТВК.....</i>	<i>34</i>
<i>Образцы .....</i>	<i>34</i>
<i>Секретные ТВК .....</i>	<i>34</i>
<i>Коренные и традиционные названия, слова и символы .....</i>	<i>35</i>

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

1. Значительная часть информации, содержащейся в настоящем документе, почерпнута из предшествующих документов МКГР<sup>1</sup> и других публикаций и материалов, ранее написанных для целей работы МКГР<sup>2</sup>. В частности, обращаем внимание на документ WIPO/GRTKF/IC/6/3. Эти документы и материалы помещены на веб-сайте ВОИС по адресу <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>. При подготовке этого анализа также использовались другие публикации и статьи<sup>3</sup>.

## II. РАБОЧИЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И ДРУГИЕ ОСНОВЫ, НА КОТОРЫХ ПРОВОДИТСЯ НАСТОЯЩИЙ АНАЛИЗ

### Традиционные выражения культуры

2. Не существует международно-согласованного или принятого определения термина «традиционные выражения культуры» или «выражения фольклора» (в настоящем документе оба эти термина будут использоваться поочередно и в сокращенном виде (ТВК)), однако существует множество определений в национальных и региональных законодательствах и в международных договорах<sup>4</sup>. Проект положений, обсуждаемый в рамках МКГР («Проект положений ТВК»), также содержит проект описания ТВК<sup>5</sup>. Многие участники МКГР заявляли, что этот проект описания является здоровой основой для дальнейшей работы. Некоторые из них также подчеркивали, что любое определение должно оставаться гибким и описательным.

3. Определение объекта охраны в течение долгого времени оставалось наиболее актуальным вопросом, ассоциируемым с охраной ТВК. От того, какое определение дано ТВК, зависит объем и способ их охраны в контексте ИС. Хотя настоящий проект анализа не ставит целью предложить конкретное определение ТВК, определенное понимание того, что означает этот термин, является необходимым для подготовки анализа.

4. Поэтому настоящий документ не ставит целью предложить единое определение или даже предположить, что такое определение необходимо на международном уровне, что само по себе является вопросом, по которому участники МКГР придерживаются различных мнений. Однако исключительно для целей анализа полезно обрисовать, что означает термин «традиционные выражения культуры».

<sup>1</sup> WIPO/GRTKF/IC/3/10; WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3; WIPO/GRTKF/IC/6/3 and 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); WIPO/GRTKF/IC/12/4(a), (b) и (c).

<sup>2</sup> WIPO, Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore, 2004; Janke, “Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”, WIPO, 2003; Kutty, “National Experiences with the Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions – India, Indonesia, the Philippines”, WIPO, 2004.

<sup>3</sup> McDonald, I., Protecting Indigenous Intellectual Property (Australian Copyright Council, Sydney, 1997, 1998); Palethorpe and Verhulst, “Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law” (Study Commissioned by the European Commission), October 2000; “Protecting Traditional Cultural Expressions: Policy Issues and Considerations from a Copyright Perspective”, policy paper by Canadian Heritage, 2004; Lucas-Schloetter, A., ‘Folklore’ in von Lewinski, S. (Ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004.

<sup>4</sup> WIPO/GRTKF/IC/3/9; WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4. See also laws database at <http://www.wipo.int/tk/en/laws/folklore.html>

<sup>5</sup> WIPO/GRTKF/IC/12/4(c), Article 1.

### *Характеристики ТВК*

5. Характеристики ТВК подробно обсуждались в предшествующих документах и материалах<sup>6</sup>.
6. Для целей настоящего анализа рекомендуется вспомнить два момента. Во-первых, ТВК может включать ранее существующие материалы, происходящие из далекого прошлого, которые когда-то были разработаны «неизвестными авторами, вплоть до наиболее последних и современных выражений традиционной культуры в промежутке между которыми стоит бесчисленный ряд нарастающих и эволюционных адаптаций, имитаций, возрождений и воссозданий. ТВК, являясь частью живого наследия, постоянно воссоздаются общинами и группами в ответ на их окружающую среду и взаимодействие с окружающей природой и историей, а также дают им чувство самобытности и преемственности. Поэтому следует провести разграничение между ранее существовавшими ТВК (возможно, «ТВК *stricto sensu*») и их современными интерпретациями и переработками.
7. Во-вторых, хотя традиционное творчество является динамичным взаимодействием между коллективным и индивидуальным творчеством, определяющая характеристика «традиционных» произведений состоит в том, что они идентифицируют живую традицию и общину, которая все еще является их носителем и осуществляет их на практике. Даже когда отдельное лицо является автором произведения, основанного на традициях, в рамках его или ее традиционного контекста, создание не «принадлежит» этому отдельному лицу, но подпадает в совместную сферу ответственности, самобытности и хранения общины. Именно это делает такое произведение «традиционным». ТВК могли на определенном этапе даже иметь своего автора, но в настоящее время этот автор не известен или его просто невозможно найти.
8. Вкратце излагая общими терминами, ТВК:
- (a) являются продуктом творческой интеллектуальной деятельности,
  - (b) передаются из поколения в поколение либо в устной форме, либо путем имитации,
  - (c) отражают культурную и социальную самобытность общины,
  - (d) состоят из характерных элементов наследия общины,
  - (e) созданы неизвестными и/или найденными авторами и/или общинами,
  - (f) зачастую в первую очередь созданы для духовных и религиозных целей,
  - (g) часто используют природные ресурсы при создании и воспроизведении и
  - (h) постоянно эволюционируют, развиваются и воссоздаются в рамках данной общины.
9. Термин «община» используется в этом проекте анализа, следуя прошлой практике в документах, подготовленных для МКГР, и в широком смысле относится к коренным народностям, а также традиционным, местным и другим культурным общинам. Использование этих терминов не имеет целью предположить наличие консенсуса среди членов МКГР в отношении бенефициаров охраны ТВК и/или действительности или уместности этих или других терминов. Использование этих терминов для целей настоящего анализа не затрагивает и не ограничивает использование других терминов в национальных или региональных законах и процессах.

### *Формы ТВК*

10. ТВК могут включать широкий спектр материальных, нематериальных и смешанных форм творческого выражения. Проект описания в проекте положений о ТВК, находящийся на

<sup>6</sup> WIPO/GRTKF/IC/6/3; WIPO, Consolidated Analysis.

рассмотрении Комитета, содержит неполный список, состоящий более чем из 35 выражений, сгруппированных по четырем категориям.<sup>7</sup>

11. Однако предлагается, чтобы настоящий анализ был по возможности сфокусирован и конкретизирован путем рассмотрения определенных конкретных ТВК, которые представляются как наиболее уязвимые для эксплуатации методами ИС. В предшествующих материалах выявлены и обсуждены фактические примеры присвоения и незаконного присвоения ТВК<sup>8</sup>. Эти примеры указывали на использование традиционной музыки и песен, изобразительного искусства (главным образом живописи), традиционных музыкальных инструментов, ремесел (включая образцы и «стили», воплощенные в них), исполнения ТВК, священные и тайные ТВК, записи документирования ТВК, а также коренные слова, названия и символы.

12. Эти примеры демонстрируют, что охрана ТВК может относиться к охране (i) творческих и отличительных выражений самих по себе; и/или (ii) репутации или отличительного характера, ассоциируемого с ними; и/или (iii) способа их изготовления (как это имеет место, например, в случае ремесел, музыкальных инструментов и текстильных изделий).

13. Третья категория, связанная со способом производства ТВК, таких как ремесленные изделия, музыкальные инструменты и текстильные изделия, скорее относится к так называемым «традиционным знаниям» *stricto sensu* (ТЗ) в работе Комитета. ТЗ координировано и комплексно рассматриваются в документе WIPO/GRTKF/IC/13/5(b).

14. Исходя из этой основы, предлагается сфокусировать настоящий анализ на конкретных примерах, подпадающих под первые указанные две категории:

- (a) литературные и художественные произведения, в частности, музыка и изобразительное искусство;
- (b) исполнения ТВК;
- (c) образцы, воплощенные в ремеслах и других видах прикладного искусства;
- (d) секретные ТВК; и
- (e) коренные и традиционные названия, слова и символы.

15. Цель этого фокуса – сделать настоящий анализ по возможности конкретным и точным. Однако это не отрицает наличия 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 варьируются по своему характеру и по политическим целям, которые они преследуют. Например, авторское право – это право автора контролировать воспроизведение его или ее интеллектуальных творений. Однако авторское право не предусматривает наличия совершенного контроля, поскольку является предметом различных ограничений и исключений, призванных сбалансировать потребности в охране творчества и распространении информации. С другой стороны, охрана товарных знаков и географических указаний направлена на охрану «гудвилла» и репутации торговцев и их продукции, а также на предотвращение

<sup>7</sup> Article 1, WIPO/GRTKF/IC/12/4(c).

<sup>8</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO, Consolidated Analysis.

неразрешенного использования таких обозначений, которое может ввести потребителей в заблуждение.

17. Охрана ИС может включать права собственности. Там, где права собственности существуют, в частности имущественные права в соответствии с авторским правом, они позволяют правообладателям либо позитивно осуществлять свое право самостоятельно, либо разрешать это делать другим лицам (т.е. это право может быть передано по лицензии), и/или предотвращать использование этого права другими лицами.

18. Охрана ИС не обязательно включает выдачу прав собственности – например, личные неимущественные права в соответствии с авторским правом обеспечивают контроль над способом использования произведения, а не над тем, может ли оно быть использовано или нет, в некоторых случаях даже после истечения имущественных прав. Принудительные (недобровольные) лицензии в авторском праве аналогичным образом позволяют регулировать использование произведения при уплате «справедливого вознаграждения» или «обоснованного авторского гонорара» (см., например, статьи 11bis(2) и 13.1 Бернской конвенции).

*Формы охраны ИС, наиболее актуальные для ТВК*

19. Поскольку многие ТВК являются литературными и художественными произведениями и исполнениями, авторское право и смежные права являются системами ИС, наиболее актуальными для ТВК. В предшествующих документах излагались основные принципы авторского права и смежных прав и их применение к ТВК<sup>9</sup>. Традиционные образцы потенциально могут охраняться как промышленные образцы. Что касается названий, обозначений и символов, системы ИС, которые охраняют знаки и указания, а также законы, относящиеся к недобросовестной конкуренции, являются наиболее актуальными.

*Соответствующие международные конвенции и договоры в области ИС*

20. Не существует международного законодательства по ИС как такового. Конвенции и договоры в области авторского права и смежных прав, административные функции которых выполняет ВОИС, обеспечивают международную структуру принципов и норм, которые ратифицирующие эти инструменты государства реализуют через национальные законы. Международные конвенции и договоры обеспечивают гибкость по ряду вопросов, и поэтому национальное законодательство может в значительной степени отличаться в зависимости от соответствующей юрисдикции. Поэтому на практике охрана ИС в первую очередь и главным образом является вопросом регулирования национального законодательства. Международные договоры также в значительной степени содействуют защите прав в иностранных юрисдикциях на основе национального режима и взаимности.

21. В настоящем анализе упоминаются следующие основные международные конвенции и договоры в области ИС:

- (a) Международная конвенция по охране исполнителей, производителей фонограмм и организаций эфирного вещания, 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.»);

---

<sup>9</sup> WIPO/GRTKF/IC/6/3.



- (d) Конвенция по охране производителей фонограмм от неразрешенного воспроизведения их фонограмм, 1971 г. («Конвенция по фонограммам 1971 г.»);
- (e) Соглашение ТРИПС, 1994 г.;
- (f) Договор ВОИС в области авторского права, 1996 г. («ДАП 1996 г.»); и
- (g) Договор ВОИС в области исполнений и фонограмм, 1996 г. («ДИФ 1996 г.»).

*«Охрана», а не «сбережение», «сохранение» или «содействие развитию»*

22. Следуя духу предшествующих обсуждений в рамках Комитета, слово «охрана» по решению Комитета, принятому на 12-й сессии в феврале 2008 г., понимается как означающее охрану в смысле ИС (иногда упоминаемую как «правовая охрана»), т.е. охрана интеллектуального творчества человека и инноваций от неразрешенного использования.

