



ПЕРСПЕКТИВИ СТВОРЕННЯ БАГАТОСТОРОННЬОГО ІНВЕСТИЦІЙНОГО СУДУ ТА ПОТЕНЦІЙНИЙ ВПЛИВ ЦІЄЇ ІНСТИТУЦІЇ НА НАЦІОНАЛЬНУ СИСТЕМУ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ТА ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ*

Анастасія Кириленко,

аспірант кафедри міжнародного права та філософії права юридичного факультету університету м. Аліканте, Іспанія

та аспірант докторської школи з юридичних, суспільних та історичних наук університету м. Страсбург, Франція (програма подвійного диплому)

ID ORCID: 0000-0002-7639-913X

У статті розглянуто питання впливу інвестиційних спорів «інвестор-держава» на національні системи правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності держав, що стали стороною таких спорів; шляхи вирішення такого впливу, запропоновані Європейським Союзом в угодах про вільну торгівлю із, відповідно, Канадою та Тунісом. Шляхом порівняльного аналізу вказаних угод виділено типові положення, що регулюють питання захисту іноземних інвестицій і мають вплив на систему прав інтелектуальної власності.

Ключові слова: Багатосторонній інвестиційний суд, інвестиційні угоди Європейського Союзу, міжнародне інвестиційне право, угода ТРІПС, угода про вільну торгівлю між Україною та ЄС, угода про вільну торгівлю між Україною та Тунісом

Вступ. Наприкінці квітня цього року Суд справедливості Європейського Союзу оприлюднив висновок у справі 1/17 [1] щодо відповідності двостороннього механізму вирішення інвестиційних спорів, який міститься у Розділі 8 Всеосяжної економічної та торговельної угоди між Канадою та ЄС [2], праву Європейського Союзу. Відповідаючи на

запит бельгійського уряду, Суд підтвердив сумісність зазначеного механізму із первинним правом ЄС. Це рішення може стати першим кроком на шляху до створення Багатостороннього інвестиційного суду, заснування якого Євросоюз попередньо просуває шляхом укладання двосторонніх торговельних угод. Розділи щодо захисту інвестицій, зокрема,

* Це наукове дослідження отримало фінансову підтримку від Європейської Комісії у рамках програми EIPIN-IS (номер гранту: 721733-EIPIN IS-MSCA-ITN-EJD).



включено до угод про вільну торгівлю із Сінгапуром [3], Канадою [2], В'єтнамом [4], до проекту угоди з Тунісом [5].

Багатосторонній інвестиційний суд покликаний замінити механізми вирішення інвестиційних спорів, що функціонують на підставі двосторонніх інвестиційних договорів між державами. Залежно від визначення поняття «інвестиція» та решти положень таких інвестиційних договорів, предметом інвестиційного спору можуть стати і права інтелектуальної власності. Зокрема, міжнародна практика включає такі інвестиційні спори цієї категорії: Philip Morris проти Уругваю [6]; Philip Morris проти Австралії [7]; Eli Lilly проти Канади [8]; Bridgestone проти Панами [9]; Gilead проти України [10] та інші.

Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом [11], яка набула чинності 1 вересня 2017 р., не містить положень, що регулюють створення зазначеної інституції. Водночас ст. 89 вказаної Угоди передбачає можливість проведення додаткових перемовин, що матимуть на меті укладання угоди щодо забезпечення захисту інвестицій та механізму вирішення інвестиційних спорів. Практика окремого підписання угоди про вільну торгівлю та угоди щодо захисту інвестицій вже має місце у відносинах між Європейським Союзом та Сінгапуром [3]; до того ж, вона заохочується Судом справедливості [12] та Європейською Комісією [13, 31]. Відповідно, Україна також може очікувати на пропозицію підписати інвестиційну угоду з Євросоюзом чи приєднатися до Багатостороннього інвестиційного суду. Ураховуючи вищезазначене, вважаємо за доцільне розглянути механізм, запропонований Європейським Союзом, у контексті його впливу на національну систему правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності.

Літературний огляд. Вплив інвестиційних спорів на національні системи правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності досліджувався Б. Меркуріо [14], С. Клопчінські [15],

Х. Гроссе Рузе-Каном [16], С. Хо [17], К. Гайгером [18] та іншими. Зокрема, зазначені автори, спираючись на наявну практику вирішення інвестиційних спорів щодо прав інтелектуальної власності, аналізують вплив інвестиційних спорів на суверенне право держав регулювати вказану сферу [16]; на імплементацію державами гнучких положень угоди ТРІПС [16]; на видачу державами примусових ліцензій [17] тощо. Разом із тим, вказані питання досі не висвітлювалися вітчизняними вченими.

Мета дослідження. Оскільки ґрунтовний аналіз взаємодії інвестиційних спорів із вітчизняною системою правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності у цілому, та, зокрема, у контексті приєднання до двостороннього механізму вирішення таких спорів із Європейським Союзом, потребуватиме дослідження, чий обсяг перебільшуватиме обсяг наукової статті, ця публікація має на меті лише розпочати наукову дискусію на вказану тему, яка передуватиме потенційному укладанню угоди щодо захисту інвестицій між Україною та Європейським Союзом.

