

INTELEKTUĀLĀ ĪPAŠUMA UN STARPTAUTISKO INVESTĪCIJU AIZSARDZĪBAS MIJIEDARBĪBA

INTERACTION OF INTELLECTUAL PROPERTY AND INTERNATIONAL INVESTMENT PROTECTION

Laura Valtere, LL.M, Mg. iur.

Maksa Planka Inovāciju un Konkurences institūta un

Ludviga Maksimiliāna Universitātes doktorante

Maksa Planka Inovāciju un Konkurences institūta jaunākā pētniece

Summary

Intellectual property (IP) protection in international investment protection treaties is nothing new – it can be found in the first modern treaty of such kind dating back to 1959. However, arbitration disputes involving IP issues is a very recent and fancy trend. The first case known to wider public comes from 2012. Since knowledge-based products, be they innovative and contain patents or be they creative and contain copyrights, are the grounds of every contemporary and successful company, they also build the fundament of national economies. If more knowledge intensive products and services come to the market, more issues related to this specific type of products arise. Of special relevance are those disputes which are facilitated due to the internet created digital market, globalisation, and international business expansion. Information products are difficult to protect because of their non-material nature and possibility to be used by many persons at the same time without decreasing such information “product’s” value. To protect such products, one obtains rights to exclude others from exploitation of these creations. This is called intellectual property right. As there are plenty of global companies with wide spectrum of international transactions and investor-type of commercial activities involving also IP embodied products or services, investment protection and IP protection converge. They meet under investment protection treaties and thereby also under applicable arbitration rules.

What are the IP principles relevant to investor and investment arbitration? How can IP be admitted to be an investment and thus protected under the two-step test – firstly, by the international investment treaties (whether bilateral or multilateral, only for purpose to protect investment, or be they combined with economic aspects of inter-state cooperation) and secondly, by the arbitration rules?

Generally, investment protection treaties allow to interpret IP as “an investment”.

It is also admitted that under ICSID Convention Art. 25 it would be possible to take IP under its protection.

Atslēgvārdi: intelektuālais īpašums, ārzemju tiešo investīciju aizsardzība

Keywords: intellectual property, foreign direct investment protection

Ievads

Intelektuālais īpašums vēl neseno neraisīja īpašas diskusijas starptautisko investīciju aizsardzības kontekstā. Agrāk kompāniju vērtība un tirgus vara tika mērītas tādu resursu veidā kā produkcija, izejmateriāls, darbaspēks un finansiālie resursi.¹ Turpretim 21. gadsimtā, kad īpaša loma ir internetam, digitalizācijai, globalizācijai un starptautisko darījumu ekspansijai, īpašs statuss ir informācijas resursiem, ar kuriem *inter alia* tiek saprasts arī intelektuālais īpašums.

Īpašuma koncepts ir viens no vecākajiem civilizācijai zināmajiem tiesību konceptiem, kas ir ļoti labi izprasts attiecībā uz fiziskiem (angļu val. – *tangible*) objektiem.² Īpašumtiesības attiecina arī uz intelektuālo īpašumu, uz “nemateriālu” objektu, tādējādi aizsargājot inovācijas (patenti), radošā darba augļus (autortiesības), uzņēmuma reputāciju un atpazīstamību (preču zīmes) utt. Intelektuālā īpašuma tiesības ir negatīvas tiesības – intelektuālā īpašuma īpašniekam ir (limitētas) tiesības izslēgt citus no viņam piederošā intelektuālā īpašuma ekspluatācijas (angļu val. – *exclusionary right*) jeb citiem vārdiem – liegt citām personām izmantot savu intelektuālo īpašumu (lat. val. – *ius prohibendī*).³ Aizsardzības objekts intelektuālajam īpašumam ir “cilvēces intelekta produkti” (angļu val. – “*the products of the human intellect*”⁴), kuriem ir komerciāla vērtība.⁵

Intelektuālā īpašuma utilitārā pamatojuma teorija atzīst, ka bez intelektuālā īpašuma aizsardzības ikviens varētu brīvi izmantot citu inovatīvā un radošā darba rezultātus, pašam vai pašai neieguldot tajā finansiālus līdzekļus un laiku (angļu val. – *freerider*; vācu val. – *Trittbrettfahrer*).⁶ Līdz ar to nevienam nebūtu intereses un motivācijas riskēt ieguldīt un radīt,⁷ bet visi gaidītu, līdz konkurents būs atradis risinājumu, un izmantotu to bez savu līdzekļu un laika ieguldīšanas. Tā rezultātā ekonomika nefunkcionētu adekvātā līmenī, jo inovācijas un radošums ir brīva tirgus dzinējspēks, un bez intelektuālā īpašuma aizsardzības nebūtu motivācijas ieguldīt inovāciju radīšanā. Lai paglābtos no tirgus izgāšanās (angļu val. – *market failure*), intelektuālajiem produktiem ar intelektuālā īpašuma tiesībām tiek piešķirta uzņēmuma daba (angļu val. – *exclusionary rights*), kuras mērķis ir, pirmkārt, radīt tirgu inovācijām un radošā darba augļiem, otrkārt, līdz ar šāda īpašuma asinēšanu tā radītājam motivēt radīt šādus produktus.⁸ Motivācija rodas spējā uz noteiktu periodu iegūt konkurences priekšrocības (tiesības liegt citiem ekspluatēt savu intelektuālo īpašumu).

