

**Alert | International Arbitration & Litigation/  
International Trade**



**April 2019**

## **WTO Decision Could Be Blueprint for NAFTA Investor Claims**

In a landmark ruling that could have significant implications for U.S. Section 232 tariffs on imports of steel and aluminum (and potentially autos), a World Trade Organization (WTO) Dispute Settlement Body Panel published a **decision** on April 5, 2019, holding that the national security exception in Art. XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) is not self-judging. Specifically, the panel found both the treaty and international law permitted the panel to inquire whether the party invoking the national security exception acted in good faith. While ruling in favor of Russia in a dispute with Ukraine, the panel rejected arguments made by Russia and the United States (via a third-party submission) that the national security exception in GATT was entirely “self-judging” and therefore not subject to substantive review. While the panel’s decision is subject to appeal, Ukraine has announced it will not do so. Therefore, the decision will stand.

This decision is significant because the Trump Administration has repeatedly invoked national security to justify its steel and aluminum tariffs. Those tariffs are presently subject to a number of challenges before the WTO’s Dispute Settlement Body, on the grounds that the tariffs were not actually imposed because of national security concerns. The following language from the panel’s decision in the Russia-Ukraine case is instructive:

The obligation of good faith requires that Members not use the exceptions in Article XXI as a means to circumvent their obligations under the GATT 1994. A glaring example of this would be where a Member sought to release itself from the structure of “reciprocal and

mutually advantageous arrangements” that constitutes the multilateral trading system simply by re-labelling trade interests that it had agreed to protect and promote within the system, as “essential security interests”, falling outside the reach of that system.

The panel’s decision may also have implications beyond the WTO. Since the national security exception provided in the North American Free Trade Agreement (NAFTA) uses very similar language to Art. XXI of GATT, one could imagine a Canadian or Mexican investor bringing a Chapter 11 claim against the steel and aluminum tariffs and challenging a national security defense as a manufactured pretext for imposing trade barriers that impair investor or investment rights. There is enough information in the public domain to frame a challenge suggesting national security was not the foremost consideration for imposing the tariffs. While not binding on a NAFTA tribunal, this WTO decision could certainly be used as persuasive evidence that the national security exception can be reviewed in a future investment claim against the United States regarding the steel and aluminum tariffs.

It should be emphasized, however, that the specific impact of this panel’s decision on the steel and aluminum tariffs remains uncertain. Staffing issues at the WTO’s appellate level – caused in part by the United States – could lead to long delays in final determinations regarding the separate issue of the Trump Administration’s steel and aluminum tariffs. Decisions by the WTO’s Dispute Settlement Body also do not constitute binding precedent like similar decisions in U.S. courts.

## **Fallo de la OMC, Posible Anteproyecto de Reclamaciones Inversionista-Estado bajo el TLCAN**

En un fallo histórico que podría tener implicaciones significativas para los aranceles impuestos por Estados Unidos bajo la Sección 232 a las importaciones de acero y aluminio (y posiblemente automóviles en un futuro), un Panel del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) publicó una decisión el 5 de abril de 2019 sosteniendo que la excepción de seguridad nacional contenida en el Art. XXI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) no es un estándar de aplicación subjetiva y de aplicación unilateral. Específicamente, el panel concluyó que tanto el GATT como el derecho internacional le otorgan al Órgano de Solución de Diferencias la autoridad de decidir sobre la buena fe de la aplicación de la excepción de seguridad nacional. En una disputa entre Ucrania y Rusia, decidida a favor de este último, el panel rechazó los argumentos formulados por Rusia y por los Estados Unidos (presentados por parte de los Estados Unidos en una comunicación como tercera parte interesada) de que la excepción de seguridad nacional contenida en el GATT es subjetiva y de aplicación unilateral y que, por lo tanto, no puede ser sujeta a revisión por parte de la OMC. La decisión emitida por el panel en la disputa entre Ucrania y Rusia podría aún ser apelada. Sin embargo, el gobierno de Ucrania ya anunció su decisión de no hacerlo. Por lo tanto, esta decisión le pone fin a dicha disputa ante la OMC.

Esta decisión es de suma relevancia debido a que la administración del Presidente Trump ha invocado en repetidas ocasiones la excepción de seguridad nacional para justificar la imposición de aranceles a las importaciones de acero y aluminio. Dichos aranceles son actualmente el tema central de discusión en varias acciones presentadas ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, donde específicamente se alega que dichos aranceles no fueron impuestos por motivos de seguridad nacional. El siguiente texto,

tomado de la decisión del panel de la OMC en la diferencia entre Rusia y Ucrania, refleja la posición de la OMC al respecto:

La obligación de actuar de buena fe requiere que los Miembros no utilicen las excepciones del Artículo XXI como medio para eludir sus obligaciones en virtud del GATT de 1994. Un claro ejemplo de esto sería si un Miembro intentara liberarse de la estructura de “acuerdos recíprocos y mutuamente ventajosos” que constituye el sistema de comercio multilateral simplemente renombrando los intereses comerciales que el mismo Miembro acordó proteger y promover dentro de dicho sistema al reconsiderarlos como “intereses esenciales de seguridad”, los cuales quedarían fuera de la aplicación de dicho sistema. (*Texto traducido de su versión original en inglés.*)