23. «Охрана» ИС в этом смысле отличается от «сбережения», «сохранения», и «содействия развитию» культурного наследия, которые, как правило, имеют в виду идентификацию, документирование, передачу и возвращение к жизни материального и нематериального культурного наследия в целях обеспечения его поддержания или жизнеспособности. Хотя инструменты и программы, направленные на сохранение и содействие развитию ТВК, как таковые являются ценными и дополняют охрану ТВК, основное внимание настоящего анализа сосредоточено на правовой охране ТВК. Законы и программы, не относящиеся к области ИС, и регулирующие сохранение и содействие развитию живого наследия, могут играть полезную роль, дополняя законы, регулирующие охрану ИС. Многие чаяния общин в связи с ТВК могут найти свое решение не в рамках мер типа ИС, а скорее в рамках мер и программ, направленных на сбережение, сохранение и содействие развитию культурного наследия. Далее, общины используют другие инструменты, в частности инструменты, разработанные в рамках их традиционных законов в целях предотвращения нежелательного использования принадлежащих им ТВК. Отмечалось также, что надлежащее использование традиционных названий, слов и символов и других ТВК может способствовать сохранению и развитию коренных культур.

#### *Цели в связи с охраной ТВК*

24. В предшествующих документах цитировались разнообразные цели, которые государства и общины ставят в связи с ТВК<sup>10</sup>, и проект положений по ТВК содержит целый набор проектов целей. Некоторые из них являются общими целями, в то время как другие более тесно связаны с ИС и охраной ТВК. Кроме того, Декларация ООН по правам коренных народов цитируется как источник, который отражает чаяния коренных народов.

25. В целях придания настоящему анализу надлежащей конкретной направленности, а также в духе предшествующих обсуждений и решения МКГР, принятого в феврале 2008 г., предлагается, чтобы основное внимание этого анализа сосредоточивалось на тех целях, которые конкретно связаны с охраной ТВК в области ИС.

26. Следует напомнить, что, учитывая существование вариантов, не связанных с ИС, участники МКГР приводят различные связанные с ИС экономические и неэкономические цели в отношении ТВК, в частности:

- (a) охрана ИС в целях поддержки экономического развития: некоторые общины желают испрашивать и осуществлять права ИС на свои ТВК, что позволило бы им использовать

---

<sup>10</sup> WIPO/GRTKF/IC/6/3.

их коммерчески в качестве вклада в их экономическое развитие;

- (b) охрана ИС в целях предотвращения нежелательного использования другими лицами: некоторые общины могут пожелать осуществлять права ИС на ТВК в целях предотвращения использования и коммерциализации принадлежащих им ТВК другими лицами, включая использование, оскорбляющее или унижающее культуру, а также использование, которое неправильно представляет их культуру; и
- (c) охрана против ИС: общины также озабочены предотвращением других лиц от получения или сохранения прав ИС на их ТВК, а также на их производные или переработки. Это влечет за собой использование защитных механизмов для блокирования или предотвращения прав ИС, принадлежащих третьим лицам, которые рассматриваются как наносящие ущерб интересам общины, или прав ИС, которые были получены без согласия данной общины («защитная охрана»).

*Особые формы охраны, желательные для ТВК*

27. Способы использования различных форм ТВК в мире варьируются. В предшествующих документах Комитета излагались примеры видов присвоения выражений культуры, на которые обращали внимание коренные общины<sup>11</sup>.

28. Основываясь на этих фактических примерах, можно предположить, что такие общины и другие заинтересованные лица призывают к:

- (a) охране ТВК от неразрешенного использования, в частности воспроизведения, переработки, распространения, исполнения и других подобных действий, в особенности в целях коммерческого использования;
- (b) предотвращению использования ТВК, оскорбляющего, унижающего и/или наносящего ущерб культуре и духовности;
- (c) предотвращение присвоения репутации или отличительного характера ТВК способами, которые напоминают аутентичный традиционный продукт путем использования вводящих в заблуждение или ложных указаний на аутентичность или происхождение, либо путем принятия их «стиля»;
- (d) предотвращение непризнания источника при использовании ТВК;
- (e) защитная охрана ТВК (означающая охрану ТВК от получения прав ИС на ТВК или их адаптации); и
- (f) неразрешенное раскрытие конфиденциальных или секретных ТВК.

29. В целях выяснения вариантов и придания настоящему анализу практической и прикладной направленности, предлагается основывать настоящий анализ на шести основных формах охраны в том виде, как они идентифицированы и обсуждались в предшествующих документах.

30. В отношении защитной охраны ТВК предлагается сфокусировать особое внимание на призывах к охране от неразрешенного (i) осуществления авторского права и прав на образцы в

<sup>11</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

произведениях, производных от ТВК, включая ремесла, и (ii) приобретения охраны в области товарных знаков в отношении коренных и традиционных названий, слов и символов.

31. Возможное использование инструментов патентной классификации для облегчения поиска патентных документов, включающих ТВК, которые являются актуальными для заявленных изобретений, обсуждалось в документе WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add. Использование таких инструментов классификации могло бы оказать помощь при включении патентных документов, актуальных для ТВК, в подлежащий поиску «известный уровень», тем самым сокращая вероятность выдачи патентов на или в отношении ТВК, которые уже раскрыты.

Значение термина «пробелы»

32. Принятое на предшествующей сессии МКГР решение требует проведения анализа «пробелов» в связи с «обязательствами, положениями и возможностями, которые уже существуют на международном уровне для обеспечения охраны ТВК/ВФ».

33. Использование понятия «пробел» в решении МКГР предполагает неудовлетворенную экономическую, культурную или социальную потребность. Идентификация таких экономических, культурных или социальных потребностей и оценка того, являются ли они «неудовлетворенными», по сути представляют собой неопределенное предприятие, поскольку в рамках МКГР пока еще не достигнуто соглашения по этим вопросам. Идентификация неудовлетворенной потребности в качестве «пробела» и, в первую очередь, определение того, должен ли этот пробел быть заполненным или нет, является вопросом, решение по которому должны принимать сами государства-члены.

34. Однако исходя из прагматических соображений для ответа на решение МКГР идентификация пробелов могла бы быть предпринята с учетом:

- (а) форм охраны, желательных для государств и общин, (упомянутых выше); и/или
- (б) конкретных технических недостатков существующей системы ИС в связи с ТВК. В ранее заполненных вопросниках и других документах и материалах, подготовленных для МКГР, эта проблема неоднократно упоминалась и обсуждалась<sup>12</sup>.

35. Желательные формы охраны были идентифицированы выше. Следующие аспекты были предложены в качестве конкретных, технических ограничений систем ИС, наиболее актуальных для ТВК:

- (а) *Требование «оригинальности»:* авторским правом охраняются только «оригинальные» произведения, при этом многие традиционные литературные и художественные произведения не являются «оригинальными» в этом смысле. Аналогичным образом предполагалось, что традиционные образцы не являются «новыми» или «оригинальными» для целей охраны промышленных образцов. С другой стороны, переработки ТВК могут охраняться как «оригинальные» авторско-правовые произведения и образцы, что ведет к призывам о предоставлении «защитной охраны» (далее см. ниже);

<sup>12</sup> Например: WIPO/GRTKF/IC/1/5; WIPO/GRTKF/IC/3/11.; WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- (b) *«Владение»*: авторско-правовая охрана и охрана промышленных образцов требует идентификации известного отдельного автора или авторов в целях определения владельцев прав и для четкого определения, кто может извлекать выгоду из таких прав. Однако трудно, если не сказать невозможно, определить авторов ТВК и поэтому – правообладателей и бенефициаров прав на ТВК, поскольку ТВК созданы и поддерживаются общинами и/или их авторы просто неизвестны и/или их невозможно установить. Сама концепция «владения» в смысле ИС может быть чуждой многим коренным народностям (см. ниже под заголовком «Концептуальное разделение»);
- (c) *Фиксация*: требование фиксации в материальной форме во многих национальных авторско-правовых законах предотвращает получение охраны нематериальных и устных выражений культуры, в частности сказок, танцев или песен, до тех пор, пока не зафиксированы в какой-либо форме или на каком-либо носителе. Даже некоторые «зафиксированные» выражения могут не отвечать требованию фиксации, в частности раскраска лица, раскраска тела и скульптуры из песка. Однако, с другой стороны, право на запись и документирование ТВК принадлежит лицу, отвечающему за эти действия фиксации, в частности этномузыковедам, фольклористам и другим исследователям, но не самим носителям ТВК;
- (d) *Срок охраны*: ограниченный срок охраны в авторском праве, смежных правах и охране промышленных образцов считается неподходящим для ТВК. Во-первых, он не соответствует потребности охранять ТВК вечно или, по крайней мере, в течение всего периода существования общины. Кроме того, ограниченный срок охраны требует определенности в отношении даты создания произведений или первой публикации, что зачастую неизвестно в случае ТВК;
- (e) *Формальности*: хотя в области авторского права и смежных прав не существует формальностей, существуют требования регистрации и продления регистрации применительно к охране промышленных образцов и товарных знаков. Такие требования представляются препятствиями для использования систем ИС коренными и традиционными общинами;
- (f) *Исключения и ограничения*: помимо ограниченного срока охраны на большинство форм ИС выдвигались аргументы, что другие исключения и ограничения, которые, как правило, существуют в законах в области ИС, не приемлемы для ТВК. Например, типичное исключение из области авторского права, которое позволяет скульптуре или произведению художественного ремесла, постоянно выставленным в публичных местах, быть воспроизведенными на фотографиях, рисунках и другими способами без разрешения, может доставлять беспокойство коренным народностям и подрывать их традиционные права. Аналогичным образом национальные законы в области авторского права часто разрешают публичным архивам, библиотекам и другим подобным учреждениям делать репродукции произведений и предоставлять доступ к ним для публики. Некоторые коренные и традиционные общины критиковали эти исключения и ограничения, а другие подчеркивали необходимость того, чтобы любые исключения и ограничения учитывали общественные интересы; и
- (g) *Защитная охрана*: коренные народности и общины озабочены тем фактом, что некоренные компании и лица имитируют или копируют их ТВК или используют их в качестве источника вдохновения, приобретая при этом охрану ИС на свои производные произведения, образцы, знаки или другую продукцию. Например, общины выразили озабоченность по поводу использования внешними сторонами слов, названий, образов, символов и других отличительных обозначений в процессе торговли, и их регистрации в качестве товарных знаков. Кроме того, ни законодательство по

авторскому праву, ни законы по промышленным образцам не охраняют «стиль» соответственно литературных и художественных произведений и образцов.

Пробелы, которые непосредственно не рассматриваются в настоящем анализе

36. *Концептуальные различия:* Предлагаемый фокус на этих конкретных или технических недостатках существующих систем ИС не имеет целью отвлечь внимание от более глубоких концептуальных различий между чаяниями и надеждами коренных народов и традиционной системой ИС. Кроме того, связи между концептуальными различиями и техническими недостатками признаются. Представители коренных народностей, участвующие в работе Комитета, а также в других форумах, ясно высказывают свои сомнения в отношении способности традиционной системы ИС удовлетворить их основополагающие потребности. Например, отмечалось, что сама концепция «владения» в традиционной системе ИС не совместима с понятиями ответственности и сохранения в рамках традиционных законов и систем. В то время как авторское право предоставляет исключительные права частной собственности отдельным лицам, коренные авторы являются объектом динамичных сложных правил, норм и ответственности, более присущих правам использования и управления, которые являются общинными по своему характеру.<sup>13</sup>

37. Настоящий анализ не может даже полностью рассмотреть, не говоря уже о том, чтобы предложить решение этих более фундаментальных различий. Авторско-правовая система по существу имеет целью разрешить коммерческое использование творческих произведений наиболее справедливым и сбалансированным способом. С другой стороны, многие ТВК создаются в первую очередь для духовных и религиозных целей, а не для того, чтобы выйти по возможности на самую широкую публику. Как обсуждалось в рамках Комитета<sup>14</sup>, потребности коренных общин в отношении принадлежащих им ТВК, которые не могут быть удовлетворены в рамках системы ИС, возможно, могли бы быть удовлетворены путем создания системы ИС *sui generis* и/или путем использования механизмов вне рамок ИС, в частности законов в отношении богоульства, культурных и других прав человека, достоинства, сохранения культурного наследия, диффамации, прав на публикацию и неприкосновенности частной жизни. Декларация ООН о правах коренных народов цитировалась в качестве источника, который отражает чаяния коренных народов в этом отношении.