Виклад основного матеріалу дослідження. *Огляд основних положень міжнародних інвестиційних угод.* На міжнародному рівні, положення про захист іноземних інвестицій та механізм врегулювання інвестиційних спорів визначаються двома основними категоріями угод: по-перше, двосторонніми (рідше, багатосторонніми чи регіональними) інвестиційними угодами між державами; по-друге, спеціальним розділом, що є частиною ширшої угоди про вільну торгівлю між державами [16, 151–152].

Загальною метою таких інвестиційних договорів є створення сприятливих умов для інвестування громадянами однієї з держав-підписантів у економіку іншої (інших) держав-підписантів [19; 5, ст. 1.1], а також захист таких інвестицій [2].

Визначення поняття «інвестиції» вже у першій двосторонній інвестиційній

угоди, що була підписана між Німеччиною та Пакистаном у 1959 році, включало «патенти та технічні знання» як одну з форм інвестицій [19, ст. 8]. У подальшому, значення прав інтелектуальної власності під час ведення господарської діяльності призвело до їх більш детального регулювання, зокрема у міжнародних інвестиційних угодах. Так, інвестиційна угода між Сполученими Штатами Америки та Україною, підписана у 1994 році, включає до форм, що їх може набувати інвестиція, усі види прав інтелектуальної власності, разом із правами на «винаходи в усіх сферах людської діяльності», комерційні таємниці чи навіть топографії інтегральних мікросхем [20, ст. I.1.a(IV)].

Північноамериканська угода про вільну торгівлю між Канадою, Мексикою та США (НАФТА, англ. North American Free Trade Agreement, NAFTA) [21], що набула чинності у 1994 році та вперше серед угод вільної торгівлі містила окремий розділ про захист інвестицій, прямо не включає права інтелектуальної власності до переліку форм «інвестицій». Натомість це визначення поширюється на «інші види матеріальної та нематеріальної власності, що була набута в очікуванні чи використана із метою отримання прибутку чи із іншою підприємницькою метою» [21, ст. 1139]. У свою чергу, таке відкрите визначення дало змогу американській фармацевтичній компанії Eli Lilly розпочати інвестиційний спір проти Канади на підставі угоди НАФТА, посилаючись на порушення своїх прав інтелектуальної власності [8].

Окрім формальних, права інтелектуальної власності також повинні відповідати об'єктивним критеріям, що висуваються до кваліфікованої інвестиції та визначені відповідною інвестиційною угодою. Такими критеріями, залежно від тексту угоди, можуть стати тривалість інвестиції, її ризиковість, внесок капіталу тощо [22, 279–283]. Якщо інвестиційний спір розглядається на підставі Конвенції про порядок вирішення ін-

вестиційних спорів між державами та іноземними особами, кваліфікована інвестиція також має відповідати вимогам, сформульованим практикою розгляду вказаних спорів Міжнародним центром із урегулювання суперечок (англ. International Centre for Settlement of Investment Disputes). Зокрема, йдеться про застосування так званого тесту Саліні, що включає тривалість, прийняття певних ризиків, перспективу прибутку та внесок капіталу чи інших активів, внесок до розвитку приймаючої держави. Водночас, детальний аналіз арбітражної практики цього центру вказує на відсутність єдиного підходу, застосування лише окремих із визначених критеріїв [16, 162; 22, 281].

Емпіричні дослідження міжнародних інвестиційних угод дають змогу говорити як про зростання загальної кількості таких угод, зокрема шляхом регулюванням зовнішніх інвестицій через угоди вільної торгівлі [23]; так і про широке застосування інвестиційних угод до прав інтелектуальної власності, шляхом прямого включення їх до визначення поняття «інвестиція», чи завдяки невичерпному переліку активів, що можуть розглядатися як кваліфікована інвестиція [24].

До ключових положень категоріального апарату інвестиційної угоди також належать положення, що визначають абсолютні та відносні стандарти захисту інвестицій. Так, вищезгадана Північноамериканська угода про вільну торгівлю включає відносні стандарт національного поведження із іноземними інвестиціями [21, ст. 1102] та стандарт держави найбільшого сприяння [21, ст. 1103]; абсолютні стандарт справедливого та рівного поведження і стандарт повного захисту і безпеки іноземних інвестицій [21, ст. 1105], захист від прямої та непрямой експропріації [21, ст. 1110].

Розглядаючи найбільш розповсюджені в міжнародному інвестиційному праві стандарти захисту через призму наявних інвестиційних суперечок щодо прав інтелектуальної власності, Гросе



Рюзе-Кан виділяє такі проблематичні аспекти: захист законних очікувань інвестора як однієї зі складових стандарту справедливого та рівного поводження та співіснування таких законних очікувань із суверенним правом держави регулювати сферу правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності [16, 172–175]; потенційне використання норм міжнародних угод у сфері інтелектуальної власності як джерела законних очікувань інвестора [16, 182–184]; вплив стандарту повного захисту і безпеки іноземних інвестицій на національні системи захисту прав інтелектуальної власності, включно із процесуальними правами відповідачів та відсутністю зобов'язання створювати судову систему, яка спеціалізується на розгляді справ щодо прав інтелектуальної власності [16, 184–186; 25, ст. 41(5)]; застосування примусових ліцензій чи інших заходів, що обмежують використання наявних прав інтелектуальної власності, як потенційний факт непрямой експропріації [16, 187–192]. Більш детальний аналіз — у наступній частині цієї статті — наявної арбітражної практики дасть змогу розглянути ці та інші питання впливу міжнародних інвестиційних угод на національну систему правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності.

