

Trinational Cross-Sectoral Civil Society Letter Urging the USMCA/T-MEC/CUSMA Free Trade Commission to Clarify Rules for Legacy NAFTA Investment Claims

May 20, 2024

The Honorable Katherine Tai
U.S. Trade Representative
Office of the U.S. Trade
Representative
600 17th Street NW
Washington, D.C. 20508

The Honourable Mary Ng
Minister of International
Trade, Export Promotion,
Small Business and
Economic Development
Global Affairs Canada
125 Sussex Drive, Ottawa,
ON K1A 0G2, Canada

The Honorable Raquel
Buenrostro Sánchez
Secretaría de Economía
Calle Pachuca Número 189,
Col. Condesa,
Demarcación territorial
Cuauhtémoc, C.P. 06140
Ciudad de México, México

Dear Ambassador Tai, Minister Ng, and Secretary Buenrostro:

Civil society groups in the United States, Canada, and Mexico are deeply concerned about the significant public liability created by costly—and illegitimate—"legacy" investor-State disputes initiated against North American governments following the termination of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) in July 2020. As part of a broader initiative aimed at removing Investor-State Dispute Settlement (ISDS) liability entirely from all existing trade and investment agreements involving our governments, we urge the USMCA Free Trade Commission to issue clarifying language to urgently defuse the risks posed by these legacy NAFTA claims to public finance and climate action.

Policymakers and civil society from across the ideological spectrum strongly advocated for the removal of ISDS mechanisms during the renegotiation of NAFTA. The elimination of ISDS between Canada and the United States, and the reduction in ISDS-enforceable investor rights and risk for Mexico and the United States, marked a positive, albeit incomplete, step toward safeguarding policy space and the right to regulate in the public interest. This shift away from ISDS within the USMCA aligns with a global trend of governments moving away from agreements enforced through ISDS mechanisms. Notably, the current U.S. administration has pledged not to pursue ISDS in future trade agreements. Additionally, the European Union announced its bloc-wide exit from the Energy Charter Treaty due to concerns over potential ISDS liabilities hindering their green transitions.

The "legacy annex" (Annex 14-C) in the USMCA investment chapter appears to allow investors in any North American country to bring ISDS claims forward under NAFTA's old investment rules for three years following July 1, 2020—the date on which USMCA replaced NAFTA. However, it is not clear whether this three-year extension allowed for claims involving events that occurred after NAFTA ceased to exist. In fact, in ongoing legacy ISDS disputes, both the U.S. and Mexico have asserted that Annex 14-C only allowed claims to be brought against alleged NAFTA violations that occurred while NAFTA was still in force.

Confusion over the proper interpretation of the USMCA investment chapter has allowed speculative investors to proceed with some of the most expensive and outrageous claims in

NAFTA's 30-year history of ISDS. These include Canadian fossil fuel company TC Energy's \$15B case against U.S. cancellation of the Keystone XL pipeline, Ruby River Capital's \$1B (at a minimum) case against Canada for rejecting a liquid natural gas project in Quebec based on the results of two rigorous environmental impact assessments, and at least four cases surpassing \$3B in total claims against Mexico.

Roughly \$20B in claims against all three countries rides on how ISDS panels decide to interpret the USMCA legacy annex—not on how our governments intended it to be interpreted. The most effective route for asserting our governments' control over the meaning of the USMCA obligations they signed and eliminating this huge liability is for the U.S., Canada, and Mexico to issue an official interpretation of USMCA Annex 14-C through the USMCA Free Trade Commission. A Free Trade Commission interpretation would be binding on tribunals currently considering cases involving post-NAFTA events.

There is precedent for such an interpretation. In July 2001, in response to a barrage of controversial ISDS cases involving environmental policies, the NAFTA Free Trade Commission released "[notes of interpretation](#)" on certain provisions of the treaty's investment chapter. In part, this tri-national effort attempted to clarify and limit expansive interpretations by ISDS tribunals of NAFTA's "fair and equitable treatment" language when assessing whether a government had violated an investor's minimum standard of treatment under NAFTA Article 1105.

While NAFTA Free Trade Commission's notes of interpretation largely failed to discourage outlandish investor claims and expansive tribunal rulings, the USMCA negotiators sought to ensure the binding nature of the Free Trade Commission interpretations under this agreement (Art. 30.2.2[f], Footnote 1). Thus, a Free Trade Commission decision confirming the U.S. and Mexican interpretation of the Annex 14-C legacy provisions—that they pertain to pre-USMCA events only—could ensure the signatory nations' understanding of their obligations apply with respect to the highly problematic multi-billion-dollar claims currently in play against all three countries.

The Free Trade Commission has issued five decisions to date covering matters such as the mandates and functions of USMCA committees, rules of procedure for binational review panels, the interpretation of Annex 6-A provisions regarding preferential tariff treatment for certain non-originating goods, and the establishment of rosters of panelists to hear Chapter 31 and rapid-response labor mechanism disputes.

The U.S., Canada, and Mexico should meet as soon as possible to draft a Free Trade Commission interpretation of USMCA's Annex 14-C. This week's Commission meeting provides the perfect opportunity. This is urgently needed to address the immense immediate liability facing all three governments as we continue to work to remove ISDS from existing agreements.