Pasaules vērtīgāko uzņēmumu kapitāla pamatā ir intelektuālais īpašums. Taču, jo vērtīgāks ir intelektuālais īpašums, jo lielāks risks dažādās tā formās pastāv – sākot no intelektuālā īpašuma tiesību klasiskajiem pārkāpumiem, kā neautorizēta pavairošana un viltošana, līdz intelektuālā īpašuma kā starptautisko investīciju tiesību pārkāpumam valstīs, kur investors ir radījis intelektuālo īpašumu, taču šīs

¹ Burton-Jones A. *Knowledge Capitalism*. Oxford, 1999, p. 3.

² Merges R. P. et al. *Intellectual Property in the New Technology Age*. 6th ed. Wolters Kluwer, 2012, p. 1.

³ Kur A., Dreier T. *European Intellectual Property Law*. Edward Elgar, 2013, p. 2.

⁴ Bentley L., Sherman B. *Intellectual Property Law*. 4th ed. OUP, 2014, p. 1.

⁵ Cornish W. et al. *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade marks and Allied Rights*. 8th ed. Sweet & Maxwell, 2013, p. 6.

⁶ Torremans P. *Intellectual Property Law*. 8th ed. Oxford, 2016, p. 13.

⁷ Ruse-Khan H. G. *Investment Law and Intellectual Property Rights*. In: Bungenberg M. et al. (eds.). *Investment Law*. C. H. Beck, Hart, Nomos, 2015, p. 1693.

⁸ Sk. arī: Hemel D. J., Ouellette L. L. *Innovation Policy Pluralism*. *The Yale Law Journal*, 2019, 28 (3).

valsts apņemšanās to sargāt nav pietiekami augstā līmenī; vai arī kur tiesību aizsardzība atšķiras no investora mājas valsts aizsardzības standartiem.⁹

Lai arī intelektuālais īpašums tiek aizsargāts ar investīciju aizsardzības nolīgumiem jau zināmu laiku,¹⁰ tomēr tikai salīdzinoši nesen starptautiskos arbitražas procesos ir skatītas pirmās publiski zināmās intelektuālā īpašuma lietas.¹¹

Attiecības starp starptautisko investīciju aizsardzību un intelektuālo īpašumu ir sarežģītas. Šeit satiekas gan nacionālie likumi, gan divpusējie investīciju aizsardzības nolīgumi (turpmāk – BIT) un daudzpusējie brīvās tirdzniecības un ekonomiskās sadarbības nolīgumi, gan speciālas intelektuālā īpašuma aizsardzības starptautiskas un reģionālas konvencijas un Eiropas Savienības tiesiskais regulējums.

Intelektuālā īpašuma tiesību aizsardzības funkcija ir aizsargāt pret trešo personu tiesību pārkāpumiem, kamēr investīciju aizsardzības *ratio* ir dot tiesību īpašniekam-investoram iespēju rast kompensāciju par nelikumīgiem valsts aktiem vai bezdarbību, kas attiecas uz tā investīciju.

Šajā rakstā diskutēts par to, vai intelektuālais īpašums ir atzīstams par investīciju saskaņā ar a) investīciju aizsardzības nolīgumu; b) ICSID Konvenciju,¹² kā arī aplūkoti intelektuālā īpašuma aizsardzības principi, kas jāņem vērā investīciju arbitražā.

Raksts neietver jautājumus par materiāltiesiskajiem aizsardzības standartiem.