Система вирішення інвестиційних спорів «інвестор-держава» є останнім із елементів міжнародних інвестиційних угод, що буде розглянуто у статті, оскільки реформування саме цього механізму ставить на меті Європейський Союз. До основних арбітражних інститутів, які розглядають інвестиційні суперечки, належать Міжнародний центр із врегулювання суперечок (англ. International Centre for Settlement of Investment Disputes), Арбітражний інститут Торгової палати м. Стокгольм (англ. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce).

Утім, варто зазначити, що міжнародні інвестиційні угоди передбачають

не функціонування окремої квазі-судової інституції, а *ad hoc* призначення арбітрів, виключно для розгляду наявної інвестиційної суперечки. У свою чергу, це призвело до критики системи арбітражу, оскільки вона заохочує залучення до розгляду арбітражу осіб, що також можуть надавати юридичні послуги сторонам іншої справи, тим самим не відповідаючи вимогам нейтральності, які зазвичай висуваються перед суддями національних судових систем [26, 176–177]. До того ж, рішення одного арбітражного трибуналу не мають прецедентної сили під час розгляду подальших інвестиційних суперечок, що, у свою чергу, призводить до розбіжних тлумачень схожих за суттю справ. Саме тому Європейський Союз пропонує перехід від *ad hoc* арбітражу до створення Міжнародного інвестиційного суду, що за своїм функціонуванням відповідатиме основним ознакам судової інституції.

Огляд наявних інвестиційних суперечок. Хоча права інтелектуальної власності відповідають визначенню кваліфікованої інвестиції відповідно до не одного десятка міжнародних інвестиційних угод, а деякі науковці привертати увагу до проблеми співіснування таких угод із національними системами інтелектуальної власності ще у 2004 році [27], перші інвестиційні спори у цій сфері з'явилися відносно нещодавно. Оскільки у міжнародній науковій літературі наявний вичерпний аналіз вказаних інвестиційних суперечок [14; 15; 16; 17; 22; 26], у цьому розділі ми лише схематично представимо основні елементи таких справ, що, у свою чергу, дасть змогу звернути увагу на ті аспекти справ, що є потенційно проблематичними для української системи правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності.

Так звані «антитютюнові» справи Philip Morris проти Австралії [7] та Philip Morris проти Уругваю [6] стали першим прикладом використання міжнародних інвестиційних угод для захи-

сту прав інтелектуальної власності. В основі обох суперечок є законодавчі ініціативи, відповідно, Австралії та Уругваю щодо обмеженого брендування цигарок (так зв. «*plain packaging*») шляхом запровадження обов'язкових попереджень про шкідливість паління, які повинні займати значну частину пакування; шляхом заборони кольорового брендування цигарок на позначення вмісту тютюну тощо.

У справі Phillip Morris проти Австралії тютюновий виробник закидав останній порушення законних інтересів та очікувань [28, п. 7.7], як складової стандарту рівного та справедливого поводження з інвесторами, шляхом обмеження права тютюнової компанії використовувати зареєстровані торговельні марки. Phillip Morris посилалася на Паризьку конвенцію та на угоду ТРІПС як основу таких законних очікувань, стверджуючи, що компанією було здійснено інвестиції «із законним очікуванням, що Австралія дотримуватиметься своїх міжнародних зобов'язань у частині торгівлі, включно із зобов'язаннями, що містяться в [угоді] ТРІПС та у Паризькій конвенції [...]» [28, п. 6.5]. Оскільки основним питанням інвестиційної суперечки є позитивна чи негативна природа права на торговельну марку (тобто, чи права Phillip Morris передбачали право використання таких марок, чи ж обмежувалися виключно правом *забороняти* третім особам таке використання) [16, 163], розгляд вказаної суперечки арбітражною інституцією міг би призвести до тлумачення положень угоди ТРІПС, включно зі ст. 16 та приміткою 3, за межами Світової організації торгівлі. Philip Morris було зрештою відмовлено у розгляді інвестиційної суперечки з юрисдикційних підстав.

На підставі схожої законодавчої ініціативи щодо продажу тютюнових виробів Phillip Morris також розпочали інвестиційну суперечку проти Уругваю [6], звинувачуючи цю державу в порушенні стандарту рівного та справедливого поводження з інвестором через не-

дотримання законних очікувань тютюнової компанії щодо стабільної та прогнозованої нормативної бази, щодо дотримання Уругваєм міжнародних зобов'язань, зокрема, зобов'язань на підставі угод ТРІПС та Паризької конвенції, щодо дотримання Уругваєм національного законодавства у частині поваги до приватної власності [29, п. 84–85]. До того ж, Phillip Morris звинуватили Уругвай у тому, що вказані законодавчі ініціативи, спрямовані на захист здоров'я населення, не супроводжувалися виплатою компенсації тютюновій компанії, а отже призвели до експропріації інвестицій Phillip Morris [29, п. 85]. Хоча розгляд справи по суті завершився перемогою Уругваю [6], науковці звертають увагу на такі проблематичні положення рішення, як широке тлумачення поняття «інвестиція», відповідно до якого маркетинг цигарок із використанням торговельної марки було визнано достатнім для визнання кваліфікованої інвестиції [30, 24]; вплив інвестиційної суперечки щодо законодавства, спрямованого на охорону здоров'я власного населення, на суверенне право держав регулювати вказану сферу [17]; вплив «антитютюнових» справ у цілому на схожі законодавчі ініціативи інших держав.