Sincerely,

Canada

- Canadian Centre for Policy Alternatives
- Attac Québec
- Canadian Union of Public Employees
- Comité para los derechos humanos en America Latina

- Common Frontiers
- David Suzuki Foundation
- Friends of the Earth Canada
- MiningWatch Canada
- Trade Justice Network
- Unifor

Mexico

- Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio (RMALC)
- Asociación de Consumidores Orgánicos
- Campaña Nacional Sin Maíz No Hay País (CNSMNHP)
- Colectivo Zacahuitzco
- Fundación Semillas de Vida (FSV)
- Grupo de Estudios Ambientales (GEA)
- Litigio Estratégico en Derechos Humanos Laborales
- Otros Mundos Chiapas, México
- Proyecto sobre Organización, Desarrollo, Educación e Investigación (PODER)
- Sindicato Nacional Independiente de Trabajadores de Industrias y de Servicios "Movimiento 20/32"
- Vía Orgánica

United States

- Public Citizen
- Institute for Policy Studies - Global Economy Project
- American Economic Liberties Project - Rethink Trade
- BlueGreen Alliance
- Center for Biological Diversity
- Center for Economic and Policy Research
- Citizens Trade Campaign
- Friends of the Earth US
- Greenpeace USA
- Institute for Agriculture and Trade Policy (IATP)
- Latin America Working Group
- NETWORK Lobby for Catholic Social Justice
- Sierra Club
- United Auto Workers

Carta trinacional intersectorial de la sociedad civil instando a la Comisión de Libre Comercio T-MEC a aclarar las reglas para los reclamos de inversión heredados del TLCAN

mayo 20, 2024

The Honorable Katherine Tai
U.S. Trade Representative
Office of the U.S. Trade
Representative
600 17th Street NW
Washington, D.C. 20508

The Honourable Mary Ng
Minister of International
Trade, Export Promotion,
Small Business and Economic
Development
Global Affairs Canada
125 Sussex Drive, Ottawa,
ON K1A 0G2, Canada

The Honorable Raquel
Buenrostro Sánchez
Secretaría de Economía
Calle Pachuca Número 189,
Col. Condesa,
Demarcación territorial
Cuauhtémoc, C.P. 06140
Ciudad de México, México

Estimada Embajadora Tai, Ministra Ng y Secretaria Buenrostro:

Grupos de la sociedad civil en Estados Unidos, Canadá y México están profundamente preocupados por la enorme responsabilidad pública creada por las costosas e ilegítimas disputas "heredadas" entre inversionistas y Estados interpuestas contra los gobiernos de América del Norte tras la terminación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en julio de 2020. Como parte de una iniciativa más amplia destinada a eliminar por completo las obligaciones bajo el sistema de resolución de disputas inversionista - Estado (ISDS por sus siglas en inglés) de todos los acuerdos comerciales y de inversión existentes que involucran a nuestros gobiernos, instamos a la Comisión de Libre Comercio del T-MEC a emitir un lenguaje aclaratorio para desactivar urgentemente los riesgos que plantean estas demandas heredadas del TLCAN para las finanzas públicas y la acciones para enfrentar el cambio climático .

Representantes de gobiernos y de la sociedad civil de todo el espectro ideológico abogaron firmemente por la eliminación de los mecanismos ISDS durante la renegociación del T-MEC. La eliminación del ISDS entre Canadá y los Estados Unidos, y la reducción de los derechos de los inversionistas y de los riesgos de responsabilidades exigibles mediante el ISDS para México y los Estados Unidos, marcaron un paso positivo, aunque incompleto, en la dirección correcta hacia la preservación del espacio político y el derecho a regular en favor del interés público. Este alejamiento del ISDS dentro del T-MEC es consistente con la tendencia global de gobiernos que se alejan de los tratados que incluyen el mecanismo ISDS. Notablemente, el gobierno actual de los EE.UU. se ha comprometido a no incluir el ISDS en sus futuros acuerdos comerciales. Además, la Unión Europea ha anunciado su salida de todo el bloque del Tratado sobre la Carta de la Energía debido a sus preocupaciones sobre el potencial riesgo que ISDS representa para sus esfuerzos por transiciones verdes.

El llamado "anexo heredado" (Anexo 14-C: TRANSICIÓN PARA RECLAMACIONES DE INVERSIONES EXISTENTES Y RECLAMACIONES PENDIENTES) en el capítulo de inversiones del T-MEC parece permitir a los inversionistas de cualquier país de América del Norte presentar demandas ISDS bajo las antiguas normas de inversión del TLCAN durante un

periodo de tres años a partir del 1 de julio de 2020, fecha en la que el T-MEC reemplazó al TLCAN. Sin embargo, no está claro si esta extensión de tres años permitió interponer demandas relacionadas con eventos que ocurrieron después de que el TLCAN dejó de existir. De hecho, en disputas ISDS heredadas en curso, tanto los EE.UU. y México han afirmado que el Anexo 14-C sólo permitía presentar demandas contra supuestas violaciones del TLCAN que ocurrieron mientras el TLCAN aún estaba en vigor.