1. Principi, kas ietekmē intelektuālā īpašuma aizsardzību

1.1. Teritorialitātes princips

Lai arī intelektuālajam īpašumam kā starptautiski regulētām tiesībām ir vairāk nekā 120 gadu sena pagātne, tas vēl joprojām ir atkarīgs no nacionālajiem tiesību aktiem un ar tiem radītām nacionālām, teritoriālām tiesībām. Tas nozīmē – lai intelektuālais īpašums baudītu aizsardzību, tas ir jāreģistrē konkrētajā valstī (izņēmumi ir tās intelektuālā īpašuma tiesības, kam reģistrācija nav nepieciešama, piemēram, autortiesības un (dažviet) plaši zināmas preču zīmes), un saskaņā ar teritorialitātes principu intelektuālā īpašuma spēks ir ierobežots – tas ir spēkā tās nacionālās valsts teritorijā, pēc kuras likumiem¹³ tas attiecīgi ir reģistrēts.¹⁴ Jāņem

⁹ Mortenson J. D. Intellectual property as transnational investment: some preliminary observations. 6:2 T.D.M. 1 (August 2009) 1.

¹⁰ Pirmajā mūsdienu divpusējā investīciju aizsardzības nolīgumā, kas noslēgts 1959. gadā starp Rietumvāciju un Pakistānu, ir atrodami noteikumi par intelektuālā īpašuma kā investīcijas aizsardzību. Sk.: Treaty for the Promotion and Protection of Investments, Germany – Pakistan, Nov. 25, 1959, 457 U.N.T.S. 6575.

¹¹ Pirmā publiskā intelektuālo īpašumu tieši skarošā arbitražas lieta: ICSID case ARB/10/7, Philip Morris v. Uruguay, 8 July 2016. Citas sekojošās lietas: ICSID Case UNCT/14/2 Eli Lilly and Company v. USA, March 16, 2017 – pirmā patentu aizsardzības arbitražas lieta un pirmais intelektuālā īpašuma strids NAFTA tvērumā; ICSID Case ARB/06/14, Shell Brands International AG and Shell Nicaragua S.A. v. Republic of Nicaragua, March 12, 2007; Permanent Court of Arbitration, case 2012/12, Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, December 17, 2015.

¹² ICSID Convention of October 14, 1966, Washington, D.C.: International Centre for Settlement of Investment Disputes.

¹³ Nacionālie intelektuālo īpašumu regulējošie likumi parasti nosaka aizsargājamo objektu, aizsardzības iegūšanas kritērijus, aizsardzības tvērumu, speciālus ierobežojumus un izņēmumus aizsardzībai, aizsardzības ilgumu u. c. Sk.: Ruse-Khan H. G. 2015, p. 1693.

¹⁴ Kur A., Dreier T. 2013, p. 12.

vērā, ka konkrētā intelektuālā īpašuma reģistrācijas priekšnoteikumi dažādās valstīs atšķiras, tāpat aizsardzības termiņš var atšķirties. Turklāt reģistrējamā intelektuālā īpašuma spēkā esamība ir atkarīga arī no ikgadējās spēkā uzturēšanas maksas maksāšanas, kā arī no tā iespējamās spēkā esamības apstrīdēšanas rezultāta (atcelšana, ierobežošana). Intelektuālā īpašuma reģistrācijas atteikšana *per se* nebūs investīciju aizsardzības nolīguma pārkāpums.¹⁵

Saskaņā ar teritorialitātes principu intelektuālais īpašums nav absolūts un ir ierobežots ne vien laikā, bet arī telpā.

Teritorialitātes principa implikācijas intelektuālā īpašuma saistītu strīdu risināšanā ir daudzpusējas. Būtiskākās ir paralēlā importa jautājumi, jo īpaši farmācijas patentu kontekstā.

1.2. Tiesību izsmelšanas princips (*Erschöpfungsprinzip, exhaustion, first-sale*)

Vēl viens no intelektuālā īpašuma tiesību ierobežojošiem principiem ir tiesību izsmelšanas princips. To attīstījis vācu jurists Jozefs Kolerš (*Joseph Kohler*, 1849–1919), kaut gan teju gandrīz ap to pašu laiku tā pati doktrīna tika attīstīta arī ASV (angļu val. – *first-sale*). Šis princips mēģina saprātīgi un pieņemami sabalansēt intelektuālā īpašuma īpašnieka tiesības un fiziskā objekta, kurā inkorporēts intelektuālais īpašums, pircēja tiesības. Ir jānošķir fiziskais objekts, kurā inkorporētas intelektuālā īpašuma tiesības, un attiecīgais intelektuālais īpašums. Šis princips noteic, ka jebkurai personai, kas iegādājusies produktu ar tajā inkorporētā intelektuālā īpašuma īpašnieka atļauju vai īpašniekiem pašam to laižot apgrozībā, ir tiesības rīkoties (patenti – tālāk pārdot un lietot; autortiesības – tālāk nodošana, tālākpārdošana etc.) ar iegūto objektu pēc pašas ieskatiem bez intelektuālā īpašuma īpašnieka atļaujas (ar noteiktiem izņēmumiem).¹⁶