«Антитютюнові» інвестиційні спори ілюструють ще одну потенційну проблему для сфери інтелектуальної власності: паралельний розгляд справ, що базуються на однакових фактах, в інвестиційному арбітражі та в Органі регулювання суперечок СОТ. Так, законодавство Австралії щодо обмеженого використання торговельних марок для тютюнових виробів також стало предметом справи DS434 [31], що розглядалася Світовою організацією торгівлі за позовом від України. Такий паралельний розгляд може потенційно призвести до протилежних тлумачень нормативно-правової бази та протилежних рішень по суті.

Положення міжнародних угод як джерело законних очікувань інвестора



також стали передумовою справи між американською фармацевтичною компанією Eli Lilly та Канадою [8]. Предметом інвестиційного спору стало тлумачення канадськими судами критерію «корисність», який, згідно зі ст. 27 угоди ТРІПС, є еквівалентним до поняття «промислова придатність». На думку фармацевтичної компанії, занадто вимогливе тлумачення судами критерію «корисності» винаходів призвело до частотної інвалідації фармацевтичних патентів на винахід [16, 154]. Згідно із Eli Lilly, така судова практика становить «раптову, довільну та дискримінаційну» зміну нормативно-правової бази, на підставі якої компанія здійснювала свої інвестиції [32, п. 100]. Компанія посилалася на розділ Північноамериканської угоди про вільну торгівлю, що регулює питання інтелектуальної власності, як джерело власних законних очікувань. Eli Lilly також звинуватила Канаду у прямій та непрямій експропріації патентів, шляхом їх інвалідації та у зв'язку з втратою такими патентами їх вартості [32, п. 102]. Хо [17, 150] зазначає, що хоча розгляд справи і завершився переконливою перемогою Канади, сам факт її тривалого та витратного розгляду може негативно вплинути на готовність решти країн, зокрема, тих, що розвиваються, імплементувати гнучкі положення угоди ТРІПС до національних законодавств.

На стадії розгляду перебуває справа між японським виробником шин Bridgestone та Панамою [9], яка вже привернула увагу науковців [30]. В основі інвестиційного спору є реєстрація панамським національним відомством торговельної марки «RIVERSTONE», що належить конкурентові Bridgestone, китайському виробнику шин Luque. Попри заперечення Bridgestone на етапі реєстрації на підставі прав на торговельні марки «Bridgestone» та «Firestone», вказана торговельна марка була зареєстрована. Подальший розгляд цієї справи національними судами на підставі позову від компанії Luque призвів до того, що Вер-

ховний суд Панами визнав компанію Bridgestone винною у спричиненні Luque збитків на суму, еквівалентну 5 млн дол., завданих шляхом погроз щодо вилучення всього асортименту товарів китайського виробника у разі визнання порушення прав на торговельну марку Bridgestone. Не погоджуючись із остаточним рішенням найвищої судової інстанції, Bridgestone розпочали інвестиційну суперечку проти Панами на підставі Угоди про розвиток торгівлі між США та Панамою, закидаючи останній несправедливе та довільне рішення Верховного суду, що привезло до експропріації інвестицій та порушення стандарту рівного та справедливого поводження з інвесторами [9, п. 62]. Хоча для більш детального аналізу справи необхідно дочекатися розгляду справи по суті, сам факт такого інвестиційного спору для перегляду остаточного рішення національної судової системи викликає занепокоєння.

Окремо варто згадати інвестиційний спір між американською фармацевтичною компанією Gilead та Україною, що була врегульована шляхом підписання мирової угоди [33]. Відсутність конкретної інформації щодо предмету спору, а також щодо стандартів захисту іноземних інвестицій, імовірно порушення яких компанія закидала Україні, не дає змоги провести детальний аналіз цієї справи. Водночас саме відсутність такої інформації наочно ілюструє ще одне проблемне питання у регулюванні міжнародних суперечок — закритий характер більшості документів, пов'язаних із подібними суперечками.

Більшість із проблемних питань, виявлених у цьому розділі, так чи інакше є застосовними і до системи прав інтелектуальної власності України. Це підтверджує необхідність аналізу положень про захист інвестицій, що містяться в останніх угодах про вільну торгівлю, які просуває Європейський Союз.

Інвестиційні угоди Європейського Союзу та проект створення Міжнарод-

ного інвестиційного суду. До набрання чинності Лісабонською угодою Євросоюз не мав повноважень щодо укладання договорів стосовно прямих іноземних інвестицій як суб'єкт міжнародного права. У 2009 році положення щодо виключної компетенції Союзу в частині прямих іноземних інвестицій було внесено до ст. 207(1) Договору про функціонування ЄС [34], що, у свою чергу, дало змогу Європейському Союзу включати положення щодо захисту іноземних інвестицій до так званих угод про вільну торгівлю «нового покоління».