38. *Оперативные различия:* Во-вторых, работа по сбору фактических материалов, проделанная ВОИС в самом начале этой программы в 1998 и 1999 гг.<sup>15</sup>, выявила, что препятствиями для эффективного использования инструментов ИС коренными и местными общинами включают, пожалуй, наиболее часто практические и оперативные препятствия, в частности отсутствие доступа к надлежащим юридическим советам и финансовым средствам для приобретения и защиты прав. Янке в своих исследованиях для ВОИС отмечает эти оперативные трудности, например, в главе «Использование товарных знаков для защиты традиционных выражений культуры». Для преодоления этих препятствий предлагались многочисленные варианты, включая использование альтернативного урегулирования споров (АУС)<sup>16</sup>. Однако эти оперативные препятствия не являются предметом настоящего анализа.

<sup>13</sup> See WIPO/GRTKF/IC/3/11, page 3; McDonald, p. 45.

<sup>14</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

<sup>15</sup> WIPO, Fact-finding Mission Report; WIPO/GRTKF/IC/3/10 и WIPO/GRTKF/IC/5/3.

<sup>16</sup> WIPO, Fact-finding Mission Report; WIPO/GRTKF/IC/3/10 и WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/2/10 and WIPO/GRTKF/IC/3/15.

39. *Совместные ТВК*: В-третьих, значительной и повторяющейся проблемой в связи с охраной ТВК является определение владельцев ТВК, которые находятся в совместном ведении более одной общины, как на одной, так и на разных национальных территориях. Этот вопрос Комитету предстоит рассмотреть более подробно. Среди вариантов решения этой проблемы – совместное владение правами и разрешение общинам отдельно владеть правами на одинаковые или аналогичные ТВК. При этом акцент делается на регулировании этой проблемы традиционными законами и протоколами. Другим возможным решением этой проблемы является предоставление этих прав государству или статутарному органу – вариант, на который ссылалась Африканская группа. Существующие региональные организации и механизмы также могут играть важную роль в решении вопроса о «региональном фольклоре».

40. *Пробелы, присущие системам ИС*: В заключение, предпринимается попытка выделить как (i) пробелы, характерные для ТВК, так и (ii) пробелы в охране, доступной для ТВК, которые присущи системе ИС и не характерны для ТВК (такие, как ограничения и исключения в соответствии с авторским правом). Система ИС не является системой абсолютного контроля над охраняемыми объектами, и особенно системы авторского права и смежных прав являются предметом широкого спектра исключений и ограничений. Границы систем ИС, которые включают решения об объеме охраняемых объектов, часто отражают важные политические соображения, в частности свободу выражения и охрану области общественного достояния. Для обсуждения таких политических соображений см. ниже под заголовком «Политические вопросы». Например, как отмечал один из комментаторов, использование других культур в качестве источника вдохновения является частью творческого процесса и использование «стиля» какого-либо ТВК не обязательно должно рассматриваться как незаконное присвоение, в особенности, если признается источник ТВК.

41. Настоящий проект анализа не рассматривает эти крупные концептуальные и оперативные пробелы в деталях. Однако они имеют значительную важность и актуальность, обсуждались в рамках Комитета и подлежат дальнейшему обсуждению.

Резюме

42. Приводимая ниже таблица резюмирует структуру этого анализа, как предложено выше. Этот методический подход принят для облегчения подготовки и прочтения настоящего анализа. Однако на практике вопросы редко возникают так разрозненно и в таком «чистом» виде. Можно также рассмотреть насколько широко общины используют или могут использовать преимущества отдельных вариантов, которые могут существовать в современных системах ИС. Кроме того, ТВК часто очень тесно переплетаются с формами ТЗ (см. документ WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)). Поэтому принятый подход в некотором смысле является искусственным при сравнении с тем, что происходит или может происходить на практике. Однако предполагается, что методический и структурированный подход может содействовать проведению обсуждений в рамках МКГР.

<b>Объект ТВК:</b>	<b>Желаемая охрана:</b>	<b>Осознанные недостатки:</b>
(i) литературные и художественные произведения, такие как традиционная музыка и изобразительное искусство	(i) охрана ТВК от неразрешенного использования	(i) требование оригинальности
(ii) исполнения ТВК	(ii) предотвращение использования ТВК, являющегося оскорбительным, унижительным и/или наносящим ущерб культуре и духовности	(ii) владение
(iii) образцы		(iii) фиксация
(iv) секретные ТВК	(iii) предотвращение ложных или вводящих в заблуждение заявлений о подлинности и происхождении	(iv) срок
(v) коренные и традиционные названия, слова и символы	(iv) предотвращение непризнания источника при использовании ТВК	(vi) формальности
	(v) защитная охрана ТВК	(vii) исключения и ограничения
	(vi) охрана от неразрешенного раскрытия конфиденциальных или секретных ТВК	(vii) защитная охрана

### III. АНАЛИЗ

#### A. Обязательства, положения и возможности, которые уже существуют на международном уровне для обеспечения охраны ТВК/ВФ

##### *Литературные и художественные произведения*

43. Литературные и художественные произведения, как правило, охраняются законодательством по авторскому праву, воплощенным на международном уровне в Бернской конвенции 1971 г., Соглашении ТРИПС 1994 г. и ДАП 1996 г. Поэтому в отношении традиционных литературных и художественных произведений ссылка делается на эти международные договоры.

44. В соответствии с этими договорами следующие обязательства, положения и возможности существуют для охраны литературных и художественных ТВК:

- (a) Традиционные литературные и художественные произведения, которые в достаточной мере являются «оригинальными» и автор или авторы которых известны, могут охраняться как авторско-правовые произведения. «Оригинальность» не определена в соответствующих международных договорах, в общем плане она также не определена и в национальных законах. Этот вопрос оставлен на усмотрение судов в связи с рассмотрением отдельных случаев. Однако в общем плане можно сказать, что произведение является «оригинальным», если при его создании использовались определенные интеллектуальные усилия и оно не скопировано с произведения, созданного другим лицом<sup>17</sup>. ТВК, которые являются оригинальными произведениями конкретной общины в том смысле, что они не скопированы с произведений другого лица или лиц, являются в достаточной степени «оригинальными». В общем плане требуется сравнительно невысокий уровень творчества для соответствия требованию оригинальности в законодательстве по авторскому праву. Прецедентное право различных юрисдикций, в частности Австралии<sup>18</sup>, Китая<sup>19</sup> и других стран<sup>20</sup>, подтверждает, что современные выражения традиционной культуры, будучи переработками и интерпретациями, навеянными или основанными на предшествующих традиционных литературных и художественных произведениях, могут охраняться как авторско-правовые произведения. Обсуждаемая здесь охрана предоставляется на современные литературные и художественные произведения, которые включают новые элементы и у которых есть живущий и устанавливаемый автор (или авторы)<sup>21</sup>. См. ниже в отношении «пробела», который существует в отношении литературных и художественных произведений, передаваемых без существенных изменений из поколения в поколение.
- (b) Произведения, которые еще не «опубликованы» и которые принадлежат «неизвестным авторам», предположительно являющимся гражданами страны Бернского союза, охраняются как авторско-правовые произведения в соответствии со Статьей 15.4 Бернской конвенции 1971 г. Эта статья была включена в Бернскую конвенцию в 1967 г.

<sup>17</sup> Palethorpe and Verhulst, page 28; see also Ricketson, S. and Ginsburg, J., International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond (New York, 2005), pp. 511 to 514.

<sup>18</sup> M, Payunka, Marika and Others v. Indofurn Pty Ltd 30 IPR 209; Bulun Bulun v R & T Textiles Pty Ltd (1998) 41 IPR 513.

<sup>19</sup> Decision of Beijing Higher People's Court, Case No. 246, 17 December 2003.

<sup>20</sup> Lucas-Schloetter, *op. cit.*, cases cited in footnote 238 and on pages 301 to 304.

<sup>21</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.



специально для предоставления охраны ТВК, автор которых неизвестен. Национальное законодательство должно назначить «компетентный орган», представляющий этого автора в таких случаях, а другие страны могут быть уведомлены о таком органе путем направления письменного заявления в адрес Генерального директора ВОИС. До сих пор только одно государство сделало такое заявление – это Индия, хотя некоторые другие страны ввели в действие охрану на основе Статьи 15.4. Представляется, что назначение упомянутого компетентного органа, уведомление об этом ВОИС, а также дальнейшее уведомление об этом других государств-членов являются шагами в направлении практического применения этой статьи, а не устанавливающими саму предусмотренную охрану<sup>22</sup>. Другими словами, охрана неопубликованных произведений неизвестных авторов существует согласно этой Конвенции; назначение компетентного органа и все последующие шаги просто направлены на облегчение реализации и обеспечение такой охраны. Согласно Статье 7.3 Бернской конвенции после того, как произведение «было правомерно сделано доступным для всеобщего сведения», срок охраны истекает через 50 лет. С другой стороны, 50-летний срок, предусмотренный в Конвенции, является минимальным сроком, и государства-члены в своих национальных законах могут предусматривать более продолжительный срок (Статья 7.6). Поэтому теоретически страна может предусматривать срок охраны, составляющий 100 или даже 1000 лет в отношении произведений согласно Статье 15.4. Однако в международной практике применяется положение Статьи 7.8 Конвенции о «сравнении сроков охраны». Это означает, что (i) продолжительность охраны регулируется сроком охраны в стране, где испрашивается охрана, и (ii) тем не менее, если срок охраны в этой стране более продолжительный, чем срок охраны в стране происхождения охраняемого произведения, тогда будет применяться более короткий срок охраны. На практике это означает, что более длительный по сравнению с минимальным срок охраны будет применяться только в том случае, когда обе страны применяют этот более длительный срок, в противном случае будет применяться более короткий срок. Статья 20 Конвенции разрешает странам вступать между собой в специальные соглашения, которые предоставляют авторам более широкие права по сравнению с Конвенцией или содержат другие положения, не противоречащие этой Конвенции. Статья 7.3 предусматривает, что страны не обязаны охранять произведения, выпущенные анонимно, в отношении которых есть основания предполагать, что со времени смерти их автора прошло 50 лет.

- (c) Коллекции, подборки и базы данных ТВК, будь то ранее существовавшие или современные, охраняются как авторско-правовые произведения в качестве таковых. Соглашение ТРИПС и ДАП ясно определяют, что подборки не авторско-правовых материалов могут охраняться как подборки и базы данных. Кроме того, в некоторых юрисдикциях существует *sui generis* охрана на базы данных. См. также ниже, под заголовком «Реестры и базы данных».

- (d) Запись ТВК, в частности музыка, охраняется в соответствии с законодательством о «смежных правах».

45. Применительно ко всем произведениям, охраняемым как объекты авторского права ((a) – (c), выше):

---

<sup>22</sup> Следует напомнить, что авторское право является автоматическим и не зависит от каких-либо формальностей.

- (a) Владельцы авторского права будут обладать имущественными правами, позволяющими им разрешать или предотвращать определенные действия, ассоциируемые с авторско-правовой охраной, включая воспроизведение, переработку, публичные исполнения, распространение и сообщение для всеобщего сведения.
- (b) Они будут также обладать личными неимущественными правами на признание авторства, целостность (право возражать против искажения произведения) и публикацию (право решать, когда, где и для какой цели произведение будет опубликовано или раскрыто). Многие считают личные неимущественные права особенно полезными для целей ТВК.
- (c) Имущественные права имеют срок действия по меньшей мере 50 лет после смерти автора или последнего из оставшегося в живых авторов в случае соавторства. Точная продолжительность срока охраны будет зависеть от национального законодательства. С другой стороны, личные неимущественные права могут иметь неограниченный срок действия, опять же в зависимости от национального законодательства.
- (d) «Фиксация» не является требованием для охраны в соответствии с международным законодательством по авторскому праву (поэтому «незафиксированные» картины или другие произведения изобразительного искусства, в частности натюрмортная раскраска и скульптуры из песка, в принципе охраняются в соответствии с международными принципами). Препятствие, связанное с «фиксацией», актуально только в тех странах (преимущественно с традицией общего права), которые избрали фиксацию в качестве требования на национальном уровне. Кроме того, большинство ТВК, которые уязвимы для эксплуатации, воплощены в фиксированной форме (в частности произведения изобразительного искусства, ремесла), исключением, пожалуй, является живое исполнение ТВК перед публикой (в отношении которого см. ниже, под заголовком «Исполнение ТВК»).
- (e) Авторско-правовая охрана предоставляется на произведения, созданные несколькими авторами, при условии, что авторов можно установить, или в случае, когда владельцам авторского права на произведение является юридическое лицо.
- (f) Авторско-правовая охрана предоставляется без каких-либо формальностей.
- (g) Охрана принудительно применяется на международном уровне посредством Бернской конвенции 1971 г. и Соглашения ТРИПС 1994 г. В результате, ТВК охраняемые как авторско-правовые произведения охраняются в иностранных государствах-участниках этих договоров на основании принципа «национального режима».