2. Starptautisko investīciju un intelektuālā īpašuma aizsardzība

2.1. BIT un brīvas tirdzniecības un sadarbības nolīgumi

BIT un *inter alia* brīvas tirdzniecības un sadarbības nolīgumu (kopā saukti “investīciju aizsardzības nolīgumi”; turpmāk – IAN) mērķis ir nodrošināt zināmu investīciju aizsardzības līmeni un stabilu investīciju aizsardzības mehānismu. No vienas puses, to jēga slēpjas ārzemju tiešo investīciju plūsmas veicināšanā uz tām valstīm, kas vēlas piesaistīt ārzemju kapitālu, bet, no otras puses, tie garantē investoriem, ka to investīcijas netiks apdraudētas vai reāla kaitējuma gadījumā tiem būs tiesības uz objektīvu aizsardzību. Bieži vien valstis, kam nepieciešamas ārzemju investīcijas, ne vienmēr bauda tiesisku un politisku stabilitāti.¹⁷ IAN ir

¹⁵ Mercurio B. Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, 2012, 15 (3).

¹⁶ Šim principam tomēr ir izņēmumi, piemēram, autortiesību objekta ieguvējam nav tiesību pavairot autortiesību aizsargāto objektu utt. Šis princips ir nostiprināts arī daudzos tiesību aktos, piemēram, TRIPS nolīguma 6. pantā, UPCA 29. pantā un 89/695/EEC: Agreement relating to Community patents, 15 December 1989, 32. pantā.

¹⁷ Stepanov I. *Eli Lilly and Beyond: The Role of International Intellectual Property Treaties in Establishing Legitimate Expectations in Investor-State Dispute Settlement*. MIPLC Studies, Band 33. Nomos, 2018.

divi mērķi – aizsargāt investīcijas *ex post* un veicināt investīcijas, motivējot investoru ar aizsardzību *ex ante*.¹⁸

Lai arī IAN var atšķirties pēc uzbūves un tvēruma, to pirmā sadaļa ir veltīta definīcijām. Iespējams, būtiskākā ir definīcija, kas nosaka, ko saprot konkrētā IAN tvērumā ar “investīciju”. Šī definīcija nosaka to, kas tiek aizsargāts ar konkrēto nolīgumu un tādējādi ietilpst nolīguma regulējuma tvērumā. Intelektuālais īpašums gandrīz vienmēr tieši vai netieši ir ietverts investīcijas definīcijā, un tādējādi investori principā var izmantot IAN, lai aizsargātu to intelektuālā īpašuma tiesības. IAN ir iespējamās arī ļoti plašas investīciju definīcijas, nosakot, ka ar nolīgumu tiek aizsargātas *inter alia* “nemateriālas tiesības” (angļu val. – *intangible rights*), kuru tvērumā, iespējams, ietilptu arī intelektuālais īpašums, kas ir atzīstams par “nemateriālu īpašumu”.¹⁹

Lai iegūtu aizsardzību, ir nepieciešams, ne tikai lai konkrētā investīcija tiktu atzīta par aizsargātu ar IAN, bet arī lai strīdam būtu arbitrāžas jurisdikcija, kura ICSID Konvencijas gadījumā tiek vērtēta, interpretējot ICSID Konvencijas 25. pantā noteikto investīciju definīciju.

Teorijā un praksē ir izstrādātas vairākas iespējamās interpretācijas metodes. Viszināmākās metodes ir tipisko īpašību pieeja, saukta arī par mainīgajiem vai subjektīvajiem kritērijiem, un jurisdikcionālā metode jeb fiksētais, jeb objektīvais²⁰ kritērijs.

2.1.1. Vispārējie kritēriji

Definējot investīcijas, jāpatur prātā arī pamatkritēriji, kas attiecas uz investīciju aizsardzību vienmēr – investors bauda konkrētā nolīguma aizsardzību tikai tad, ja viņš ir līgumslēdzējpusē pilsonis un ja investīcija ir veikta ne savas pilsonības, bet gan otras līgumslēdzējpusē teritorijā.

Ekonomikas zinātnē ir noteikts, ka tiešās investīcijas ietver naudas līdzekļu transfēru, ilgtermiņa projektus, regulāru ienākumu mērķi, personas, kas pārnes naudas līdzekļus, piedalīšanos projekta vadīšanā un biznesa risku.²¹ Šie kritēriji atšķir ārzemju tiešo investīciju no portfolio investīcijas, kurai trūkst personiskās vadības elementa, un no standarta transakcijas, kuras mērķis ir tirdzniecība, kā arī no īstermiņa transakcijām.²² Nākamajās nodaļās vērtēti juridiskie kritēriji.

