

มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เกี่ยวกับความเสียหาย
ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO



นางสาวอมรไฉ นิลพานิช

สถาบันวิทยบริการ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2547

ISBN 974-53-2118 -4

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

STANDARD OF REVIEW ON INJURY UNDER WTO AGREEMENT ON SAFEGUARDS



Miss Amonwalai Ninpanich

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic year 2004

ISBN 974-53-2118 -4

อมรวไล นิลพานิช : มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เกี่ยวกับความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO (STANDARD OF REVIEW ON INJURY UNDER WTO AGREEMENT ON SAFEGUARDS) อ. ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์ ทัชชมัย ฤกษ์สุต, 323 หน้า. ISBN 974-53-2118-4.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาและวิเคราะห์ว่า มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เกี่ยวกับความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO สามารถแก้ปัญหาในเรื่องการใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมได้ในระดับหนึ่ง

จากการศึกษาพบว่า องค์การระดับข้อพิพาทใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เกี่ยวกับความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง เพื่อป้องกันการใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมของประเทศสมาชิก โดยในการพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง องค์การระดับข้อพิพาทจะตรวจสอบว่า (1) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) หรือไม่ และ (2) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีคำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความเพียงพอหรือไม่ ว่าข้อเท็จจริงต่างๆสนับสนุนการตัดสินอย่างไร ส่วนในการพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าดังกล่าว ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงจริงหรือไม่ (causal link) องค์การระดับข้อพิพาทจะตรวจสอบว่า (1) มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นสอดคล้องกับความเสียหายหรือไม่ (coincidence of trends) (2) สภาพการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศแสดงให้เห็นว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ (condition of competition) และ (3) กรณีมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนำความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ มาตัดสินว่าเป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าหรือไม่ (non-attribution)

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....

ปีการศึกษา.....2547.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

#4486129034 : MAJOR LAW

KEY WORD: STANDARD OF REVIEW /INJURY /AGREEMENT ON SAFEGUARDS
 AMONWALAI NINPANICH : STANDARD OF REVIEW ON INJURY UNDER WTO
 AGREEMENT ON SAFEGUARDS. THESIS ADVISOR : ASSOC. PROF. TASHMAI
 RIKSHASUTA, 323 pp. ISBN 974-53-2118-4.

This thesis aims at studying and analyzing the Standard of Review on injury under WTO Agreement on Safeguards that can solve the problem of abusing the safeguard measure to some certain extent.

The result of this study indicates that Dispute Settlement Body (DSB) employs the Standard of Review on injury under WTO Agreement on Safeguards to prevent the abuse implementation of safeguard measure by Member States. In the analysis of serious injury or threat thereof the DSB will consider (1) whether the competent authorities have evaluated all relevant factors ; and (2) whether those authorities have provided a reasoned and adequate explanation of how the facts support their determinations. In the analysis of causation, DSB will consider whether competent authorities meets these requirements on the basis of (1) whether an upward trend in imports coincides with downward trends in the injury ; (2) whether the condition of competition between the imported and domestic product as analysed demonstrates the existence of the causal link between such increased imports and injury ; and (3) whether other relevant factors have been analysed and whether it is established that injury caused by factors, other than such increased imports, has not been attributed to imports.

Field of study.....LAWS.....Student's signature.....

Academic year.....2004.....Advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ทัชชฌาย์ ฤกษ์สุต ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์ อาจารย์ได้ให้ความรู้ คำแนะนำต่างๆที่เป็นประโยชน์ พร้อมทั้งสละเวลาในการตรวจแก้วิทยานิพนธ์ อีกทั้งยังให้กำลังใจ และมีความเชื่อมั่นในตัวผู้เขียนตลอดมา ซึ่งทำให้ผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล เป็นอย่างสูงที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้ความรู้ คำแนะนำต่างๆที่เป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมทั้งสละเวลาในการตรวจแก้ และสนับสนุนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี อีกทั้งยังให้โอกาสผู้เขียนได้ทำงานเป็นผู้ช่วยวิจัย ซึ่งทำให้ผู้เขียนได้รับความรู้ และประสบการณ์ที่มีค่ามากมาย ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้ง และขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ด้วยความเคารพเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ สุชนา ชูเชิด และอาจารย์อัญชญา วิทยารธรรมธัช ที่กรุณารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมทั้งสละเวลาอันมีค่าในการให้คำแนะนำที่มีประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคุณพิทักษ์ อุดมวิชัยวัฒน์ ที่กรุณาให้คำแนะนำ รวมทั้งข้อคิดเห็นที่มีประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณธนาคารกสิกรไทย จำกัด(มหาชน) ที่ให้ทุนสนับสนุนการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณสุวรรณา(ทีนา) และคุณนุชจรี (ทีนุช) ที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนในทุกๆด้าน และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด และขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ห้องสมุดทุกท่านที่ให้ความเมตตา และให้ความช่วยเหลือ ตลอดเวลาที่ผู้เขียนศึกษาเล่าเรียน ขอขอบคุณ จิ ดริม เลิศ สำหรับความช่วยเหลือ กำลังใจ และความห่วงใยที่มีให้กันมาตลอด ขอขอบคุณพิเศษสำหรับเบิร์ต ที่ช่วยเหลือในการค้นคว้าเอกสารจากต่างประเทศ และขอบคุณเพื่อนๆในกลุ่มทุกคนที่ให้กำลังใจมาโดยตลอด ขอขอบคุณ นิด พัด ผึ้ง เก่ง และเพื่อนๆในสาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศทุกคนสำหรับความช่วยเหลือ และมิตรภาพที่มีให้ตลอด 4 ปีที่เรียนด้วยกันมา ขอขอบคุณพี่ศีกฤทธิ สำหรับความช่วยเหลือ และคำแนะนำดีๆที่มีให้น้องตลอดมา ขอขอบคุณพี่อู๋ ที่ให้กำลังใจ ความห่วงใย และคำแนะนำที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนมาตลอด ขอขอบคุณพี่ฝน และรุ่นพี่สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศทุกท่าน ที่ให้คำแนะนำต่างๆ และให้กำลังใจมาโดยตลอด ขอขอบคุณน้องเดอ สำหรับคำอธิบายในวิชาเศรษฐศาสตร์ ขอขอบคุณอ้อม และพี่รักชิต สำหรับความช่วยเหลือในการเขียนบทคัดย่อวิทยานิพนธ์ภาษาอังกฤษ

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณพ่อและแม่ ซึ่งเป็น “ผู้ให้” ทุกสิ่งทุกอย่าง เป็นกำลังใจ และอยู่เคียงข้างลูกมาตลอด และขอขอบคุณน้องชายทั้งสองคนที่เป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียนตลอดมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีประโยชน์ทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบให้เป็นกตเวทิตาแก่บุพการีและผู้มีพระคุณ รวมทั้งบูรพาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียน และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้เขียนขอน้อมรับและขออภัยมา ณ ที่นี้

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	9
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	9
1.4 วิธีการศึกษา.....	9
1.5 สมมติฐานของการวิจัย.....	10
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	10
บทที่ 2 แนวความคิดเกี่ยวกับมาตรการปกป้อง.....	11
2.1 ความหมายและความเป็นมาของมาตรการปกป้อง.....	11
2.2 เหตุผลของมาตรการปกป้อง.....	16
2.2.1 เหตุผลทางด้านเศรษฐศาสตร์.....	17
2.2.1.1 เพื่อฟื้นฟูความสามารถในการแข่งขัน.....	18
2.2.1.2 เพื่อปล่อยให้ผู้ประกอบการที่แข่งขันไม่ได้ออกจากตลาด โดยมีต้นทุนการปรับตัวต่ำ.....	20
2.2.1.3 ความยุติธรรมทางเศรษฐกิจ.....	21
2.2.2 เหตุผลทางการเมือง.....	22
2.2.2.1 เป็นเครื่องมือเพื่อความปลอดภัยทางการเมือง.....	22
2.2.2.2 เพื่อสนับสนุนให้ประเทศเข้าเป็นภาคีGATTมากขึ้น.....	22
2.3 เงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้อง.....	24
2.3.1 ความสำคัญของเงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้อง.....	25
2.3.2 เงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947.....	26
2.3.2.1 มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า.....	27

2.3.2.2 การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดจากสถานการณ์ ที่ไม่อาจคาดเห็นได้.....	29
2.3.2.3 การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรม ภายในประเทศ.....	31
2.3.3 เงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ภายใต้ WTO.....	31
2.3.3.1 มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า.....	32
2.3.3.2 การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดจากสถานการณ์ ที่ไม่อาจคาดเห็นได้.....	34
2.3.3.3 การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรม ภายในประเทศ.....	36
บทที่ 3 การพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO.....	37
3.1 การพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947.....	37
3.2 ความเป็นมาของบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหาย ในการเจรจาการค้าหลายฝ่ายเพื่อจัดทำความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง.....	47
3.3 การพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ภายใต้ WTO.....	53
3.3.1 มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เกี่ยวกับความเสียหาย ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง.....	54
3.3.1.1 มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการพิจารณา เรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความ เสียหายอย่างร้ายแรง.....	58
3.3.1.2 มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการพิจารณา เรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่าง	

ร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	59
3.3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้อง.....	60
3.3.2.1 การพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะ ความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	63
(1) การประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด.....	64
(1.1) ต้องประเมินปัจจัยทุกประการที่ระบุไว้ ในมาตรา 4.2(เอ).....	64
(1.2) ต้องประเมินปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้องแม้ไม่ใช่ปัจจัย ที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2 (เอ).....	70
(1.3) การประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องต้องอยู่บนข้อมูลอ้างอิง ในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัยและในเชิงปริมาณที่แสดง เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ.....	72
(2) ความหมายของความเสียหายอย่างร้ายแรง และ การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	73
(2.1) ความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	74
(2.1.1) เป็นความเสียหายในระดับสูง.....	74
(2.1.2) เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้.....	75
(2.2) การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	76
(2.2.1) เป็นความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ ใกล้จะเกิดขึ้น.....	77
(2.2.2) ต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง มิใช่ตาม การกล่าวอ้าง การคาดเดา หรือความเป็น ไปได้ที่ยังห่างไกล.....	79
(3) การชั่งน้ำหนักปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในการตัดสินว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิด ความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	81

3.3.2.2 การพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิด ความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิด ความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	83
(1) มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นสอดคล้องกับ ความเสียหาย.....	86
(2) สภาพของการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้านำเข้ากับ สินค้าที่ผลิตภายในประเทศ.....	87
(3) กรณีมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ก่อให้เกิดความเสียหาย จะถือว่าความเสียหายที่เกิดจาก สาเหตุอื่น ๆ นี้เป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้น ของสินค้านำเข้าไม่ได้.....	88
บทที่ 4 การพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	91
4.1 สภาพปัญหาในปัจจุบันของการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้อง ของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	91
4.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องของ ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	95
4.2.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายตามกฎหมาย The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994).....	97
4.2.2 ความแตกต่างของบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายของ ประเทศสหรัฐอเมริกากับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง.....	99
4.3 การพิจารณาความเสียหายของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศ ของสหรัฐอเมริกา.....	104
4.3.1 คดี Wheat Gluten.....	104
4.3.1.1 การพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือการคุกคามว่า จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	105
4.3.1.2 การพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุสำคัญของ ความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหาย	

อย่างร้ายแรง.....	107
4.3.2 คดี Lamb Meat.....	109
4.3.2.1 การพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือการคุกคามว่า จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	111
4.3.2.2 การพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเป็นสาเหตุสำคัญของ ความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหาย อย่างร้ายแรง.....	116
บทที่ 5 บทวิเคราะห์มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review)เกี่ยวกับความเสียหาย ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO.....	122
5.1 มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการพิจารณาเรื่องความเสียหาย อย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	122
5.1.1 เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ตามมาตรา 4.2 (เอ) หรือไม่.....	124
5.1.2 เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีคำอธิบายที่มีเหตุผลและมีความเพียงพอหรือไม่ ว่าข้อเท็จจริงต่างๆ สนับสนุนการตัดสินอย่างไร.....	134
5.1.2.1 การตรวจสอบว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	134
5.1.2.2 การตรวจสอบว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหาย อย่างร้ายแรง.....	138
5.2 มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้น ของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิด ความเสียหายอย่างร้ายแรง.....	140
5.2.1 มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นสอดคล้องกับความเสียหายหรือไม่.....	141
5.2.2 สภาพของการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ แสดงให้เห็นว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่....	143
5.2.3 กรณีมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิด ความเสียหาย เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนำความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่นๆ มาตัดสินว่าเป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าหรือไม่...	144

บทที่ 6 บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....149

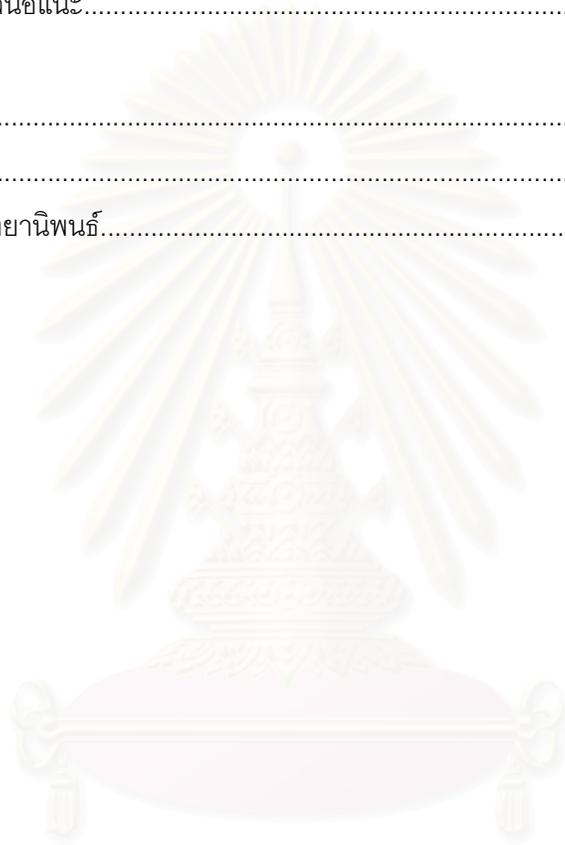
 6.1 บทสรุป.....149

 6.2 ข้อเสนอแนะ.....153

รายการอ้างอิง.....157

ภาคผนวก.....166

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....323



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การเจรจาระหว่างสหรัฐอเมริกากับอังกฤษซึ่งเริ่มต้นในปีพ.ศ. 2486 (ค.ศ.1943) ได้ขั้ยยุติร่วมกันว่า ระเบียบการค้าระหว่างประเทศภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองจักต้องอยู่บนพื้นฐานแห่งหลักการเศรษฐกิจเสรีนิยม ต่อมาในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการจ้างงาน (United Nations Conference on Trade and Employment) ณ กรุงฮาวานา ประเทศคิวบา ในปีพ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) สมาชิกสหประชาชาติ 50 ประเทศ ได้ลงนามในกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) และสนับสนุนให้มีการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization : ITO) เพื่อทำหน้าที่ดูแลและกำกับให้การค้าระหว่างประเทศเป็นไปโดยเสรี และเป็นที่มาของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade) (ต่อไปนีผู้เขียนขอเรียกว่า GATT) และองค์การการค้าระหว่างประเทศ (World Trade Organization) (ต่อไปนีผู้เขียนขอเรียกว่า WTO) ในปัจจุบัน¹ แต่การเปลี่ยนแปลงมาสู่หลักการเศรษฐกิจเสรีนิยมดังกล่าว ทำให้ประเทศต้องเปิดตลาดภายในประเทศของตนเข้าสู่การแข่งขันระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ใช่สิ่งที่จะทำได้อย่างรวดเร็ว แต่ต้องเป็นการปรับเปลี่ยนอย่างค่อยเป็นค่อยไป ประเทศต่างๆที่ยึดถือนโยบายการค้าเสรีจึงจำเป็นต้องมีบทยกเว้นชั่วคราวจากการเปิดเสรีทางการค้านั้น²

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, กระบวนการกำหนดนโยบายเศรษฐกิจในประเทศไทย : บทวิเคราะห์เชิงประวัติศาสตร์เศรษฐกิจการเมือง พ.ศ. 2475-2530 (กรุงเทพฯ : คบไฟ, 2546), หน้า 21-27.

²J. Michael Finger, Safeguards : Making sense of GATT/WTO provisions allowing for import restrictions, cited in Bernard Hoekman, Aaditya Mattoo and Philip English (eds.), Development, Trade and the WTO : A handbook, Washington, D.C. : The World Bank, 2002, p.195.

ดังนั้น ในการทำความเข้าใจความตกลงทางการค้าส่วนใหญ่ จึงต้องมีบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ประเทศที่เข้าร่วมในความตกลงสามารถถอนข้อผูกพันทางการค้าเป็นการชั่วคราวในบางสถานการณ์ บทบัญญัติดังกล่าวเรียกว่า *rebus sic stantibus* คือ จะใช้บทบัญญัตินี้ก็ต่อเมื่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจากวันที่ทำข้อผูกพันโดยไม่สามารถคาดเห็นได้ในเวลาทำข้อผูกพันนั้น³

ในช่วงของ GATT ประเทศต่างๆ ทำข้อผูกพันและความตกลงทางการค้ากันเป็นจำนวนมาก มาตรา 19 ภายใต้ GATT ได้ช่วยประเทศคู่สัญญาถอนตัวจากการปฏิบัติตามข้อผูกพันทางการค้าดังกล่าวเป็นการชั่วคราว ในกรณีที่เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศซึ่งต้องแข่งขันกับสินค้านำเข้าที่มีปริมาณเพิ่มขึ้นเนื่องจากการทำข้อผูกพันทางการค้านั้น⁴ มาตรา 19 ภายใต้ GATT หรือเรียกว่า “มาตรการปกป้อง” เป็นมาตรการที่อนุญาตให้ประเทศภาคี GATT ไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ผูกพันไว้ได้ ในกรณีที่เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามจนก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรือที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า⁵ และในการที่ประเทศภาคี GATT จะใช้มาตรการปกป้องตามมาตรา 19 ได้จะต้องปรากฏว่า มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าซึ่งเป็นผลมาจากสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้ และจากพันธกรณีของ GATT และการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (serious injury) หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (threat of serious injury)⁶

³ Patrizio Merciai, *Safeguard Measures in GATT*, *Journal of World Trade* 15 (January:February, 1981) : 41.

⁴ Alan O. Sykes, *Safeguards Mess : A Critique of WTO Jurisprudence*. *World Trade Review* 2 (2003): 264.

⁵ Michael J. Trebilcock and Robert Howse, *The Regulation of International Trade*. 2nd ed. London : Routledge, 1999, p.226.

⁶ John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (St. Paul, Minn: West Publishing, 1969), p.557.

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีบทบัญญัติว่าด้วยมาตรการปกป้องในมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 แล้วก็ตาม แต่ประเทศภาคีต่างๆไม่นิยมใช้* แต่กลับไปใช้มาตรการนอกกฎเกณฑ์ของ GATT แทน⁷ ได้แก่ การจำกัดการส่งออกโดยสมัครใจ (Voluntary Export Restraints) ข้อตกลงการตลาดแบบเป็นขั้นตอน (Orderly Marketing Agreement) เป็นต้น เพราะในการนำมาตรา 19 มาใช้ในทางปฏิบัติต้องประสบกับปัญหาหลายประการ ซึ่งหนึ่งในนั้นคือ ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องการเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ และเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายเช่นว่านั้น จากปัญหาในการนำมาตรา 19 มาใช้ในทางปฏิบัติ เมื่อเริ่มการเจรจาอบอุรุกวัย จึงมีความพยายามที่จะแก้ไขปรับปรุงมาตรา 19 เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อเป็นการลดการใช้มาตรการนอกกฎเกณฑ์ของ GATT ที่มีผลเป็นการบิดเบือนทางการค้า⁸

ในที่สุดหลังจากการเจรจาอบอุรุกวัยสิ้นสุดลงและมีการจัดตั้งองค์การการค้าโลก ตามกรรมสารสุดท้าย (Final Act) ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง (Agreement on Safeguards) ก็เป็นความตกลงหนึ่งที่อยู่ภายใต้ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก (Agreement Establishing World Trade Organization)⁹

ซึ่งก่อนที่ประเทศสมาชิก WTO จะใช้มาตรการปกป้องได้ ความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้อง กำหนดว่า ประเทศสมาชิกต้องพิจารณาเสียก่อนว่า มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นจำนวนมากไม่ว่าในเชิงปริมาณ หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ และ

* มีการใช้มาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 เพียง 150 ครั้ง ในระหว่างปีค.ศ. 1947-1994

⁷ Brian Hindley, "THE VER SYSTEM AND GATT SAFEGUARDS," Paper presented of the conference on the Role and Interests of the Developing Countries in the Multilateral Trade Negotiations, Bangkok, The World Bank, Thailand Development Research Institute, 1986, 30 October-1 November 1986, p.2.

⁸ ทัชชมัย ฤกษ์สุต, กติกาอื่นๆของแกตต์, สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ตุลาคม 2539) : 3-6.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรือแข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้านั้น¹⁰

ดังนั้นก่อนที่ประเทศสมาชิก WTO จะใช้มาตรการปกป้องได้ จะต้องทำการพิจารณาว่ามีเหตุการณ์ตามเงื่อนไขดังกล่าวปรากฏขึ้นหรือไม่ ซึ่งเงื่อนไขประการสำคัญที่ประเทศสมาชิกต้องพิจารณาคือ การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า “การพิจารณาความเสียหาย” หรือตามตำรากฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศต่างๆมักเรียกว่า การพิสูจน์ความเสียหาย (injury test)¹¹

ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาความเสียหายเป็นประเด็นสำคัญ เพราะหลักการพิจารณาความเสียหายในกฎหมายเกี่ยวกับการค้านั้น เป็นหลักการสำคัญที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรม กล่าวคือ เป็นหลักที่พยายามลดการกีดกันทางการค้า โดยอนุญาตให้มีการกีดกันเฉพาะในกรณีที่มีความเสียหายอย่างร้ายแรงเท่านั้น¹² เพราะเมื่อพิจารณาในทางกลับกัน จะเห็นว่า ประเทศผู้นำเข้าก็อาจใช้มาตรการปกป้องเป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้าได้เช่นกัน¹³ ดังนั้น

¹⁰มาตรา 2.1 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง บัญญัติว่า “A Member may apply a safeguard measure to a product only if that Member has determined, pursuant to the provisions set out below , that such is being imported into its territory in such increased quantities , absolute or relative to domestic production , and under such conditions as to cause or threaten to cause serious injury to the domestic industry that produces like or directly competitive products.”