Хоча Євросоюз зобов'язався враховувати конкретний контекст переговорів із кожним торговельним партнером [36, 6–7], порівняльний аналіз наявних угод чи проектів угод [2, 3, 4, 5] свідчить про існування загального шаблону, який використовується як для розвинутих країн-партнерів, так і для країн, що розвиваються. У свою чергу, наявність спільних положень у вказаних угодах дає нам змогу зробити припущення щодо ймовірного змісту відповідної інвестиційної угоди між Україною та Європейським Союзом, проаналізувати її потенційний вплив на національну систему правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності. Як відправні точки для порівняльного аналізу використаємо угоду про вільну торгівлю між Європейським Союзом та Канадою [2] та проект угоди про вільну торгівлю між Європейським Союзом та Тунісом [5]. Порівняння угод із обома країнами — розвинутою і такою, що розвивається і належить до Європейської політики судівства, — дасть змогу отримати більш глибокий аналіз потенційного змісту інвестиційної угоди з Україною.

Визначення поняття «інвестиції» в обох угодах [2, ст. 8.1; 5, ст. 1.2] є еквівалентними в тій частині, що є релевантною для нашого аналізу. По-перше, кваліфікована інвестиція має відповідати низці критеріїв, які частково повторюють критерії тесту Саліні: тривалість, прийняття певних ризиків, перспектива прибутку та внесок капі-

талу чи інших активів. Зазначаємо, що у порівнянні з тестом Саліні у цих угодах відсутня вимога «внеску у розвиток приймаючої держави»; дотримання саме цього критерію є проблематичним для кваліфікації як інвестиції таких прав інтелектуальної власності, як торговельна марка чи промисловий зразок. Разом із тим, список критеріїв за своїм формулюванням не є вичерпним.

Права інтелектуальної власності включені до визначення поняття «інвестиція» як одна з її можливих форм [2, ст. 8.1; 5, ст. 1.2(vi)]. При цьому проект угоди з Тунісом експліцитно включає «ліцензії на права інтелектуальної власності» як одну з форм інвестицій [5, ст. 1.2(vii)]. Питання того, чи ліцензія може розглядатися як інвестиція, є дискусійним і визначається науковцями з негативної точки зору [30].

Угода з Канадою та проект угоди з Тунісом регулюють основні абсолютні та відносні стандарти захисту, наявні у міжнародному інвестиційному праві. Передбачені відносні стандарти захисту включають стандарт національного поводження з іноземними інвестиціями [2, ст. 8.6; 5, ст. 2.3] і стандарт держави найбільшого сприяння [2, ст. 8.7; 5, ст. 2.4].

Передбачені абсолютні стандарти захисту включають, по-перше, стандарт справедливого та рівного поводження з іноземними інвестиціями [2, ст. 8.10 (2); 5, ст. 2.6 (2)], до елементів порушення якого належать відмова у правосудді, порушення належного процесу, очевидне свавілля, цілеспрямована дискримінація, неправомірне поводження з інвесторами. Зазначимо, що вказані елементи прямо не включають захист законних очікувань інвестора, що у свою чергу є найбільш проблемним аспектом цього стандарту захисту для України у контексті частотного недотримання Україною зобов'язань, взятих на підставі Угоди про асоціацію з Європейським Союзом. Водночас, угода із Канадою [2, ст. 8.10.2.f] передбачає можливість включення, за згодою держав-учасниць, інших елементів до цього стандарту за-



хисту. Наразі єдиним визначенням контекстом для захисту законних очікувань інвестора є випадки обіцянок сприяння від держав-учасниць конкретному інвестору, коли такі обіцянки згодом не було виконано вказаною державою [2, ст. 8.10.4; 5, ст. 2.6.3].

Застосування абсолютного стандарту повного захисту і безпеки іноземних інвестицій прямо обмежується *фізичною* безпекою таких інвестицій [2, ст. 8.10.4; 5, ст. 2.6.4]. Саме у контексті прав інтелектуальної власності та гнучких положень угоди ТРІПС щодо відсутності обов'язку створення спеціалізованої судової системи [25, ст. 41.5], Гросе Рузе Кан висловлює побоювання, що занадто широке тлумачення міжнародними інвестиційними договорами цього стандарту захисту може призвести до інвестиційних суперечок, предметом яких стане неефективна судова система певної держави [16, 184–186]. Формулювання стандарту, використане у вказаних угодах із Канадою та Тунісом, дає змогу виключити його застосування до ситуацій, у яких державою не забезпечується належний *правовий* захист інвестицій, зокрема через неефективність судової системи.

Захист від прямої та непрямой експропріації передбачено ст. 2.8 проекту угоди з Тунісом та ст. 8.12 угоди з Канадою, включно з кумулятивними вимогами, за яких держава має право вдатися до експропріації. Регулювання стандарту експропріації додатково передбачає, що надання примусових ліцензій не має розцінюватися як експропріація, коли така процедура відповідає положенням угоди ТРІПС [2, ст. 8.12.5; 5, ст. 2.8.5]. Саме до потенційного впливу інвестиційних суперечок на право країн видавати примусові ліцензії привертала увагу низка дослідників цієї проблематики [17, 27]. Вказані угоди також визначають, що визнання права інтелектуальної власності недійсним, обмеження чи створення такого права не належать до форм експропріації, коли такі процеду-

ри відповідають положенням розділу щодо прав інтелектуальної власності відповідної угоди про вільну торгівлю, положенням угоди ТРІПС [2, ст. 8.12.5; 5, ст. 2.8.5].