46. В отношении записей ТВК, охраняемых как смежные права ((d), выше):

Охрана, предоставляемая на звукозаписи традиционной музыки (и другие ТВК, в частности легенды и поговорки), берет начало из Римской конвенции 1961 г., Соглашения ТРИПС 1994 г. и ДИФ 1996 г., которые регулируют «смежные права». Охрана, которой наделяются звукозаписи, представляет косвенную охрану на ТВК, а также содействует сохранению и развитию ТВК. ТВК, которые некогда передавались в силу устной традиции и поэтому не подлежат охране в соответствии с теми национальными законами, которые требуют фиксации в качестве одного из требований для предоставления авторско-правовой охраны, могут косвенно охраняться путем их фиксации в форме звукозаписи. Обладатели прав на звукозаписи фактически являются продюсерами звукозаписей и пользуются исключительными правами на воспроизведение, распространение, аренду и сообщение для всеобщего сведения. В соответствии со Статьей 12 Римской конвенции и Статьей 15 ДАП 1996 г. они также могут

пользоваться факультативным правом на вознаграждение в том случае, если звукозаписи опубликованы для коммерческих целей вещания или доведения до всеобщего сведения. Это справедливое вознаграждение делится с исполнителями, чьи исполнения записаны (подробнее см. ниже, под заголовком «Исполнения ТВК»). В соответствии с Согласованным заявлением в отношении Статьи 15 ДИФ 1996 г. производителям звукозаписей ТВК, не опубликованных для коммерческой выгоды, в рамках национальных подзаконных актов может быть предоставлено такое право (также как и исполнителям ТВК, воплощенных в записи, см. подробнее ниже). Это Согласованное заявление было специально принято для учета того факта, что часто ТВК используются в широких масштабах через эфирное вещание или другие формы сообщения для всеобщего сведения на основе некоммерческих записей (в частности этнографических записей).

#### *Исполнения ТВК*

47. Хотя существовало мнение, что даже исполнители ТВК охранялись в соответствии с Римской конвенцией 1961 г., любые сомнения были устранены ДИФ 1996 г., который в настоящее время однозначно охраняет права исполнителей «выражений фольклора». Охрана, предоставляемая ДИФ 1996 г., охватывает личные неимущественные права, различные исключительные имущественные права и факультативное право на справедливое вознаграждение в случае, когда исполнение записано в звукозаписи, которая опубликована для коммерческих целей, как указывалось выше. Согласованное заявление в отношении Статьи 15 ДИФ 1996 г. также применяется к исполнителям.

48. Права исполнителей ограничены во времени по крайней мере 50 годами со времени первой фиксации в звукозаписи. Если исполнение не зафиксировано (в частности, в случае живого исполнения перед публикой), этот срок не применим, так как охрана может предоставляться только в отношении одновременных действий.<sup>23</sup>

49. Можно сказать, что исполнения ТВК пользуются широкой охраной в соответствии с международными законами о смежных правах или, по крайней мере, наравне с другими видами исполнений. Статьи 5-10 ДИФ 1996 г. устанавливают ряд личных неимущественных и имущественных прав для исполнителей. Фактический объем этой охраны на национальном уровне зависит от того, в какой степени и каким образом страны ратифицировали и применяют ДИФ 1996 г.<sup>24</sup> Следует отметить, что не все государства ратифицировали ДИФ 1996 г. По состоянию на 22 августа 2008 г. таких государств было 64.

#### *Образцы*

50. Значительная часть вышеуказанного анализа в отношении литературных и художественных произведений актуальна также для образцов. Традиционные образцы, которые являются более современными переработками ранних традиционных образцов, могут охраняться как промышленные образцы и регистрироваться в качестве таковых, и ряд документов приводят примеры из Китая и Казахстана<sup>25</sup>. С другой стороны, основополагающие образцы из далекого прошлого и их копии не охраняются. Однако в связи с охраной традиционных образцов опыт довольно ограничен.

<sup>23</sup> Статьи 5 и 6, ДИФ, 1996.

<sup>24</sup> См. ВОИС, «Анализ выполнения положений ДАП и ДИФ», 2003 г., по адресу: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_9/sccr\\_9\\_6.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_6.pdf) and Lucas-Schloetter, *op. cit.*, pages 304 and 305.

<sup>25</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO, Consolidated Analysis.

*Секретные ТВК*

51. Действенной формой охраны секретных ТВК является их нераскрытие, но прецедентное право демонстрирует, что согласно общему праву, по крайней мере, в некоторых юрисдикциях информация, передаваемая конфиденциально, охраняется от дальнейшего раскрытия. В австралийском случае *Foster vs. Mountford (1976) 29 FLR 233* коренная община в Австралии смогла запретить публикацию изображений и информации о священных местах, предметах и других ТВК, которые представляли большую религиозную и культурную ценность для этой общины и которые были раскрыты одному антропологу добросовестно и конфиденциально<sup>26</sup>. В отношении обсуждения соответствующих политических соображений см. ниже, под заголовком «Политические вопросы».

52. Эта форма охраны в соответствии с общим правом находит свой резонанс в конкретной охране, предусмотренной в международных договорах в области ИС и законах по борьбе с недобросовестной конкуренцией (Статья 10bis Парижской конвенции 1967 г. и Статья 39 Соглашения ТРИПС), которая включает охрану от раскрытия конфиденциальной информации. «Нарушение доверия» типа того, которое имело место в случае *Foster vs. Mountford*, включено как практика, «противоречащая честной коммерческой практике»<sup>27</sup>, как указано в Статье 39 Соглашения ТРИПС 1994 г.

53. Охрана конфиденциальной информации не требует ни соблюдения формальностей, ни контрактной взаимосвязи между общиной и стороной, получающей соответствующую информацию. Однако коренные и другие общины могут столкнуться с практическими препятствиями при отстаивании своих прав, в частности ограниченным доступом к юридическим услугам и финансированию. См. выше, под заголовком «Оперативный разрыв».

54. Кроме того, исследователи-этнографы и другие специалисты недавно разработали этические кодексы и протоколы, которые могут служить для предотвращения культурного ущерба, типа того, который имел место в случае *Mountford* (подробнее см. ниже, под заголовком «Протоколы, правила поведения, контракты и другие практические инструменты»). ВОИС подготовила пригодную для поиска базу данных таких правил и протоколов по адресу: [http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative\\_heritage/](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/)

*Коренные и традиционные названия, слова и символы*

55. В данном вопросе имеется два аспекта, в частности:

- (а) *Защитная охрана*: коренные общины озабочены тем фактом, что некоренные компании и лица используют их слова, названия, образцы, символы и другие отличительные обозначения в процессе торговли и регистрируют их в качестве товарных знаков, географических указаний и/или доменных имен; и
- (б) *Позитивная охрана*: позитивная охрана общинами коренных названий, слов и символов в качестве товарных знаков и географических указаний.

56. В отношении защитной охраны Статья *bisquies* Парижской конвенции предусматривает отказ в регистрации или признание регистрации недействительной в отношении тех знаков, которые «противоречат морали и общественному порядку и, в

<sup>26</sup> WIPO, Consolidated Analysis.

<sup>27</sup> Note 10 to the TRIPS Agreement.

особенности, если они могут ввести публику в заблуждение». Соответствующие правила можно найти в национальных законах по товарным знакам большинства стран.

57. Общие нормы законодательства по борьбе с недобросовестной конкуренцией, включая охрану от «коммерции под чужим именем», также применимы и полезны в этом контексте.

58. Что касается позитивной охраны, в распоряжении общины, которая желает зарегистрировать товарные знаки, являющиеся «отличительными», имеются международные принципы и процедуры. Охрана товарных знаков потенциально бесконечна во времени. Несколько коренных общин зарегистрировали коллективные или сертификационные знаки (подробнее см. ниже).

*В. Пробелы, которые существуют на международном уровне, и по возможности иллюстрация этих пробелов примерами*

*Литературные и художественные произведения*

59. Могут быть идентифицированы следующие пробелы<sup>28</sup>:

- (a) *Требование «оригинальности»:* ТВК, которые являются всего лишь имитацией или воспроизведением ранее существовавших ТВК, вряд ли будут отвечать требованию «оригинальности» и поэтому охраняться в качестве обычных авторско-правовых произведений. Это означает, что они, скорее всего, не будут наделять своих владельцев имущественными правами (следует отметить, что личные неимущественные права могут также применяться к произведениям, находящимся в области «общественного достояния», включая, возможно, ранее существовавшие ТВК). Далее, в отношении тех ТВК, которые охраняются в качестве обычных авторско-правовых произведений, законодательство не делает различий на основе личности автора, т.е. требование оригинальности может быть выполнено даже автором современного выражения фольклора, не являющимся членом соответствующей общины, из которой происходит данная традиция. Это вызывает озабоченность у коренных и традиционных общин, которые могут пожелать предотвратить или, по крайней мере, ограничить возможность получения авторского права на произведения, которые возникли в этой общине, лицам не являющимся выходцами из соответствующей общины (см. ниже, под заголовком «Защитная охрана»).
- (b) *Охрана «стиля»:* Одно из наиболее частых заявлений состоит в том, что «стиль» коренного произведения имитировался или был незаконно присвоен. Авторско-правовые законы и законы об образцах допускают имитацию неоригинальных элементов или базовых идей и концепций произведения, что является широко распространенной практикой, поскольку творчество подпитывается и вдохновляется другими произведениями. Поэтому даже если авторским правом охраняется новое основанное на традиции выражение культуры, авторско-правовая охрана сама по себе не предотвратит присвоение традиционного «стиля» охраняемого произведения. Элементы стиля могут охраняться в той степени, в которой стиль воплощает оригинальное выражение. Далее, законодательство о недобросовестной конкуренции и деликт общего права, связанный с «коммерцией под чужим именем», могут быть полезными в этом случае (см. ниже). Это может относиться к охране стиля как такового, как объекта охраны или к охране от вводящей в заблуждение коннотации или

<sup>28</sup> Требование фиксации не рассматривается здесь в качестве «пробела», поскольку это не является требованием в соответствии с международным законодательством по авторскому праву.

представления, которое основано на использовании стиля или отличительных образов или символов. Часто предметом присвоения является репутация, ассоциируемая с ТВК, в том виде как она воплощена или представлена своим отличительным «стилем».

- (с) *Владение*: В случае основополагающих или ранее существовавших ТВК авторское право не предоставляет охраны на произведения, в отношении которых нет установленного автора или авторов, а скорее есть община или другой коллектив, который испрашивает охрану. Другими словами, произведения, которые были некогда коллективно созданы неизвестными авторами, не охраняются авторским правом. Однако есть одна возможность, и это охрана, предоставляемая Статьей 15.4 Бернской конвенции, которая обсуждалась выше<sup>29</sup>. Среди недостатков этой статьи то, что такая охрана является факультативной и большинство национальных законов не применяют ее, срок охраны на такие произведения ограничен до минимальных 50 лет с того момента, как произведение «законным образом было доведено до сведения публики», и роль общин специально не упоминается, а упоминается лишь «компетентный орган», который осуществляет права от имени автора. Охрана в соответствии с этой статьей также ограничена Статьей 7.3 Бернской конвенции, в которой говорится, что страны не обязаны охранять произведения, выпущенные анонимно и в отношении которых есть все основания предполагать, что со времени смерти их автора прошло 50 лет.
- (d) *Срок охраны*: Продолжительность охраны авторским правом, как правило, составляет 50 лет после смерти автора или 70 лет в некоторых юрисдикциях. Бернская конвенция 1971 г. предусматривает минимальный срок охраны 50 лет и страны свободны в предоставлении авторско-правовой охраны на более длительные сроки. Однако общей основой авторско-правовой системы является тот факт, что срок охраны не является бесконечным. Система основана на том понимании, что срок охраны ограничен с тем, чтобы произведения, в конечном счете, попали в область общественного достояния. Отметив это, следует также упомянуть, что личные неимущественные права во многих национальных законах являются бесконечными, также в национальных законах существуют различия в сроках действия имущественных прав.
- (е) *Исключения и ограничения*: Компонент «общественного достояния» системы ИС критикуется и/или оспаривается некоторыми коренными общинами как концепция, которую они не признают. Кроме того, некоторые конкретные исключения и ограничения, характерные для законодательства в области авторского права, критикуются как неподходящие для ТВК, в частности исключения, которые разрешают скульптурам или произведениям художественного ремесла, постоянно экспонируемым в публичных местах, воспроизводиться на фотографиях, рисунках и другими способами без всякого разрешения<sup>30</sup>. Аналогичным образом национальные законы в области авторского права часто разрешают публичным архивам и библиотекам делать репродукции с произведений и держать их открытыми для публики. Коренные общины выражают озабоченность по поводу таких исключений и ограничений. Ограниченный срок охраны авторского права и смежных прав уже рассматривался отдельно.