2.1.2. Definīcija investīciju aizsardzības nolīgumos – *ex ante*

Investīciju aizsardzības nolīgumos esošā investīciju definīcija sniedz investoram informāciju *ex ante* par tiem investīciju veidiem, kas aizsargāti konkrētajās līgumslēdzējvalstīs.

¹⁸ Arati J. The Private Law Critique of International Investment Law. The American Journal of International Law, 2018, 113 (1), p. 7.

¹⁹ Sk., piemēram: NAFTA, 1139. pants “Investment means real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes.”

²⁰ Voon T. S. L. et al. Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: Striving for Coherence in National and International Law. In: Lim C. L., Mercurio B. (eds.). International Economic Law after Global Crisis. Cambridge University Press, 2015, Chapter 6.

²¹ Dolzer R., Schreuer Ch. Principles of International Investment Law. 2nd ed. Oxford University Press, 2012, p. 60.

²² Ibid.

Ir konstatējamas trīs tendences,²³ kā IAN tiek definēts intelektuālais īpašums kā investīcija.

Pirmā tendence ir sniegt uzskaitījumu – to kategoriju sarakstu, kuras ir konkrētā nolīguma tvērumā, tieši iekļaujot intelektuālo īpašumu un, iespējams, arī konkrētus tā veidus. Vācijas-Pakistānas BIT atsaucas uz īpašuma tiesībām, patentiem un tehniskām zināšanām:

“The term “investment” shall comprise capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, **property rights, patents and technical knowledge**. [...]”²⁴

Latvijas-Armēnijas BIT sniedz konkrētu un detalizētu investīcijas definīciju:

“The term “investment” means every kind of asset invested by investors of one Contracting Party **in accordance with the laws and regulations**²⁵ of the other Contracting Party in the territory of the latter, and in particular, though not exclusively, includes:

[..]

(d) intellectual property rights, including copyrights, trademarks, patents, industrial designs and technical processes, know-how, trade secrets, trade names and goodwill; [...]”²⁶

Intelektuālā īpašuma veidu uzskaitījums automātiski nenozīmē, ka to iekļaušana uzskaitījumā kvalificē tos kā *per se* **aizsargātu**²⁷ investīciju, jo iespējamā investīcija ir pakļauta vērtējumam. Šajā definīcijā būtiska ir arī norāde uz nacionālo likumu. Relevantais nacionālais likums noteiks investīcijas eksistenci²⁸ un tiesiskumu,²⁹ taču ne IAN aizsardzības tvērumu *per se*.

Otrā tendence ir iekļaut atsauci uz intelektuālā īpašuma aizsardzību, nenosaucot konkrētās kategorijas, kā, piemēram, Latvijas-Singapūras BIT:

“The term “investment” means every kind of asset **permitted** by each Contracting Party in accordance with its laws and regulations, including, though not exclusively, any:

[..]

(d) intellectual property rights and goodwill; [...]”³⁰

Šajā definīcijā ir redzama arī papildu kvalificējoša prasība, kas noteic, ka investīcijai ir jābūt līgumslēdzējpusēs atļautai (angļu val. – *permitted*).

Trešā tendence ir dot vispārēju atsauci uz “nemateriālu aktīvu” (angļu val. – *intangible assets*) aizsardzību, kuru tvērumā tipiski ietilpst intelektuālais īpašums.

²³ Literatūrā minēts arī tāds definīcijas veids, kurā nav ne atsaucis uz intelektuālo īpašumu, ne *intangible assets*, bet gan tikai uz “īpašumu” (*property*). Tā kā autore šāda veida definīciju pētījuma ietvaros nav spējusi atrast, tā nav sīkāk analizēta.

²⁴ Pakistan and Federal Republic of Germany, Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of notes). Signed at Bonn, on 25 November 1959. Art. 8. Uzsvars pievienots.

²⁵ Uzsvars pievienots.

²⁶ Agreement between the government of the Republic of Latvia and the Government of the Republic of Armenia for the promotion and reciprocal protection of investments. Art. 1.

²⁷ Uzsvars pievienots.

²⁸ Dolzer R., Schreuer Ch. 2012, p. 64.

²⁹ ICSID, Salini et al. v. Morocco, Decision on Jurisdiction, 23 July 2003, ICSID Case ARB/00/4, 42 I.L.M. 609 (2003) para 46.

³⁰ Agreement between the government of the Republic of Singapore and the government of Latvia on the promotion and protection of investment, Art. 1. Uzsvars pievienots.