¹¹ John H. Jackson, The World Trading Systems : Law and Policy of International Economic Relations. (Cambridge : MIT, 1989),pp.5-6.

¹² สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: การควบคุมการค้าระหว่างประเทศโดยรัฐ. (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 102.

¹³ Professor John H. Jackson กล่าวไว้ว่า “ข้าพเจ้ารู้สึกประหลาดใจกับความเป็นจริงที่ได้รับรู้ เมื่อข้าพเจ้าได้สนทนากับเจ้าหน้าที่ระดับสูงทางด้านการค้าคนหนึ่งของสหภาพยุโรปที่เล่า

การพิจารณาความเสียหาย จึงมีบทบาทที่จะช่วยป้องกันไม่ให้ใช้มาตรการปกป้องไปในทางไม่ชอบธรรมได้ในระดับหนึ่ง

ในช่วงของความตกลง GATT 1947 มีคดีเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องที่ขึ้นสู่การพิจารณาของ GATT เพียง 3 คดีเท่านั้น ได้แก่ คดี Norway safeguard on certain textile products, คดี US safeguard on dried figs และคดี US safeguard on hatter's fur¹⁴

แต่ภายหลังจากมีองค์การการค้าโลก คือ ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ปี ค.ศ. 1995 มีข้อพิพาทกว่า 63 คดี ที่เข้าสู่การพิจารณาขององค์กรระงับข้อพิพาท (DSB) โดยเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง 8 คดีด้วยกัน ดังนี้

Dispute Number	Complainant	Defendant	Subject Products
1. WT/DS/98 ¹⁵	EC	Korea	Dairy
2. WT/DS/121 ¹⁶	EC	Argentina	Footwear

ให้ข้าพเจ้าฟังว่า ในการพิจารณาความเสียหายที่เกิดกับอุตสาหกรรมภายในก่อนที่จะใช้มาตรการปกป้องถ้ามีเหตุผลจำเป็นทางการเมืองที่ต้องการให้ประเทศใช้มาตรการปกป้อง ผู้ที่พิจารณาก็จะตัดสินว่าเกิดความเสียหายกับอุตสาหกรรมภายในประเทศได้ทุกครั้งไป” (John H. Jackson, The World Trading Systems : Law and Policy of International Economic Relations, pp.5-6.)

¹⁴ GATT Report List 'Dispute settlement', Adopted panel reports within the framework of GATT 1947 , available from:www.wto.org.

¹⁵ WTO documents WT/DS/98/R, Panel Report of Korea Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products, 21 June 1999; WT/DS98/AB/R, Appellate Body Report, 14 December 1999.

¹⁶ WTO documents WT/DS/121/R, Panel Report of Argentina - Safeguard Measure on Imports of Footwear, 25 June 1999; WT/DS121/AB/R, Appellate Body Report, 14 December 1999.

Dispute Number	Complainant	Defendant	Subject Products
3. WT/DS/166 ¹⁷	EC	US	Wheat Gluten
4. WT/DS/177,178 ¹⁸	New Zealand, Australia	US	Lamb meat
5. WT/DS/202 ¹⁹	Korea	US	Line Pipe
6. WT/DS/207 ²⁰	Argentina	Chile	Agriculture Products
7. WT/DS/238 ²¹	Chile	Argentina	Preserved Peaches
8. WT/DS/248 ²²	EC	US	Steel

¹⁷ WTO documents WT/DS/166/R, Panel Report of US - Definitive Safeguard Measure on Imports of Wheat Gluten from the European Communities, 31 July 2000; WT/DS166/AB/R, Appellate Body Report, 22 December 2000.

¹⁸ WTO documents WT/DS/177,178/R, Panel Report of US - Safeguard Measure on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia, 21 December 2000; WT/DS177,178/AB/R, Appellate Body Report, 16 May 2001.

¹⁹ WTO documents WT/DS/202/R, Panel Report of US - Definitive Safeguard Measure on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea, 29 October 2001; WT/DS202/AB/R, Appellate Body Report, 8 March 2002.

²⁰ WTO documents WT/DS/207/R, Panel Report of Chile-Price Band System and Safeguard Measure Relating to Certain Agriculture Products, 3 May 2002; WT/DS207/AB/R, Appellate Body Report, 23 October 2002.

²¹ WTO documents WT/DS/238/R, Panel Report of Argentina – Definitive Safeguard Measure on Imports of Preserved Peaches, 14 February 2003.

²² WTO documents WT/DS/248/R, Panel Report of US – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Steel Products, 11 July 2003; WT/DS248/AB/R, Appellate Body Report, 10 November 2003.

จาก 8 คดีนี้ มี 4 คดี ที่ร้องเรียนโดย ประชาคมยุโรป (EC) และ มี 4 คดี ที่ประเทศ สหรัฐอเมริกาเป็นผู้ถูกร้องเรียน มี 5 คดี ที่เกี่ยวกับสินค้าเกษตร 2 คดี เกี่ยวกับสินค้าเหล็ก และ 1 คดี เป็นสินค้าเกี่ยวกับรองเท้า โดย 7 คดี จาก 8 คดี ที่มีการอุทธรณ์ต่อองค์กรอุทธรณ์ และจากคำ ตัดสินขององค์กรระงับข้อพิพาทของ WTO ปรากฏว่าทุกคดีองค์กรระงับข้อพิพาทภายใต้ WTO ตัดสินว่า ประเทศผู้ถูกกล่าวหาใช้มาตรการปกป้องไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการ ปกป้องทั้งสิ้น และ สังเกตได้ว่า ประเด็นที่พิพาทกันบ่อยครั้งคือ ประเด็นเรื่องการพิจารณาความ เสียหาย ตามมาตรา 4 ของความตกลง ดังจะเห็นได้จากตารางในหน้า 8

และจากหลักฐานเชิงประจักษ์พบว่า องค์กรระงับข้อพิพาทตัดสินว่า ประเทศผู้นำ เข้าพิจารณาความเสียหายไม่สอดคล้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องทุกคดี ดังนั้น ผู้เขียนจึงจะทำการศึกษาว่า องค์กรระงับข้อพิพาทมีมาตรฐานการทบทวน (Standard of review) เกี่ยวกับความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องอย่างไร เพื่อป้องกันการใช้ มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมของประเทศสมาชิกในระดับหนึ่ง

Issue	Relevant Article	Argentina-Footwear		Korea-Dairy		US-Wheat Gluten		US-Lamb Meat		US-Line Pipe		Chile-Agriculture Products		Argentina-Peaches	Frequency of Invocation
		Panel	AB	Panel	AB	Panel	AB	Panel	AB	Panel	AB	Panel	AB		
Procedural issues:															
Term of Reference	DSU Art.6.2, 7	x	x	x	x			x		x		x	x		6
Standard of Review	DSU Art.11	x	x	x		x	x	x	x						7
Evidentiary Scope of Review	DSU Art.11				x	x				x		x			4
Substantive issues:															
Serious Injury & Threat Thereof	SA Art. 2.1, 4.1, 4.2	x	x	x		x	x	x	x	x	x	x		x	11
Causation & Non-attribution	SA Art.2.1, 4.2	x	x	x		x	x	x	x	x	x	x			10
Unknown Developments	GATT Art. XIX.1	x	x	x	x			x	x	x		x		x	9
Notification & Consultation	SA Art.8, 12	x		x	x	x	x			x	x				7
Selectivity	SA Art.2.2	x	x			x	x			x	x				6
FTA & Customs Union	SA Art.2.2 GATT Art. XXIV	x	x			x	x			x	x				6
Increased Imports	SA Art.2.1, 4.2(a)	x	x			x				x		x		x	6
Necessary Extent of Application	SA Art.5.1			x	x					x	x	x			5
Domestic Industry	SA Art. 4.1(c)							x	x						2
Applicability of GATT Article XIII	GATT Art. XIII SA Art. 5									x					1

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวความคิด หลักการของมาตรการปกป้องภายใต้ WTO
2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบแนวความคิด หลักการของการพิจารณาความเสียหายตาม มาตรา 19 ภายใต้ GATT และตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO
3. เพื่อศึกษาถึงปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติการพิจารณาความเสียหายตามความ ตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องของประเทศสหรัฐอเมริกา
4. เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาของการพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้อง และเสนอแนวทางการพิจารณาความเสียหายที่มีความเหมาะสม ในการใช้อำนาจต่อการค้าเสรี โดยการถ่วงประโยชน์ของประเทศผู้ส่งออก และ ประเทศผู้นำเข้าให้มีความสมดุล

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

มุ่งศึกษาแนวความคิดและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเสียหายของ มาตรการปกป้องภายใต้WTO และการปรับใช้บทบัญญัติเรื่องการพิจารณาความเสียหายของ ประเทศสหรัฐอเมริกา แล้ววิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาที่เกิดจากการปรับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยศึกษาจากคดีเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องที่ขึ้นสู่WTO และคดีของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อเสนอแนะแนวทางในการปรับใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาความเสียหายของประเทศสมาชิกที่ เหมาะสมต่อไป

1.4 วิธีการศึกษา

1. การศึกษาวิจัยนี้จะใช้วิธีการวิจัยเอกสาร โดยศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลจาก กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายภายใต้ความ

ตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง หลักเกณฑ์การพิจารณาความเสียหายของประเทศสหรัฐอเมริกา ตลอดจนบทความที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ โดยนำมาสรุปวิเคราะห์

2. การศึกษาวิจัยจะใช้วิธีการแบบภาคสนาม โดยการสัมภาษณ์ข้อคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการวิจัย

1.5 สมมติฐานของการวิจัย

จากหลักฐานเชิงประจักษ์พบว่า มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เกี่ยวกับความเสียหาย สามารถแก้ปัญหาในเรื่องการใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมได้ในระดับหนึ่ง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาความเสียหายในความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง
2. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการปรับใช้การพิจารณาความเสียหายของประเทศสหรัฐอเมริกา
3. เพื่อให้ทราบถึงประเด็นปัญหาที่เกิดจากการปรับใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาความเสียหายในความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องที่อาจนำไปสู่การใช้มาตรการปกป้องในเชิงกีดกันทางการค้าได้
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้อง เพื่อให้มีความชอบธรรมและสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ในทางระหว่างประเทศต่อไป

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับมาตรการปกป้อง

ในบทที่ 2 ผู้เขียนจะนำเสนอแนวความคิดเกี่ยวกับมาตรการปกป้อง ประกอบด้วย ความหมาย และความเป็นมาของมาตรการปกป้อง เหตุผลของมาตรการปกป้อง และเงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้อง เพื่อให้ทราบถึงหลักการพื้นฐานของมาตรการปกป้อง อันจะเป็นประโยชน์ในการนำไปใช้วิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

2.1 ความหมายและความเป็นมาของมาตรการปกป้อง

โดยทั่วไปแล้ว บทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการ “ปกป้องคุ้มครอง ” (Safeguard protection) หมายถึง บทบัญญัติในความตกลงใดก็ตามที่อนุญาตให้ประเทศที่อยู่ภายใต้พันธกรณีของความตกลงนั้นไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงนั้นได้ เมื่อเกิดสถานการณ์ที่มีลักษณะตามเงื่อนไขที่ความตกลงนั้นกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อปกป้องคุ้มครองประเทศของตน¹

ในทางการค้าระหว่างประเทศภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT)² และความตกลงภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO) มีบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็น

¹ Bernard M. Hoekman, and Michelm. M. Koesteki, Political Economy of the World Trading System : The WTO and Beyond, 2nd ed. New York : Oxford University Press, 2001,p.303.

² GATT เป็นคำย่อมาจาก General Agreement on Tariffs and Trade หรือความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า โดยลักษณะเริ่มแรก GATT มิได้มีฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ แต่เป็นความตกลงระหว่างประเทศซึ่งมีการเจรจาใน ค.ศ. 1947 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 1948 เดิมทีเดิยวนั้นความตกลงนี้ได้ลงนามกันเพื่อใช้ในระหว่างที่มีการร่างกฎบัตรขององค์การการค้าระหว่างประเทศ (ITO) หรือ International Trade Organization แต่ความพยายามที่จะจัดตั้ง ITO ซึ่งตั้งใจจะให้เป็นองค์การสากลที่มีขอบเขตครอบคลุมทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศนั้น ปรากฏว่าไม่ได้รับผลสำเร็จ เพราะร่างกฎบัตรของ ITO ไม่ได้รับการยอมรับจากประเทศที่

“การปกป้องคุ้มครอง” อยู่ด้วย³ ซึ่งหนึ่งในนั้นคือ บทบัญญัติว่าด้วยมาตรการปกป้อง ตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT และความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO

มีบทบาทสำคัญทางเศรษฐกิจของโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น GATT จึงเป็นความตกลงทางการค้าที่ตัดตอนเลือกเอาบางส่วนของร่างกฎบัตร ITO ที่พิจารณากันอยู่มาใช้เป็นการล่วงหน้า และในการประชุมรอบสุดท้ายของ GATT ที่เรียกว่า Uruguay Round ที่ได้สิ้นสุดลงในการประชุมที่ Marrakesh ประเทศ Morocco เมื่อ 15 เมษายน 1994 ได้มีความตกลงให้มีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศใหม่ขึ้นเรียกว่า “องค์การการค้าโลก” (World Trade Organization) หรือ WTO ให้เป็นองค์การที่เป็นสถาบันหลักทางการค้าระหว่างประเทศซึ่งรวมความตกลงต่างๆของ GATT ทั้งหมดรวมทั้งความตกลงใหม่ซึ่งเพิ่มขึ้นประกอบเป็นความตกลง WTO (อรุณ ภาณุพงศ์, “จาก GATT สู่อุตสาหกรรมนิเทศศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 25 (กันยายน 2538): 435-436)

³ บทบัญญัติที่มีลักษณะเป็น “การปกป้องคุ้มครอง” ตามความตกลงของ GATT และ WTO แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) บทบัญญัติที่อนุญาตให้ประเทศภาคีไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลงนั้นได้เป็นการชั่วคราวในกรณีที่เกิดสถานการณ์ตามที่ความตกลงนั้นได้กำหนดไว้ ได้แก่ มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด ตามมาตรา 6 ภายใต้ GATT, มาตรการตอบโต้การอุดหนุน ตามมาตรา 6 ภายใต้ GATT, มาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาการขาดดุลการชำระเงิน (balance of payments) ตามมาตรา 12 และ 18 (บี) ภายใต้ GATT และมาตรา 12 ภายใต้ GATS, มาตรการสำหรับอุตสาหกรรมขั้นปฐม (infant industry) ตามมาตรา 18(เอ)และ(ซี) ภายใต้ GATT, มาตรการปกป้องพิเศษทั้งตามความตกลงสินค้าเกษตร และความตกลงว่าด้วยสิ่งทอและเครื่องนุ่งห่ม, มาตรการปกป้องตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT และความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง และ บทยกเว้นทั่วไป (General waivers) ตามมาตรา 9 ภายใต้ WTO

(2) บทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นหลักการทั่วไปของความตกลงอย่างถาวร ได้แก่ ข้อยกเว้นทั่วไป ตามมาตรา 20 ภายใต้ GATT และมาตรา 14 ภายใต้ GATS, ข้อยกเว้นเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ ตามมาตรา 21 ภายใต้ GATT และมาตรา 24 ภายใต้ GATS และ การเปลี่ยนแปลงข้อลดหย่อน และตารางภาษีอย่างถาวร ตามมาตรา 28 ภายใต้ GATT และมาตรา 21 ภายใต้ GATS (Bernard M. Hoekman, and Michelm. M. Koesteki, The Political Economy of the World Trading System : The WTO and Beyond, pp.303-304.)

มาตรการปกป้อง หรือที่รู้จักกันในนามของ “บทยกเว้น” (Escape Clause) หมายถึง มาตรการที่อนุญาตให้ประเทศผู้นำเข้าไม่ต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันทางการค้าได้เป็นการชั่วคราว ในกรณีที่มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงกับอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรือที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้านั้น⁴

จะเห็นว่า มาตรการปกป้องมีความแตกต่างจากมาตรการปกป้องคุ้มครองทางการค้า อื่นๆ เช่น มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด และมาตรการตอบโต้การอุดหนุน เพราะ มาตรการปกป้อง มิได้ใช้ตอบโต้การกระทำการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade) แต่เป็นมาตรการที่อนุญาตให้ใช้กับการกระทำทางการค้าที่มีความชอบธรรมได้⁵

มาตรการปกป้องตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 เกิดจากความต้องการของ ประเทศสหรัฐอเมริกา⁶ ในการประชุมสภาคองเกรสของประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อปี 1945 เพื่อ พิจารณาเรื่องการเข้าเป็นภาคีของความตกลง GATT ที่ประชุมสภาคองเกรสได้ยกประเด็นกรณี ที่ อุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้รับ ความเสียหาย ถ้าต้องปฏิบัติตามความตกลง GATT ขึ้นมา หรือ ซึ่งผลจากการหารือดังกล่าวสรุปว่า ความตกลงใดๆที่ประเทศสหรัฐจะทำจะต้องมี “บทยกเว้น” (Escape Clause) อยู่ด้วย เหมือนเช่นความตกลงต่างตอบแทนทางการค้า (The Reciprocal Trade Agreement) ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาทำกับประเทศเม็กซิโกในปี ค.ศ. 1942 และหลังจากนั้น ในเดือน กุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 1947 ระหว่างการเตรียมการของ GATT ประธานาธิบดีของสหรัฐได้ออกคำสั่ง ทางการบริหาร (executive order) ว่าต้องมีบทยกเว้นอยู่ในข้อตกลงทางการค้าทุกฉบับของประเทศสหรัฐ⁷

⁴ Michael J. Trebilcock and Robert Howse, The Regulation of International Trade. 2nd ed. London : Routledge, 1999, p.226.

⁵ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis, The World Trade Organization Law ,Practice and Policy. New York : Oxford, 2003, p.182.

⁶ John H Jackson, World Trade and the Law of GATT (St. Paul, Minn: West Publishing, 1969), p.553 โดย Professor Jackson กล่าวว่า การมีส่วนร่วมของประเทศ สหรัฐอเมริกาใน GATT ไม่ใช่เรื่องการค้าเสรีโดยแท้ หากแต่เป็นการค้าที่เสรีขึ้นเท่านั้น

⁷ John H Jackson, World Trade and the Law of GATT (St. Paul, Minn: West Publishing, 1969), p.553.

ดังนั้น เมื่อมีการร่างกฎบัตรเพื่อก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ หรือ ITO ประเทศสหรัฐก็ได้เสนอร่างบทบัญญัติว่าด้วยบทยกเว้นด้วย โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 29 หัวข้อ “มาตรการฉุกเฉินต่อการนำเข้าสินค้าบางประเภท” (Emergency Action on Import of Particular Products)⁸ โดยสหรัฐได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ในการร่างบทยกเว้นไว้ว่า

“เป็นการทำให้ข้อผูกพันภายใต้ความตกลงทางการค้า มีความยืดหยุ่นมากขึ้น บทยกเว้นมีความจำเป็นแก่ประเทศ กรณีที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน การมีบทยกเว้นจะช่วยปรับเปลี่ยนข้อผูกพันเป็นการชั่วคราว และเพื่อไม่ให้เกิดการใช้บทยกเว้นในทางที่ผิด จึงได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้บทยกเว้นไว้ และก่อนที่ประเทศใดจะใช้บทยกเว้นก็ต้องแจ้งต่อองค์การ และทำการปรึกษาหารือกับองค์การและประเทศสมาชิกผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆด้วย”⁹

ซึ่งในที่สุดแล้ว ประเทศที่เข้าร่วมการร่างกฎบัตรเพื่อจัดตั้งความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ได้ประชุมร่วมกันที่เมืองนิวยอร์ก ในต้นปี 1947 และมีมติว่าจะนำบทยกเว้น หรือ Escape Clause มาเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 19 และหลังจากการใช้มาตรา 19 ภายใต้ GATT ระยะเวลาหนึ่ง ปรากฏว่าประเทศภาคี GATT ต้องพบกับปัญหาหลายประการ ได้แก่ การไม่มีนิยามความหมายของ “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” ทำให้ประเทศต่างๆ สามารถตีความกันได้อย่างกว้างขวางและแตกต่างกัน กระบวนการพิจารณาภายในประเทศสมาชิกเพื่อใช้มาตรการปกป้องไม่มีความโปร่งใส, ประเทศภาคีไม่ทำการปรึกษาหารือและการแจ้งต่อ GATT ก่อนการใช้มาตรการปกป้อง, ประเทศภาคีไม่ใช้มาตรการปกป้องในระยะเวลาอันจำกัดเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และมีการใช้มาตรการปกป้องอย่างเลือกปฏิบัติต่อประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคี GATT¹⁰

⁸ Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations by the Department of State, USA, September 1946. Cited in GATT Document, Drafting History of Article XIX and Its Place in GATT, No. MTN.GNG/NG9/W/7(September 16, 1987), pp.4-5. Available from: <http://www.worldtradelaw.net>

⁹ UN Document, EPCT/C.II/PV.7 ,p.3. Cited in John H Jackson, World Trade and the Law of GATT, pp.554-555.