<sup>29</sup> Среди других возможностей, которые часто обсуждаются при решении вопроса о владении – охрана, предоставляемая в соответствии с авторским правом на произведения, созданные анонимно, и совместные и/или коллективные произведения. Однако, поскольку эти варианты считаются, как правило, недостаточными, они не обсуждаются подробно. См. WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

<sup>30</sup> McDonald, I. *op cit.*, p. 44.

- (f) *Защитная охрана*: Вопрос здесь состоит в том, следует ли, и если следует, то каким образом, регулировать производные произведения, созданные авторами, не связанными с традициями и культурным материалом, который они адаптировали или которым они были вдохновлены. Это обсуждение также применимо к традиционным образцам. Как широко обсуждалось ранее<sup>31</sup>, произведения, производные от материалов, находящихся в области общественного достояния, могут охраняться авторским правом, поскольку новая интерпретация, аранжировка, переработка или коллекция материалов, находящихся в области общественного достояния, или даже их «переупаковка» в форме цифрового усиления, окраски и пр. в результате может дать новое выражение, которое будет в достаточной степени «оригинальным». Требование оригинальности может быть удовлетворено даже автором, который не является членом общины, из которой берет начало данная традиция. В этом контексте общины могут испрашивать форму защитной охраны в целях предотвращения или, по крайней мере, ограничения возможности авторов, не принадлежащих к соответствующей общине, получать авторское право на произведения, производные от культурных традиций данной общины.
- (g) *Владение записями и документацией*: Что касается записей и документирования соответствующих ТВК, включая традиционных исполнителей, недостаток состоит в том, что вышеуказанной охраной наделяется продюсер, который не обязательно должен быть и часто не является членом соответствующей общины. Продюсером может быть этномузыковед, фольклорист или другой коллекционер. Коренные народы и местные общины часто выдвигают аргумент, что их права и интересы, связанные с ИС, включая права и интересы в контексте традиционных и коренных законов, не всегда учитываются в достаточной мере, когда их ТВК впервые записываются и документируются фольклористами, и другими выездными исследователями, или когда они впоследствии экспонируются и к ним открывается публичный доступ музеями, архивами и другими коллекциями. Деятельность фольклористов, коллекционеров и выездных исследователей, музеев, архивов и пр., тем не менее, является чрезвычайно важной 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 демонстрирует напряженность, которая может возникнуть между «сохранением» и «охраной», как обсуждалось ранее, поскольку сам процесс сохранения может вызывать озабоченность по поводу отсутствия охраны и подвержен риску ненамеренно сделать ТВК в области «общественного достояния» уязвимым для нежелательного использования. Профессиональные организации и ассоциации, в частности такие, как Международный совет музеев (ICOM) и учреждения культуры, установили практику и разработали ценные и связанные с ИС правила поведения, протоколы и типовые контракты для решения этих вопросов. Многие из них можно найти в пригодной для поиска базе данных ВОИС по адресу: [http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative\\_heritage/](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/) (см. ниже, под заголовком «Протоколы, кодексы поведения и другие практические инструменты»).

60. Примеры:

- (a) картины, включая наскальные рисунки, сделанные коренными лицами, воспроизводились некоренными лицами на коврах, набивных тканях, футболках, платьях и другой одежде, а также на поздравительных открытках и впоследствии предлагались ими к продаже. Традиционное искусство также предлагалось в режиме

<sup>31</sup> Особо см. WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

он-лайн в качестве «обоев». Коренные татуировки также воспроизводились и использовались вне традиционного контекста;

- (b) традиционная музыка выборочно заимствовалась и цифровым способом объединялась с танцевальными ритмами в стиле «техно-хаус», чтобы выпустить популярный альбом «мировой музыки», охраняемый авторским правом;
- (c) в целях обслуживания сувенирного рынка, художественный промысел и ремесла (в частности плетеные корзины, небольшие картины и выточенные фигурки) с применением родовых традиционных стилей искусства воспроизводятся, имитируются и массово производятся в таких нетрадиционных предметах, как футболки, кухонные полотенца, сервировочные коврики, игральные карты, открытки, подставки под напитки и кулеры, календари и коврики для компьютерных мышек;
- (d) скульптура воплощает священный традиционный символ. Скульптор заявляет авторское право на скульптуру, но община заявляет, что он использовал символ без их согласия;
- (e) этнографические записи, содержащие деликатный материал, описывающий ритуал посвящения, были сделаны доступными учреждением культуры для образовательных и коммерческих целей. Община не является владельцем прав и не имеет никаких правовых оснований на этот объект в соответствии с законодательством в области ИС.

#### *Исполнения ТВК*

61. Как отмечалось выше, исполнения ТВК широко охраняются в соответствии с международными законами о смежных правах, в частности ДИФ 1996 г. Однако в связи с этой формой охраны могут быть идентифицированы следующие недостатки:

- (a) Охрана предоставляется в интересах исполнителя (исполнителей) ТВК, а не соответствующей общины, в особенности в тех случаях, когда исполнитель не является членом этой общины. Когда исполнитель или исполнители принадлежат к этой общине, то более вероятно, что эта община будет непосредственно пользоваться преимуществами такой охраны.
- (b) Только исполнения, подлежащие слуховому восприятию, охраняются в соответствии с ДИФ 1996 г. Это применяется ко всем исполнениям, а не только исполнениям ТВК. Возможное расширение охраны ДИФ на аудиовизуальные исполнения обсуждается государствами-членами ВОИС со времени принятия ДИФ в 1996 г.
- (c) Права исполнителей ограничены аудиовизуальным сектором (и опять, вообще, а не только в отношении ТВК). В соответствии со Статьей 19 Римской конвенции 1961 г., как только исполнитель дал свое согласие на включение его исполнения в визуальную или аудиовизуальную запись, права, оговоренные в Статье 7 этой Конвенции, «больше не применяются». Это означает, что за исключением права на фиксацию, права исполнителей ограничены аудиовизуальным сектором.
- (d) Права исполнителей ограничены по времени по крайней мере 50 годами в случаях, когда исполнение фиксировано в звукозаписи, или 20 годами в соответствии с Римской конвенцией. Этот срок не актуален для незаписанных исполнений. Поэтому вопрос о сроке охраны не может считаться «пробелом» как таковым.



62. Примеры: видеозапись живого исполнения перед публикой песен и танцев коренных лиц осуществляется, воспроизводится и публикуется на DVD, а также помещается в Интернете.

#### *Образцы*

63. Как и в случае литературных и художественных произведений, действительно древние образцы не охраняются, поскольку они не являются «новыми» или «оригинальными». Кроме того, срок охраны на образцы короче, чем на авторско-правовые произведения. Охрана образцов зависит от соответствия определенным формальным требованиям.

64. Примеры: образцы, воплощенные в домотканых или сплетенных вручную текстильных изделиях, коврах, ткачестве и предметах одежды, копируются и коммерциализуются некоренными лицами.

#### *Секретные ТВК*

65. В то время как, как отмечалось, Статья 39 Соглашения ТРИПС и Статья 10bis Парижской конвенции могут в некоторых случаях предоставлять надлежащую охрану на секретные ТВК, эти положения главным образом применимы к промышленной и коммерческой информации. Однако не все секретные ТВК представляют собой ценную в коммерческом отношении информацию. Раскрытие ТВК, как показывает упомянутое выше дело *Mountford*, зачастую наносит скорее культурный и духовный, чем имущественный ущерб. Поэтому это может рассматриваться в качестве «пробела» в охране, предоставляемой на нераскрытую и конфиденциальную информацию.

66. Неочевидно, что все секретные ТВК для этой цели должны рассматриваться как «конфиденциальные». Многие ТВК раскрыты в рамках общины, которая может включать множество людей, проживающих на обширных территориях и не в одной среде, в частности в сельской и городской средах. Другими словами, не всегда может быть ясно, в каких кругах секретные ТВК могут быть раскрыты без потери своего конфиденциального статуса.

67. Пример: конфиденциальная информация, раскрытая антропологу, опубликована этим антропологом (см. выше, дело *Mountford*). В некоторых случаях музеи, архивы и другие подобные учреждения ненамеренно раскрывают подобную информацию.

#### *Коренные и традиционные названия, слова и символы*

68. Как уже отмечалось, в международном законодательстве по товарным знакам имеется возможность отказа в регистрации или признания ее недействительной в отношении знаков, которые «противоречат морали или общественному порядку и, в особенности, если они могут ввести публику в заблуждение».

69. Хотя, как правило, такая охрана представляется адекватной, «пробел» может существовать в том плане, что понятия «противоречит морали» и «противоречит общественному порядку» являются широкими концепциями, применяемыми в соответствии с национальными законами, правилами и прецедентным правом, которые устанавливают соответствующие нормы общественной морали или публичного обмана в отдельной стране. Эти нормы применительно к заявкам на регистрацию товарных знаков значительно варьируются в различных национальных законах, равно как и концепция «публичности» по отношению к которой измеряется степень обмана или оскорбительности. Толкование этих концепций требует от персонала ведомств по товарным знакам и судей вынесения

дискреционных оценочных суждений, при этом многие из них могут не обладать специальным опытом работы с коренными общинами и ТВК.

70. Исходя из этих причин некоторые страны и региональные организации ввели в действие специальные меры для охраны ТВК от использования в качестве товарных знаков. См. ниже, под заголовком «Варианты, которые существуют или могут быть разработаны для устранения выявленных пробелов, включая правовые и другие варианты, будь то на международном, региональном или национальном уровне».

71. Пример: коммерческое использование коренных слов, названий и символов не коренными лицами в отношении корпоративных логотипов, спортивного оборудования, моды, спортивных команд, игр и игрушек, автомобилей, оружия и алкогольной продукции.

*C. Соображения, актуальные для определения необходимости устранения этих пробелов*

72. Принятие решений о том, следует или нет устранять какие-либо из идентифицированных выше пробелов, является прерогативой участников Комитета. В этом разделе излагаются некоторые соображения и факторы, которые участники могут пожелать принять во внимание при принятии таких решений.

*Подход к устранению пробелов на международном, региональном, национальном и/или местном уровнях*

73. Одним из соображений может быть уровень, на котором определенный пробел возможно или необходимо устранить. Некоторые пробелы могут потребовать устранения на международном уровне, например путем заключения какого-либо международного инструмента<sup>32</sup>, в то время как другие могут быть устранены на региональном, национальном и/или местном уровнях. В настоящем документе рассматривается спектр имеющихся вариантов в плане видов инструментов, которые государства могут пожелать принять, что подробно обсуждается в документе WIPO/GRTKF/IC/12/6.

*Законодательство, практика, создание потенциала*

74. Пробелы могут быть устранены путем принятия законодательных мер (в частности, введение новых или совершенствование существующих норм, будь то на международном, региональном или национальном уровнях), разработки практических инструментов (таких, как предоставление типовых компенсационных контрактов/контрактов на совместное пользование выгодами или исследовательских протоколов) и/или путем создания потенциала (в частности, укрепление возможностей общин проводить переговоры с третьими сторонами на равных или более равных основаниях).

*Правовая и политическая среда*

75. Одним из соображений могла бы быть степень, в которой охрана объектов ТВК является предметом обсуждений в других форумах или в которой ТВК уже являются объектом охраны в соответствии с правовыми инструментами в других политических областях. Например, две конвенции ЮНЕСКО рассматривают объекты ТВК: Конвенция по сохранению нематериального культурного наследия 2003 г. и Конвенция по охране и содействию развитию

<sup>32</sup> См. WIPO/GRTKF/IC/12/6 в отношении различных вариантов международных инструментов, которые могут быть приняты.

