

## *Einarsson v. Canada*——原始資料作為投資保護標的適格性

### 問題之首件案例初探

李子維 編譯

#### 摘要

*Einarsson v. Canada* 為首件關於資料是否得作為投資專章下受保護標的之案例。然本案涉及之「資料」係指原始資料，故本案對於將來可能涉及社群媒體使用者資訊相關之投資爭端的處理上，是否具有開創性意義，本文採取消極立場。惟本案尚未進行實質審理，故仲裁庭裁定結果之未來走向，仍留待後續解答。

(取材資料：Niels Lachmann, *Einarsson v. Canada and Data as Asset in Investor-State Dispute Settlement*, KLUWER ARB. BLOG (Oct. 9, 2023), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/10/09/einarsson-v-canada-and-data-as-asset-in-investor-state-dispute-settlement/>.)

*Einarsson v. Canada* 為一審理中之國際投資仲裁案件，其程序上與實體上之爭議皆備受矚目。本案之控訴方為持有美國國籍、擁有註冊於加拿大之公司 Geophysical Services Incorporated (以下簡稱 GSI) 的父子三人，以及 GSI 公司<sup>1</sup>，其聲稱加拿大政府向第三方洩漏了 GSI 的震測資料 (seismic data)，侵害 GSI 的著作權與營業秘密保護，故主張加拿大政府違反北美自由貿易協定 (North American Free Trade Agreement, NAFTA) 第 11 章之數項規定<sup>2</sup>。本案為首件涉及擁有資料 (data) 之投資人對地主國提起爭端解決 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) 之案例。

本案涉及投資爭端案件之新穎議題，本文將從 ISDS 的角度，探討「資料保護」是否可於本案中被認定為「投資」而受到投資專章之保護，並透過檢視本案

<sup>1</sup> Theodore David Einarsson, Harold Paul Einarsson, Russell John Einarsson, and Geophysical Service Incorporated v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/20/6, Claimants' Memorial, para. 3 (Sept. 27, 2022) [hereinafter Claimants' Memorial].

<sup>2</sup> *Id.* sec. IV. ("The Alberta decisions breached Canada's obligations under NAFTA chapter 11"); North American Free Trade Agreement [NAFTA], Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 289 (1993). 《北美自由貿易協定》現已由《美墨加協定》取代。Protocol Replacing the North American Free Trade Agreement with the Agreement Between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, Nov. 30, 2018, <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>.

對於仲裁庭未來就資料評估 (包括在數位經濟中至關重要的資料) 認定所產生之影響, 最後做出一結論。

## 壹、案件背景介紹

控訴方 GSI 係由 Theodore David Einarsson 於 1993 年在加拿大成立之美資分公司<sup>3</sup>, 其兩個兒子亦在公司擔任要職<sup>4</sup>。過去幾十年來, GSI 之業務係在加拿大沿岸蒐集海上震測資料, 並提供予石油與天然氣產業使用<sup>5</sup>。

在 2007 年至 2017 年之期間, GSI 與加拿大政府以及第三方進行了漫長的內國訴訟, 指控加拿大政府向第三方洩漏了 GSI 的震測資料, 聲稱該行為侵害了 GSI 的著作權與商業秘密<sup>6</sup>。而最終加拿大上訴法院一方面認定 GSI 的資料受著作權保護, 另一方面則認定因為加拿大政府對石油與天然氣產業的監管制度形成一特別法, 優先於一般的著作權保護規範而適用, 故其揭露資料之行為合法<sup>7</sup>。

控訴方隨後於 2018 年 10 月啟動 ISDS 程序<sup>8</sup>, 其主要控訴為, 因加拿大法院判決認定政府對於系爭資料的揭露合法, 因而違反 NAFTA 禁止實績要求 (prohibition of performance requirements) 之規範, 並在無補償的情況下對 GSI 實施間接徵收 (indirect expropriation)<sup>9</sup>。然截至目前為止, 仲裁庭尚未公布有關此案件之管轄權或實質爭議的決定。

## 貳、本案爭點

控訴方於本案中面臨兩難: 在程序方面, 其需要通過本案仲裁庭對於此爭端是否具有管轄權之檢驗, 即若該震測資料未達到「投資」的門檻, 仲裁庭不具有管轄權; 在實體法方面, 加拿大政府僅揭露震測資料, 然而若要使系爭行為構成間接徵收, 控訴方僅能透過主張該資料為一智慧財產權而得受到投資專章之保護, 進而控訴其無形資產於本案中受到損害。

而本案中, 控訴方並未直接聲稱 GSI 之震測資料為一投資標的; 相反地, 其巧妙地以客觀事實逐項證明其符合 NAFTA 第 1139 條下對於「投資」的定義,

---

<sup>3</sup> *Id.* para. 17.

<sup>4</sup> *Id.* para. 22.

<sup>5</sup> *Id.* para. 23.

<sup>6</sup> *Geophysical Service Incorporated v. Encana Corporation*, 2016 ABQB 230, paras. 3-4.

<sup>7</sup> *Id.*

<sup>8</sup> Theodore David Einarsson, Harold Paul Einarsson, Russell John Einarsson, and Geophysical Service Incorporated v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/20/6, Notice of Intent (Oct. 10, 2018).

<sup>9</sup> Claimants' Memorial, para. 497.