Проект угоди з Тунісом та угода з Канадою передбачають низку механізмів стримувань і противаг, покликаних вирішити проблемні питання, виявлені в інвестиційних суперечках, що було проаналізовано вище. Так, ст. 2.2 проекту угоди з Тунісом і ст. 8.9.1 угоди з Канадою підтверджує суверенне право держав-учасниць регулювати такі сфери, як охорона здоров'я, освіта, захист навколишнього середовища з метою досягнення легітимних політичних цілей. Додатково, текст угод стверджує, що положення відповідних розділів щодо захисту інвестицій не повинні тлумачитися як зобов'язання з боку держав-учасниць не вносити зміни до нормативно-правової бази, навіть коли такі зміни можуть негативно вплинути на іноземні інвестиції [2, ст. 8.9.1; 5, ст. 2.2].

Ураховуючи потенційний вплив інвестиційних суперечок на використання країнами гнучких положень угоди ТРІПС [17], ст. 4.12 проекту угоди з Тунісом також включає положення, згідно з яким жодна з вимог угоди не повинна тлумачитися як обов'язок держав-учасниць діяти всупереч обов'язкам на підставі Угоди про заснування Світової організації торгівлі. Водночас, зазначаємо, що угода про вільну торгівлю з Канадою не містить такого положення у розділі, присвяченому захисту інвестицій. Ураховуючи позицію України як країни, що розвивається, і необхідність збереження простору для прийняття політичних рішень у сфері регулювання інтелектуальної власності, відповідні положення щодо збереження гнучких положень угоди ТРІПС необхідно включити також і до угоди з Україною.

У світлі паралельного розгляду «антитютюнового» законодавства Австралії інвестиційним арбітражем та Органом врегулювання суперечок СОТ,

проект угоди з Тунісом [5, ст. 3.14] включає положення, згідно з яким двосторонній інвестиційний суд не розглядатиме позови, предмет яких уже розглядається іншою національною чи міжнародною інстанцією. Натомість, ст. 8.24 угоди з Канадою передбачає механізм зупинення розгляду у випадку необхідності врахувати результати справи, що розглядається паралельно іншою міжнародною інстанцією.

Додаток 8-D угоди з Канадою містить спільну декларацію сторін, згідно з якою механізм захисту інвестицій, створений на підставі вказаної угоди, не має використовуватися для перегляду рішень національних судів держав-учасниць, зокрема у частині існування чи дійсності прав інтелектуальної власності. Таке положення спрямоване на уникнення інвестиційних спорів, подібних до *Eli Lilly* проти Канади, *Bridgestone* проти Панами. Вказана спільна декларація також містить положення щодо свободи вибору методів імплементації угоди про вільну торгівлю між Європейським Союзом та Канадою; це положення змодельоване за прикладом ст. 1(1) угоди ТРІПС. Водночас, Євросоюз і Канада домовилися про можливий перегляд положень інвестиційної угоди у частині її впливу на систему прав інтелектуальної власності, через три роки після набуття чинності угодою чи за запитом однієї зі сторін [2, Додаток 8-D]. Зазначаємо, що за результатами третього раунду перемовин відповідна спільна декларація відсутня у проекті угоди з Тунісом.

Наразі угоди про вільну торгівлю Європейського Союзу передбачають створення виключно двосторонніх інвестиційних судів; тобто, планується існування окремих, постійно діючих інституцій для кожної з окремих двосторонніх угод. Функціонування такого двостороннього суду детально регулюється відповідними угодами. Так, ст. 3.9 проекту про вільну торгівлю з Тунісом регулює процедуру призначення п'ятнадцяти суддів, по п'ять суддів від, відповідно, Європейського Союзу,

Тунісу та третіх країн; процедуру виплати заробітної платні таким суддям.

Обидві угоди передбачають існування у відповідних двосторонніх інвестиційних судах апеляційної інстанції [2, ст. 8.28; 5, ст. 3.10]. Запропонована Європейським Союзом система також дає змогу прийняття до розгляду *amicus curiae* [5, ст. 3.2.3].

Водночас угоди про вільну торгівлю з Канадою [2, ст. 8.29] і Тунісом [5, ст. 3.12], а також решта останніх угод, включають положення про перехід від двостороннього інвестиційного суду до Міжнародного інвестиційного суду, у випадку його створення. Європейський Союз не виключає можливості використання Міжнародного інвестиційного суду як заміни механізмів урегулювання інвестиційних суперечок також і між третіми державами.

Висновки. У попередніх розділах цієї статті ми коротко розглянули основні положення міжнародних інвестиційних угод; взаємодію їх з національними системами правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності; провідні інвестиційні спори, предметом яких стали саме права інтелектуальної власності; типові положення двосторонніх інвестиційних угод між Європейським Союзом і третіми державами у контексті потенційного укладання подібної угоди також і з Україною.