¹⁰ GATT Document, Work Already Undertaken in the GATT on Safeguards , No. MTN.GNG/NG9/W/1(April 8,1987). Available from: <http://www.worldtradelaw.net>

จากปัญหาต่างๆดังกล่าวทำให้ประเทศภาคี GATT หันไปใช้มาตรการคลุมเครือ (Gray Area Measures) แทนการใช้มาตรการปกป้องตามมาตรา 19 ในการคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศของตน เช่น การทำความตกลงจำกัดการส่งออกโดยสมัครใจ (Voluntary Export Restraints-VERs) และความตกลงการตลาดแบบเป็นขั้นตอน (Orderly Marketing Arrangement - OMA)¹¹ ซึ่งการเพิ่มขึ้นของการใช้มาตรการคลุมเครือ เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ประเทศภาคี GATT มีความพยายามในการเจรจาเพื่อแก้ไขปรับปรุงทบทวนมติว่าด้วยมาตรการปกป้อง

ในการเจรจากรคำพหุภาคีรอบโตเกียว มีความตั้งใจจะสร้าง "ประมวล" (Code) ว่าด้วยมาตรการปกป้อง เพื่อให้ประเทศภาคี GATT สามารถใช้มาตรการปกป้องได้จริงในทางปฏิบัติ และเป็นไปในแนวทางเดียวกันแต่ผลการเจรจาประสบความสำเร็จล้มเหลว¹² จนมาถึงการเจรจารอบอุรุกวัย มาตรการปกป้องก็ยังคงเป็นหนึ่งในประเด็นสำคัญของการเจรจากรคำพหุภาคี และการกำจัดการใช้มาตรการคลุมเครือก็ยังเป็นความมุ่งหมายที่สำคัญ ซึ่งผลการเจรจาก็ประสบความสำเร็จ คือได้ "ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง" (Agreement on Safeguards) ภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO) โดยมีวัตถุประสงค์ ดังนี้¹³

- (1) ปรับปรุงและเสริมสร้างให้บทบัญญัติภายใต้ GATT 1994 มีประสิทธิภาพมากขึ้น
- (2) เพื่อเสริมให้บทบัญญัติมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1994 มีความชัดเจนมากขึ้น
- (3) สร้างกฎเกณฑ์การควบคุมการใช้มาตรการปกป้องในทางพหุภาคี และกำจัดการที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์นั้น
- (4) สนับสนุนให้มีการแข่งขันในตลาดการค้าระหว่างประเทศ

¹¹Ernst – Ulrich Petersmann, Grey Area Trade Policy and The Rule of Law, Journal of World Trade22(1988):37.

¹² Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992) Volume II : Commentary (Deventer : Kluwer Law and Taxation, 1993), p.1718.

¹³ Agreement on Safeguard, Preamble

2.2 เหตุผลของมาตรการปกป้อง

จากการศึกษาความหมายของมาตรการปกป้อง จะเห็นว่า มาตรการปกป้องเป็น บทบัญญัติที่สวนทางกับหลักการของ GATT เพราะ GATT เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่ร่างขึ้นบน พื้นฐานของหลักการเศรษฐกิจเสรีนิยม¹⁴ แต่มาตรการปกป้องอนุญาตให้ประเทศไม่ต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันภายใต้ GATT ได้เป็นการชั่วคราว นั่นหมายถึง ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการที่เป็นอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศได้ จึงเกิดคำถามว่า อะไรเป็นเหตุผลของการมีมาตรการปกป้องในระบบการค้าโลกที่ยึดถือหลักการเศรษฐกิจเสรีนิยมเป็นสำคัญ

เมื่อพิจารณาอารัมภบท (preamble) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ซึ่งกล่าวว่า “เพื่อให้ประเทศสมาชิกได้ตระหนักถึงความสำคัญในการปรับตัวของอุตสาหกรรม และความจำเป็นในการส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดระหว่างประเทศ”¹⁵

และในข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องกับสินค้าเนื้อลูกแกะ ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ (คดี US – Lamb Meat) และข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องกับสินค้านำเข้าระหว่างประเทศอาร์เจนตินา และสหภาพยุโรป (คดี Argentina - Footwear) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body: AB) ได้กล่าวว่า วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง คือ การสร้างกลไกที่มีประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศเป็นการชั่วคราว จากความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดจากสินค้านำเข้าซึ่งเป็นผลมาจากการค้าเสรี (trade liberalization) และเพื่อส่งเสริมให้มีการปรับตัวของอุตสาหกรรมและการแข่งขันในตลาดระหว่างประเทศ ถ้า WTO ไม่มีมาตรการปกป้องที่เปรียบเสมือนเป็น “เครื่องมือเพื่อความปลอดภัย” (safety valve) ประเทศสมาชิกคงจะไม่เข้าเป็นสมาชิกของ WTO ดังนั้น มาตรการปกป้องตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1994 และตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง จึงเป็นมาตรการที่

¹⁴ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, กระบวนการกำหนดนโยบายเศรษฐกิจในประเทศไทย : บทวิเคราะห์เชิงประวัติศาสตร์เศรษฐกิจการเมือง พ.ศ. 2475-2530 (กรุงเทพฯ : คปไฟ, 2546), หน้า 23.

¹⁵ Preamble, Agreement on Safeguards said “...Recognizing the importance of structural adjustment and the need to enhance rather than limit competition in international markets...”

ใช้ในสถานการณ์ฉุกเฉิน (emergency measures)¹⁶ และเป็นมาตรการเยียวยาทางการค้าที่มีความพิเศษแตกต่างจากมาตรการเยียวยาทางการค้าอื่นๆ (extraordinary remedies)¹⁷

จากแนวคิดดังกล่าวข้างต้น จะเห็นว่าคำตอบของการมีมาตรการปกป้องในระบบการค้าโลกที่ยืดหลักการเศรษฐกิจเสรีนิยม มีเหตุผล 2 ด้าน ดังนี้

2.2.1 เหตุผลทางด้านเศรษฐศาสตร์

ตามทฤษฎีเศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิก¹⁸ การจำกัดด้านการค้าไม่ว่าด้วยวิธีใดๆก็ตาม ทำให้สวัสดิการทางเศรษฐกิจ (economic welfare)¹⁹ ของประเทศผู้นำเข้า (importing

¹⁶ WTO Document, Panel Report on US – Lamb Meat, paras. 7.76-7.77.

¹⁷ WTO Document, AB Report on Argentina – Footwear, para. 94.

¹⁸ เศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิกได้ชื่อว่าเป็นเศรษฐศาสตร์กระแสหลัก (main stream) กล่าวคือเป็นกลุ่มแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่ได้รับความสนใจกว้างขวางที่สุดทั้งในหมู่นักเศรษฐศาสตร์และผู้ที่เกี่ยวข้อง แกนนำของเศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิกคือ อדם สมิท (Adam Smith) ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยกลาสโกว์ สมิทได้เขียนหนังสือชื่อ An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations ในค.ศ.1776 แนวคิดหลักของสำนักเศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิกสรุปได้ว่าสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม จำกัดบทบาทของรัฐบาลในด้านเศรษฐกิจ โดยมีความเชื่อว่าระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมจะทำให้ประเทศพัฒนาไปได้ด้วยดี (วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน และคณะ, พจนานุกรมศัพท์เศรษฐศาสตร์. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546, หน้า63)

¹⁹ สวัสดิการทางเศรษฐกิจ (economic welfare) หมายถึง ความอยู่ดีมีสุขของสังคม A.C. Pigou เป็นนักเศรษฐศาสตร์คนแรกที่เสนอหลักการว่าสวัสดิการสังคม หมายถึง คนจำนวนมากที่สุดได้รับความพอใจมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งนี้ โดยการกระจายรายได้จากคนรวยไปให้คนจน และปรับปรุงการแบ่งสรรทรัพยากรให้เป็นธรรม นักเศรษฐศาสตร์สวัสดิการอีกท่านหนึ่ง คือ Vilfredo Pareto เสนอหลักการ Pareto optimum ซึ่งระบุว่า สวัสดิการสังคมจะเพิ่มขึ้นเมื่อบุคคลได้รับความพอใจเพิ่มขึ้นโดยไม่ทำให้ความพอใจของบุคคลอื่นลดลง(วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน และคณะ, พจนานุกรมศัพท์เศรษฐศาสตร์. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546, หน้า 293)

nations) ลดลง ดังนั้น ถ้าหากประเทศผู้นำเข้าต้องการให้เกิดสวัสดิการทางเศรษฐกิจในประเทศของตน ก็ควรรื้อนโยบายทางการค้าแบบเสรี²⁰

อย่างไรก็ตาม มีอีกแนวความคิดเห็นว่า การใช้มาตรการปกป้องเพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศ แม้จะขัดกับนโยบายการค้าแบบเสรี แต่ถ้าพิจารณาตามหลักประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจแล้ว ซึ่งหมายถึง การใช้ปัจจัยการผลิตให้น้อยที่สุดในการผลิตสินค้าจำนวนหนึ่งที่กำหนด หรือการผลิตให้ได้ผลผลิตจำนวนมากที่สุดโดยใช้ปัจจัยการผลิตที่กำหนด²¹ หรืออาจกล่าวได้ว่า ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ คือ การจัดสรรทรัพยากรได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด การใช้มาตรการปกป้องจะช่วยทำให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ ดังนี้

2.2.1.1 เพื่อฟื้นฟูความสามารถในการแข่งขัน (Restoration of competitiveness)

มาตรการปกป้องเป็นมาตรการที่มีขึ้นเพื่อให้อุตสาหกรรมที่ได้รับความเสียหายจากนโยบายการค้าเสรี ได้ปรับตัวสู่สภาพแวดล้อมที่เป็นการค้าเสรีได้ เป็นที่ทราบกันดีว่า วัตถุประสงค์ของ GATT คือ การเปิดตลาดการค้าเสรี แต่ GATT ก็ได้ให้สิทธิแก่ประเทศภาคีในการยกเว้นจากการปฏิบัติตามหลักการค้าเสรีได้ในบางสถานการณ์ มาตรการปกป้องเป็นมาตรการที่อนุญาตให้ประเทศยกเว้นจากการปฏิบัติตามข้อผูกพันในการลดหย่อนภาษีได้ชั่วคราว เมื่อปรากฏว่าสินค้านำเข้ามีปริมาณเพิ่มขึ้นสูง และก่อให้เกิดหรือคุกคามที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อผู้ผลิตภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือแข่งขันกับสินค้านำเข้านั้น ในกรณีเช่นนี้ประเทศผู้นำเข้าซึ่งได้รับความเสียหายดังกล่าวสามารถทำการฝ่ายเดียวโดยการใช้มาตรการ

²⁰ Alan O. Sykes. "Protectionism as a safeguard" : A positive analysis of the GATT "escape clause" with normative speculations, University of Chicago Law Review 58 (1991) pp.260-263

²¹ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน และคณะ, พจนานุกรมศัพท์เศรษฐศาสตร์. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546, หน้า117.

ที่เป็นอุปสรรคทางการค้าต่อสินค้านำเข้านั้นได้ เนื่องจากต้องการให้เวลาแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศผู้นำเข้าปรับตัวเพื่อแข่งขันกับสินค้านำเข้านั้นได้²²

มาตรการปกป้องจะช่วยฟื้นฟูความสามารถในการแข่งขันให้อุตสาหกรรมที่ได้รับความเสียหายได้มีโอกาสในการลงทุนเพื่อให้ได้ผลกำไรใหม่ และลดต้นทุนการผลิต เพื่อจะได้กลับมาแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกครั้ง²³ เช่น ในปีค.ศ. 1982 มีการนำเขารถจักรยานยนต์จากประเทศญี่ปุ่นเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องใช้มาตรการปกป้องในรูปของภาษีเพื่อช่วยเหลือผู้ผลิตในประเทศสหรัฐอเมริกา การใช้มาตรการปกป้องในครั้งนั้น ทำให้บริษัทผลิตรถจักรยานยนต์ Harley – Davidson สามารถฟื้นฟูการผลิต และปรับปรุงการดำเนินงานให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยในปีค.ศ. 1986 บริษัท Harley – Davidson สามารถกลับมาครองตลาดในประเทศได้อีกครั้ง และมีส่วนแบ่งทางการตลาดที่เพิ่มขึ้น ซึ่งในปีค.ศ. 2000 บริษัทผลิตรถจักรยานยนต์ Harley – Davidson มีส่วนแบ่งทางการตลาดในประเทศสหรัฐถึง 56%²⁴

ความสามารถในการแข่งขันของบริษัทเป็นสิ่งสำคัญ เพราะผลได้สุทธิ (net gains) จากการค้าของชุมชนระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับการมีผู้แข่งขันในตลาดที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งทำดีที่สุดแล้ว การฟื้นฟูความสามารถในการแข่งขัน จะช่วยให้เกิดประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจ เพราะเมื่อเกิดการแข่งขันแล้ว จะทำให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ²⁵

²² Congressional Budget Office, Has Trade Protection Revitalized Domestic Industries ? (1986), p.3. cited in Raj Bhala, International trade law : Theory and practice, 2nd ed. Lexis, 2001, pp. 1118-1119.

²³ Alan O. Sykes. Protectionism as a “safeguard” : A positive analysis of the GATT “escape clause” with normative speculations, p. 263-264.

²⁴ Meredith Crowley. Opening and Closing Technology Gaps Under Safeguard Tariffs, Economic Research Federal Reserve Bank of Chicago, (August ,2001), p.2.

²⁵ Alan O. Sykes. Protectionism as a “safeguard” : A positive analysis of the GATT “escape clause” with normative speculations, p. 263-264.

2.2.1.2 เพื่อปล่อยให้ผู้ประกอบการที่แข่งขันไม่ได้ออกจากตลาด โดยมีต้นทุนการปรับตัวต่ำ (Orderly contraction)

มาตรการปกป้องเป็นมาตรการที่ช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่อุตสาหกรรมที่ไม่สามารถแข่งขันได้คือให้ออกจากตลาดโดยมีต้นทุนต่ำที่สุด การช่วยผู้ประกอบการที่แข่งขันไม่ได้ออกจากตลาด จะช่วยให้มีการใช้ “ปัจจัยการผลิต” (factors of production) อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัจจัยการผลิตด้านแรงงาน เพราะการปล่อยให้ผู้ประกอบการที่แข่งขันไม่ได้ออกจากตลาดอย่างช้าๆ ลูกจ้างจะได้เตรียมตัวเพื่อออกจากงานนั้น และมีเวลาที่จะหางานใหม่ หรือฝึกฝนทักษะงานอื่นๆเพิ่มเติม²⁶

ในทางเศรษฐศาสตร์ การใช้มาตรการปกป้องเป็นวิธีการจัดสรรต้นทุนการปรับตัวของตลาด (the cost of market adjustment)วิธีหนึ่ง การค้าเสรีเป็นผลมาจากการที่รัฐทำข้อผูกพันทั้งด้านภาษีและที่มิใช่ภาษีกับประเทศผู้ส่งออก ซึ่งทำให้สินค้าภายในประเทศต้องถูกแทนที่ด้วยสินค้านำเข้าที่มีความสามารถในการแข่งขันมากกว่า การผลิตสินค้าภายในประเทศต้องมีการปรับตัวให้สามารถแข่งขันกับสินค้านำเข้านั้นได้ในสภาพแวดล้อมของการค้าเสรี ซึ่งการปรับตัวดังกล่าวของอุตสาหกรรม คือ การปรับตัวของทรัพยากรต่างๆ เช่น แรงงาน , ทุนมนุษย์(human capital) และ ทุนกายภาพ(physical capita)l ต่างก็ต้องใช้เวลา และมีต้นทุนทั้งนั้น เหล่านี้จึงถือว่าเป็น “ต้นทุนการปรับตัวเข้าของตลาด”²⁷

²⁶Raj Bhala, *International trade law : Theory and practice*, p.1120.

²⁷Ibid.

2.2.1.3. ความยุติธรรมทางเศรษฐกิจ (Equity)*

แม้ความตกลงทางการค้าต่างๆภายใต้แกตต์และองค์การการค้าโลกจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจโดยรวม แต่ก็ได้สร้างภาระให้แก่ผู้ผลิตสินค้าบางรายที่ต้องมีภาระในการปรับตัวจากการมีสินค้านำเข้าที่พุ่งสูงขึ้นซึ่งเกิดจากความตกลงทางการค้า เช่น ความตกลงแกตต์ ที่กำหนดให้ประเทศภาคีลดการจำกัดการนำเข้าทั้งหลาย ดังนั้นเหตุผลหนึ่งของการมีมาตรการปกป้องจึงอยู่บนหลักความยุติธรรม (equity)²⁸ คือเพื่อช่วยชดเชยหรือช่วยเหลือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการดำเนินตามข้อตกลงที่อยู่บนนโยบายการค้าเสรี

การใช้มาตรการปกป้องอาจจะทำให้ระบบเศรษฐกิจโลกได้รับประโยชน์จากนโยบายการค้าเสรีน้อยลง แต่ก็เป็นการชดเชยความเสียหายที่ผู้ผลิตบางรายได้รับให้น้อยลง²⁹ และถึงแม้การปกป้องคุ้มครองอุตสาหกรรมจะทำให้ความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจของประเทศผู้นำเข้าและของประเทศภาคี GATT ลดลง แต่รัฐบาลของประเทศที่มีอุตสาหกรรมที่ได้รับความเสียหายอันเป็นผลมาจากการเปิดเสรีทางการค้าก็จะใช้นโยบายที่เป็นการปกป้องคุ้มครองอุตสาหกรรม เพื่อกระจายความมั่งคั่ง (redistribution) แก่ทุกคน³⁰

* ความเป็นธรรมทางเศรษฐกิจ (economic equity) ในทางเศรษฐศาสตร์ ความเป็นธรรมทางเศรษฐกิจ คือ ความเท่าเทียมกันตามสภาพที่พึงเป็น ไม่ใช่ความหมายของความเท่าเทียมกันที่เป็น equality ตามหลักรัฐศาสตร์ หรือ หลักเรื่อง one man one vote เช่น ถ้าเขาสมควรจะได้รับมากเขาก็ควรจะได้มาก แต่ถ้าเขาสมควรจะได้รับน้อยเขาก็ควรจะได้รับน้อย ไม่ใช่สมควรจะรับมาก หรือรับน้อยก็ต้องรับเท่ากัน (ดร.เทียนฉาย กีระนันทน์, “สภาวะเศรษฐกิจไทยกับกฎหมาย”. วารสารนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 23 (กันยายน 2547) : 1-2)

²⁸George D Holliday, “The Uruguay Round’s Agreement on Safeguards,” Journal of World Trade 29(June 1995):156

²⁹ Ibid, p.156

³⁰ Alan Sykes, Protectionism as a Safeguard : A Positive Analysis of the GATT Escape Clause With Normative Speculations, p.269.

2.2.2 เหตุผลทางด้านการเมือง

2.2.2.1 เป็นเครื่องมือเพื่อความปลอดภัยทางการเมือง (The Safety Valve)

เมื่อมีอุตสาหกรรมภายในประเทศที่มีขนาดใหญ่และมีอิทธิพลมา ร้องเรียนว่า อุตสาหกรรมของตนได้รับความเสียหายจากการที่สินค้านำเข้าเพิ่มขึ้น อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการเปิดเสรีทางการค้า มาตรการปกป้อง เป็นมาตรการที่จะช่วยรัฐบาลประเทศผู้นำเข้า กระทำการฝ่ายเดียว (unilaterally) ในการเปลี่ยนแปลงความตกลงที่ส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมนั้นได้ ถ้าปราศจากเครื่องมือเพื่อความปลอดภัยทางการเมืองแล้ว จะทำให้เกิดความกดดันภายในประเทศมากขึ้น โดยผู้มีแนวคิดปกป้องคุ้มครองทางการค้าอาจจะใช้วิธีการอื่นที่รุนแรงกว่าการใช้มาตรการปกป้อง ในขณะที่การใช้มาตรการปกป้องจะส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมใดอุตสาหกรรมหนึ่ง หรือเพียงไม่กี่บริษัทในอุตสาหกรรมนั้น แต่การกีดกันทางการค้าวิธีอื่นๆ อาจส่งผลกระทบต่อทั้งภาคเศรษฐกิจ (sector of economy) และอาจขยายไปยังภาคเศรษฐกิจอื่นๆด้วย³¹

2.2.2.2 เพื่อสนับสนุนให้ประเทศเข้าเป็นภาคีGATTมากขึ้น

มีคำกล่าวว่าเป็นการยากที่จะเข้าใจบทบัญญัติของGATTโดยปราศจากการคำนึงถึงทฤษฎีทางเลือกของประชาชน (public choice) เช่นเดียวกับการทำความเข้าใจมาตรา 19 ภายใต้ GATT ก็ควรคำนึงถึงทฤษฎีดังกล่าวด้วย³²

ทฤษฎีทางเลือกของประชาชน (public choice) เป็นทฤษฎีที่พัฒนาโดย ศาสตราจารย์เจมส์ แมคกิลล์ บุกานัน (James McGill Buchanan Jr.)³³ ศาสตราจารย์บุกานัน

³¹ Raj Bhala, International trade law : Theory and practice, pp.1120.- 1121.

³² Alan Sykes, Protectionism as a Safeguard : A Positive Analysis of the GATT Escape Clause With Normative Speculations, p.255.