разнообразия выражений культуры 2005 г., которые обсуждались в предшествующих документах. Эти Конвенции были приняты недавно, и поэтому опыт их применения пока еще незначителен. Охрана ТВК также обсуждается в некоторых форумах, рассматривающих вопросы прав человека и коренных народов, и Декларация ООН о правах коренных народов<sup>33</sup> предлагает соответствующую формулировку в связи с охраной ТВК. Конвенция МОТ 169 в отношении коренных и племенных народов в независимых странах также является актуальной. Вопрос заключается в том, как наилучшим образом эти различные политические процессы могут поддерживать и дополнять друг друга.

76. Политическая атмосфера в рамках ВОИС также имеет прямое отношение. Одним из элементов Повестки дня ВОИС в области развития, например, является: «Призвать МКГР ускорить процесс по охране генетических ресурсов, традиционных знаний и фольклора без ущерба любым другим результатам, включая возможную разработку международного инструмента или инструментов».

#### *Вопросы политики*

77. Участники Комитета могут также пожелать рассмотреть вопрос о том, почему, прежде всего, возникает идентифицированные пробелы, а также о политических последствиях их устранения.

78. Возможная охрана ТВК поднимает ряд сложных культурных, экономических, социальных и связанных с торговлей вопросов. В предшествующих документах вопросы политики обсуждались несколько подробнее<sup>34</sup>.

79. В связи с политикой в области ИС охрану или отсутствие охраны ТВК можно было бы оценить в связи с влиянием такой охраны на содействие развитию и охране творчества и инноваций как вклада в устойчивое экономическое развитие, включая развитие местных и сельских общин. Например, призывы к бессрочной охране ТВК или к охране «стиля», как правило, оцениваются в связи с ключевыми политическими принципами соответствующих систем ИС. Кроме того, неотъемлемой частью разработки надлежащей политической структуры, в рамках которой рассматривается охрана ИС и ТВК, является ясное понимание роли, контуров и границ так называемой «области общественного достояния» и влияния охраны ТВК на эту область<sup>35</sup>. Ключевой политической проблемой является координация любых новых видов охраны ТВК с существующей системой ИС и другими системами.

80. Однако охрана ТВК также затрагивает другие важные области политики. Участники Комитета могут пожелать рассмотреть охрану ТВК, например, в связи с: сохранением и сохранением культурного наследия; свободой выражения; уважением прав, интересов и притязаний коренных и других традиционных общин; признанием традиционных законов, протоколов и практики; доступом к знаниям и объемом «области общественного достояния», решением вопросов в связи с разнообразием культур; и содействием культурному разнообразию, включая лингвистическое разнообразие, а также доступ к разнообразию выражений культуры.

<sup>33</sup> Представлено Комитету в виде документа WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

<sup>34</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3 и WIPO/GRTKF/IC/7/3.

<sup>35</sup> См. документ ВОИС WIPO/GRTKF/IC/5/3, пункты. 22-33, и последующие документы.

отформатировано: русский

отформатировано: русский

*Экономические, культурные и социальные цели*

81. Идентификация политических ответов на эти вопросы вызывает необходимость внесения ясности в более широкие экономические, культурные и социальные цели, которым будет служить охрана ТВК, как обсуждалось выше. В предшествующих документах был идентифицирован ряд целей, которые должны быть достигнуты через охрану ТВК, в частности:

- (a) Признание ценности ТВК
- (b) Содействие уважению ТВК
- (c) Удовлетворение насущных потребностей общин
- (d) Предотвращение незаконного присвоения
- (e) Расширение прав и возможностей общин
- (f) Поддержка традиционной практики и сотрудничества между общинами
- (g) Содействие сбережению традиционных культур
- (h) Содействие инновациям и творчеству общин
- (i) Содействие интеллектуальной и художественной свободе, исследованиям и культурному обмену на справедливых условиях
- (j) Содействие культурному разнообразию
- (k) Содействие развитию общин и законной торговой деятельности
- (l) Предотвращение несанкционированного предоставления прав ИС
- (m) Повышение определенности, прозрачности и взаимного доверия.

*Особые технические и правовые вопросы*

82. Участники Комитета могут также пожелать оценить вопрос устранения пробелов в связи с особыми техническими и правовыми вопросами, которые были ранее идентифицированы как необходимые для рассмотрения в связи с ИС и ТВК (см. например, список вопросов по ТВК, подготовленный Комитетом). Они включают следующие вопросы:

- (a) какая предполагается форма охраны и какие права должны предоставляться?
- (b) кто будет являться владельцем прав и кто будет пользоваться их преимуществами?
- (c) каковы исключения и ограничения, при наличии таковых, которые будут привязаны к этим правам?
- (d) каким образом будут приобретаться эти права? Должны ли они быть обусловлены соблюдением формальностей?
- (e) каков должен быть срок действия этих прав и каким образом они будут утрачиваться? Должны ли эти права действовать ретроактивно?
- (f) каким образом осуществлять администрацию и применение прав? Какие формы юридических процедур и какие механизмы урегулирования споров должны применяться? и
- (g) каким образом должны рассматриваться иностранные права?

*Оперативные вопросы: управление правами и их соблюдение*

83. Охрана должна быть практически целесообразной и обеспеченной правовыми санкциями, в особенности с точки зрения традиционных общин, и не создавать излишней административной нагрузки как на правообладателей, так и на администраторов. Широко признается, что охрана ТВК должна поддерживаться предоставлением надлежащей технической помощи, укреплением прав и возможностей и поддержкой документации при желании общин.

*D. Варианты, которые существуют или могут быть разработаны для устранения выявленных пробелов, включая правовые и другие варианты, будь то на международном, региональном или национальном уровне*

84. Одним из вариантов является введение в действие специального отдельного закона, предусматривающего охрану ТВК, в котором рассматриваются идентифицированные пробелы в соответствии с традиционным законодательством в области ИС. Ряд стран и региональных организаций уже ввели такие законы, и, например, Африканская группа просила отразить в протоколах свое мнение о необходимости введения системы *sui generis*. Многие страны предусматривают специальную охрану ТВК в рамках своего авторско-правового законодательства, другие предусматривают охрану типа ИС на объекты ТВК в других областях законодательства, например таких, как законодательство по сохранению культурного наследия и торговой практике. С текстами этих законов можно ознакомиться на веб-сайте ВОИС<sup>36</sup>, и многие из них проанализированы и сравнены с предшествующими документами Комитета<sup>37</sup>. Такие законы и меры могут комплексно рассматривать идентифицированные пробелы и предоставлять единую форму охраны, специально предназначенную для ТВК. Например, они предусматривают права общин, которые охраняются бессрочно. Вводить или не вводить такой закон является политическим решением государств-членов, принимаемым с учетом политических, оперативных и технических соображений типа тех, которые упоминались выше.

85. Этот раздел сфокусирован, в частности, на конкретных корректировках и усовершенствованиях существующих актуальных законов по ИС, а также вариантов устранения конкретных выявленных пробелов при помощи неюридических мер. Эти корректировки и усовершенствования будут представлять собой *sui generis* в том смысле, что они будут отвечать определенным потребностям носителей ТВК и будут адаптированы к конкретным качествам ТВК. Эти варианты не обязательно являются взаимоисключающими.

*Литературные и художественные произведения*

*Признание общинных прав и интересов*

86. Суды готовы признавать общинные интересы на авторско-правовое произведение. При рассмотрении в Австралии дела *Bulun Bulun v. R & T Textiles (Pty) Ltd (1998) 41 IPR 513*<sup>38</sup> суд постановил, что в тех случаях, когда коренная община дает разрешение отдельному коренному художнику на создание художественного произведения в соответствии с требованиями традиционного права и обычаев, этот художник может обладать фидуциарными обязательствами действовать в целях сохранения самобытности общинной культуры. Такие фидуциарные обязательства могут возникать из взаимоотношений между этим художником и общиной на основе взаимного доверия. Традиционное право является частью реально существующей матрицы, которая характеризует эти взаимоотношения. Возникшее из фидуциарных взаимоотношений первичное право общины состояло в принятии мер против этого художника в целях обеспечения фидуциарных обязательств в случае нарушения им своих обязательств.

<sup>36</sup> <http://www.wipo.int/ik/en/laws/folklore.html>

<sup>37</sup> WIPO/GRTKF/IC5/INF 3, WIPO/GRTKF/IC/5/3 and WIPO, Consolidated Analysis.

<sup>38</sup> See Janke, Terri, 'Minding Culture – The Protection of Traditional Cultural Expressions', commissioned by WIPO.

Общинные немущественные права

87. Личные немущественные права (право на авторство и право возражать против искажения произведения) могут отвечать многим потребностям в связи с ТВК и потенциально бесконечны во времени (см. выше). Однако, как и имущественные права в соответствии с авторским правом, они связаны с устанавливаемым автором или авторами. Общинные немущественные права могут служить предметом дальнейшего изучения. В 2003 г. прежнее австралийское правительство распространило проект закона, регулирующего немущественные права коренных общин (ICMR) в целях охраны культурных интересов коренных общин<sup>39</sup>. ICMR рассматривался как возможный инструмент предотвращения коренными народами искажения произведений, основанных на их традициях, обычаях и поверьях. Определенные аспекты предложенного законопроекта подверглись критике со стороны коренных народов и других заинтересованных сторон. Нынешнее правительство страны пока еще не приняло решения в отношении законодательства по ICMR.

88. Следует напомнить, что охрана, предоставляемая личными немущественными правами, может длиться и зачастую длится неопределенное время в соответствии со многими национальными законами. Фактически, личные немущественные права продолжают применяться к произведениям, которые уже перешли в область общественного достояния и которые могут включать ранее существовавшие ТВК.

Пояснение содержания Статьи 15.4 Бернской конвенции

89. Статья 15.4 Бернской конвенции имеет очень ограниченное практическое применение. Поэтому может быть целесообразно исследовать соответствующие причины. Как предлагалось в ходе обсуждений в рамках Комитета, одним из вариантов мог бы быть пересмотр Статьи 15.4 Бернской конвенции и изучение вариантов ее совершенствования<sup>40</sup>.

90. Среди эти варианты могли бы быть пояснения, что (i) охрана в соответствии с этой статьей распространяется также на «опубликованные» произведения, (ii) срок охраны, применимый к произведениям в соответствии со Статьей 15.4, является минимальным и государства могут по желанию применять более продолжительный срок, при условии, что такой срок является ограниченным, и (iii) упомянутый «компетентный орган» мог бы включать орган, созданный в рамках национального законодательства общиной, или какой-либо другой орган, в котором такие общины имеют веский голос.

91. Неотъемлемой частью баланса в рамках авторско-правовой системы обычно считается тот факт, что срок охраны не должен быть бесконечным, чтобы произведения, в конечном счете, перешли в область общественного достояния. Однако существуют определенные исключения. Во многих национальных законах личные немущественные права бессрочны. Права на получение гонораров за использование известного произведения «Питер Пэн» существуют вечно в соответствии с авторско-правовым законодательством Соединенного Королевства в интересах благотворительности. Некоторые государства-члены Европейского Союза в целях компенсации последствий мировых войн предоставили более продолжительные сроки охраны на использование авторских произведений, и существует специальное положение по охране ранее неопубликованных произведений<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Выступление делегации Австралии (WIPO/GRTKF/IC/5/15, пункт 131).

<sup>40</sup> Выступления делегаций Италии и Бразилии на 12-й сессии МКГР.

<sup>41</sup> EU Directive 93/98/EEC, Preamble 6 and Article 4.

92. Никаких сроков не установлено в типовых положениях панамского закона и Тихоокеанской региональной структуры. Предполагается, что охрана может быть ограничена «впередсмотрящим» сроком охраны и ТВК могли бы охраняться, к примеру, в течение 150 лет<sup>42</sup>. Высказывались предложения, чтобы максимальный срок охраны был привязан к жизненному циклу общины. Это повлекло бы за собой акцент на текущем использовании, подобно товарным знакам, с тем, чтобы после того как община, с которой идентифицируются ТВК, прекращает использовать эти ТВК или больше не существует в качестве определенной общины, охрана этих ТВК прекращается<sup>43</sup>. Этот последний подход является подходом, воплощенным в проекте положений по ТВК, находящемся на рассмотрении Комитета.