Viedoklis atšķiras gadījumos, kad nolīguma investīciju definīcija iekļauj tādu intelektuālā īpašuma aizsardzības kategoriju, kāda līgumslēdzējusē valstī netiek aizsargāta (piemēram, ne visās valstīs ir ģeogrāfisko izcelsmju norāžu vai augu šķirņu aizsardzība) vai attiecībā uz konkrētu apjomu, kādā tiek aizsargāts konkrētais intelektuālais īpašums ar konkrēto BIT. Viens no tiem noteic, ka investīciju aizsardzības nolīgums nevar aizsargāt tādas tiesības, kādas konkrētā valsts neatzīst.³¹ Kā piemērs šādai situācijai ir minams lietas “*NeCana Corp* pret Ekvadoru” arguments: lai varētu atzīt investīciju ekspropriāciju par notikušu, kad ir iesaistītas tiesības, kas atšķiras no fiziska īpašuma atsavināšanas, ir nepieciešams, ka aizskartās tiesības vispirms eksistē saskaņā ar likumu, kas tās rada, šai gadījumā – ar Ekvadoras likumu.³²

Tai pašā laikā lietā “*Saipem SpA* pret Bangladešu” tribunāls ir lēmis gluži pretēji, nosakot, ka iepriekš minētā pieeja novedis pie dažādas interpretācijas un tādējādi pie atšķirīga aizsardzības apjoma viena BIT ietvaros, kas būtu atkarīgs tikai un vienīgi no tā, kurā valstī investīcija ir veikta. Šāda situācija būtu pretrunā BIT jēgai, jo BIT tvērums nedrīkst būt atšķirīgs tā līgumslēdzējusēm.³³ Šī interpretācija tiek kritizēta, jo katrai valstij ir sava regulatoriskā brīvība attiecībā uz nacionālo regulējumu, turklāt intelektuālā īpašuma tiesības ir saistītas ar valsts industriālo politiku³⁴ un pat TRIPS nolīgums³⁵ dod dalībvalstīm zināmu rīcības brīvību attiecībā uz tā noteikto aizsardzības standartu iestrādāšanu nacionālajās tiesībās.

2.2. ICSID Konvencija: jurisdikcionālā un tipisko īpašību pieeja – *post factum*

Nemot vērā, ka IAN visbiežāk sastopamais strīdus risināšanas forums ir Starptautiskais Investīciju strīdu risināšanas centrs (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*; turpmāk – ICSID), šeit tiks analizēta intelektuālā īpašuma kā investīcijas aizsardzība ar ICSID Konvenciju.³⁶ Šī definīcija ir īpaši nozīmīga, jo divi visvairāk apstrīdētie jurisdikcijas pamati ir vienošanās par strīdu skatīšanu arbitrāžā spēkā esamība un tieši investīcijas koncepts³⁷ ICSID Konvencijas 25. panta tvērumā. 25.(1) pants nosaka jurisdikcijas atzīšanas pamatu:

“The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising **directly out of an investment**,³⁸ between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre [..].”

³¹ Voon T. S. L. et al. 2015, Chapter 6.

³² Ibid. ar atsauci uz: *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador* (Award). London Court of International Arbitration, Case No. UN3481, February 3, 2006, [184].

³³ Ibid. ar atsauci uz: *Saipem SpA v. The People's Republic of Bangladesh* (Decision on Jurisdiction). ICSID Arbitral Tribunal, Case ARB/05/07, March 21, 2007.

³⁴ Intelektuālajam īpašumam ir arī būtiska ietekme uz sabiedrības veselību (medicīnas pieejamība), izglītību un pētniecību, pārtikas produktu drošību un klimata izmaiņām. Sk. arī: Ruse-Khan H. G. 2015, p. 1693.

³⁵ The TRIPS Agreement (Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh) Morocco on 15 April 1994.

³⁶ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, October 14, 1966.

³⁷ Sk. arī: Gaillard E. Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice. In: Binder Ch. et al. (eds.). *International Investment Law for the 21st Century*. Oxford University Press, 2009, p. 403.

³⁸ Uzsvars pievienots.

Ir pausts, ka ICSID Konvencijas investīcijas koncepts ir interpretējams autonomi no IAN investīcijas koncepta. Pat ja investora aktivitātes būtu IAN tvērumā, tas automātiski nenozīmē, ka tās kvalificēsies kā investīcija arī saskaņā ar ICSID Konvenciju. Taču daudzas ICSID lietas signalizē par pretēju izpratni.³⁹ Piemēram, Henings Ruse-Kāns (*Henning Ruse-Khan*) noliedz autonomu interpretāciju, pamatojot ar to, ka IAN nerada (intelektuālā) īpašuma tiesības, bet gan aizsargā tās tikai tādā mērā, kādā tās ir aizsargātas ar nacionālajām tiesībām.⁴⁰

Savukārt viedoklis par autonomu interpretāciju ir balstīts uz starptautisko tiesību prioritāti pār nacionālajām tiesībām.