La decisión del panel también puede tener implicaciones más allá de la OMC. Dado que la excepción de seguridad nacional provista en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) utiliza un lenguaje muy similar al del Art. XXI del GATT, es posible que un inversionista canadiense o mexicano pudiera presentar una reclamación bajo el Capítulo 11 del TLCAN en contra de los aranceles sobre las importaciones de productos de acero y aluminio, así desafiando una posible defensa sustentada en la excepción de “seguridad nacional” comprendida en el TLCAN como un pretexto infundado para imponer barreras comerciales que perjudican los derechos de inversionistas y sus inversiones. Actualmente existe suficiente información en el dominio público para presentar una reclamación alegando que los intereses de seguridad nacional de los Estados Unidos no fueron necesariamente la consideración principal al imponer dichos aranceles. Si bien la decisión de la OMC no sería vinculante para un tribunal arbitral establecido bajo el Capítulo 11 del TLCAN, esta podría ser utilizada para fortalecer el posible argumento de que la excepción de seguridad nacional invocada por los Estados Unidos podría ser sujeta a una posible reclamación de inversionista-estado en contra de este país con respecto a los aranceles impuestos sobre productos de acero y aluminio.

Sin embargo, es difícil predecir con certeza si esta decisión tendrá algún impacto en los aranceles impuestos a las importaciones de productos de acero y aluminio. También cabe señalar (1) que la crisis creada por la falta de jueces en el Órgano de Apelación de la OMC – la cual ha sido causada en gran medida por los Estados Unidos – podría ocasionar largas demoras en una posible determinación final con respecto a las diferencias presentadas sobre los aranceles sobre las importaciones de acero y aluminio en los Estados Unidos, y (2) que cualquier decisión emitida por la OMC sobre este tema no constituiría un precedente vinculante como sucedería con decisiones emitidas en los tribunales internos de los Estados Unidos.

*Reproduced with permission. A version of this alert was published April 17, 2019. Copyright 2019 The Bureau of National Affairs, Inc. 800-372- 1033. For further use, please visit <http://www.bna.com/copyright-permission-request/>*

## Authors

This GT Alert was prepared by **Thomas G. Allen**<sup>‡</sup>, **Tomás Leonard**, **Nicole Y. Silver**, **Andrew Van Duzer**, and **Daniel E. Parga**. Questions about this information can be directed to:

- **Thomas G. Allen**<sup>‡</sup> | +1 201.331.3139 | [allentg@gtlaw.com](mailto:allentg@gtlaw.com)
- **Tomás Leonard** | +1 202.331.3149 | [leonardt@gtlaw.com](mailto:leonardt@gtlaw.com)
- **Nicole Y. Silver** | +1 202.331.3150 | [silvern@gtlaw.com](mailto:silvern@gtlaw.com)
- **Andrew Van Duzer** | +1 202.530.8510 | [vanduzera@gtlaw.com](mailto:vanduzera@gtlaw.com)
- **Daniel E. Parga** | +1 202.533.2355 | [pargad@gtlaw.com](mailto:pargad@gtlaw.com)
- Or your **Greenberg Traurig** attorney

*‡Admitted in the District of Columbia and Virginia. Has not taken the Chinese national PRC judicial qualification examination. Not admitted in Japan.*

Albany. Amsterdam. Atlanta. Austin. Boca Raton. Boston. Chicago. Dallas. Delaware. Denver. Fort Lauderdale. Germany.<sup>~</sup> Houston. Las Vegas. London.\* Los Angeles. Mexico City.+ Miami. Minneapolis. New Jersey. New York. Northern Virginia. Orange County. Orlando. Philadelphia. Phoenix. Sacramento. San Francisco. Seoul.<sup>∞</sup> Shanghai. Silicon Valley. Tallahassee. Tampa. Tel Aviv.<sup>^</sup> Tokyo.<sup>‡</sup> Warsaw.<sup>-</sup> Washington, D.C.. West Palm Beach. Westchester County.

*This Greenberg Traurig Alert is issued for informational purposes only and is not intended to be construed or used as general legal advice nor as a solicitation of any type. Please contact the author(s) or your Greenberg Traurig contact if you have questions regarding the currency of this information. The hiring of a lawyer is an important decision. Before you decide, ask for written information about the lawyer's legal qualifications and experience. Greenberg Traurig is a service mark and trade name of Greenberg Traurig, LLP and Greenberg Traurig, P.A. ~Greenberg Traurig's Berlin office is operated by Greenberg Traurig Germany, an affiliate of Greenberg Traurig, P.A. and Greenberg Traurig, LLP. \*Operates as a separate UK registered legal entity. +Greenberg Traurig's Mexico City office is operated by Greenberg Traurig, S.C., an affiliate of Greenberg Traurig, P.A. and Greenberg Traurig, LLP. ∞Operates as Greenberg Traurig LLP Foreign Legal Consultant Office. ^Greenberg Traurig's Tel Aviv office is a branch of Greenberg Traurig, P.A., Florida, USA. ‡Greenberg Traurig Tokyo Law Offices are operated by GT Tokyo Horitsu Jimusho, an affiliate of Greenberg Traurig, P.A. and Greenberg Traurig, LLP. ~Greenberg Traurig's Warsaw office is operated by Greenberg Traurig Grzesiak sp.k., an affiliate of Greenberg Traurig, P.A. and Greenberg Traurig, LLP. Certain partners in Greenberg Traurig Grzesiak sp.k. are also shareholders in Greenberg Traurig, P.A. Images in this advertisement do not depict Greenberg Traurig attorneys, clients, staff or facilities. No aspect of this advertisement has been approved by the Supreme Court of New Jersey. ©2019 Greenberg Traurig, LLP. All rights reserved.*