La confusión sobre la interpretación adecuada del capítulo de inversión del T-MEC ha permitido a especuladores inversionistas proceder con algunas de las demandas más costosas y escandalosas en los 30 años de historia de ISDS en el TLCAN. Estos incluyen la demanda de 15,000 millones de dólares de la empresa canadiense de combustibles fósiles TC Energy por la cancelación por los Estados Unidos del oleoducto Keystone XL; la demanda de 1,000 millones de dólares (como mínimo) de Ruby River Capital contra Canadá por haber rechazado un proyecto de gas natural licuado en Quebec, basado en los resultados de dos rigurosas evaluaciones de impacto ambiental, y al menos cuatro casos que superan los 3,000 millones de dólares en demandas totales contra México.

Aproximadamente 20,000 millones de dólares en demandas contra los tres países dependen de cómo los paneles de arbitraje de ISDS decidan interpretar el anexo del legado del T-MEC – no de cómo nuestros gobiernos pretendían que se interpretara. La ruta más eficaz para afirmar el control de nuestros gobiernos sobre el significado de las obligaciones del T-MEC que firmaron y eliminar esta enorme responsabilidad es que los Estados Unidos, Canadá y México emitan una interpretación oficial del Anexo 14-C del T-MEC a través de la Comisión de Libre Comercio de América del Norte. Una interpretación de la Comisión de Libre Comercio sería vinculante para los tribunales que actualmente consideran casos relacionados con acontecimientos posteriores al TLCAN.

Existe un precedente de una interpretación en este sentido. En julio de 2001, en respuesta a un aluvión de casos ISDS controvertidos relacionados con políticas medioambientales, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN publicó "notas de interpretación" sobre ciertas disposiciones del capítulo de inversiones del tratado. En parte, este esfuerzo trinacional intentó aclarar y limitar las interpretaciones expansivas por parte de los tribunales ISDS del lenguaje de "trato justo y equitativo" del TLCAN al evaluar si un gobierno había violado el estándar mínimo de trato de un inversionista en virtud del artículo 1105 del TLCAN.

Si bien las notas de interpretación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN en gran medida no lograron desalentar las extravagantes demandas de los inversionistas y los amplios fallos de los tribunales, los negociadores del T-MEC buscaron garantizar la naturaleza vinculante de las interpretaciones bajo este acuerdo (Art. 30.2.2, nota al pie 1). Por lo tanto, una declaración de la Comisión de Libre Comercio que confirme la interpretación estadounidense y mexicana de las disposiciones heredadas del Anexo 14-C – que se refieren únicamente a hechos anteriores al T-MEC– podría garantizar el entendimiento de como se aplican las responsabilidades de los países signatarios con respecto a las altamente problemáticas demandas de miles de millones de dólares actualmente en juego contra los tres países.

Hasta la fecha, la Comisión de Libre Comercio ha emitido cinco decisiones que abarcan asuntos como los mandatos y funciones de los comités del T-MEC, las reglas de procedimiento para los paneles binacionales de revisión, la interpretación de las disposiciones del Anexo 6-A relativas al trato arancelario preferencial para ciertos bienes no originarios, y el establecimiento de listas de panelistas para atender controversias del Capítulo 31 y del mecanismo laboral de respuesta rápida.

Estados Unidos, Canadá y México deben reunirse lo antes posible para redactar una interpretación de la Comisión de Libre Comercio del Anexo 14-C del T-MEC. La reunión de la Comisión esta semana es un momento oportuno. Esto se necesita con urgencia para abordar el inmenso desafío que enfrentan los tres gobiernos, mientras continuamos trabajando para eliminar el mecanismo ISDS de los tratados existentes.

Atentamente,

Canadá

- Canadian Centre for Policy Alternatives
- Attac Québec
- Canadian Union of Public Employees
- Comité para los derechos humanos en America Latina
- Common Frontiers
- David Suzuki Foundation
- Friends of the Earth Canada
- MiningWatch Canada
- Trade Justice Network
- Unifor

México

- Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio (RMALC)
- Asociación de Consumidores Orgánicos
- Campaña Nacional Sin Maíz No Hay País (CNSMNHP)
- Colectivo Zacahuitzco
- Fundación Semillas de Vida (FSV)
- Grupo de Estudios Ambientales (GEA)
- Litigio Estratégico en Derechos Humanos Laborales
- Otros Mundos Chiapas, México
- Proyecto sobre Organización, Desarrollo, Educación e Investigación (PODER)
- Sindicato Nacional Independiente de Trabajadores de Industrias y de Servicios "Movimiento 20/32"
- Vía Orgánica

Estados Unidos

- Public Citizen
- American Economic Liberties Project - Rethink Trade
- BlueGreen Alliance

- Center for Biological Diversity
- Center for Economic and Policy Research
- Citizens Trade Campaign
- Friends of the Earth US
- Greenpeace USA
- Institute for Agriculture and Trade Policy (IATP)
- Institute for Policy Studies - Global Economy Project
- Latin America Working Group
- NETWORK Lobby for Catholic Social Justice
- Sierra Club
- United Auto Workers