Konvencijā nav sniegta definīcija jēdzienam “investīcija”. 1965. gada izpilddirektoru ziņojumā, uz kuru bieži atsaukušies tribunāli, ir teikts, ka nav bijuši mēģinājumi definēt jēdzienu “investīcijas” un ka tas atstāts pušu vienošanās ziņā, kādus strīdus tās vēlas skatīt ICSID tribunālā.⁴¹ Tomēr, kā redzams no *travaux préparatoires*, diskusijas par “investīcijas” tvērumu ir bijušas. ICSID Konvencijas mērķis ir veicināt starptautiskās privātās investīcijas un nevis aizsargāt ārzemju īpašumu kā tādu.⁴²

Interpretējot “investīcijas” saskaņā ar ICSID Konvenciju gan pēc jurisdikcionālās pieejas, gan tipisko īpašību pieejas, izmanto kritērijus, kas formulēti *Salini*⁴³ lietā: 1) kapitāla ieguldījums; 2) noteikts ilgums;⁴⁴ 3) ieņēmumu regularitāte un peļņa; 4) riska uzņemšanās; 5) būtiskas saistības; 6) nozīmīgums uzņemošās valsts attīstībai.

Salini testā saskatāma ekonomisko kritēriju ietekme. Ņemot vērā jurisdikcionālo pieeju, iepriekš minētie pieci kritēriji ir pakļauti stingrai interpretācijai, un, lai konstatētu investīciju, ir jābūt izpildītiem visiem kritērijiem.⁴⁵

Atšķirības starp jurisdikcionālo un tipisko īpašību pieeju ir tādas, ka jurisdikcionālajā pieejā visiem *Salini* lietā definētajiem kritērijiem ir jābūt akurāti izpildītiem, savukārt tipisko īpašību pieeja vērtē investīcijas arī IAN kontekstā, turklāt tās ietvaros *Salini* kritēriji nav obligāti saistoši – tie tiek izmantoti kā vadlīnijas, kas arbitriem palīdz definēt jēdzienu.

Tipisko īpašību pieejā vienam kritērijam drīkst tikt dota lielāka nozīme, kā arī viena kritērija nepilnības spēj kompensēt cita kritērija atbalsts un holistiska

³⁹ Sk.: Ruse-Khan H. G. 2015, p. 1697. Plašāku diskusiju sk.: Klopschinski S. *Der Schutz geistigen Eigentums durch völkerrechtliche Investitionsverträge*. Carl Haymanns Verlag, 2011, S. 167–169.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ “27. No attempt was made to define the term “investment” given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25 (4)).” Sk.: Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 18 March 1965, 1 ICSID Reports 23 (1993) at 27.

⁴² “[...] nevertheless, clear that the purpose of this Convention is to encourage international private investment and not to protect foreign property as such [...]”. *History of the ICSID Convention*, Vol II-2, p. 652.

⁴³ ICSID, *Salini et al. v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, 23 July 2003, ICSID Case ARB/00/4, 42 I.L.M. 609 (2003).

⁴⁴ Šis tika papildināts ar konkrētu laika posmu – ne mazāku par 2 gadiem. *Ibid.*, 54. (No literatūrā aprakstītā, ka 2–5 gadi tika apsvērti kā tipisks periods vidēja termiņa investīcijām. Sk.: Schreuer Ch. H. *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, 1 October 1996, Vol. 11, Issue 2).

⁴⁵ Vanhonnaecker L. *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments: From Collision to Collaboration*. Edward Elgar, 2015, p. 26.

interpretācija, ņemot vērā gan faktisko situāciju, gan IAN.⁴⁶ Taču tas nebūt nenozīmē, ka tipisko īpašību pieeja pieļauj kāda kritērija pilnīgu neizpildi.⁴⁷

Kritērijs “nozīmīgums uzņemošās valsts attīstībai” ir interpretēts īpaši neviennozīmīgi. Kā “nozīmīgums uzņemošās valsts attīstībai” ir interpretēts arī nozīmīgums **ekonomiskajai**⁴⁸ attīstībai. Kamēr vieni vērtē šo kritēriju holistiski un ir papildinājuši to ar “**būtisks** nozīmīgums”,⁴⁹ citi kritizē tā nozīmi kā patstāvīgam indikatoram.⁵⁰ Ir arī lietas, kur šis kritērijs tiek noraidīts, nosakot, ka tas jau ir netieši iekļauts citos *Salini* testa kritērijos,⁵¹ bet, piemēram, lietā “*Alpha* pret Ukrainu” tika noteikts, ka šis nekādā gadījumā nevar būt investīcijas definīcijas elements.⁵²