Огляд наявних інвестиційних справ та аналіз профільної наукової літератури вказує на такі проблемні питання, релевантні для України: потенційне звуження гнучких положень угоди ТРІПС шляхом їх тлумачення арбітражними інстанціями, що не є компетентними у питаннях прав інтелектуальної власності; намагання з боку інвесторів переглянути «незручні» рішення національних судових органів через механізм урегулювання інвестиційних спорів; негативний вплив інвестиційних спорів на державну політику щодо охорони здоров'я, зокрема на видачу примусових ліцензій для фармацевтичних патентів на винаходи; використання положень між-

народних і двосторонніх угод, включно з угодами про вільну торгівлю, як джерела законних очікувань інвестора. Окремо варто зазначити також проблеми, притаманні інвестиційним спорам у цілому, зокрема відсутність єдиної арбітражної інстанції, неузгодженість підходів у розгляді спорів, потенційна заангажованість арбітрів.

Аналіз типових положень інвестиційних угод між Європейським Союзом і, відповідно, Канадою та Тунісом вказує на те, що ЄС усвідомлює вказані проблеми і намагається принаймні частково їх вирішити. Запропоновані угоди включають детальне регулювання таких питань, як створення перманентного інвестиційного суду (двостороннього та, потенційно, багатостороннього); зуження сфери застосування стандартів захисту інвестицій до прав інтелектуальної власності; виключення випадків видачі примусових ліцензій зі сфери застосування стандарту захисту від експропріації тощо.

Водночас, варто вказати на низку відмінностей між проаналізованими угодами: вичерпний список елементів стандарту справедливого та рівного по-

водження з іноземними інвестиціями, що не включає захист законних очікувань інвестора [5, ст. 2.6]; положення, згідно з яким жодна з вимог угоди не повинна тлумачитися як обов'язок держав-учасниць діяти всупереч обов'язкам на підставі Угоди про заснування Світової організації торгівлі [5, ст. 4.12]; заборона розгляду двостороннім інвестиційним судом спорів, предмет яких уже розглядається іншою національною чи міжнародною інстанцією [5, ст. 3.14]; спільна декларація держав-підписантів щодо заборони використання механізму врегулювання інвестиційних спорів для перегляду рішень національних судових органів, щодо свободи вибору методів імплементації угоди про вільну торгівлю [2. Додаток 8-D].

Більш детальний аналіз механізмів стримувань і противаг, які містяться у наявних інвестиційних угодах між Європейським Союзом і третіми країнами, дасть змогу Україні приймати поінформовані рішення на етапі переговорів щодо укладання відповідної інвестиційної угоди з Євросоюзом. ♦

Список використаних джерел / List of references

1. *EU-Canada CET Agreement. Opinion of 30 April 2019 – Opinion 1/17.* URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-1/17> (дата звернення 24.05.2019).
2. *Comprehensive and Economic Trade Agreement between the European Union and its Member States, of one part, and Canada, of the other part.* URL: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> (дата звернення 24.05.2019).
3. *Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore.* URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:04c776da-4322-11e8-a9f4-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_2&format=PDF#page=2 (дата звернення 24.05.2019).
4. *Free Trade Agreement between the European Union and the Socialist Republic of Viet Nam.* URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157337.pdf (дата звернення 24.05.2019).
5. *Draft of the Deep and Comprehensive Free Trade Agreement between the European Union and its Member States, of one part, and Tunisia, of the other part. Investment Chapter.* URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/july/tradoc_157219.pdf (дата звернення 24.05.2019).
6. *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermano S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No ARB/10/7, Award, 8 July 2016.*

- URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0346.pdf> (дата звернення 24.05.2019).
7. *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015.* URL: <https://www.pcacases.com/web/sendAttach/1711> (дата звернення 24.05.2019).
 8. *Eli Lilly and Company v. Government of Canada, ICSID Case No UNCT/14/2, Award, 16 March 2017.* URL: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3544/DC10133_En.pdf (дата звернення 24.05.2019).
 9. *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama, ICSID Case No ARB/16/34, Decision on Expedited Objections, 13 December 2017.* URL: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C5946/DS10865_En.pdf (дата звернення 24.05.2019).
 10. *Peterson L. E., Williams Z. Gilead Pharma corp withdraws investment arbitration after Ukraine agrees to settlement of dispute over monopoly rights to market anti-viral drug. ISDS Platform.* URL: <http://isds.bilaterals.org/?gilead-pharma-corp-withdraws&lang=en> (дата звернення 24.05.2019).
 11. *Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part.* URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2014:161:FULL&from=EN> (дата звернення 24.05.2019).
 12. *Free Trade Agreement with Singapore. Opinion of 16 May 2017 – Opinion 2/15.* URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-2/15> (дата звернення 24.05.2019).
 13. *European Commission. Trade for all. Towards a more responsible trade and investment policy — 2015.* URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf (дата звернення 24.05.2019).
 14. *Mercurio B. C. Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements. Journal of International Economic Law. 2012. Bun. 15 (3). C. 871–915.*
 15. *Klopschinski S. Der Schutz geistigen Eigentums durch völkerrechtliche Investitionsverträge. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2011. 583 с.*
 16. *Grosse Ruse-Khan H. The Protection of Intellectual Property in International Law. Oxford: Oxford University Press, 2016. 544 с.*
 17. *Ho C. M. A Collision Course Between TRIPS Flexibilities and Investor-State Proceedings. UC Irvine Law Review. 2016. Bun. 6(3). C. 395–468.*
 18. *Geiger C. The TTIP and its Investment Protection: Will the EU Still be Able to Regulate Intellectual Property?. International Review of Intellectual Property and Competition Law. 2018. Bun. 49(6). C. 631–635.*
 19. *Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and Exchange Notes) between Pakistan and Germany.* URL: https://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf (дата звернення 24.05.2019).
 20. *Treaty between the United States of America and Ukraine concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment.* URL: (<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw8547.pdf>) (дата звернення 24.05.2019).
 21. *North American Free Trade Agreement between Canada, Mexico and the United States of America.* URL: https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf (дата звернення 24.05.2019).
 22. *Fina S., Lentner G. M. The European Union's New Generation of International Investment Agreements and its Implications for the Protection of Intellectual Property Rights. Journal of World Investment and Trade. 2017. Bun. 18. C. 271–305.*
 23. *Usynin M., Gáspár-Szilágyi S. The Rising Trend of Including Investment Chapters into PTAs. Netherlands Yearbook of International Law. 2017. Bun. 48. C. 267–304.*