³³ ศาสตราจารย์เจมส์ แมคกิลล์ บุกานัน เป็นศาสตราจารย์แห่งมหาวิทยาลัยยอร์ค เมสันในมลรัฐเวอร์จิเนีย ได้รับรางวัลโนเบลในปีค.ศ.1986 จากผลงานเกี่ยวกับทฤษฎีการตัดสินใจทาง

กล่าวว่า มีแต่ตัวของเราเองเท่านั้นที่รู้ว่าเราต้องการอะไร ชอบอะไรหรือไม่ชอบอะไร ไม่มีคนอื่นจะมาตัดสินใจในเรื่องนี้แทนเราได้ บัณฑิตบุคคลต่างก็มีรสนิยม ความสามารถ ความหวัง ความรู้ และมุมมองที่ต่างกัน ทุกคนต่างมุ่งแสวงหาประโยชน์ตามความต้องการของตนเอง ดังนั้น ถ้าบัณฑิตบุคคลต่างแสวงหาผลประโยชน์แห่งตนแล้ว เราจะคาดหวังที่จะให้รัฐบาลแสวงหาผลประโยชน์แก่สังคมได้หรือ³⁴

ศาสตราจารย์บุคานัน ได้วิเคราะห์ว่า บัณฑิตบุคคลซึ่งมีพฤติกรรมเห็นแก่ตัวในตลาดสินค้าย่อมจะไม่เห็นประโยชน์ของผู้อื่น หรือผลประโยชน์ส่วนรวมในชีวิตการเมือง ดังนั้น การหาเสียงสนับสนุนของบรรดานักการเมืองและพรรคการเมืองก็มีความมุ่งหมายที่จะได้มาซึ่งอำนาจรัฐ ซึ่งเป็นผลประโยชน์ของตนเองเป็นที่ตั้ง³⁵

ดังนั้น ในมุมมองของทฤษฎีทางเลือกของประชาชน (public choice) ที่มีต่อมาตรการปกป้อง จึงอธิบายได้ว่า เจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้มาตรการปกป้องเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ทางการเมืองของตนได้ คือ เมื่ออุตสาหกรรมภายในประเทศผู้นำเข้ามาร้องเรียนว่าได้รับความเสียหาย ในฐานะรัฐบาลของประเทศผู้นำเข้า อาจพิจารณาให้ใช้มาตรการปกป้องเพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมนั้นได้ เพื่อแลกกับการสนับสนุนทางการเมือง และในทางกลับกัน ถ้ามองในแง่ประเทศผู้ส่งออก การที่ประเทศผู้นำเข้าเพิกถอนข้อผูกพันที่เคยให้ไว้เป็นการทำให้ผู้ส่งออกเสียผลประโยชน์ ซึ่งผู้ส่งออกเหล่านี้ต่อมาก็จะนำเรื่องมาร้องเรียนเจ้าหน้าที่รัฐของประเทศตนว่าได้รับความเสียหาย สูญเสียตลาดต่างประเทศ และผู้สูญเสียผลประโยชน์เหล่านี้ก็จะถอนความช่วยเหลือหรือการสนับสนุนทางการเมืองที่ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานหรือองค์กรที่รับผิดชอบ จึงกล่าวได้ว่า การที่ผู้ส่งออกสูญเสียผลประโยชน์อาจทำให้เจ้าหน้าที่รัฐบางกลุ่มต้อง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

การเมืองและผลงานด้านเศรษฐศาสตร์สาธารณะ (public economics) (ดร.วิชิตวงศ์ ณ. ป้อมเพชร. นักเศรษฐศาสตร์รางวัลโนเบล. สำนักพิมพ์แสงดาว, 2546. หน้า 231.)

³⁴ Stanley L. Brue. The evolution of economic thought. 6th ed. The Dryden Press, 2000, pp. 440-443.

³⁵ ดร.วิชิตวงศ์ ณ. ป้อมเพชร. นักเศรษฐศาสตร์รางวัลโนเบล, หน้า 233.

สูญเสียผลประโยชน์ไปด้วย³⁶ ซึ่งเป็นการกดดันให้เจ้าหน้าที่รัฐของประเทศผู้ส่งออกต้องหาทางแก้ไข ปัญหาให้แก่ผู้ส่งออกของประเทศตน

ดังนั้นในมุมมองของทฤษฎีทางเลือกของประชาชน (public choice) การมีมาตรการปกป้อง จะช่วยให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้มาตรการปกป้องเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางการเมืองได้เมื่อเกิดความจำเป็น ซึ่งสิ่งนี้เป็นแรงจูงใจที่ทำให้เจ้าหน้าที่รัฐซึ่งเป็นตัวแทนเจรจาทำ ข้อผูกพันทางการค้า ยอมเข้าเป็นภาคี GATT คือ ทำให้ประเทศเปิดเสรีทางการค้าก่อน แล้วค่อยใช้ มาตรการปกป้องคุ้มครองทีหลังได้ (trade liberalization ex ante, protection ex post)³⁷

จากเหตุผลทั้งทางด้านเศรษฐศาสตร์ และทางด้านการเมืองที่กล่าวมาทั้งหมด เป็น คำอธิบายว่า แม้มาตรการปกป้องจะไม่ใช่ว่า “first – best policy” คือ ไม่ใช่นโยบายทางการค้าที่ดีที่สุด แต่ก็ถือว่าเป็น “second – best policy” คือ มีความจำเป็นที่ต้องมี เพื่อให้เกิดนโยบายที่ดีที่สุดนั่นคือ การเปิดเสรีทางการค้า³⁸

2.3 เงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้อง

เมื่อทราบถึงความเป็นมา และเหตุผลที่ต้องมีมาตรการปกป้องแล้ว ในหัวข้อ 2.3 นี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาเงื่อนไขในการใช้มาตรการปกป้อง เพราะก่อนที่ประเทศผู้นำเข้าจะใช้มาตรการ ปกป้องได้จะต้องทำการพิจารณาเบื้องต้นว่าเข้าเงื่อนไขตามที่บัญญัติได้กำหนดหรือไม่ โดยแยก ศึกษาเป็นเงื่อนไขการใช้มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1994 และตามความตกลงว่าด้วยมาตรการ ปกป้องภายใต้ WTO ทั้งนี้ จะเห็นว่าหนึ่งในเงื่อนไขการใช้มาตรการปกป้องทั้งภายใต้ GATT 1994 และตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO คือ การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิด ความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรม

³⁶ Alan Sykes, Protectionism as a Safeguard : A Positive Analysis of the GATT Escape Clause With Normative Speculations, p.281-82.

³⁷ Ibid., p.259.

³⁸ Ibid.,p.258-259.

ภายในประเทศผู้นำเข้าที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือแข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้องดังกล่าว เป็นกลไกเบื้องต้นที่ป้องกันไม่ให้เกิดการใช้มาตรการปกป้องในทางไม่ชอบธรรมได้

2.3.1 ความสำคัญของเงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้อง

มีการเปรียบเทียบมาตรการปกป้องว่า มีความคล้ายคลึงกับการประกันภัย³⁹ กล่าวคือ เป็นการประกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตหลังจากทำสัญญาหรือความตกลงกันแล้ว ในสัญญาประกันภัยจะมีข้อสัญญาที่จำกัดการได้รับประโยชน์จากการเอาประกัน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้สัญญาไปในทางที่ไม่ชอบธรรม (abuse) เช่นเดียวกับมาตรการปกป้องที่ต้องมีการป้องกันไม่ให้เกิดการใช้มาตรการไปในทางที่ผิดเช่นกัน⁴⁰

สัญญาประกันภัยนั้นเป็นเรื่องของการแบ่งสรรความเสี่ยง (risk-sharing) ระหว่างผู้เอาประกันและผู้รับประกัน กล่าวคือ บริษัทผู้รับประกันภัยก็ต้องทำให้เกิดความเสี่ยงแก่ตนน้อยที่สุดในขณะที่ผู้เอาประกันเมื่อได้ทำประกันภัยแล้วก็อาจทำให้ความระมัดระวังน้อยลง เรียกว่า มีปัญหาเรื่อง “moral hazard” กล่าวคือ การทำประกันภัยอาจเป็นแรงจูงใจให้ผู้เอาประกันภัยเกิดความไม่ระมัดระวัง⁴¹

³⁹ See, Newbery, David M. G. and Joseph E. Stiglitz (1981), The Theory of Commodity Price Stabilization, Oxford : Oxford University Press.; Eaton, Jonathan and Gene Grossman (1985), Tariff as insurance : Optimal commercial policy when domestic markets are incomplete. Canadian Journal of Economics, 18 : 258-272., cited in Henrik Horn and Petros C. Mavroidis. US – Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia : What should be required of a safeguard investigation?. World Trade Review2 (2003) : 402-404.

⁴⁰ Henrik Horn and Petros C. Mavroidis. US – Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia : What should be required of a safeguard investigation?. World Trade Review2 (2003) : 402-404.

⁴¹ Ibid.,p.403.

ปัญหาเรื่อง moral hazard นี้ก็อาจเกิดขึ้นได้กับการใช้มาตรการปกป้องเช่นกัน คือ ประเทศผู้นำเข้าอาจจะเกิดแรงจูงใจที่จะใช้มาตรการปกป้องแม้จะไม่ได้มีความจำเป็นต้องปรับตัวจากการค้าเสรี ดังนั้นเงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้อง จึงเป็นกลไกที่จะจำกัดการใช้มาตรการปกป้องไปในทางที่ผิดได้ ดังเช่นเงื่อนไขว่าประเทศผู้นำเข้าจะใช้มาตรการปกป้องได้ต่อเมื่อการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ซึ่งทำให้ประเทศผู้นำเข้าต้องพิสูจน์ให้เห็นเสียก่อนว่าเกิดสถานการณ์ตามเงื่อนไขนั้นจึงจะมีสิทธิใช้มาตรการปกป้องได้⁴² จึงเห็นได้ว่า เงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้องมีความสำคัญในฐานะเป็นกลไกที่จะช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการใช้มาตรการปกป้องไปในทางไม่ชอบธรรมได้ในระดับหนึ่ง

2.3.2 เงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้องภายใต้ GATT 1947

ตามมาตรา 19 วรรค 1 (เอ) ภายใต้ GATT 1947 ได้กำหนด เงื่อนไขการใช้มาตรการปกป้องไว้ ดังนี้⁴³

- (1) มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าอย่างมาก (increased quantities)
- (2) การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าอย่างมกนั้นเกิดจากสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้ (unforeseen developments)
- (3) เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้านั้น โดยความเสียหายนั้นมีสาเหตุจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น (under such conditions as to cause or threaten serious injury to domestic producers)

⁴² Ibid.

⁴³ มาตรา 19 วรรค 1 (a) ภายใต้ GATT 1947 บัญญัติว่า “If, as a result of unforeseen developments and of the effect of obligations incurred by a contracting party under this Agreement, including tariff concessions, any products is being imported into the territory of that contracting party in such increased quantities and under such conditions as to cause or threaten serious injury to domestic producers in that territory of like or directly competitive products, the contracting party shall be free, in respect of such product, and to extent and for such time as may be necessary to prevent or remedy such injury, to suspend the obligation in whole or in part or to withdraw or modify the concession.”

ผู้เขียนจะศึกษาการตีความเงื่อนไขตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT จากคำตัดสินของ คณะทำงาน (Working Party) ในคดี Hatters' Fur Case* ซึ่งมีความเป็นมาดังนี้

หลังจากบทบัญญัติมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 มีผลบังคับใช้ปรากฏว่าในเดือน ตุลาคมปี ค.ศ. 1950 ประเทศสหรัฐอเมริกาประกาศใช้มาตรการปกป้องตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 กับสินค้าประเภทหมวกของสตรี โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำการปรึกษากับประเทศ ภาคี GATT อื่น ๆ ที่มีส่วนได้เสียมากจากการใช้มาตรการปกป้องนี้ ปรากฏว่าในวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 ประเทศเชโกสโลวาเกียได้ทำการคัดค้านว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เข้าเงื่อนไขตาม มาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 ที่จะใช้มาตรการปกป้องได้ ที่ประชุมใหญ่ GATT จึงได้มีมติตั้ง คณะทำงาน (working party) เพื่อพิจารณากรณีที่เกิดขึ้น โดยคณะทำงานได้ตีความเงื่อนไขการใช้ มาตรการปกป้อง มีรายละเอียดดังนี้⁴⁴

2.3.2.1 มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า

เมื่อพิจารณาถึงการประชุมที่ Havana ซึ่งได้มีการถกเถียงเกี่ยวกับการ ตีความหมายมาตรา 40 ของกฎบัตร (เป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับมาตรา 19) โดยในที่ประชุม ดังกล่าวได้มีมติให้แทรกคำว่า “Relatively” ระหว่างคำว่า “Such” กับ “Increased” ซึ่งมีความหมาย ว่า ปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ (Relatively Increased) ถึงแม้ว่าจะไม่ได้เป็นการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นโดยสมบูรณ์ (Absolute Increased)⁴⁵ หลังจากการประชุมที่

* เหตุผลที่ผู้เขียนไม่ทำการศึกษาจากคดี Norway safeguard on certain textile products และคดี US Safeguard on dried figs เพราะ คำตัดสินของทั้งสองคดี ไม่มีประเด็นเกี่ยวกับเงื่อนไข การใช้มาตรการปกป้อง ตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947

⁴⁴ Report on the Withdrawal by the United States of a Tariff Concession Under Article XIX of the General Agreement on Tariffs and Trade, Geneva, October 1951.

⁴⁵ General Agreement on Tariffs and Trade, Analytical Index of the GATT (1985), p.1. อ่างโน นภารัตน์ กรรณรัตน์สูตร. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้แกตต์ และ องค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543, หน้า 16.

Havana คณะทำงาน (Working Party) ได้พิจารณาแก้ไขมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 40 ของกฎบัตร แต่ก็ไม่มีมติที่แน่ชัดเกี่ยวกับการแก้ไขดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คณะทำงานได้เข้าใจและตีความมาตรา 19 วรรค 1 ว่าให้หมายถึง การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ (Relatively Increased)⁴⁶

ในคดี Hatters' Fur Case คณะทำงาน (Working Party) กล่าวว่า จากข้อมูลแสดงให้เห็นว่าปริมาณหมวกสักหลาดของสตรี (women's fur felt hats) และตัวหมวก (hat bodies) ได้นำเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างมาก ในปี ค.ศ. 1948 และ 1949 และช่วง 6 เดือนแรกของปี ค.ศ. 1950 เมื่อเปรียบเทียบกับปี ค.ศ. 1946 และ 1947 ดังนี้

ปี ค.ศ.	1937	1939	1946	1947	1948	1949	1950 ม.ค.- มิ.ย.
ปริมาณ (โหล)	52,493	6,372	36,910	15,984	44,646	120,511	61,827*

และจะเห็นการเพิ่มขึ้นของสินค้าเข้าได้ชัดเจนมากขึ้นถ้าเปรียบเทียบในด้านมูลค่า (the value brackets) ดังนี้

ปี ค.ศ.	1946	1947	1948	1949	1950 ม.ค.- มิ.ย.
มูลค่า (เหรียญสหรัฐ)	14,140	8,251	36,045	106,426	53,097

ดังนั้น คณะทำงานจึงตัดสินใจว่า ปริมาณหมวกสักหลาดของสตรี และตัวหมวกที่นำเข้าสู่สหรัฐอเมริกามีปริมาณเพิ่มขึ้นในปี ค.ศ. 1948 – 1950 (6 เดือนแรก) เมื่อเปรียบเทียบกับปี ค.ศ. 1946-1947

⁴⁶ นภารัตน์ กรรณรัตน์สูตร. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้เกดต์ และองค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา, หน้า 16.

* ปริมาณการนำเข้าตั้งแต่เดือนมกราคมถึงเดือนพฤศจิกายน ปี ค.ศ. 1950 มีปริมาณ 259,032 โหล (ตัวเลขจากสำนักสถิติกระทรวงพาณิชย์ ประเทศสหรัฐอเมริกา)

2.3.2.2 การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดจากสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้

ในคดี Hatters' Fur Case ผู้แทนของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวว่า จากข้อผูกพันที่ประเทศสหรัฐมีต่อ GATT ในการลดภาษีสินค้าประเภทหมวกของสตรีมาอยู่ที่อัตรา 32.3% เมื่ออัตราภาษีลดลง รสนิยมและความชอบในรูปแบบหมวกขนสัตว์ของสตรีก็เปลี่ยนแปลงไป และไม่สามารถคาดเห็นได้ในเวลาที่ประเทศสหรัฐทำข้อผูกพันต่อ GATT ซึ่งผลจากการเปลี่ยนแปลงของรสนิยมและความชอบรูปแบบของหมวก ทำให้มีการนำเข้าสินค้าเพิ่มสูงขึ้นมากกว่า 95% อีกทั้งการเปลี่ยนรสนิยมของผู้บริโภคหันมาชอบในสินค้านวมชนิดพิเศษ (special finishes) มากกว่าหมวกชนิดเรียบ (plain felt hats) ซึ่งต้องใช้แรงงานฝีมือจำนวนมากในการผลิต ได้ก่อให้เกิดปัญหากับผู้ผลิตในประเทศสหรัฐที่ไม่สามารถปรับตัวเข้ากับการเปลี่ยนแปลงของอุปสงค์ในสถานการณ์ที่ต้องแข่งขันกับสินค้านำเข้าอย่างรุนแรงได้

ผู้แทนของประเทศสหรัฐยังกล่าวอีกว่าตอนที่ประเทศสหรัฐทำข้อผูกพันต่อ GATT ประเทศสหรัฐตระหนักดีว่าแฟชั่นของหมวกจะมีการเปลี่ยนแปลง และคาดว่าสินค้านำเข้าจะมีปริมาณเพิ่มขึ้นบ้างแต่ก็ไม่ได้คิดว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะไปไกลถึงยุโรป และไม่คิดว่าความชอบในหมวกชนิดพิเศษ (special finishes) จะเปลี่ยนแปลงในระดับใด ดังนั้น ประเทศสหรัฐจึงเห็นว่าสถานการณ์ดังกล่าวเป็นสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดถึงได้

ด้านตัวแทนของประเทศเชโกสโลวาเกีย กล่าวว่าสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดถึงได้น่าจะหมายถึงการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นหลังจากมีการเจรจาข้อผูกพันทางด้านภาษีไปแล้ว และไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะคาดหมายได้ว่าประเทศผู้ร่วมเจรจาทำข้อผูกพันดังกล่าวจะรู้หรือคาดหมายได้ล่วงหน้าถึงการเปลี่ยนแปลงนั้นในขณะที่มีการเจรจาทำข้อผูกพันกัน สมาชิกในคณะทำงาน (Working party) (ยกเว้นประเทศสหรัฐ) เห็นด้วยกับความคิดนี้ นอกจากนี้ผู้แทนประเทศเชโกสโลวาเกีย ยังได้ยกประเด็นโต้แย้งที่สำคัญ ดังนี้

(ก) เป็นที่รู้กันอยู่โดยสากลว่า แฟชั่นเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ จนอาจกล่าวได้ว่า “การเปลี่ยนแปลงเป็นกฎของแฟชั่น”

(ข) การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ไม่ได้เกิดจากการที่ผู้หญิงในประเทศสหรัฐเปลี่ยนรสนิยมการบริโภค แต่มีสาเหตุหลักมาจากบริษัทผู้ส่งออก รวมถึงผู้ผลิตหมวกสตรีใน

ประเทศสหรัฐมีความตั้งใจผลิตและสร้างสรรค์หมวกรูปแบบใหม่ และสร้างอุปสงค์โดยการโฆษณา และการขายที่ดี

(ค) ในตอนแรกจากการค้ารอบเจนีวาเพื่อทำข้อผูกพันทางภาษีดังกล่าว เป็นที่ทราบกันดีและมีการกล่าวกันในวารสารทางการค้าว่า กำมะหยี่ (velours) กำลังเป็นแฟชั่นที่มาแรงใน ปารีส ซึ่งก็คาดหมายได้เลยว่าแฟชั่นจากปารีสจะต้องแพร่หลายไปยังประเทศอื่น ๆ

(ง) ผู้แทนของประเทศสหรัฐทราบดีอยู่แล้วว่าประเทศเชโกสโลวาเกีย เป็นประเทศที่ได้รับผลประโยชน์จากการเป็นผู้ส่งออกหมวกกำมะหยี่ (velours) และหมวกชนิดพิเศษ (special finishes) มาเป็นเวลานาน และการได้รับลดหย่อนภาษีในสินค้าประเภทดังกล่าวเป็นสิ่งที่ประเทศเชโกสโลวาเกีย ต้องการอยู่แล้ว แต่ประเทศสหรัฐก็ตกลงตามข้อผูกพันทางภาษีนั่น

(จ) มีปัจจัยทางเศรษฐกิจอื่น ๆ ในประเทศสหรัฐ เช่น ประสิทธิภาพการผลิต (productivity) และค่าจ้างแรงงานที่แสดงว่าสูงขึ้น และประเทศสหรัฐก็ทราบว่าทำให้ต้นทุนการผลิตสูงขึ้น

สมาชิกในคณะทำงาน (Working Party) (ยกเว้นประเทศสหรัฐ) เห็นด้วยกับประเทศเชโกสโลวาเกีย ว่าการที่รูปแบบ (styles) ของหมวกเปลี่ยนแปลงไปไม่ใช่ “สถานการณ์ที่ไม่อาจคาดถึงได้” ตามความหมายของมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 แต่จากหลักฐานที่ปรากฏ คณะทำงาน (Working Party) เห็นว่าการเพิ่มขึ้นอย่างมากของหมวกของสตรีที่นำเข้ามายังประเทศสหรัฐตั้งแต่ปี ค.ศ. 1948 มีสาเหตุดังนี้

(ก) การเปลี่ยนแปลงของอุปสงค์จากหมวกชนิดเรียบ (plain felt hats) มาเป็นหมวกชนิดพิเศษ (special finishes) ส่งผลกระทบต่อการผลิตหมวกภายในประเทศสหรัฐ

(ข) ผลจากการที่ค่าจ้างแรงงานในประเทศสหรัฐสูงขึ้น ผู้ผลิตสินค้าในประเทศสหรัฐจึงไม่สามารถผลิตหมวกชนิดพิเศษ (special finishes) แข่งกับผู้ผลิตสินค้านำเข้าจากประเทศอื่น ๆ ได้

(ค) ผลจากความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวทำให้ผู้ผลิตหมวกทั่วโลกส่งออกสินค้าหมวกชนิดพิเศษ (special finishes) มายังประเทศสหรัฐเพิ่มมากขึ้น และจากการที่อัตราภาษีลดลงส่งผลให้ราคาของหมวกชนิดพิเศษที่นำเข้ามาจากต่างประเทศกับราคาของหมวกชนิดเรียบที่ผลิตภายในประเทศสหรัฐมีราคาแตกต่างกัน ซึ่งเป็นการจูงใจให้ผู้ผลิตและผู้บริโภคนิยมผลิตและบริโภคหมวกชนิดพิเศษมากกว่า

ด้วยเหตุผลต่าง ๆ เหล่านี้ คณะทำงาน (Working Party) จึงตัดสินว่าระดับการเปลี่ยนแปลงของแพชันทมวกซึ่งมีผลกระทบต่อการแข่งขัน เป็นสิ่งที่ผู้แทนในการเจรจาข้อผูกพันทางภาษีของประเทศสหรัฐไม่สามารถคาดถึงได้ (unforeseen developments)

2.3.2.3 การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

ตามบทบัญญัติมาตรา 19 ภายใต้ GATT คำว่า “ความเสียหาย” อาจเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว หรือ เป็นการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหาย แต่ต้องเป็นความเสียหายอย่างร้ายแรง (Serious Injury)⁴⁷ อย่างไรก็ตามมาตรา 19 ไม่ได้ให้คำนิยามของความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงไว้ ซึ่งรายละเอียดในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะกล่าวโดยละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป

2.3.3 เงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO

เงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้อง ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO มีดังนี้⁴⁸

⁴⁷ นพาร์ตัน กรรณรัตนสูตร. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้แกตต์ และองค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา, หน้า 18.