Область общественного достояния с выплатой гонораров

93. Несколько стран ввели такую систему, в соответствии с которой пользователи произведений, находящихся в области общественного достояния, уплачивают определенную сумму национальному культурному фонду или подобным учреждениям. Этот подход предусматривает выплату вознаграждения за использование ТВК (в той степени, насколько они рассматриваются как принадлежащие к «области общественного достояния»), но не предотвращает использование ТВК внешними пользователями. Поэтому эту схему можно охарактеризовать как «пользуйся сейчас – плати позднее». Некоторые критикуют такой подход как устанавливающий вечное авторское право, которое будет исключать произведения из творческого цикла. В широком смысле похожий подход также называют «режимом компенсационной обязанности».

Произведения, автор которых неизвестен

94. «Произведения, автор которых неизвестен», подразумевают авторско-правовые произведения, автора которых невозможно установить. ТВК обычно рассматриваются как произведения, которые не имели автора в авторско-правовом смысле или автор которых «неизвестен», и поэтому в качестве таковых они не относятся к произведениям, автор которых «неизвестен». Далее, коренные общины могут быть чувствительны к предположениям, что их ТВК не имеют авторов только потому, что они являются общественными и коллективными. И здесь также можно поставить вопрос, имеют ли они установленное авторство в лице коллектива. Однако в контексте ТВК, где зачастую нет единого зафиксированного выражения, принадлежащего одному установленному автору, можно привести аргумент, что данные ТВК напоминают произведения, автор которых неизвестен, и поэтому законы или нынешние предложения, которые рассматривают вопрос о неустановленных авторах, могут предоставить идеи или варианты для охраны ТВК.

95. По крайней мере одна юрисдикция, а именно Канада, уже применяет законодательство, которое создает схему принудительного лицензирования, позволяя использовать опубликованные произведения, которые издаются национальным авторско-правовым органом от имени неустановленных владельцев авторского права<sup>44</sup>. Соединенные Штаты Америки и Европейский Союз в настоящее время рассматривают вопрос о произведениях, автор которых неизвестен, хотя существуют некоторые трудности, которые необходимо преодолеть, включая определения «произведения, автор которого неизвестен» и определенный порог для разумных усилий, которые оптимистически настроенный пользователь должен приложить в поисках автора. Например, Европейская Комиссия собрала группу экспертов на высшем уровне по

<sup>42</sup> См. WIPO/GRTKF/IC/5/15, пункт 37.

<sup>43</sup> Scafidi, S., 'Intellectual Property and Cultural Products,' 81 *B.U.L. Rev.* 793.

<sup>44</sup> Copyright Act of Canada, Art. 77, available at <http://www.cb-cda.gc.ca/info/act-e.html#rid-33751>

вопросам цифрового хранения, произведений, автор которых неизвестен и произведений, издание которых прекращено, для решения некоторых из этих вопросов в европейском контексте<sup>45</sup>. Законодательство, регулирующее произведения, автор которых неизвестен, в настоящее время находящееся на рассмотрении в Конгрессе США, следует подходу «ограничения средств судебной защиты».

Право на долю от перепродажи

96. Права на долю от перепродажи (*le droit de suite*) факультативно предусматриваются в Бернской конвенции (Статья 14<sup>ter</sup>) и признаются в некоторых, но не во всех юрисдикциях. Эти неотчуждаемые права позволяют художнику (или его или ее наследникам) получать долю от продажной цены художественного произведения, когда оно перепродается профессионалами художественного рынка (аукционистами, галереями или другими агентами по продаже произведений искусства); цель заключается в том, чтобы позволить художникам получать финансовые выгоды по мере того, как их творческие произведения растут в цене. В 2001 г. Европейский Союз выпустил специальную директиву по этому вопросу в целях гармонизации подхода своих членов к правам на долю от перепродажи<sup>46</sup>. Эта директива требует от каждого государства ЕС ввести законодательство, предоставляющее художникам право на получение доли по скользящей шкале, от доходов, полученных в результате перепродажи их произведений в течение периода их жизни плюс 70 лет. Некоторые страны Латинской Америки и Африки также применяют право на долю от перепродажи. Это право может также быть использовано в качестве механизма совместного пользования выгодами для направления выручки от продажи на аукционах произведений коренного искусства коренным художникам в той степени, насколько они рассматриваются в качестве «авторов» и насколько их ТВК являются произведениями, охраняемыми авторским правом, что часто может иметь место.

Использование принципов охраны от недобросовестной конкуренции для борьбы с незаконным присвоением репутации, ассоциируемой с ТВК, («стиля»)

97. Часто именно ассоциируемая с ТВК репутация, воплощенная или представляемая их отличительным «стилем», является объектом незаконного присвоения. В этом контексте охрана будет включать охрану от ложных заявлений в отношении «подлинности» или ассоциации с общиной или ее согласием. Законодательство о недобросовестной конкуренции и деликт общего права коммерции под чужим именем могут быть полезными в этом контексте. Они могут относиться к охране стиля *per se* в качестве объекта охраны или к охране от вводящего в заблуждение представления, которое основано на использовании стиля или отличительных образов или символов. Это обсуждение может также применяться к традиционным образцам.

98. Варианты в отношении репутации, ассоциируемой с ТВК, могут включать:

- (а) *Сертификационные знаки*: Местные общины в нескольких странах зарегистрировали сертификационные и/или коллективные товарные знаки, либо «ярлыки аутентичности», например в Австралии, Новой Зеландии, Канаде, Соединенных Штатах Америки

<sup>45</sup> Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works, i2010: Digital Libraries High Level Expert Group – Copyright Subgroup, 2007.

<sup>46</sup> Директива о правах на долю от перепродажи в интересах авторов оригинальных произведений искусства, 2001 г.



(Аляска), Японии<sup>47</sup>, Панаме, Фиджи<sup>48</sup>. (См. также Анализ пробелов в области ТЗ, WIPO/GRTKF/IC/13/5(b), Часть III(a)(v) в отношении дальнейшего обсуждения по вопросу охраны отличительных обозначений).

- (b) *Законы о «правдивости рекламы» и маркировки:* Закон об охране индейского искусства и ремесел 1990 г. (IACA), принятый в США охраняет исконных американских художников, обеспечивая им аутентичность индейских артефактов под патронажем Индейского совета по художественным промыслам и ремеслам. Этот закон, суть которого состоит в «достоверности при сбыте», предотвращает сбыт продукции под маркировкой «Indian made», когда эта продукция не произведена индейцами в том смысле, как они определены в Законе<sup>49</sup>.
- (c) *Географические указания:* Некоторые участники Комитета подчеркивали потенциальное использование географических указаний в этой области. Некоторые ТВК, в частности ремесленные изделия с использованием природных ресурсов могут быть квалифицированы как «товары», которые могут охраняться географическими указаниями. Кроме того, некоторые ТВК сами по себе могут быть географическими указаниями, в частности коренные и традиционные названия, обозначения и другие указания. Португалия, Мексика и Российская Федерация представили соответствующие примеры регистрации географических указаний в отношении ТВК и связанных с ними ТЗ<sup>50</sup>.
- (d) *Законодательство о недобросовестной конкуренции или торговой практике:* Общие принципы законодательства о недобросовестной конкуренции в том виде, как они воплощены в Статье 10bis Парижской конвенции и включены в Соглашение ТРИПС, признавались в ходе обсуждений в рамках Комитета в качестве полезных. Кроме того, в соответствии с специальным законодательством о торговой практике компания в Австралии была вынуждена прекратить описывать или ссылаться на ассортимент своих раскрашенных или изготовленных вручную сувениров коренной направленности как «искусство аборигенов» или «аутентичные», если она не имела разумных оснований полагать, что произведения искусства или сувениры были написаны или изготовлены лицом, предки которого были аборигенами. Против этой компании было возбуждено судебное разбирательство ввиду того, что она представляла некоторые из раскрашенных вручную сувениров в стиле аборигенов как «аутентичные», «сертифицированные аутентичные» и/или «искусство австралийский аборигенов», при этом было вынесено решение, что это представление, скорее всего, могло ввести в заблуждение покупателей, потому что большинство из наемных художников, производивших эти сувениры, не являлись аборигенами, как не были аборигенами их прародители<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Инициатива «Одна деревня – один продукт», Оита, Япония, использует сертификационную систему. Аналогичные инициативы также реализованы в Таиланде, Индонезии, Лаосе и Камбодже.

<sup>48</sup> См. Объединенный анализ

<sup>49</sup> WIPO/GRTKF/IC/3/10, пункт 122 (i).

<sup>50</sup> См. WIPO/GRTKF/IC/5/3.

<sup>51</sup> См. далее, WIPO/GRTKF/IC/5/3 и <<http://www.accc.gov.au/>> (April 7, 2003).

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

*Производные произведения и защитная охрана литературных и художественных произведений*

99. Этот аспект поднимает ряд фундаментальных политических вопросов, которые подробно обсуждались в предшествующих документах<sup>52</sup>.

100. Некоторые вопросы правовой и культурной политики, актуальные для ТВК, могут быть сведены к вопросу о том, следует ли предоставлять права на переработку в отношении ТВК или нет, а также о возможных исключениях и ограничениях. Право на переработку применяется к производным произведениям, созданным на основе ТВК: эти произведения могут отдельно подлежать авторско-правовой охране в качестве оригинальных произведений. Право на переработку позволяет общине или другому правообладателю предотвращать или разрешать создание такого производного произведения, либо в качестве альтернативы получать справедливое вознаграждение за его использование, если произведение является производным от принадлежащих им ТВК. При отсутствии такого права на переработку община не может контролировать такое использование своих культурных материалов и традиций в рамках системы типа ИС. Вопрос о предоставлении права на переработку тесно связан с вопросом о том, что, собственно, представляет собой «традиционное выражение культуры».

101. Одни из вариантов – не предоставлять общинам право на переработку в отношении их ТВК. Этот подход принят в типовых положениях 1982 г., которые предусматривают широкие исключения в отношении «заимствования выражений фольклора для создания оригинального произведения автором или авторами»<sup>53</sup>. Это исключение было специально предусмотрено для содействия свободному развитию индивидуального творчества, навеянного выражениями культуры. Типовые положения никоим образом не ставили целью как-либо помешать созданию и последующей охране при помощи ИС оригинальных произведений, основанных на выражениях культуры.

102. С другой стороны, отказ в предоставлении авторско-правовой охраны авторам таких производных произведений, которые не являются членами общины, могло бы помешать творчеству и установить неравенство между авторами-выходцами из общин и некоренными авторами. Одним из вариантов в этом контексте было бы обязать внешних авторов признавать общину, чьи традиции использовались в качестве источника вдохновения, делиться с ними долей от использования авторского права и/или соблюдать в некоторой форме личные неимущественные права в используемых основополагающих традициях. Именно этот подход принят в Тихоокеанской модели 2002 г. и в Проекте положений по ТВК, находящемся на рассмотрении в Комитете.

*Протоколы, правила поведения, контракты и другие практические инструменты*

103. Такие практические инструменты, как протоколы, правила поведения и контракты, могут играть полезную и практическую роль в устранении пробелов в охране ТВК. Например, ряд коренных общин разработал свои собственные связанные с ИС протоколы и лицензии в ответ на внешние просьбы о предоставлении доступа к принадлежащим им ТВК и их использовании, а ряд учреждений культуры и профессиональных ассоциаций также разработали этические правила поведения и правила поведения, связанные с ИС, а также типовые контракты. Такие практические инструменты могут играть очень ценную роль в дополнении и/или пояснении охраны, предоставляемой статутным и общим правом таким образом, который отвечает потребностям и чаяниям общин, в том числе через признание элемента их традиционных

<sup>52</sup> См. особо WIPO/GRTKF/IC/5/3 и WIPO/GRTKF/IC/6/3.

<sup>53</sup> Раздел 4 (1) (iii), Типовые положения 1982 г.

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

законов. Однако в целях обеспечения реальной эффективности таких практических инструментов они должны сопровождаться созданием соответствующего потенциала, направленного на укрепление возможности общин проводить переговоры, формулировать, заключать и обеспечивать исполнение протоколов и контрактов.