Tā kā ICSID neseko *stare decisis* doktrīnai, neviena no pieejām nav obligāta, un neviena no tām nebauda arī biežāku piemērošanu praksē. *Salini* tests ir bieži kritizēts praksē, paužot gan to, ka ICSID Konvencijā šim testam nav rodams pamats un ka pēc *travaux* ir redzams – definīcija ar nodomu ir atstāta plaša un atvērta.⁵³ Tāpat arī ticis pausts, ka *Salini* kritēriji sašaurina apstākļus, kuros tiek dota iespēja izmantot ICSID, un rada risku kropļot institūtu kā tādu.⁵⁴

ICSID Konvencijas *travaux* runā par labu pušu autonomijai kā noteicošajam faktoram, līdz ar to nav attaisnojama interpretācija, kas pārsniedz konvencijā vai IAN noteikto.⁵⁵ Arī Emanuels Gajjārs (*Emanuel Gaillard*) ir paudis, ka tad, kad arbitražas jurisdikcija balstās uz IAN, kā tas mūsdienās visbiežāk ir, tieši IAN definēs, ko investīciju uzņemošā valsts un investora valsts bija nodomājušas iekļaut konceptā “investīcija”.⁵⁶

Secinājumi

1. Teju visi investīciju aizsardzības nolīgumi ietver to investīciju definīcijās intelektuālo īpašumu kā vienu no aizsargājamo investīciju veidiem.
2. Investīciju aizsardzības nolīgumos ir sastopamas trīs veidu “investīcijas” definīcijas: 1) atsauce uz “nemateriālo īpašumu” (*intangible property*); 2) atsauce uz

⁴⁶ Vanhonnaeker L. 2015, p. 26.

⁴⁷ Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. the Government of Malaysia, ICSID Case ARB/05/10. May 17, 2007.

⁴⁸ Uzsvars pievienots.

⁴⁹ Sk., piemēram: Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. The Slovak Republic, ICSID Case ARB/97/4. December 29, 2004; Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. the Government of Malaysia, ICSID Case ARB/05/10. May 17, 2007, 113–124, kur šis kritērijs ir visaptveroši vērtēts un papildināts ar prasību pēc nozīmīguma valsts ekonomiskajai attīstībai.

⁵⁰ Phoenix Action, Ltd v. the Czech Republic, ICSID Case ARB/06/5. April 15, 2009, 85. punkts. Šeit pausts, ka šā kritērija eksistence ir pieņemums, jo ir inherenta investīcijām.

⁵¹ Consortium Groupement L.E.S.I. – DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire, ICSID Case ARB/03/08, January 10, 2005.

⁵² Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case ARB/07/16, November 8, 2010, para 312.

⁵³ Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case ARB/05/22, Julz, 24, 2008, paras 312, 313.

⁵⁴ Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. the Government of Malaysia, ICSID Case ARB/05/10, May 17, 2007, paras 62, 73.

⁵⁵ Dolzer R., Schreuer Ch. 2012, p. 74.

⁵⁶ Gaillard E. 2009, p. 403. Šāds viedoklis pausts arī ICSID lietā: CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case ARB/01/8, September 25, 2007, para 71: “Article 25 of the ICSID Convention did not attempt to define “investment”. Instead this task was left largely to the terms of bilateral investment treaties or other instruments on which jurisdiction is based.”

“intelektuālo īpašumu” un ilustratīvs uzskaitījums (nav izsmeļošs, iespējams, iekļaujot arī tādus nemateriālus “labumus”, kas nav klasisks intelektuālais īpašums, piemēram, tehniskās zināšanas, *goodwill*); 3) atsauce uz “intelektuālo īpašumu” un detalizēts uzskaitījums.

3. ICSID Konvencijas 25. pants nosaka arbitrāžas jurisdikciju, atsaucoties uz investīciju strīdiem, taču nesniedzot pašas investīcijas definīciju. Lai noteiktu arbitrāžas jurisdikciju, investīciju definīcija tiek interpretēta, izmantojot *Salini* testā noteiktos kritērijus gan ar jurisdikcionālo, gan tipisko īpašību pieeju.
4. Lai identificētu intelektuālā īpašuma aizsardzību IAN un ICSID Konvencijas 25. panta izpratnē, ir nepieciešams veikt visaptverošu un pragmatisku līguma interpretāciju, kā arī izvērtēt faktiskos apstākļus, ņemot vērā arī nacionālo valstu politiskās pamatnostādnes attiecībā uz intelektuālā īpašuma aizsardzību. IAN un ICSID Konvencijas definīcijas savstarpēji nepārklājas, taču investīcijai ir jāatbilst abām definīcijām. Noteicošais faktors ir līgumslēdzēju nodoms.