⁴⁸ มาตรา 2.1 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง บัญญัติว่า “A Members may apply a safeguard measure to a product only if that Member has determined, pursuant to the provisions set out below, that such product is being imported into its territory in such increased quantities, absolute or relative to domestic production, and under such conditions as to cause or threaten to cause serious injury to the domestic industry that produces like or directly competitive products.”

2.3.3.1. มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า

จากคำตัดสินของ Panel และ AB ในคดีเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้อง ได้ให้แนวทางเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าไว้ ดังนี้

Panel ในคดี Argentina – Footwear กล่าวว่า ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องกำหนดว่า จะต้องมียอดสินค้านำเข้า “ในปริมาณที่เพิ่มขึ้น” (...such increased quantities) ทั้งในเชิงปริมาณที่แท้จริง (absolute) และโดยเปรียบเทียบกับสินค้าภายในประเทศ (relative to domestic production) ดังนั้น การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า จึงหมายถึงการเพิ่มขึ้นทางด้าน “ปริมาณ” ของสินค้านำเข้า⁴⁹

ในคดี Argentina – Footwear ประเทศอาร์เจนตินาพิจารณาการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าโดยใช้ปฏิธาน 5 ปี (rule of thumb) คือ ดูปริมาณสินค้านำเข้าย้อนหลัง 5 ปี ซึ่ง Panel เห็นว่าการพิจารณาการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าของประเทศอาร์เจนตินาด้วยวิธีการดังกล่าว มีความชอบด้วยเหตุผลแล้ว⁵⁰ แต่ AB มีความเห็นว่า มาตรา 19(1) และมาตรา 2.1 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ใช้คำว่า “สินค้านำเข้าที่กำลังนำเข้ามา” (is being import) ดังนั้นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องพิจารณาสินค้านำเข้าเมื่อไม่นานมานี้ (recent imports) โดยการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าต้องเกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว (sudden enough) ในปริมาณที่สูงขึ้น (sharp enough) อย่างมาก (significant enough) ทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามที่จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้ มิใช่เป็นการพิจารณาแค่ตัวเลขว่าเพิ่มขึ้นหรือไม่ในระยะเวลา 5 ปี หรือก็ปีก็ตาม⁵¹

จะเห็นได้ว่าลักษณะการเพิ่มขึ้นดังกล่าวมีความสอดคล้องกับการเกิดสถานการณ์ “ฉุกเฉิน” (emergency) ในประเทศผู้นำเข้า⁵² ถ้าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นมา

⁴⁹ WTO Document, Panel Report on Argentina – Footwear, para. 8.152.

⁵⁰ WTO Document, AB Report on Argentina – Footwear, para. 130.

⁵¹ Ibid., paras.130-131.

⁵² WTO Documents, Appellate Body Report on Korea – Dairy, para. 86 ; Appellate Body Report on Argentina – Footwear, para. 93.

นานแล้ว อาจสงสัยได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมีสาเหตุมาจากปัญหาด้านโครงสร้างของอุตสาหกรรม มันจึงไม่ใช่สถานการณ์ที่เกิดอย่างฉุกฉิน และไม่สมควรจะใช้มาตรการปกป้องได้⁵³ ในทางตรงกันข้าม ถ้าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าหยุดเพิ่มขึ้นก่อนจะมีการเริ่มต้นการไต่สวนการใช้มาตรการปกป้อง นั่นหมายถึง สถานการณ์ฉุกฉินได้หายไปแล้วจึงไม่สมควรที่จะใช้มาตรการปกป้องอีกต่อไป⁵⁴

Panel ในคดี Argentina – Footwear มีความเห็นว่า ในการพิจารณาว่ามีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าตามมาตรา 2.1 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องหรือไม่ จะเห็นว่าตามมาตรา 4.2 (เอ) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง กำหนดให้ต้องประเมิน “อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า” ดังนั้น Panel จึงเห็นว่า คำว่า “อัตรา” (rate) แสดงถึงระดับความเร็วและทิศทาง (speed and direction) ของสินค้านำเข้า ซึ่งจะทราบได้ก็ต่อเมื่อต้องพิจารณาแนวโน้มทั้งหมดที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่ไต่สวน⁵⁵

ซึ่ง AB ก็เห็นเช่นกันว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องพิจารณา “แนวโน้ม” (trends) การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ตลอดช่วงเวลาของปีฐานที่ใช้ในการไต่สวน มิใช่เพียงแค่พิจารณาเปรียบเทียบจากปีฐานที่เริ่มต้นกับปีฐานสุดท้าย (ที่เรียกว่า “end point” of the period) เท่านั้น⁵⁶ เพราะการพิจารณาโดยใช้วิธีเปรียบเทียบปีฐานแรกกับปีฐานสุดท้ายมีจุดอ่อน ตัวอย่างเช่น สมมติว่า สถิติการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าจากปี ค.ศ. 1991 – 1996 มีดังนี้

ปี ค.ศ.	ปริมาณ (หน่วยเป็นล้าน)
1991	8.86
1992	16.63
1993	21.78
1994	19.84
1995	15.07
1996	13.47

⁵³WTO Document, Panel Report on Argentina – Footwear, para. 8.162.

⁵⁴UNCTAD, Safeguard Measure, Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property (2003) : p.14.

⁵⁵WTO Document, Panel Report on Argentina – Footwear, para. 8.159.

⁵⁶Ibid., para. 126.

สถิติข้างต้นแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าที่มีทั้งเพิ่มขึ้นและลดลง ถ้าพิจารณาโดยใช้วิธีดูจากปีฐานปีแรกเปรียบเทียบกับปีสุดท้าย ในที่นี้คือ ปี ค.ศ. 1991 เทียบกับปี ค.ศ. 1996 จะพบว่าสินค้านำเข้ามีปริมาณเพิ่มมากขึ้น คือจาก 8.86 เป็น 13.47 แต่ถ้าพิจารณาให้ดีจะพบว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นในปี 1991, 1992 และ 1993 เท่านั้น หลังจากนั้นในปี 1994, 1995 และ 1996 สินค้านำเข้ามีปริมาณลดลงตลอด

ดังนั้น การเลือกปีฐาน (base year) ในการพิจารณาว่ามีการนำเข้าสินค้าเพิ่มขึ้นหรือไม่จะเป็นปัจจัยสำคัญที่จะตัดสินว่าสินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นหรือลดลง ถ้าเราใช้การพิจารณาโดยเทียบจากปีฐานที่เริ่มต้นกับปีสุดท้ายของการไต่สวน ในกรณีนี้ถ้าเลือกปี ค.ศ. 1992 เป็นปีฐานผลการพิจารณาจะได้ว่ามีการลดลงของสินค้านำเข้า ($16.63 > 13.47$) ดังนั้น จึงต้องเลือกปี 1991 เป็นปีฐานเท่านั้นจึงจะตัดสินได้ว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า⁵⁷

ในคดี US – Wheat Gluten Panel ก็ให้แนวทางอย่างเดียวกับคดี Argentina - Footwear โดยตัดสินว่า มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าที่เกิดเมื่อไม่นานมานี้ อย่างรวดเร็วและเพิ่มสูงขึ้นมาก (recent, sudden and sharp)⁵⁸

2.3.3.2 การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดจากสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้

สิ่งหนึ่งที่สังเกตได้จากการพิจารณาเงื่อนไขการใช้มาตรการปกป้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง มาตรา 2.1 จะเห็นว่า ไม่ปรากฏเงื่อนไขเรื่อง สถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้ (unforeseen development) จึงเกิดคำถามว่า สถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้ ยังคงเป็นเงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้องอยู่หรือไม่

⁵⁷ WTO Document, Panel Report on Argentina – Footwear, para. 8.154.

⁵⁸ WTO Document, Panel Report on US – Wheat Gluten, para. 8.32.

ในประเด็นนี้ Panel ในคดี Argentina – Footwear และ คดี Korea – Dairy Products ได้กล่าวว่า การใช้มาตรการปกป้องหลังจากความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องมีผลใช้บังคับ ประเทศสมาชิกต้องใช้มาตรการปกป้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 19 ของ GATT 1994 ด้วย⁵⁹

ต่อมา AB ในคดี Korea – Dairy Products กล่าวว่า ความสัมพันธ์ระหว่าง มาตรา 19 ภายใต้ GATT 1994 กับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง พิจารณาได้จาก มาตรา 1 และมาตรา 11.1(เอ) ดังนี้⁶⁰

“ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง มาตรา 1 กล่าวว่า วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง คือ การสร้างกฎเกณฑ์ในการใช้มาตรการปกป้อง ซึ่งกฎเกณฑ์ของมาตรการปกป้อง ก็คือ มาตรา 19 ภายใต้ GATT 1994 ส่วนมาตรา 11.1 (เอ) กำหนดไว้ตอนหนึ่งว่า “ประเทศสมาชิกก็ไม่ต้องไม่ดำเนินการใดๆ...เว้นแต่การดำเนินการนั้นจะสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 19 ของความตกลงแกตต์ และความตกลงนี้”

ดังนั้น การใช้มาตรการปกป้องของประเทศสมาชิก หลังความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องมีผลใช้บังคับ จะต้องสอดคล้องทั้งกับบทบัญญัติมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1994 และความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO

นั่นหมายความว่า ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ก่อนจะใช้มาตรการปกป้อง ประเทศสมาชิกยังคงต้องพิจารณาว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดจากสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้หรือไม่ คือ ต้องเข้าเงื่อนไขเช่นเดียวกับมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 จึงจะใช้มาตรการปกป้องๆได้

⁵⁹ WTO Documents, Panel Report on Argentina – Footwear, para.8.58.; Panel Report on Korea – Dairy Products, para. 7.48.

⁶⁰ WTO Document, AB Report on Korea – Dairy Products, paras. 76-77.

2.3.3.3 การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

หลังจากความบกพร่องของมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 ที่มีได้ให้นิยามความเสียหายอย่างร้ายแรง และการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงไว้ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ แต่หลังจากการเจรจาอนุสัญญา และเกิดความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ขึ้น ความตกลงได้ให้นิยามความเสียหายอย่างร้ายแรง และการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงไว้ และยังกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงอีกด้วย นอกจากนี้ยังกำหนดว่าความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต้องมีสาเหตุจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าด้วย

รายละเอียดในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะขอทำการศึกษาอย่างละเอียดในบทที่ 3 ว่าด้วยเรื่องการศึกษาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องต่อไป

บทที่ 3

การพิจารณาความเสียหาย ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO

จากการศึกษาในบทที่ 2 ทำให้ทราบว่า ก่อนที่ประเทศผู้นำเข้าจะใช้มาตรการปกป้องได้ ต้องทำการพิจารณาเสียก่อนว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า การพิจารณาความเสียหาย ในบทที่ 3 นี้ ผู้เขียนจะศึกษาการพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO โดยศึกษาจากคำตัดสินขององค์กรระงับข้อพิพาท ในคดีเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้อง

อย่างไรก็ตาม ก่อนที่ผู้เขียนจะทำการศึกษาการพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ผู้เขียนจะนำเสนอ การพิจารณาความเสียหายตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 เสียก่อน ว่ามีหลักเกณฑ์อย่างไร และมีประเด็นปัญหาอย่างไร จึงนำมาสู่การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหาย ในการจัดทำความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง เพื่อจะได้รับทราบ และเข้าใจที่มาของบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องได้อย่างชัดเจนมากขึ้น

3.1 การพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947

ตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 ไม่ได้กำหนดรายละเอียดของการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องไว้ กล่าวแต่เพียงว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าต้องก่อให้เกิดความเสียหายหรือการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า

ดังนั้น ในการศึกษาการพิจารณาความเสียหายตามมาตรา 19 ผู้เขียนจะทำการศึกษาจากคำตัดสินของคณะทำงานในคดี Hatters' Fur¹ ซึ่งได้กล่าวถึงความเป็นมาของคดีไว้ในบทที่ 2 แล้ว รายละเอียดการพิจารณาความเสียหายในคดี Hatters' Fur มีดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้พิจารณาความเสียหาย ดังนี้

- ความต้องการหมวกขนสัตว์ของสตรี เมื่อเปรียบเทียบเป็นเปอร์เซ็นต์ปริมาณความต้องการหมวกก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 อยู่ที่ 4.5% แต่หลังจากเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1947 ปริมาณความต้องการอยู่ที่ 3.2% ต่อมาในปี ค.ศ. 1949 ปริมาณความต้องการเพิ่มขึ้นกว่า 17% และในช่วงครึ่งปีแรกของปี ค.ศ. 1950 เพิ่มขึ้นมากกว่า 23%

อย่างไรก็ตาม ปริมาณความต้องการหมวกสตรีภายในประเทศสหรัฐอเมริกา หลังสงครามยังอยู่ในระดับต่ำกว่าช่วงก่อนสงครามโลก โดยก่อนเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ปริมาณการผลิตอยู่ที่ระดับ 900,000 – 1,000,000 โหล แต่หลังจากเกิดสงครามอยู่ที่ระดับ 500,000 – 600,000 โหล

- ปริมาณการนำเข้าหมวก ในปี ค.ศ. 1947 ปริมาณการนำเข้าและการผลิตหมวกของสตรีภายในประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ในระดับที่ต่ำมาก แต่ในปี ค.ศ. 1949 จนถึงช่วง 6 เดือนแรกของปี ค.ศ. 1950 ปริมาณการนำเข้าและปริมาณความต้องการหมวกของสตรีได้เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง

- การผลิตหมวกภายในประเทศสหรัฐ ในขณะที่การผลิตหมวกของสตรีภายในประเทศสหรัฐลดน้อยลง ดังนี้

¹ Report on the Withdrawal by the United States of a Tariff Concession Under Article XIX of the General Agreement on Tariffs and Trade, Geneva, October 1951.

ปี ค.ศ.	1948	1949	1950
ปริมาณ (โหล)	629,235	565,768	203,235*
เปอร์เซ็นต์การลดลงเมื่อเปรียบเทียบกับตัวเลขในปี ค.ศ. 1948		10%	18%**

- ความต้องการของผู้บริโภคเปลี่ยนแปลง ผู้แทนของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวต่อไปว่ามีการเปลี่ยนแปลงความต้องการบริโภคสินค้าตัวหมวก (hat bodies) ไปเป็นหมวกชนิดพิเศษ (special finishes) คือ ในปี ค.ศ. 1949 มากกว่า 20% ในปี ค.ศ. 1950 (6 เดือนแรก) มากกว่า 30% จะเห็นได้ว่าหมวกชนิดพิเศษ (special finishes) ที่นำเข้าจากต่างประเทศได้เข้ามาแทนที่หมวกชนิดเรียบซึ่งผลิตโดยผู้ผลิตภายในประเทศ และจากการไต่สวนของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐ (USITC) แสดงให้เห็นว่าผู้ผลิตหมวกของสตรีจำนวน 10 – 14 ราย ไม่สามารถผลิตหมวกชนิดพิเศษ (special finishes) ในราคาที่จะสามารถแข่งขันกับสินค้านำเข้าได้

- การจ้างแรงงาน ส่วนผลกระทบต่อการจ้างแรงงานตัวเลขแสดงให้เห็นว่าปริมาณคนงานในบริษัทผลิตหมวกในระหว่างปี ค.ศ. 1947 – 1949 ลดลงและลดลงอย่างมากในปี ค.ศ. 1948 – 1949 ดังนี้

* ตัวเลขล่าสุดที่ใช้ในการไต่สวนมีปริมาณการผลิตโดยรวมตั้งแต่เดือนมกราคม – มิถุนายน ปี ค.ศ. 1950 อยู่ที่ 607,265 โหล

** ปริมาณการผลิตภายในประเทศตั้งแต่เดือนมกราคม – มิถุนายน ปี ค.ศ. 1948 อยู่ที่ 247,865 โหล

ปี ค.ศ.	1947	1948	1949
อัตราเฉลี่ยของจำนวน คนงาน	4,383	4,349	3,717
เปอร์เซ็นต์ที่ลดลงเมื่อ เปรียบเทียบกับปี ค.ศ. 1947		1%	15%

จากหลักฐานข้อมูลดังกล่าว คณะกรรมการสิทธิการของสหรัฐ (USITC) มีความเห็นว่าเป็นที่
จากข้อมูลแสดงว่าการผลิตหมวกของสตรีในปี ค.ศ.1949 และ ปี ค.ศ.1950 (6 เดือนแรก) ลดลง
และการจ้างแรงงานลดลง มีสาเหตุมาจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น

ประเทศเชโกสโลวาเกีย ได้โต้แย้งว่า ประเทศสหรัฐไม่มีหลักฐานข้อมูลที่
สนับสนุนว่า ในช่วงปี ค.ศ. 1947 – 1950 ได้เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหาย
อย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐ ดังนี้

- การจ้างแรงงาน มีข้อโต้แย้งดังนี้

(ก) สถิติที่แสดงถึงความเปลี่ยนแปลงของอัตราจ้างแรงงานในอุตสาหกรรม
ผลิตหมวกขนสัตว์ภายในประเทศยังไม่เป็นที่สรุปได้

(ข) การไต่สวนของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐที่แสดงให้เห็น
เห็นว่าการจ้างแรงงานลดลงในปี ค.ศ. 1948 และลดลงมากขึ้นในปี ค.ศ. 1949 เป็นการเอาสาเหตุ
อื่นนอกเหนือจากการนำเข้าสินค้าเพิ่มขึ้นมาพิจารณาด้วย ทั้ง ๆ ที่ไม่มีหลักฐานใด ๆ ที่จะ
สนับสนุนว่าการนำเข้าสินค้าเพิ่มขึ้นมีผลกระทบต่อการทำงาน

(ค) การพิจารณาว่าการจ้างแรงงานที่ลดลงมีสาเหตุจากการนำเข้าสินค้าที่
เพิ่มขึ้นหรือไม่ จะต้องพิจารณาเปรียบเทียบการลดลงของการจ้างแรงงานในอุตสาหกรรมผลิต
หมวกกับอุตสาหกรรมที่ไม่ได้ผลิตหมวก แต่ประเทศสหรัฐก็ไม่ได้พิจารณาในแง่

(ง) จากสถิติตัวเลขการจ้างแรงงาน แสดงว่าการจ้างแรงงานในช่วง 6 เดือนแรกของปี ค.ศ. 1950 มีแนวโน้มเพิ่มขึ้น ซึ่งมีสาเหตุจากการผลิตตัวหมวกชนิดพิเศษ (hat bodies with special finishes) ภายในประเทศเพิ่มมากขึ้นด้วย

จากข้อมูลข้างต้นเมื่อรวมกับข้อเท็จจริงว่าอัตราค่าจ้างแรงงานในอุตสาหกรรมผลิตหมวกขนสัตว์ในประเทศสหรัฐไม่ได้รับผลกระทบจึงไม่อาจกล่าวได้ว่า การนำเข้าสินค้าเพิ่มขึ้นได้ก่อให้เกิดหรือคุกคามว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อการจ้างแรงงาน

- การผลิตหมวกชนิดพิเศษในประเทศสหรัฐ ผู้แทนประเทศเชโกสโลวาเกีย กล่าวต่อไปว่า การนำเข้าหมวกชนิดพิเศษ (special finishes) เพิ่มมากขึ้นไม่ได้ก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐ ในทางตรงกันข้ามการเปลี่ยนแปลงของแฟชั่นและความต้องการบริโภคหมวกชนิดพิเศษที่เพิ่มมากขึ้น ได้สร้างโอกาสให้แก่ผู้ผลิตภายในประเทศในการริเริ่มและขยายการผลิตสินค้าชนิดนี้อย่างรวดเร็วขึ้น เห็นได้จากในปี ค.ศ. 1947 ไม่มีการผลิตหมวกชนิดพิเศษในประเทศสหรัฐ แต่ในปี ค.ศ. 1948 ผู้ผลิตในประเทศสหรัฐเริ่มทำการผลิตหมวกชนิดพิเศษเพราะได้รับอิทธิพลของการขยายตลาดดังข้อมูลต่อไปนี้

ปีค.ศ.	ปริมาณการผลิตภายในประเทศสหรัฐอเมริกา	ปริมาณการผลิตที่เพิ่มขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับปีก่อน ๆ	ดัชนีการผลิตภายในประเทศเปรียบเทียบกับปี ค.ศ. 1948
1947	0	-	-
1948	15	-	-
1949	25	66%	166
1950	100	400%	666

(หมายเหตุ : ตัวเลขทั้งหมดนี้ผู้แทนประเทศเชโกสโลวาเกียได้รับมาจากแหล่งข้อมูลของประเทศสหรัฐอเมริกา)