104. Проект ВОИС «Творческое наследие»<sup>54</sup> является ответом именно на эту потребность в связи с управлением ИС, когда ТВК записываются, документируются и оцифровываются. Этот проект по созданию потенциала предусматривает проведение обучения, предоставление информации и консультаций в области ИС как общинам, так и музеям, архивам и другим учреждениям культуры. Книга ресурсов, предназначенная для музеев и других учреждений, подготавливается в настоящее время, так же, как и практическое руководство для общин по разработке протоколов ИС. Проект также предусматривает проведение обучения общин по документированию культурного наследия, его архивированию и управлению ИС. Пробное мероприятие в рамках этой учебной программы для общины масаев из Лайкипии, Кения, состоится в сентябре 2008 г. Это пилотное мероприятие предлагается ВОИС в сотрудничестве с Американским фольклорным центром (АФЦ) при Библиотеке Конгресса в Вашингтоне, Округ Колумбия, и Центром документальных исследований (ЦДИ) Университета Дьюка, Северная Каролина. В рамках проекта создана публичная доступная для поиска база данных протоколов, правил поведения и типовых контрактов, используемых общинами, музеями и другими учреждениями, профессиональными ассоциациями и пр. База данных доступна по адресу: [http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative\\_heritage/](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/). Другие ресурсы включают обзоры опыта музеев и архивов в управлении вопросами ИС.

#### Реестры и базы данных

105. Реестры, инвентарные ведомости, базы данных и списки ТВК могут играть определенную роль в их правовой охране. Однако запись и оцифровка ТВК, даже для целей ценных для культурного наследия программ сохранения и содействия развитию, могут непреднамеренно сделать ТВК уязвимыми для неразрешенного использования и эксплуатации. Поэтому рекомендуется осуществлять стратегическое управление ИС в процессе записи, оцифровки и распространения ТВК (см. выше в отношении проекта «Культурное наследие»).

106. Реестры, инвентарные ведомости, базы данных и списки могут, среди прочего, служить следующим целям: (i) сохранять и поддерживать ТВК; (ii) быть источником для творчества и предпринимательства; (iii) идентифицировать общины, которые могут иметь право на участие в выгодах и правах на ТВК; (iv) предоставлять средства, при помощи которых позитивные права на ТВК могут быть приобретены или записаны; и (v) служить механизмом для получения охраны ТВК путем *sui generis* охраны баз данных. Реестры могут быть неполными в том смысле, что они не обязательно отражают все ТВК, на которые испрашивается охрана. Определенные формы документирования ТВК также могут служить в качестве конфиденциальных или секретных записей ТВК, зарезервированных для использования только соответствующей общиной. Проект положений по ТВК, находящийся на рассмотрении МКГР, предлагает реестр только священных ТВК, для которых желательна наиболее сильная охрана в области ИС, при том понимании, что такая регистрация будет факультативной и повысит определенность и прозрачность системы охраны ТВК<sup>55</sup>. Однако, некоторые участники МКГР выразили свое несогласие с охраной ТВК, основанной на какой-либо форме документирования или регистрации.

<sup>54</sup> См. <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/index.html>

<sup>55</sup> См. Статьи 3 и 7 проекта положений.

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

отформатировано: русский

### Коллективное управление

107. В связи с проблемами, ассоциируемыми с управлением правами, существующие организации коллективного управления (ОКУ) потенциально являются практическим средством администрации прав на ТВК. Участники Комитета<sup>56</sup> и сами ОКУ<sup>57</sup> выражают заинтересованность в дальнейшем рассмотрении этой возможности, в то время как другие выражают озабоченность по поводу создания административных органов, которые будут препятствовать нормальному использованию ТВК авторами, художниками и издателями.

### *Исполнения ТВК*

108. Исполнения ТВК уже охраняются на условиях охраны, предоставляемой на другие исполнения. Например, Статьи 5-10 ДИФ 196 г. устанавливают серию личных неимущественных и имущественных прав исполнителей. Хотя в предоставляемой охране наблюдаются пробелы, они относятся ко всем исполнениям, а не только к исполнениям ТВК. Поэтому варианты устранения этих пробелов могут быть найдены в ходе проходящих ныне обсуждений по вопросу о расширении охраны, предоставляемой всем исполнителям в соответствии с ДИФ 1996 г. Такие практические инструменты как протоколы, правила поведения и контракты могут незамедлительно играть полезную и практическую роль в этой области.

### *Образцы*

109. См. выше, под заголовком «Литературные и художественные произведения», в особенности подразделы «Использование принципов охраны от недобросовестной конкуренции для борьбы с незаконным присвоением репутации, ассоциируемой с ТВК, включая «стиль» и «Производные произведения и защитная охрана литературных и художественных произведений». Далее, такие практические инструменты, как протоколы, правила поведения и контракты могут незамедлительно играть полезную и практическую роль в устранении пробелов в охране, предоставляемой на ТВК.

### *Секретные ТВК*

110. Для устранения идентифицированных выше пробелов могут быть использованы следующие варианты:

- (а) *Лишение права возражения на основании данного обещания:* Доктрина лишения права возражения на основании данного обещания предотвращает одну из сторон от отказа от обещания, данного другой стороне, если последняя обоснованно полагалась на это обещание и действовала на его основании себе в ущерб. Например, община, которая полагалась на устные обязательства исследователя не раскрывать любую секретную информацию, полученную им или ею, может использовать эту доктрину для предотвращения раскрытия информации данным исследователем. Это может быть еще одним основанием для решения дел типа дела *Mountford*. Использование такой доктрины может также охранять информацию, которая необязательно является коммерчески ценной.

<sup>56</sup> GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Annex II, p. 5).

<sup>57</sup> В частности, Международная федерация организаций по правам на репрографическое воспроизведение (ИФРРО).

- (b) *Протоколы, контракты, формы согласия*: См. вышеприведенное обсуждение. Эти практические инструменты могли бы быть очень полезными при регулировании доступа к секретным ТВК.
- (c) *Реестры и базы данных*: См. вышеприведенное обсуждение. Конфиденциальные реестры и базы данных могут служить для сохранения ТВК и вместе с надлежащими контрактами и формами согласия могут использоваться для контроля над доступом и использованием ТВК на условиях, установленных общиной.

*Коренные и традиционные названия, слова и символы*

111. В отношении защитной охраны некоторые региональные организации и государства уже предприняли определенные шаги в направлении предотвращения неразрешенной регистрации коренных знаков в качестве товарных знаков. Это национальные меры или меры, применяемые в рамках региональной организации, и они могут быть приняты на более широкой основе; с другой стороны, их толкование и применение в других странах еще не опробывалось. Эти меры подробно обсуждались в предшествующих документах и включают:

- (a) Статья 136(g) Решения 486 Комиссии Андского сообщества предусматривает, что «обозначения, использование которых в торговле может неблагоприятно повлиять на право третьей стороны, не могут быть зарегистрированы, в особенности если они состоят из названий коренных, афро-американских или местных общин, наименований, слов, букв, символов или обозначений, используемых для обозначения их продуктов, услуг или способов их производства, или представляют собой выражения их культуры или практики, за исключением тех случаев, когда заявка подана самой общиной или с ее определенного согласия»;
- (b) Ведомство США по патентам и товарным знакам (ВПТЗ США) создало комплексную базу данных, содержащую официальные эмблемы всех признанных на федеральном уровне исконных американских племен<sup>58</sup>. ВПТЗ США может отказать в регистрации предложенного знака, если он ложно предполагает связь с коренным племенем или поверьями этого племени<sup>59</sup>; и
- (c) Закон о товарных знаках Новой Зеландии требует отказа в регистрации товарного знака (или части товарного знака), если его использование или регистрация может оскорбить значительную часть общины, включая коренной народ этой страны, маори<sup>60</sup>.

[Приложение II следует]

<sup>58</sup> See "Report on the Official Insignia of Native American Tribes," September 30, 1999.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp. 24-26.

<sup>60</sup> The Act is available at <http://rangī.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2002/an/049.html>

## ПРИЛОЖЕНИЕ II

Охрана,  
желательная  
для ...

**A. Существующая охрана****B. Пробелы****D. Варианты**

Литературных и  
художественных  
произведений

- ☐ Авторско-правовая охрана на современные выражения традиционных культур
- ☐ Статья 15.4 Бернской конвенции – авторско-правовая охрана на неопубликованные произведения
- ☐ Коллекции, подборки и базы данных ТВК
- ☐ Запись и документирование ТВК

- ☐ Ранее существовавшие ТВК вероятно не будут соответствовать требованию «оригинальности»
- ☐ Законодательство в области авторского права не предусматривает охрану на «стиль» произведения
- ☐ Отсутствие определенной охраны общинных прав
- ☐ Ограниченный срок охраны
- ☐ «Область общественного достояния» и другие исключения и ограничения
- ☐ Производные произведения и защитная охрана
- ☐ Права на запись и документирование

- ☐ Признание общинных прав
- ☐ Общинные немущественные права
- ☐ Пояснения Статьи 15.4 Берна
- ☐ Сфера общественного достояния с выплатой гонораров
- ☐ Произведения, авторы которых неизвестны
- ☐ Права на долю от перепродажи
- ☐ Использование принципов охраны от недобросовестной конкуренции для борьбы с незаконным присвоением репутации, ассоциируемой с ТВК («стиля»)
- ☐ Производные произведения и защитная охрана литературных и художественных произведений
- ☐ Протоколы, правила поведения, контракты и другие практические инструменты
- ☐ Специальное отдельное законодательство
- ☐ Реестры и базы данных
- ☐ Коллективное управление

Охрана,  
желательная  
для ...

**A. Существующая охрана**

**B. Пробелы**

**D. Варианты**

Исполнений  
ТВК

☐ Охрана, предоставляемая в соответствии с ДИФ 1996 г.

☐ Ограниченный срок охраны записанных исполнений

☐ Протоколы, правила поведения, контракты и другие практические инструменты

☐ ДИФ 1996 г. ограничен исполнениями, воспринимаемыми на слух

☐ Специальное отдельное законодательство

☐ Распространение ДИФ 1996 г. на аудиовизуальный сектор

Образцов

☐ Охрана промышленными образцами современных образцов

☐ Ранее существовавшие образцы не охраняются

☐ Использование принципов охраны от недобросовестной конкуренции для борьбы с незаконным присвоением репутации, ассоциируемой с ТВК («стиля»)

☐ Коллекции, подборки и базы данных традиционных образцов

☐ Срок охраны на образцы ограничен

☐ Формальности

☐ Протоколы, правила поведения, контракты и другие практические инструменты

☐ Специальное отдельное законодательство

☐ Реестры и базы данных

Охрана,  
желательная  
для ...

**A. Существующая охрана**

**B. Пробелы**

**D. Варианты**

Секретных  
ТВК

- ☐ Положения Соглашения ТРИПС и Парижской конвенции по охране от недобросовестной конкуренции и охране нераскрытой информации
- ☐ Охрана конфиденциальной информации в рамках общего права

- ☐ Положения о борьбе с недобросовестной конкуренцией в общем плане применимы к промышленной и коммерческой информации
- ☐ Определения терминов «нераскрытая» и «конфиденциальная»

- ☐ Лишение права возражения на основании данного обещания
- ☐ Протоколы, правила поведения, контракты и другие практические инструменты
- ☐ Специальное отдельное законодательство
- ☐ Реестры и базы данных

Коренных и  
традиционных  
названий, слов  
и символов

- ☐ Защитная охрана – положения по охране от недобросовестной конкуренции + охрана от регистрации знаков, противоречащих морали, общественному порядку и от введения публички в заблуждение
- ☐ Позитивная охрана – использование законов по товарным знакам

- ☐ Концепции «противоречащий морали» и «противоречащий общественному порядку» в основном рассматриваются с точки зрения широкой публички и не обязательно подходят для ТВК

- ☐ Положения «sui generis» в национальных законах по товарным знакам (Новая Зеландия, Андское Сообщество, США)
- ☐ Протоколы, правила поведения, контракты и другие практические инструменты
- ☐ Специальное отдельное законодательство
- ☐ Реестры и базы данных



***C. Соответствующие соображения:***

- ☐ *Уровень, на котором можно или необходимо устранить пробел (международный, региональный, национальный и/или местный уровни)*
- ☐ *Выбор средств для использования при устранении пробелов (законодательные меры, разработка практических инструментов, создание потенциала)*
- ☐ *Степень, в которой охрана объектов ТВК обсуждается в других международных форумах и в которой ТВК уже является объектом охраны правовыми инструментами в других областях политики*
- ☐ *Политические последствия*
- ☐ *Экономические, социальные и культурные цели*
- ☐ *Конкретные технические и юридические вопросы*
- ☐ *Оперативные вопросы: управление правами и их соблюдение*

[Конец Приложения II и документа]