推論其業務係受到投資保護的對象<sup>10</sup>。另一方面，在主張加拿大政府的揭露行為構成間接徵收時，其特別強調 GSI 公司的業務運作係取決於震測資料之存在，以及震測資料應作為一智慧財產權而受到保護<sup>11</sup>。

因此，本案是迄今為止少數涉及與原始資料有關之智慧財產權爭議的 ISDS 案例。對於國際投資仲裁庭來說，與資料相關之著作權 (data-related copyright) 係其將評估的新穎問題。

在過往與智財權相關的 ISDS 案件中，地主國之智財法對「資產 (asset)」的涵蓋範圍向來為重要議題<sup>12</sup>。而本案例中，因加拿大法院認定 GSI 資料在其國內法中被視為財產<sup>13</sup>，對於主張符合 NAFTA 下受投資保護的無形資產，無疑是給了強力的支持理由<sup>14</sup>。

另在定義「投資」時，投資法領域中亦有一頗受爭議之檢測標準，其內容包含「資金或資產貢獻」、「該計劃持續足夠的期間」、「承擔風險」以及「對地主國具經濟貢獻」等<sup>15</sup>。而 GSI 之震測資料，對於 Einarssons 持有的所有股份、貸款提供，以及欲擴展商業版圖等業務行為至關重要，這些客觀事實可能使得 GSI 的業務行為符合該標準定義下的「投資」。

基於上述分析可以得出兩個結論：首先，由於地主國法院承認控訴方之著作權，且 GSI 之資料符合投資保護之要求，故將來仲裁庭評估此等資產是否受到保護時，得以之作為判斷依據。其次，假設仲裁庭不直接採納加拿大法院的認定，他們就必須在過去判例尚未處理原始資料本身是否為著作權的情況下，面對此資料相關之新穎議題。另若仲裁庭將公共利益納入考量，例如本案加拿大政府將震測資料公關係為便於離岸及沿海地區進行必要的天然氣與石油探勘

<sup>10</sup> See Claimants' Memorial, paras. 147-163; NAFTA, art. 1139 ("investment means: (a) an enterprise; (b) an equity security of an enterprise . . . , or (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise. . .").

<sup>11</sup> See *id.* paras. 364-368; NAFTA, arts. 1110(1), 1110(7) ( art. 1110(1): "No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except: (a) for a public purpose...."; art. 1110(7): "This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, or to the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation or creation is consistent with Chapter Seventeen (Intellectual Property).").

<sup>12</sup> 例如 *Eli Lilly v. Canada* 案中之專利權、*Philip Morris v. Uruguay* 案中之商標權。Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award (Mar. 16, 2017); Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (July 8, 2016).

<sup>13</sup> See *Geophysical Service Incorporated v. Encana Corporation*, sec. B.

<sup>14</sup> Ivan Stepanov, *Investor-State Dispute Settlement and Data: Implications for Data Policy and Regulation*, 69(12) GRUR INT' 1242, 1243 (2020).

<sup>15</sup> *Salini Costruttori v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, para. 52 (July 23, 2001), 42 ILM 609 (2003).

<sup>16</sup>，仲裁庭即需評估資訊共享之規範要求 (data sharing requirement)，如此將對於往後之資料相關之政策制定產生深遠影響。

### 參、裁決之可能走向

截至目前，國際投資條約與 ISDS 案例法皆未明確解釋資料是否得作為一種受到投資保護的資產。相對於這種情形，自本案之初期階段，對於其在數位經濟背景下開創先例或提供與資料類型相關見解之潛力，已展開討論<sup>17</sup>。

然本案是否得解決與社交媒體或跨境資料相關之控訴中至關重要的問題？首先，本案中的資料並非完全地以數位形式存在，如加拿大政府對 GSI 之資料提交要求包括 CD 備份以及紙本備份<sup>18</sup>。更重要的是，作為建構數位經濟基礎的資料通常僅為資料「本身 (as such)」<sup>19</sup>。

此類資料與本案中的資料面臨著不同的法律要求，包含：

一、原始資料 (即未經加工之資訊) 本身是否得構成財產權訴訟之客體？若以社群媒體為例，社群平台業者是否得主張使用者資料為其資產？

二、應以何種標準檢測數據對於地主國的經濟貢獻程度，以使該數據成為投資保護標的？

三、資料是否具地域性？在數位經濟無需在地主國進行許多投資即可在當地營業之現狀下，應如何建立地域性之連結？

四、涉及資料的訴訟，應如何選擇管轄權？

鑑於上述問題可知，對於涉及資料本身的爭議 (如社群媒體之使用者資訊)，與本案所涉之事實情況容有差異，因此，不能期待本案中與資料相關之分析，能直接對於未來仲裁庭之評估有所助益。

### 結語

本案具有闡明控訴方之資料作為投資以及投資相關之智財權而受保護等重要觀點之潛力。不過對於該案所涉及之資料，其在財產、作為投資而受到之保護、地域性及屬人管轄等方面之分析或多或少表明，也許不應對本案之結果抱有過多

---

<sup>16</sup> Geophysical Service Incorporated v. Encana Corporation, para. 319.

<sup>17</sup> Stepanov, *supra* note 14.

<sup>18</sup> Claimants' Memorial, para. 45.

<sup>19</sup> OECD, THE DIGITAL ECONOMY, MULTINATIONAL ENTERPRISES AND INTERNATIONAL INVESTMENT POLICY 8 (2018).

期望。事實上，讀者不應期望本案之仲裁庭將會完整涉略投資仲裁之未知領域，並得出一見解，以適用於數位經濟背景下的資料。相反地，本案與資料間的關聯性不應從「資料」這個引人聯想的詞語發想，而應自不同類型資料作為資產的實際法律意義出發。然目前本案尚未針對程序議題進行審理，更遑論實體爭議，故未來仲裁判斷之走向是否將如同本文所評估，仍有待後續進展解答。