- ปริมาณการผลิตภายในประเทศสหรัฐอเมริกามากกว่าการนำเข้า นอกจากนี้เมื่อเปรียบเทียบระหว่างอัตราการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นกับอัตราการผลิตหมวดชนิดพิเศษภายในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เพิ่มขึ้น แสดงให้เห็นว่าปริมาณการผลิตภายในประเทศสหรัฐอเมริกามีสัดส่วนมากกว่าปริมาณการนำเข้า เห็นได้จาก

ปี ค.ศ.	ดัชนีการนำเข้า	ดัชนีการผลิตภายในประเทศสหรัฐอเมริกา
1948	100	100
1949	269	166
1950	580	666

- การผลิตหมวดภายในประเทศสหรัฐทั้งหมด ส่วนเหตุที่การผลิตหมวดชนิดเรียบ (plain hat bodies) ภายในประเทศสหรัฐลดลงเพราะผู้ผลิตภายในประเทศสหรัฐเปลี่ยนมาผลิตหมวดชนิดพิเศษ และกำลังความสามารถในการผลิต (productive capacity) ก็ถูกนำไปใช้ในการผลิตหมวดก่ามะหยี่ แต่การผลิตหมวดสตรีภายในประเทศสหรัฐทั้งหมดไม่ได้ลดลง เห็นได้จากข้อมูล ดังนี้

ปี ค.ศ.	การผลิตภายในประเทศ (พันโหล)	การเพิ่มขึ้นเมื่อเทียบกับปีก่อนหน้า	ดัชนีเปรียบเทียบกับปี ค.ศ 1947
1947	487	-	100
1948	629	+29%	129
1949	566	-10%	116
1950	650	+15%	133

จากหลักฐานข้อมูลทั้งหมด ผู้แทนประเทศเชโกสโลวาเกีย เห็นว่า การกระทำของประเทศสหรัฐมิใช่การปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศจากการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง แต่เป็นการปกป้องความพยายามของอุตสาหกรรมภายในประเทศที่จะยึดครองและ

ผูกขาดตลาดใหม่ด้วยการตัดโอกาสสินค้าจากประเทศผู้นำเข้า และทำกำไรให้กับประเทศตนเอง ประเทศเซเชลโกซ เห็นว่าการใช้มาตรการปกป้องตามมาตรา 19 ในลักษณะนี้เป็นการไม่ถูกต้องชอบธรรม

คณะทำงาน (Working Party) เมื่อคณะทำงานพิจารณาหลักฐานของทั้ง 2 ประเทศแล้ว มีความเห็นดังนี้

(ก) สถิติที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างสินค้านำเข้าและการผลิตสินค้าภายในประเทศขึ้นไปจนถึงช่วงกลางปี 1950 แสดงให้เห็นถึงการที่สินค้านำเข้ามีปริมาณเพิ่มขึ้นอย่างมากและรวดเร็ว ในขณะที่การผลิตภายในประเทศลดลงและคงที่ จากสถิติดังกล่าวจึงเป็นหลักฐานว่าเกิดการคุกคามที่จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมของประเทศสหรัฐ

(ข) ในรายงานของคณะกรรมการภาษี (Tariff Commission) ได้กล่าวไว้ว่าการนำเข้าหมวดชนิดพิเศษจะต้องมีผลกระทบต่อการผลิตหมวดชนิดเรียบภายในประเทศ โดยเฉพาะหมวดที่มีราคาสูงกว่า และสินค้านำเข้ายังไปจำกัดการขยายตลาดการผลิตหมวดชนิดพิเศษของผู้ผลิตภายในประเทศอย่างรุนแรงอีกด้วย

(ค) อาจจะกล่าวได้ว่าการถอนข้อผูกพันทางภาษี เพื่อสนับสนุนการพัฒนาการผลิตภายในประเทศในการผลิตสินค้าชนิดใหม่ ซึ่งผู้ผลิตทั่วโลกได้ทำการเปิดตลาด เป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ภายใต้มาตรา 19 ได้ ถ้าสินค้านำเข้าชนิดใหม่ได้เข้ามาแทนที่สินค้าดั้งเดิมภายในประเทศ (customary domestic product) จากสถิติตั้งแต่กลางปี 1950 ขึ้นไปแสดงให้เห็นว่า หมวดก้ำมะหยี่และหมวดชนิดพิเศษที่นำเข้ามาได้เข้ามาแทนที่หมวดชนิดเรียบที่ผลิตภายในประเทศในระดับมาก (material degree)

(ง) เรื่องการจ้างงานและการว่างงาน ไม่มีสถิติที่สรุปได้

โดยสรุปแล้ว จากหลักฐานอ้างอิงทั้งหมด คณะทำงาน (Working party) ตัดสินว่าสินค้านำเข้าก่อให้เกิดหรือคุกคามที่จะเกิดผลเสียหายกับผู้ผลิตหมวดสตรีของประเทศสหรัฐ ไม่ว่าจะระดับของความเสียหายจะถึงขนาดเป็น “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” หรือไม่ ประเทศสหรัฐไม่ได้มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าระดับความเสียหายอยู่ในขั้นร้ายแรง เนื่องจากประเด็นพิพาทอยู่ที่

ประเทศสหรัฐอเมริกาจะทำละเมิดตาม มาตรา 19 หรือไม่ ประเทศสหรัฐจึงได้ประโยชน์จากข้อสงสัยดังกล่าวอีกทั้ง ไม่มีข้อเท็จจริงใดที่แสดงว่าไม่เกิดความเสียหายแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศ ข้อเท็จจริงแสดงว่าสินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นและระดับของความเสียหายอาจเป็นความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง จึงสรุปได้ว่าประเทศเช็กโกสโลวาเกียไม่สามารถจะพิสูจน์ได้ว่าไม่มีความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามที่จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงกับอุตสาหกรรมภายในของประเทศสหรัฐ

จากการศึกษาการตีความหลักเกณฑ์การพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT ของคณะทำงาน (Working party) ในคดี Hatters' Fur จะเห็นว่า ตามที่มาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 ได้กำหนดไว้เพียงว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ตามบทบัญญัติดังกล่าวได้ก่อให้เกิดปัญหาการตีความว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงคืออะไร และจะพิจารณาว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้อย่างไร²

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแล้วจะเห็นว่า มีความตั้งใจจะบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ทั้งที่ตอนทำการร่างบทบัญญัติสามารถจะร่างบทบัญญัติให้มีความเฉพาะเจาะจงกว่านี้ได้ โดยอาจจะใส่ปัจจัย (factors) ในการพิจารณาความเสียหาย เช่น กำไร ขาดทุน การว่างงาน หรือ การล้มละลาย แต่ผู้ร่างก็เลือกที่จะไม่กำหนดนิยามความเสียหายให้เฉพาะเจาะจง³ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ผู้ร่างบทบัญญัติอาจไม่ต้องการจะจำกัดคำนิยามความเสียหายอย่างร้ายแรงจนเกินไป จึงไม่ได้ให้คำนิยามไว้ และต้องการเปิดโอกาสให้นำปัจจัยที่มีความหลากหลายมาใช้ในการวิเคราะห์ว่าเกิดความเสียหายหรือไม่ได้

² Alan O. Sykes, The safeguard mess : a critique of WTO jurisprudence, *World Trade Review*2(2003): 265.

³ Ibid.

เมื่อ GATT ไม่ได้ให้คำนิยามคำว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” ไว้ จึงปล่อยให้ประเทศภาคีต้องตีความกันเองตามที่เห็นสมควร⁴ และเมื่อประเทศผู้นำเข้าพิจารณาความเสียหายแล้ว พบว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ประเทศผู้นำเข้าจะได้รับการยกประโยชน์แห่งข้อสงสัย ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องตามมาตรา 19⁵ หมายความว่า ประเทศผู้ส่งออกที่ถูกกล่าวหาว่าสินค้าของตนมีปริมาณเพิ่มขึ้นสูงจนเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมของประเทศนำเข้านั้นต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ว่า ไม่ได้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงกับอุตสาหกรรมภายในประเทศผู้นำเข้า ดังเช่นในคดี Hatters’ Fur Case เมื่อเซคโกลโลวาเกียไม่สามารถที่จะแสดงได้ว่าไม่มีความเสียหาย จึงถือว่ามี ความเสียหายอย่างร้ายแรงตามที่ประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นของคณะทำงานนี้เป็นที่ถกเถียงกันมากเพราะเป็นการขยายความหมายของ “ความเสียหาย” ออกไป ทำให้ผู้อ้างการใช้มาตรา 19 สามารถใช้มาตรา 19 ได้ครอบคลุมสถานการณ์ได้อีกหลายประการ⁶ นอกจากนี้ ความเห็นของคณะทำงานยังเป็นการกลับหลักการทั่วไปของกฎหมายที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้างผู้หนึ่งนำสืบ” ซึ่งประเทศที่อ้างจะใช้มาตรา 19 ควรเป็นผู้มีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศตนได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้อย่างไร⁷

⁴ Alan O. Sykes, GATT Safeguards Reforms : The Injury Test. In Robert Howse (ed.), The World Trading System : Critical Perspectives on The World Economy. Vol.3, pp.396-413. London : Routledge, 1997, p. 396.

⁵ GATT Contracting Parties, Report on the Withdrawal by the United States of a Tariff Concession Under Article 19 of the GATT (Geneva : GATT, 1951), p. 23.

⁶ John H. Jackson, World Trade and the Law of GATT (St. Paul, Minn : West Publishing, 1969) p. 563.

⁷ ดร. สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ : การควบคุมการค้าระหว่างประเทศโดยรัฐ (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 102.

GATT ไม่ได้กำหนด ปัจจัยทางเศรษฐกิจ (factors) ที่จะชี้ว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงไว้ แต่ปัจจัยที่ประเทศภาคีใช้ในการพิจารณาความเสียหาย ได้แก่ ราคาสินค้า, กำไร, ผลผลิต, การจ้างงาน, ความสามารถ (capacity), กำลังการผลิตที่ใช้จริง (Capacity Utilization) และอื่นๆ⁸ จึงเห็นได้ว่า มาตรา 19 ของ GATT 1947 ได้วางหลักการในการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงไว้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น⁹

แม้จะพบว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่สามารถใช้มาตรการปกป้องได้ จะต้องพิจารณาอีกว่า ความเสียหายนั้นมีสาเหตุมาจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าหรือไม่ การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหาย หมายถึง สินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นในปริมาณที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้¹⁰

จะเห็นว่า ในคดี Hatters' Fur Case ถ้าปรากฏว่า ความเสียหายเกิดขึ้นในขณะที่เดียวกับมีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า คณะทำงานก็ตัดสินได้ว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง¹¹ หรือในประเทศสหรัฐอเมริกา ก็เช่นกัน ถ้าปรากฏว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นในขณะที่เดียวกับความเสียหาย ก็สามารถใช้บทยกเว้นได้ เพื่อบรรเทาความเสียหายตามกฎหมายของประเทศสหรัฐ¹² ซึ่งตามความจริงแล้ว การที่ความเสียหาย

⁸ 19 U.S.C. Section 2252(c)

⁹ Alan O. Sykes, *GATT Safeguards Reforms : The Injury Test*, p.396.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Kenneth W. Dam. *The GATT* (Chicago : University of Chicago Press, 1970), p.102. In Alan O. Sykes, *GATT Safeguards Reforms : The Injury Test*, p.397.

¹² USITC, *Wood Shakes and Shingles from Canada* (Washington, D.C. 1984), pp. 13-14. ; USTIC, *Carbon and certain Alloy Steel Products* (Washington, D.C. 1986), p. 69. In Alan O. Sykes, *GATT Safeguards Reforms : The Injury Test*, p.397.

เกิดขึ้นสอดคล้องพร้อมกัน มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าไม่ได้แสดงว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแต่อย่างใด

3.2 ความเป็นมาของบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายในการเจรจาการค้าหลายฝ่ายเพื่อจัดทำความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

วัตถุประสงค์ของการเจรจาการค้ารอบโตเกียวในเรื่องมาตรการปกป้อง คือ ประเทศภาคีต้องการทำให้บทบัญญัติมาตรา 19 มีความชัดเจนมากขึ้น เพราะมาตรา 19 เดิมมีความคลุมเครือ ทำให้มีการตีความกันได้ตามอำเภอใจ และทำให้ประเทศภาคีใช้มาตรา 19 กันคนละแนวทาง¹³

การเจรจาการค้ารอบโตเกียว ในเรื่องบรรทัดฐานความเสียหาย มีความคิดเห็นแตกต่างกันอย่างมาก โดยเฉพาะระหว่างประเทศกำลังพัฒนากับประเทศพัฒนาแล้ว¹⁴ ประเทศกำลังพัฒนาต้องการให้บรรทัดฐานในการพิจารณาความเสียหายมีความยากต่อการที่ประเทศพัฒนาแล้วจะใช้ โดยเห็นว่าความเสียหายอย่างร้ายแรงต้องอยู่บนตัวชี้วัดทางเศรษฐกิจ (economic indicators) เช่น การผลิต การขาย กำลังการผลิตที่ใช้จริง การจ้างแรงงาน ผลตอบแทนจากการลงทุน หนี้ และสินค้าคงคลัง เป็นต้น เหล่านี้จะเป็นตัวชี้วัดสถานะของภาคอุตสาหกรรม ทั้งหมด¹⁵ แต่ประเทศพัฒนาแล้วอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา และประชาคม

¹³ Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992) Volume II : Commentary (Deventer : Kluwer Law and Taxation, 1993), p.1745.

¹⁴ Group 3 (d) – Safeguards : Report to the Trade Negotiations Committee, GATT Doc. No. MTN/13(Oct.28,1974), p.3. Cited in Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992) Volume II : Commentary (Deventer : Kluwer Law and Taxation, 1993), p.1750.

¹⁵ Safeguards (Circulated at the request of certain developing countries), GATT Doc. No. MTN/INF/17(Feb.6,1978) p. 2. Cited in Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992) Volume II : Commentary, p.1751.

ยุโรป ไม่เห็นด้วยกับความคิดดังกล่าว ที่จะให้บรรพตฐานการพิจารณาความเสียหายมีความเข้มงวด

ร่างบทบัญญัติที่มีการพิจารณากันในการเจรจาเมื่อเดือนธันวาคม ปี 1978 กล่าวว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรง จะพิจารณาได้จาก “ปัจจัยที่เป็นภาวะวิสัย” (objective factor) เช่น ผลผลิต อัตราการเดินสะพัด รายได้ สินค้าคงคลัง ส่วนแบ่งการตลาด กำไร การจ้างแรงงาน ภายในประเทศและค่าจ้าง กำลังการผลิตที่ใช้จริง ประสิทธิภาพการผลิต การลงทุน และขนาดของตลาด¹⁶

แต่ท้ายที่สุด ในการเจรจารอบโตเกียวกลุ่มการเจรจาว่าด้วยมาตรการปกป้อง ก็ไม่ได้ข้อสรุปออกมาแต่อย่างใด¹⁷ ดังนั้น ปลายปี 1979 ผู้อำนวยการใหญ่ (the Director – General) ได้จัดทำรายงานเกี่ยวกับความยากลำบากในการเจรจาจัดทำร่างความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง โดยระบุถึงประเด็นที่มีปัญหาในการเจรจา ซึ่งหนึ่งในนั้นคือ เรื่องการนิยามความหมายของ “ความเสียหายอย่างร้ายแรง”¹⁸

ในช่วงท้ายการเจรจารอบโตเกียว ประเทศภาคีได้ตัดสินใจว่า จะดำเนินการเจรจาในเรื่องมาตรการปกป้องต่อไปภายหลังจากจบการเจรจารอบโตเกียวแล้ว และในปฏิญญารัฐมนตรี ปี 1982 มีการกล่าวถึงประเด็นที่จะต้องปรากฏอยู่ในความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ซึ่งหนึ่ง

¹⁶ Draft Integrated Text on Safeguards, GATT Doc. No. MTN/SG/W/45 (Dec.11,1978), p.6. Cited in Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992) Volume II : Commentary, p.1751.

¹⁷ See Draft Integrated Text on Safeguards, GATT Doc. No. MTN/SG/W/39 (June 22, 1978) Cited in Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992) Volume II : Commentary, p. 1752.

¹⁸ Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992) Volume II : Commentary, p. 1752.

ในนั้นคือ เรื่องบรรทัดฐานที่เป็นภาวะวิสัยในการพิจารณาความเสียหายและคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง¹⁹

ในการเจรจาอนุกรมวิสัย ผู้ร่วมเจรจาเห็นว่า ตามที่มาตรา 19 ได้กำหนดเงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้องว่า ให้ประเทศภาคีต้องทำการพิสูจน์ความเสียหายก่อน (serious injury test) กลุ่มผู้เจรจาเรื่องมาตรการปกป้องได้ยกประเด็นเรื่อง การนิยามคำว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” ให้มีความชัดเจนขึ้นได้อย่างไร ประเทศส่วนใหญ่เห็นด้วยที่จะให้มีบรรทัดฐานการพิจารณาความเสียหายอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในการเจรจา คือ บรรทัดฐานที่เป็นรูปธรรมคืออะไร และการตัดสินว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงขึ้นอยู่กับบรรทัดฐานที่สำคัญตัวใดหรือไม่²⁰

ปฏิญญารัฐมนตรีปี 1986 เรียกร้องให้มีบรรทัดฐานที่เป็นรูปธรรมในการพิจารณาความเสียหายอย่างร้ายแรง โดยให้กำหนดไว้ในความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง เพราะบรรทัดฐานที่เป็นภาวะวิสัยจะช่วยให้คาดการณ์ผลที่จะเกิดขึ้นได้ (Objective criteria promote predictability) ความขัดแย้งที่เกิดขึ้น คือ จะเลือกบรรทัดฐานตัวใดมาเป็นตัวชี้วัดว่าเกิดความเสียหาย เพราะมีบรรทัดฐานจำนวนมากที่มีเหตุผลพอที่ประเทศจะใช้ในการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายหรือไม่ได้

ความยากลำบากอยู่ที่ การทำให้สมดุลกันระหว่าง “บรรทัดฐานที่เป็นภาวะวิสัย” (objective criteria) กับ “การคาดการณ์ได้ล่วงหน้า” (predictability) และ “ความยุติธรรม”

¹⁹ Ministerial Declaration of 29 November 1982, GATT Doc. No. L/5424, reprinted in GATT, BISD 29th Supp., p.12.(1983). Cited in Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992) Volume II : Commentary, p.1753.

²⁰ Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992) Volume II : Commentary ,p.1776.

(fairness) คือ ไม่สามารถให้น้ำหนักกับอันใดอันหนึ่งได้อย่างเต็มที่ ทุกอย่างต้องขึ้นอยู่กับ การพิจารณาของฝ่ายบริหารเป็นกรณีๆไป

สิ่งเหล่านี้ทำให้ประเทศภาคีรู้สึกไม่พอใจที่ให้การพิจารณาความเสียหายขึ้นอยู่กับ ดุลยพินิจของแต่ละประเทศมากเกินไป มันเป็นเรื่องระหว่าง “การคาดหมายได้” กับ “การตัดสิน ตามดุลยพินิจ” ความขัดแย้งในประเด็นดังกล่าวมาจาก ประเทศ Pacific Rim และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งไม่ใช่ประเทศสำคัญที่ใช้มาตรา 19 กับอีกฝ่ายคือ ประเทศสหรัฐและประชาคมยุโรป ซึ่งเป็น ประเทศที่ใช้มาตรา 19 บ่อยมาก

ประเทศกำลังพัฒนา เช่น บราซิล เม็กซิโก จีน อินเดีย และอียิปต์ ต้องการให้ มาตรฐานในการพิจารณาความเสียหายอย่างร้ายแรงมีความเข้มงวด²¹ ประเด็นสำคัญคือประเทศ กำลังพัฒนาต้องการให้สร้างภาระการพิสูจน์ความเสียหายอย่างมากแก่ผู้ที่จะใช้มาตรการปกป้อง โดยให้พิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นกับสถานการณ์โดยรวมที่แย่งลงของ อุตสาหกรรมที่ผลิตสินค้าที่เหมือนกันหรือแข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้านั้น²² ประเทศกำลัง

²¹ UNICE, Uruguay Round : Present Status of the Negotiations on Safeguards, Doc. No.MU/SR/LG/10.10 A.4, September 8 ,1988, p. 2., Communication from Brazil, GATT Doc. No. MTN.GNG/NG9/W/3 (May 25, 1987), p.2. Cited in Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992) Volume II : Commentary , p.1776. ประเทศบราซิลเสนอว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรง หมายความว่า เป็นสถานการณ์ที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า และการเพิ่มขึ้นอย่างมากของสินค้านำเข้า ซึ่งเป็นการค้าภายใต้ หลักเกณฑ์ของGATT และต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างสถานการณ์ที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ ล่วงหน้า กับการเพิ่มขึ้นอย่างมากของสินค้านำเข้า และความเสียหายอย่างร้ายแรง จะต้องมีการ เกิดเงื่อนไขดังกล่าวประเทศภาคีจึงใช้มาตรการปกป้องได้

²² Ibid., p. 3. Cited in Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992) Volume II : Commentary , p.1776.