24. Lavery R. A. *Coverage of Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Empirical Analysis of Definitions in a Sample of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements*. TDM. 2009. Bun. 6(2).
25. *The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf (дата звернення 24.05.2019).
26. Gáspár-Szilágyi S. *Quo Vadis EU Investment Law and Policy? The Shaky Path Towards the International Promotion of EU Rules*. *European Foreign Affairs Review*. 2018. Bun. 23(2). С. 167–186.
27. Correa C. M. *Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses*. *Michigan Journal of International Law*. Bun. 26(1). С. 331–353.
28. *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No 2012-12, Notice of Arbitration, 21 November 2011. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf> (дата звернення 24.05.2019).
29. *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermano S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No ARB/10/7, Request for Arbitration, 19 February 2010. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf> (дата звернення 24.05.2019).
30. Nath Upreti P. *IP Licence as an Investment Insights from Bridgestone v. Panama*. *Stockholm Intellectual Property Law Review*. 2018. Bun. 1. С. 16–28.
31. *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*. DS434. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds434_e.htm (дата звернення 24.05.2019).
32. *Eli Lilly and Company v. Government of Canada*, ICSID Case No UNCT/14/2, Notice of Intent, 12 September 2013. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1172.pdf> (дата звернення 24.05.2019).
33. Про підписання Мірової угоди між Україною та компанією «Гілеад Сайєнсіз, Інк.» : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 25 січня 2017 р. № 45-р (дата звернення: 24.05.2019).
34. *Treaty on the Functioning of the European Union*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (дата звернення: 24.05.2019).
35. *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a comprehensive European international investment policy*. URL: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/EN/1-2010-343-EN-F1-1.Pdf> (дата звернення: 24.05.2019).

Надійшла до редакції 24.05.2019 року

Кириленко А. Перспектива создания Многостороннего инвестиционного суда и потенциальное влияние такой институции на национальную систему правовой охраны и защиты прав интеллектуальной собственности. В статье рассмотрен вопрос влияния инвестиционных споров «инвестор-государство» на национальные системы правовой охраны и защиты прав интеллектуальной собственности государств, ставших стороной таких споров; пути решения такого влияния, предложенные Европейским Союзом в соглашениях о свободной торговле с, соответственно, Канадой и Тунисом. Путем сравнительного анализа указанных соглашений выделены типовые положения, которые регулируют во-



просы защиты иностранных инвестиций и влияют на систему прав интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: Многосторонний инвестиционный суд, инвестиционные договора Европейского Союза, международное инвестиционное право, договор ТРИПС, договор о свободной торговле между Украиной и ЕС, договор о свободной торговле между Украиной и Тунисом

Kyrylenko A. Multilateral Investment Court: prospects of creation and potential impact on the Ukrainian system of intellectual property rights' protection and enforcement. On April 30, 2019, the Court of Justice of the European Union delivered its Opinion 1/17, confirming the compatibility of the mechanism for the resolution of disputes between investors and States, provided for by the free trade agreement between the EU and Canada, with the EU law. This Opinion may become the first step towards the creation of a Multilateral Investment Court, the project, which is preliminary promoted by the European Union through the conclusion of bilateral trade agreements.

While Ukraine is no alien to investment disputes over intellectual property rights, the interplay between investment law and intellectual property rights has received limited attention among local scholars. Consequently, this article starts with introducing the reader to the key elements of existing international investment treaties that are relevant for the intellectual property regime. It is followed by an overview of main investment disputes, involving intellectual property rights, with a view of mapping potential issues such a dispute may present to the Ukrainian system.

The third part of the article analyses the European Union's new generation of international investment agreements. Although Ukraine has not yet been involved in such negotiations, art. 89 of the EU/Ukraine free trade agreement allows for its review to include provisions on investment protection and investor-to-state dispute settlement procedures. Consequently, two recent investment chapters are contrasted, the one included in the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada, as a developed-to-developed country negotiations model; the one included in the draft of the Deep and Comprehensive Free Trade Agreement with Tunisia, as a developed-to-developing country negotiations model.

Such comparative analysis has allowed me to discern both common and diverging provisions, relevant for the national intellectual property systems, which, in turn, will allow Ukraine to adopt informed decisions during a potential negotiation with the European Union.

Key words: multilateral investment court, EU investment agreements, international investment law, TRIPS, EU/Ukraine free trade agreement, EU/Tunisia free trade agreement