พัฒนามากล่าวว่า มาตรฐานของความเสียหาย ไม่ควรจะถูกคลุมเครือและไม่ควรเปิดโอกาสให้มีการใช้มาตรการป้องกันอย่างมากจนเกินกว่าที่GATTกำหนดไว้

ประเทศกลุ่ม Pacific Rim ก็สนับสนุนการมีมาตรฐานการพิจารณาความเสียหายที่เข้มงวด ท่าทีของประเทศในกลุ่มนี้คือ ในการพิจารณาความเสียหาย จะต้องปรากฏว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นก่อให้เกิดผลโดยตรงกับสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศโดยรวมที่แย่ง ประเทศเหล่านี้เสนอว่าควรมีบรรทัดฐานที่เป็นรูปธรรม ซึ่งก็คือการใช้ปัจจัยทางเศรษฐกิจในการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศโดยรวมแล้วหรือไม่²³

อย่างไรก็ตาม ปัจจัยทางเศรษฐกิจบางประการ เช่น การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี (technological changes) หรือความเปลี่ยนแปลงในรสนิยมของผู้บริโภค (changes in consumer preference) หรือปัจจัยอื่นๆที่คล้ายคลึงกัน ไม่ใช่ปัจจัยที่จะบ่งชี้ว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ

จะเห็นว่า ข้อเสนอแนะของกลุ่มประเทศดังกล่าว เป็นการทำให้การแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างสินค้านำเข้าที่เพิ่มสูงขึ้นกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศยากขึ้น ซึ่งประเทศญี่ปุ่นก็มีความเห็นเช่นเดียวกันที่ต้องการให้มีมาตรฐานที่เข้มงวดในการพิจารณาความเสียหาย²⁴

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²³ Communication from Australia, Hong Kong, Korea, New Zealand, and Singapore, GATT Doc.No.MTN.GNG/NG9/W/4 (May 25, 1987), p.3. Available from: <http://www.worldtradelaw.net>

²⁴ Proposal on Safeguards : Submission of Japan, GATT Document. No. MTN.GNG/NG9/W/11, (October 13, 1987). Available from: <http://www.worldtradelaw.net>

ในปี 1989 รายงานนำเสนอของประเทศสหรัฐอเมริกา เรื่องบรรทัดฐานที่เป็นรูปธรรมที่รัฐจะทำการประเมินว่าสมควรจะใช้มาตรการปกป้องหรือไม่ ประเทศสหรัฐอเมริกากล่าวว่า การพิจารณาความเสียหายควรอยู่บนหลักการตรวจสอบปัจจัยทางเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้²⁵

- ผลผลิตที่แท้จริง (actual or potential output)
- ปริมาณการซื้อขาย (turnover/sales)
- กำไร (profits)
- กำลังการผลิตที่ใช้จริง (capacity utilization)
- การจ้างแรงงาน (employment)
- ค่าจ้าง (wages)
- สินค้าคงคลัง (inventories)
- ราคา (price)
- ผลตอบแทนจากการลงทุน (return on investment)
- ส่วนแบ่งการตลาด (market share)
- ความสามารถในการเพิ่มประสิทธิภาพของการวิจัยและพัฒนา และปรับกระบวนการผลิตให้ทันสมัย (ability to raise capacity for R&D and modernization)

ซึ่งก็ไม่น่าแปลกใจแต่อย่างใดที่ปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ที่ประเทศสหรัฐเสนอมา คล้ายคลึงกับปัจจัยที่บัญญัติไว้ใน Section 201 ตามกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐ²⁶ โดยประเทศสหรัฐกล่าวว่า ในการพิจารณาความเสียหาย จะทำโดยการพิจารณาปัจจัยต่างๆ แต่เพียงปัจจัยใดปัจจัยหนึ่ง หรือ พิจารณาทั้งหลายปัจจัยรวมกันอาจตัดสินไม่ได้ว่าเกิดความเสียหาย

²⁵Submission by the US, GATT Doc. No.MTN.GNG/NG9/W/23 (June 13,1989), p.3. Available from: <http://www.worldtradelaw.net>

²⁶Communication from the US., GATT Doc. No.MTN.GNG/NG9/W/13 (March 3, 1988) (describing). Available from: <http://www.worldtradelaw.net>

หรือไม่²⁷ เพราะปัจจัยทางเศรษฐกิจที่บ่งชี้ว่าเกิดความเสียหายแก่อุตสาหกรรมหรือไม่ มันก็แตกต่างกันไปแล้วแต่กรณี ซึ่งการพิจารณาความเสียหายไม่ควรขึ้นอยู่กับปัจจัยใดปัจจัยหนึ่งโดยเฉพาะ

3.3 การพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO

เมื่อได้ทราบถึงการพิจารณาความเสียหายตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT 1947 และความเป็นมาของบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องแล้ว ต่อไปนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาการพิจารณาความเสียหายภายใต้หลักเกณฑ์ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO

ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเป็นผู้มีหน้าที่ในการพิจารณาความเสียหาย คือ การพิจารณาว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ จะเห็นว่า การพิจารณาความเสียหายประกอบด้วย การพิจารณา 3 ประเด็น ดังนี้

- (1) มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า (increased quantities)
- (2) เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ (serious injury and threat of serious injury)
- (3) การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (causation)

²⁷ Submission by the US, GATT Doc. No.MTN.GNG/NG9/W/23 (June 13,1989), p.3. Available from: <http://www.worldtradelaw.net>

แต่เนื่องจากผู้เขียนมีความมุ่งหมายที่จะศึกษาในเรื่องความเสียหาย และความสัมพันธ์ระหว่างการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้ากับความเสียหายเป็นหลัก ดังนั้น ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาโดยเน้นเฉพาะในประเด็นเรื่อง การพิจารณาว่าเกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ (serious injury and threat of serious injury) และในประเด็นเรื่อง การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ (causation) ส่วนประเด็นเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า(increased quantities) ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ในหัวข้อเกี่ยวกับเงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้อง

3.3.1 มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เกี่ยวกับความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

มาตรา 11 ตามความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาท²⁸ กล่าวว่า Panel จักต้องประเมินข้อเท็จจริง การใช้ และการปฏิบัติตามความตกลงต่างๆภายใต้องค์การการค้าโลก ในเชิงภาวะวิสัย (objective assessment) กล่าวคือ Panel ต้องพิจารณาพยานหลักฐานในเชิงภาวะวิสัย ไม่บิดเบือน หรือเพิกเฉย ต่อพยานหลักฐานใดๆ และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ต้องวิเคราะห์พยานหลักฐานโดยปราศจากอคติ และตัดสินอย่างมี

²⁸ มาตรา 11 ตามความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาท บัญญัติว่า “The function of panels is to assist the DSB in discharging its responsibilities under this Understanding and covered agreements. Accordingly, a panel should make an objective assessment of the matter before it, including and objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreement, and make such other findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the ruling provided for in the covered agreements. Panels should consult regularly with the parties to the dispute and give them adequate opportunity to develop a mutually satisfactory solution.”

เหตุมีผล หรืออาจกล่าวโดยสรุปว่า การพิจารณาตัดสินของPanel ต้องเป็นไปตามหลักศุนษนิตี กระบวน (due process of law)²⁹

การที่Panel ต้องตรวจสอบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศสมาชิก พิจารณา ทั้งประเด็นข้อกฎหมาย และประเด็นข้อเท็จจริง ได้สอดคล้องกับความตกลงต่างๆภายใต้องค์การ การค้าโลกหรือไม่ Panel จะใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการตรวจสอบ ดังกล่าว³⁰

มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) มี 2 หลักการ ได้แก่³¹

(1) หลัก Deference Principle หมายถึง องค์การระงับข้อพิพาท จะไม่หา ข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายใหม่ แต่จะพิจารณาตัดสินตามข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ ผู้มีอำนาจของประเทศสมาชิก ได้พิจารณามาแล้ว เว้นเสียแต่ จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้พิจารณานั้น ไม่เป็นเหตุเป็นผล (unreasonable)

(2) หลัก De novo Principle หมายถึง องค์การระงับข้อพิพาทสามารถแสวงหา พยานหลักฐานใหม่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศสมาชิกนั้นไม่ได้พิจารณามาก่อน

อย่างไรก็ตาม องค์การระงับข้อพิพาท ไม่ได้ใช้หลักการใดหลักการหนึ่งเพียง ประการเดียว แต่ใช้หลักการทั้งสองผสมกัน (middle-of-the-road approach) ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อ พิพาทในแต่ละคดีไป³² ดังเช่น ในคดี EC – Hormones AB กล่าวว่ มาตรฐานการทบทวนที่ เหมาะสมสำหรับคดีนี้ ไม่ใช่ทั้งมาตรฐานการทบทวนตามหลัก Deference Principle และหลัก De

²⁹ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis, The World Trade Organization Law ,Practice and Policy. New York : Oxford, 2003, p.40.

³⁰ Michael J. Trebilcock and Robert Howse, The Regulation of International Trade. 2nd ed. London : Routledge, 1999, p.69.

³¹ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis, The World Trade Organization Law ,Practice and Policy, p.41.

³² Ibid.

novo Principle แต่เป็นการประเมินในเชิงภาวะวิสัย (objective assessment) ตามมาตรา 11 ของความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระดับข้อพิพาท³³ แต่ในคดี Guatemala Cement AB ประกาศอย่างชัดแจ้งว่า จะใช้หลัก Deference Principle ในการพิจารณาข้อพิพาท โดยกล่าวว่า “ในการทบทวนการประเมินข้อเท็จจริงของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ AB จำเป็นต้องตรวจสอบพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ทำการพิจารณา AB จะไม่พิจารณาพยานหลักฐานใหม่ที่อยู่นอกเหนือจากรายงานของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ”³⁴

แต่ในคดี Thailand – H – Beams AB กล่าวว่า Panel สามารถพิจารณาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่ไม่ปรากฏต่อคู่กรณีได้³⁵ ซึ่งแนวทางนี้ ก็ได้ปรากฏในคดี US – Lamb Meat Panel เห็นว่า Panel มีหน้าที่ทบทวนการพิจารณาตัดสินของ USITC และพิจารณาว่ารายงานของ USITC มีคำอธิบายเพียงพอหรือไม่ว่า ข้อเท็จจริงต่างๆสนับสนุนคำตัดสินของตนอย่างไร และต่อมา AB กล่าวว่า Panel ไม่จำเป็นต้องจำกัดตัวเองในการพิจารณาแต่ ข้อโต้แย้งของผู้มีอำนาจในการไต่สวน (investigating authority) แต่จะต้องพิจารณา คำอธิบายของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจว่า มีเหตุผล และเพียงพอหรือไม่ด้วย³⁶

สำหรับมาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการพิจารณาข้อพิพาท ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ในคดี Argentina – Footwear ประเทศอาร์เจนตินา ได้แย้งในชั้นอุทธรณ์ว่า Panel มีความบกพร่อง ในการใช้มาตรฐานการทบทวนตามหลัก “de facto de novo review” ในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศอาร์เจนตินา แต่ AB ไม่เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งของประเทศอาร์เจนตินา โดยกล่าวว่า³⁷

³³ WTO Document, AB Report on EC – Hormones, paras. 115-117.

³⁴ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis, The World Trade Organization Law ,Practice and Policy, pp.41-42.

³⁵ WTO Document, AB Report on Thailand – H – Beams, paras. 113-120.

³⁶ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis, The World Trade Organization Law ,Practice and Policy, p.42.

³⁷ WTO Document, AB Report on Argentina - Footwear, paras. 118, 121.

“ Panel มีมาตรฐานการทบทวนที่เหมาะสมแล้วตามมาตรา 11 ของความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาทแล้ว AB ไม่เชื่อว่า Panel จะใช้มาตรฐานการทบทวนแบบ de novo review หรือ Panel จะทำการตัดสินและวิเคราะห์แทนเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศอาร์เจนตินา แต่ Panel ได้ทำการพิจารณาว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศอาร์เจนตินา ได้พิจารณาข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง และมีคำอธิบายที่เพียงพอหรือไม่ว่า ข้อเท็จจริงสนับสนุนคำตัดสินของตนอย่างไร ตามมาตรา 4 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ดังนั้น การปฏิบัติตามมาตรา 11 ของความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาท Panel มีหน้าที่ต้องตรวจสอบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมดหรือไม่ และมีคำอธิบายที่มีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ว่า ข้อเท็จจริงสนับสนุนการตัดสินของตนอย่างไร ”

ส่วนในคดี Korea – Dairy Products ประเทศเกาหลีร้องเรียนว่า Panel ไม่ปฏิบัติตามหลัก de novo review ในการทบทวนการตัดสินของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศเกาหลี นอกจากนี้ ประเทศเกาหลียังโต้แย้งว่า ตามมาตรา 11 ของความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาท มีความได้ว่า Panel มีหน้าที่ในการทบทวนว่า (1) ประเทศเกาหลีได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกี่ยวข้องหรือไม่ และ (2) ประเทศเกาหลีมีคำอธิบายที่มีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ว่า ข้อเท็จจริงต่าง ๆ สนับสนุนการตัดสินของตนอย่างไร นอกจากนี้ ประเทศเกาหลียังอ้างว่า Panel ควรใช้มาตรฐานการทบทวนตามหลัก Deference Principle แต่ Panel กล่าวว่า จะไม่ใช้มาตรฐานการทบทวนตามหลัก Deference Principle อย่างสิ้นเชิง โดยกล่าวว่า³⁸

“การที่ Panel จะใช้มาตรฐานการทบทวนแบบ Deference Principle อย่างสิ้นเชิงทั้งหมด ไม่อาจทำให้แน่ใจได้ว่า Panel จะทำการประเมินในเชิงภาวะวิสัย (objective assessment) ได้ ตามมาตรา 11 ของความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่า Panel จะตัดสิน หรือพิจารณาแทนเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ แต่การประเมินในเชิงภาวะวิสัย หมายความว่า Panel ต้องทบทวนว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ประเมินข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมดตามมาตรา 4.2 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องหรือไม่ และ

³⁸ WTO Document, Panel Report on Korea – Dairy products, para.7.30.

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีคำอธิบายที่มีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ว่า ข้อเท็จจริงต่างๆสนับสนุนการตัดสินของตนอย่างไร ซึ่งจะทำให้ทราบว่า การพิจารณาตัดสินของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งในที่นี้คือ ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ”

จึงสรุปได้ว่า องค์การระดับข้อพิพาท ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ตามหลัก Deference Principle และหลัก De novo Principle ผสมกันขึ้นอยู่กับคดีแต่ละคดีไป ซึ่งในคดีเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องก็เช่นเดียวกัน โดยในการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้อง องค์การระดับข้อพิพาท มีมาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ดังนี้

3.3.1.1 มาตรฐานการทบทวน(Standard of Review) ในการพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับมาตรการปกป้องขององค์การระดับข้อพิพาท ในประเด็นเรื่องการพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ตามมาตรา 4 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องนั้น องค์การระดับข้อพิพาท มีมาตรฐานการทบทวนการพิจารณาความเสียหายของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ (Standard of review) 2 ประเด็น คือ³⁹

(1) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) หรือไม่ หรือเรียกว่า “formal matter”

(2) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีคำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความเพียงพอหรือไม่ ว่าข้อเท็จจริงต่างๆสนับสนุนการตัดสินของตนอย่างไร หรือเรียกว่า “substantive matter” กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องวิเคราะห์ผลกระทบจากการประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องว่า สภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศเป็นอย่างไร

³⁹ WTO Document, AB Report on Argentina – Footwear, para.121.

3.3.1.2 มาตรฐานการทบทวน(Standard of Review) ในการพิจารณาเรื่อง การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

มาตรฐานการทบทวนขององค์กรระงับข้อพิพาท เพื่อตรวจสอบการ พิจารณา เรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะ เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ มี 3 ประการ คือ⁴⁰

- (1) มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นสอดคล้องกับความเสียหายหรือไม่ (Coincidence of trends)
- (2) สภาพการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิต ภายในประเทศแสดงให้เห็นว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ (Condition of competition)
- (3) กรณีมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิด ความเสียหาย เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนำความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ มาตัดสินว่าเป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าหรือไม่ (Non - attribution)

ซึ่งในคดี US – Wheat Gluten และ ในคดี US – Lamb Meat Panel ก็ใช้ มาตรฐานการทบทวนเช่นเดียวกับคดี Argentina - Footwear⁴¹ และ AB ของทั้ง 3 คดี ดังกล่าว ก็ไม่ได้มีความเห็นเพิ่มเติม หรือแตกต่างจากคำตัดสินของ Panel แต่อย่างใด⁴²

⁴⁰ WTO Document, Panel Report on Argentina - Footwear, para. 8.229.

⁴¹ WTO Document, Panel Report on US – Wheat Gluten, para.8.91. ; Panel Report on US – Lamb Meat para. 7.232.

⁴² WTO Document, AB Report on Argentina – Footwear, para. 145.

3.3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้อง

ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กำหนดบทบัญญัติเรื่องการพิจารณาความเสียหาย (Determination of Serious Injury or Threat Thereof) ไว้ในมาตรา 4 ประกอบไปด้วยบทบัญญัติ ดังนี้

มาตรา 4.2 (เอ) บัญญัติว่า “ ในการตัดสินว่าสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นก่อให้เกิดหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเป็นผู้ประเมินปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัยและในเชิงปริมาณ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมนั้น โดยเฉพาะปัจจัยต่างๆดังต่อไปนี้ ดังเช่น อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น การเปลี่ยนแปลงของระดับการขาย ผลผลิต ประสิทธิภาพการผลิต กำลังการผลิตที่แท้จริง กำไรขาดทุน และการจ้างแรงงาน ”⁴³

⁴³ มาตรา 4.2(เอ) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง บัญญัติว่า “ In the investigation to determine whether increased imports have caused or a domestic industry under the terms of this Agreement , the competent authorities shall evaluate all relevant factors of an objective and quantifiable nature having a bearing on the situation of that industry, in particular, the rate and amount of the increase in imports of the product concerned in absolute and relative terms, the share of the domestic market taken by increased imports, changes in the level of sales production, productivity, capacity utilization, profits and losses, and employment.”

มาตรา 4.1 (เอ) บัญญัติว่า “ ความเสียหายอย่างร้ายแรง หมายถึง ความเสียหายอย่างมากที่เกิดขึ้นต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ”⁴⁴

มาตรา 4.1 (บี) บัญญัติว่า “ การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หมายถึง ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ใกล้จะเกิดขึ้น โดยในการพิจารณาตัดสินว่า มีการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่นั้น จะต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง และมีใช้ตามการกล่าวอ้าง การคาดเดา หรือความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล ”⁴⁵

มาตรา 4.2 (บี) บัญญัติว่า “ ในการพิจารณาตามมาตรา 4.2(เอ) นั้น จะต้องมีหลักฐานที่ระบุชัดเจนว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง มีสาเหตุมาจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า หากมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในเวลาเดียวกัน จะถือว่าความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ นี้เป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าไม่ได้ ”⁴⁶

⁴⁴ มาตรา 4.1(เอ) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง บัญญัติว่า “ Serious injury shall be understood to mean a significant overall impairment in the position of a domestic industry “

⁴⁵ มาตรา 4.1(บี) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง บัญญัติว่า “ Threat of Serious Injury shall be understood to mean serious injury that is clearly imminent, in accordance with the provision of paragraphs. A determination of the existence of a threat of serious injury shall be based on facts and not merely on allegation, conjecture or remote possibility “

⁴⁶ มาตรา 4.2(บี) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง บัญญัติว่า “ The determination referred to in subparagraph (a) shall not be made unless this investigation demonstrates, on the basis of objective evidence, the existence of the causal link between increased imports of the product concerned and serious injury or threat

การพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้อง หมายถึง การพิจารณาว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่

ดังนั้น การพิจารณาความเสียหาย ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง การที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะตัดสินว่า มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศได้นั้น ประการแรก เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดตามมาตรา 4.2 (เอ) ประการที่สอง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะพิจารณาว่า จากการประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดนั้น แสดงว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงตามมาตรา 4.1 (เอ) หรือ คุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงตามมาตรา 4.1 (บี) หรือไม่ และประการสุดท้าย เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะพิจารณาว่า จากการประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง มีสาเหตุมาจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าตามมาตรา 4.2(บี) หรือไม่

ผู้เขียนจะทำการศึกษา การพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง โดยศึกษาจากคำตัดสินขององค์กรระดับข้อพิพาท ในคดีเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้อง 4 คดี ได้แก่ คดี Korea – Dairy Products⁴⁷ คดี Argentina – Footwear⁴⁸

thereof. When factors other than increased imports are causing injury to the domestic industry at the same time, such injury shall not be attributed to increased imports.”

⁴⁷ WTO Documents WT/DS/98/R, Panel Report of Korea Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products, 21 June 1999; WT/DS98/AB/R, Appellate Body Report, 14 December 1999.

⁴⁸ WTO Documents WT/DS/121/R, Panel Report of Argentina - Safeguard Measure on Imports of Footwear, 25 June 1999; WT/DS121/AB/R, Appellate Body Report, 14 December 1999.

คดี United States – Wheat Gluten⁴⁹ และคดี United States – Lamb Meat⁵⁰ ซึ่งองค์การระงับข้อพิพาท (คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์การอุทธรณ์) ได้วางแนวทางการพิจารณาความเสียหายไว้ ดังนี้

3.3.2.1 การพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ในการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ โดยการประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเสียก่อน จึงจะพิจารณาตัดสินได้ว่า เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องคำนึงถึง ความหมายของ ความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง แล้วจึงชี้แจงน้ำหนักปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่ได้ทำการประเมินว่า ปัจจัยทั้งหมดดังกล่าว ได้แสดงว่าอุตสาหกรรมได้รับความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ตามความหมายที่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องกำหนดหรือไม่

ดังนั้นในหัวข้อ การพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงนี้ ผู้เขียนจึงแยกทำการศึกษา ออกเป็น 3 เรื่อง ได้แก่ การประเมิน

⁴⁹ WTO Documents WT/DS/166/R, Panel Report of US - Definitive Safeguard Measure on Imports of Wheat Gluten from the European Communities, 31 July 2000; WT/DS166/AB/R, Appellate Body Report, 22 December 2000.

⁵⁰ WTO Documents WT/DS/177,178/R, Panel Report of US - Safeguard Measure on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia, 21 December 2000; WT/DS177,178/AB/R, Appellate Body Report, 16 May 2001.

ปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ความหมายของความเสียหายอย่างร้ายแรง และการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง และการชั่งน้ำหนักปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด มีรายละเอียด ดังนี้

(1) การประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด

ตามที่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัยและในเชิงปริมาณ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมนั้น โดยเฉพาะปัจจัยต่างๆดังต่อไปนี้ ดังเช่น อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น การเปลี่ยนแปลงของระดับการขาย ผลผลิต ประสิทธิภาพการผลิต กำลังการผลิตที่ใช้จริง กำไรขาดทุน และการจ้างแรงงาน ก่อนที่จะตัดสินว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่⁵¹

องค์การระงับข้อพิพาทในคดีเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้อง ได้วางแนวทางในการประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไว้ ดังนี้

(1.1) ต้องประเมินปัจจัยทุกประการที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2(เอ)

คดี Korea – Dairy Products ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างประเทศเกาหลีกับสหภาพยุโรป ในการใช้มาตรการปกป้องกับสินค้านมผงพร่องมันเนย (skimmed milk powder

⁵¹ มาตรา 4.2 (เอ) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

preparation) หรือเรียกว่า SMPP⁵² และเป็นคดีเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องคดีแรกที่ขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรระดับข้อพิพาท

ประเทศเกาหลีกล่าวว่า ได้ทำการประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในลักษณะที่เป็นรูปธรรมและในเชิงปริมาณ ที่แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศแล้ว ตามที่ปรากฏอยู่ใน The OAI Report และ The Interim Report⁵³ โดยคณะกรรมการการค้าของประเทศเกาหลี (KTC) ได้ทำการตรวจสอบปัจจัยทางเศรษฐกิจดังนี้ การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า⁵⁴ ราคาของสินค้าภายในประเทศ (Sale price of Goods)⁵⁵ ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศ (Market Share of Domestic Products)⁵⁶ กำไรและขาดทุน (Profits and Losses)⁵⁷ การจ้างแรงงาน (Employment)⁵⁸ การเพิ่มขึ้นของสินค้าคงคลัง (Increase in Inventory)⁵⁹ สภาพทางการเงินของสหกรณ์ปศุสัตว์ (Financial Status of Livestock Co-

⁵² วันที่ 2 พฤษภาคม ปี ค.ศ. 1996 National Livestock Co-operatives Federation (NLCF) ของประเทศเกาหลี เป็นผู้ร้องเรียนให้ทำการไต่สวนความเสียหายที่เกิดกับอุตสาหกรรมผลิตน้ำนมดิบ (raw milk) และนมผง (milk powder) โดยผู้ร้องเรียนระบุว่า สินค้านำเข้าคือ นมผงพร่องมันเนย (skimmed milk powder preparation) หรือเรียกว่า SMPP อยู่ภายใต้พิกัดอัตราภาษี (tariff headings) ที่ HS 0404.90.0000 และ 1901.90.2000 ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงกับอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตน้ำนมดิบและนมผง และคณะกรรมการการค้าของประเทศเกาหลี (Korean Trade Commission : KTC) ได้เปิดการไต่สวนดังกล่าว

⁵³ WTO Document ,Panel Report on Korea – Dairy Products, para. 4.337.

⁵⁴ The OAI Report, pp.30,34.

⁵⁵ The OAI Report, p.33.

⁵⁶ WTO Document G/SG/N/10/KOR/1/Supp.1(dated 27 January 1997)

⁵⁷ The OAI Report, pp.42, 48.

⁵⁸ The OAI Report, p.35.

⁵⁹ The OAI Report, p.33.

operatives)⁶⁰ และอัตราส่วนหนี้สินต่อส่วนของผู้ถือหุ้น (debt-to-equity ratio) ของสหกรณ์ปศุสัตว์

แต่สหภาพยุโรป ได้แย้งว่า ประเทศเกาหลีไม่ได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะปัจจัย 8 ประการที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2(เอ)⁶¹

Panel เห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องประเมินปัจจัยทั้งหมดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2 (เอ) เพราะตามมาตรา 4.2 (เอ) เป็นหลักการทั่วไปว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทางเศรษฐกิจในการตัดสินว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่กับอุตสาหกรรมภายในประเทศ และในมาตรา 4.2 (เอ) ได้กำหนดปัจจัยที่มีความเกี่ยวข้องโดยเฉพาะที่จะแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ อีกทั้งตามมาตรา 4.2 (เอ) ใช้คำว่า “โดยเฉพาะอย่างยิ่ง” (in particular) ซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทุกประการที่กำหนดไว้ แม้ภายหลังประเมินปัจจัยนั้นแล้วพบว่า ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ⁶²

ในประเด็นนี้ Panel จึงตัดสินว่า ประเทศเกาหลีมีความบกพร่องในการตรวจสอบปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) เพราะตาม The OAI Report ไม่ปรากฏว่าประเทศเกาหลีได้ประเมินปัจจัยครบ 8 ประการที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2 (เอ) โดยไม่ได้ประเมินปัจจัยเรื่อง อัตราการขาย ประสิทธิภาพการผลิต และกำลังการผลิตที่ใช้จริง⁶³

คดี Argentina – Footwear เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศอาร์เจนตินากับสหภาพยุโรป เกี่ยวกับใช้มาตรการปกป้องกับสินค้าประเภทรองเท้า⁶⁴ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของ

⁶⁰ The OAI Report, pp.38,39.

⁶¹ WTO Document, Panel Report on Korea – Dairy Products, para. 4.337.

⁶² WTO Document, Panel Report on Korea – Dairy , para.7.55.

⁶³ WTO Document, Panel Report on Korea – Dairy Products, para. 7.58.

⁶⁴ วันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 1996 The Argentina Chamber of The Footwear Industry (CIC) เป็นผู้ร้องขอให้ทำการไต่สวนความเสียหายที่เกิดกับอุตสาหกรรมผลิตรองเท้า

ประเทศอาร์เจนตินา คือ The Comision Nacional de Comercio Exterior (CNCE) ได้ทำการไต่สวนแล้วพบว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงกับอุตสาหกรรมผลิตสินค้าประเภทรองเท้า และประกาศใช้มาตรการปกป้องกับสินค้าประเภทรองเท้าในรูปของมาตรการทางภาษี ในวันที่ 13 กันยายน ปีค.ศ. 1999

Panel กล่าวว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทุกประการตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2(เอ) แต่ปรากฏว่า Panel พบว่าประเทศอาร์เจนตินาไม่ได้ประเมินปัจจัย 2 ประการนี้ คือ กำลังการผลิตที่ใช้จริง (capacity utilization) และ ประสิทธิภาพการผลิต (productivity) Panel จึงสรุปว่าการไต่สวนของประเทศอาร์เจนตินาไม่สอดคล้องกับมาตรา 4.2 (เอ)⁶⁵

ประเทศอาร์เจนตินา อ้างว่า Panel ผิดพลาดที่ตัดสินว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทุกประการที่ระบุไว้ตามความตกลง เพราะตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง มาตรา 4.2 (เอ) ซึ่งกำหนดเพียงให้พิจารณาเฉพาะปัจจัยที่เกี่ยวข้อง มิใช่ต้องพิจารณาปัจจัยทั้งหมดที่ระบุไว้ตามมาตรา 4.2(เอ)⁶⁶ และตามที่ Panel กล่าวว่า ประเทศอาร์เจนตินาไม่ได้ประเมินปัจจัยเรื่องกำลังการผลิตที่ใช้จริง (capacity utilization) และ ประสิทธิภาพการผลิต (productivity) ประเทศอาร์เจนตินากล่าวว่าปัจจัยเรื่อง ประสิทธิภาพการผลิต (productivity) ได้กล่าวไว้ในรายงานการไต่สวนแล้ว (Act 338) ส่วนปัจจัย เรื่องกำลังการผลิตที่ใช้จริง (capacity utilization) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจก็มีสถิติข้อมูลเพียงพอแล้ว⁶⁷ อีกทั้งปัจจัยทั้ง 2 ประการก็ไม่ใช่ประเด็นหลักสำคัญในการไต่สวนนี้⁶⁸

ในประเด็นนี้ Panel ตัดสินว่า ประการแรก มาตรา 4.2 (เอ) ได้กำหนดไว้ อย่างชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะปัจจัยดังเช่น อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้า

⁶⁵ Ibid., para 8. 277

⁶⁶ Argentina's appellant's submission, p.60

⁶⁷ Ibid., p.59

⁶⁸ Ibid., p.60

นำเข้าที่เพิ่มขึ้น การเปลี่ยนแปลงของระดับการขาย ผลผลิต ประสิทธิภาพในการผลิต กำลังการผลิตที่ใช้จริง กำไรขาดทุน และการจ้างแรงงาน ประการที่สอง ตามความตกลงว่าด้วยสิ่งทอและเครื่องนุ่งห่ม มาตรา 6.4 ก็บัญญัติไว้เช่นเดียวกับมาตรา 4.2 (เอ) ซึ่ง Panel ในคดี US – Underwear และคดี US – Shirts and Blouses ก็ตีความมาตรา 6.4 ว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทุกประการที่กำหนดไว้ในมาตรา 6.4 ดังนั้น จากคำตัดสินของคดีที่ผ่านมา และจากการพิจารณาตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง Panel เห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องประเมินปัจจัยที่ระบุไว้ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง **เป็นอย่างดี**⁶⁹ ซึ่งต่อมาองค์กรอุทธรณ์ก็เห็นด้วยตามคำตัดสินของ Panel ว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทุกประการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4.2 (เอ) เป็นอย่างดี รวมทั้งต้องประเมินปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้องด้วย⁷⁰

คดี US – Wheat Gluten เป็นข้อพิพาทระหว่าง ประเทศสหรัฐอเมริกา กับสหภาพยุโรป เกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องในสินค้าแป้งสาลี Panel ก็ตัดสินเช่นเดียวกันว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทุกประการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4.2 (เอ) แม้หลังจากที่ประเมินแล้วจะพบว่า เป็นปัจจัยที่ไม่เกี่ยวข้องในการแสดงให้เห็นถึงสภาพของอุตสาหกรรมภายในนั้นก็ตาม⁷¹ นอกจากนี้เมื่อองค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ตามมาตรา 4.2 (บี) องค์กรอุทธรณ์เห็นว่า ในการพิจารณาตาม มาตรา 4.2 (บี) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องพิจารณา "ปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง" เหมือนในมาตรา 4.2(เอ) คือ ต้องประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าและที่เกี่ยวข้องกับสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศด้วย มิฉะนั้นจะถือว่าขัดต่อมาตรา 4.2 (เอ)⁷²

⁶⁹ WTO Document, Panel Report on Argentina – Footwear, para.8.122.

⁷⁰ WTO Document, AB Report on Argentina – Footwear, para.136.

⁷¹ WTO Document, Panel Report on US – Wheat Gluten, para.8.39.

⁷² WTO Document, AB Report on US – Wheat Gluten , para.73.

คดี US – Lamb Meat ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ เกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องกับสินค้าเนื้อลูกแกะ โดยในวันที่ 7 กรกฎาคม ปีค.ศ. 1999 ประเทศสหรัฐประกาศใช้มาตรการปกป้องในรูปของการจำกัดปริมาณการนำเข้า (tariff-rate quota) กับสินค้าเนื้อลูกแกะ Panel กล่าวหา เห็นด้วยกับองค์ระอุทธรณ์ในคดี Argentina – Footwear ว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทุกประการที่กำหนดไว้ในมาตรา 4.2 (เอ) เป็นอย่างต่ำ⁷³

สรุปว่า ในการพิจารณาตัดสินว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือ ความเสียหายที่จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยดังต่อไปนี้ทุกประการ ได้แก่ อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า (the rate and amount of the increase in imports) ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น (the share of the domestic market taken by increased imports) การเปลี่ยนแปลงของระดับการขาย (changes in the level of sales) ผลผลิต (production) ประสิทธิภาพในการผลิต (productivity)⁷⁴ กำลังการผลิตที่ใช้จริง (capacity utilization)⁷⁵ กำไรขาดทุน (profits and losses) และการจ้างแรงงาน (employment)

⁷³ WTO Document, Panel Report on US – Lamb Meat , para.7.139.

⁷⁴ Productivity หรือประสิทธิภาพการผลิต หมายถึง ประสิทธิภาพในการใช้ปัจจัยการผลิตต่างๆ ได้แก่ แรงงาน หรือวัตถุดิบ เป็นต้น เช่น ประเทศไทยผลิตเสื้อผ้า โดยใช้แรงงาน 3 คนต่อเสื้อผ้า 1 ชุด ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาผลิตเสื้อผ้าโดยใช้แรงงานเพียง 1 คน ต่อเสื้อผ้า 1 ชุด เช่นนี้ถือว่าสหรัฐอเมริกามี Productivity มากกว่าไทย (นงารัตน์ กรรณรัตน์สุตร. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้เกดต์ และองค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตสาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543, หน้า 56.)

⁷⁵ Capacity Utilization หมายความว่าถึง เปอร์เซ็นต์ของผลผลิตที่แท้จริง (Actual Output) เมื่อเปรียบเทียบกับความสามารถในการผลิตสูงสุด (Capacity) หรือ Capacity Utilization = Actual output/ Capacity ของการผลิตภายในประเทศ x 100(นงารัตน์ กรรณรัตน์สุตร. ประเด็น

(1.2) ต้องประเมินปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องแม้ไม่ใช่ปัจจัยที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2 (เอ)

นอกจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยตามที่ระบุไว้ในความตกลงเป็นอย่างต่ำแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วยแม้ไม่ใช่ปัจจัยที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2 (เอ) และเป็นปัจจัยที่ผู้มีส่วนได้เสียไม่ได้หยิบยกขึ้นในการพิจารณาไต่สวนความเสียหายก็ตาม

ใน คดี US – Wheat Gluten Panel ตัดสินว่า การประเมินปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ตามมาตรา 4.2 (เอ) และไม่ใช่ปัจจัย 8 ประการตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2 (เอ) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีหน้าที่ประเมินเฉพาะปัจจัยที่ถูกหยิบยกจากผู้มีส่วนได้เสียในการไต่สวนเท่านั้น⁷⁶ แต่องค์กรอุทธรณ์ (AB) ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของ Panel โดยเห็นว่า มาตรา 4.2 (เอ) มีความเกี่ยวข้องกับมาตรา 3.1 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ที่กำหนดว่า ก่อนที่ประเทศผู้นำเข้าจะใช้มาตรการปกป้องได้ต้องทำการไต่สวนว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศ

องค์กรอุทธรณ์เห็นว่า ถ้าพิจารณาคำว่า “ทั้งหมด” (all) เพียงคำเดียวคงตีความได้ว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้อง (relevant factor) อย่างไม่มีข้อจำกัดหรือข้อยกเว้น แต่ AB เห็นว่าไม่สามารถพิจารณาคำว่า “ทั้งหมด” เพียงคำเดียวได้ เพราะตามมาตรา 4.2 (เอ) กำหนดไว้ชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมิน “ปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด” (all relevant factor) และต้องเป็นปัจจัยที่มีลักษณะ “เป็นภาวะวิสัยและในเชิงปริมาณ” (objective and quantifiable) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศ⁷⁷

ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้แกตต์ และองค์การการค้าโลก : ศึกษารณีกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา, หน้า 56.)

⁷⁶ WTO Document, Panel Report on US – Wheat Gluten, paras. 8.69, 8.121.

⁷⁷ WTO Document, AB Report on Wheat Gluten, para. 51

ตามมาตรา 3.1 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องกำหนดว่า ประเทศสมาชิกจะใช้มาตรการปกป้องได้ก็ต่อเมื่อได้ทำการไต่สวนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศนั้น คำว่า “ไต่สวน” (investigation) แสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีหน้าที่แสวงหา (actively seek out) ข้อมูลที่เกี่ยวข้อง⁷⁸

ถึงแม้ในกระบวนการไต่สวนดังกล่าว จะให้สิทธิแก่ผู้มีส่วนได้เสียยื่นหลักฐานและแสดงความคิดเห็นต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ แต่ AB ไม่เห็นด้วยว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะจำกัดการประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องเฉพาะที่ผู้มีส่วนได้เสียหยิบยกขึ้นสู่การพิจารณาเท่านั้น แต่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องทำการไต่สวนอย่างเต็มที่เพื่อประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องได้อย่างเหมาะสมตามมาตรา 4.2 (เอ) กำหนดไว้⁷⁹

ดังนั้น AB จึงตัดสินใจไม่เห็นด้วยกับ Panel ที่ตัดสินว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เฉพาะที่ถูกหยิบยกโดยผู้มีส่วนได้เสียในการไต่สวนภายในประเทศเท่านั้น⁸⁰ แต่เห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยที่เห็นว่ามี ความเกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ แม้จะไม่มีผู้มีส่วนได้เสียหยิบยกขึ้นในการไต่สวนก็ตาม⁸¹

จึงสรุปได้ว่า นอกจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทุกประการที่ปรากฏในมาตรา 4.2 (เอ) ได้แก่ อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น การเปลี่ยนแปลงของระดับการขาย ผลผลิต

⁷⁸ Ibid., para. 53

⁷⁹ Ibid., paras. 54-55

⁸⁰ Ibid., para. 56

⁸¹ Ibid., paras. 55-56.

ประสิทธิภาพในการผลิต กำลังการผลิตที่ใช้จริง กำไรขาดทุน และการจ้างแรงงาน เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยอื่นๆนอกจากปัจจัยดังกล่าวข้างต้นด้วย ถ้าเป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศ โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้มีส่วนได้เสียในการไต่สวนหยิบยกขึ้น ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณา

(1.3) การประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องต้องอยู่บนข้อมูลอ้างอิงในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย และในเชิงปริมาณที่แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ

คดี US – Lamb Meat AB เห็นว่า ตามมาตรา 4.2 (เอ) ที่กำหนดว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยในลักษณะเป็นรูปธรรมและเป็นเชิงปริมาณ หมายถึง ข้อมูลอ้างอิง (data) ของปัจจัยต่างๆต้องมีลักษณะเป็นรูปธรรมและเป็นเชิงปริมาณ เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศ ดังนั้นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจึงต้องมีข้อเท็จจริงที่เพียงพอที่จะทำให้สามารถอธิบายได้ว่า อุตสาหกรรมมีสภาพอย่างไร การมีข้อเท็จจริงที่เพียงพอ คือ การมีข้อมูลอ้างอิงที่เกี่ยวกับปัจจัยต่างๆที่สามารถแสดงถึงสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศได้ ดังนั้น ตามมาตรา 4.2 (เอ) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินข้อมูลอ้างอิงที่เป็นภาวะวิสัย (objective data) ซึ่งสามารถวัด หรือการทำให้เป็นปริมาณได้ (measurement and quantification) ในการประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง⁸²

นอกจากข้อมูลอ้างอิงที่ใช้ในการพิจารณาจะต้องเป็นรูปธรรมและเป็นเชิงปริมาณแล้ว ข้อมูลอ้างอิงที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจใช้ในการประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ที่จะแสดงให้เห็นถึงสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศได้ดี ต้องเป็นข้อมูลที่มีความใกล้เคียงปัจจุบันมากที่สุด (most recent) ใน คดี Argentina – Footwear Panel กล่าวว่า ตามที่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง หมายความว่า ข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องที่แสดงให้เห็นถึงสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศ ต้องเป็นข้อมูลที่ใกล้เคียงปัจจุบันมากที่สุด (most recent) แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า เจ้าหน้าที่ผู้มี

⁸² WTO Document, AB Report on US – Lamb, paras.130-131.

อำนาจมีภาระหน้าที่ต้องหาข้อมูลใหม่ล่าสุดอยู่ตลอดเวลาที่ทำการไต่สวน เพียงแต่ต้องหาข้อมูลที่ใกล้เคียงปัจจุบันมากที่สุดเท่าที่หาได้ในตอนที่ทำการไต่สวน⁸³ ในคดีนี้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศอาร์เจนตินา ใช้ข้อมูลตั้งแต่ปี 1991-1995 ในการพิจารณาความเสียหาย แต่ไม่ใช้ข้อมูลในปี 1996 ซึ่งเป็นข้อมูลที่ใกล้เคียงปัจจุบันมากที่สุดเท่าที่หาได้ Panel จึงตัดสินว่าประเทศอาร์เจนตินายังไม่ได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ)⁸⁴

การใช้ข้อมูลที่ใกล้เคียงปัจจุบันมากที่สุดมีความสำคัญในการพิจารณาเรื่องการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงเช่นเดียวกัน เช่น ในคดี US – Lamb Meat องค์การอุทธรณ์ก็เห็นว่า ในการพิจารณาว่า เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่นั้น การประเมินจากข้อมูลที่มีความใกล้เคียงปัจจุบันมากที่สุด (most recent) จะช่วยในการพิจารณาว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ เพราะข้อมูลดังกล่าวจะเป็นตัวชี้ให้เห็นถึงอนาคตของอุตสาหกรรมภายในประเทศได้ดีที่สุด⁸⁵

(2) ความหมายของความเสียหายอย่างร้ายแรง และการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้ว การที่จะตัดสินว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องคำนึงถึงความหมายของความเสียหายอย่างร้ายแรง และการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ดังนี้

⁸³ WTO Document, Panel Report on Argentina - Footwear, para.8.213.

⁸⁴ Ibid., paras. 8.214-8.215.

⁸⁵ WTO Document, AB Report on US – Lamb Meat , para.137.

(2.1) ความเสียหายอย่างร้ายแรง

ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง กำหนดว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรง หมายถึง ความเสียหายอย่างมากต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ⁸⁶ ซึ่งองค์การระงับข้อพิพาทได้วางแนวทางเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรงไว้ ดังนี้

(2.1.1) เป็นความเสียหายในระดับสูง

องค์การอุทธรณ์ใน คดี US – Lamb Meat อธิบายคำว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงว่า เป็นความเสียหายที่มีระดับสูงมาก⁸⁷ และองค์การอุทธรณ์ยังย้ำความหมายของคำว่า "อย่างร้ายแรง" โดยกล่าวว่า

“ ระดับของความเสียหายอย่างร้ายแรง ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 4.1(เอ) เป็นความเสียหายที่อยู่ในระดับสูง เพราะคำว่า "ความเสียหาย" (injury) ถูกขยายความด้วยคำว่า "อย่างร้ายแรง" (serious) เป็นการเน้นย้ำให้เห็นถึงระดับของความเสียหายว่าต้องมีความร้ายแรง ซึ่งในคดี US – Wheat Gluten องค์การอุทธรณ์ได้กล่าวว่า ประเทศที่จะใช้มาตรการปกป้องได้ ต้องปรากฏว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหาย ในระดับที่ถูกต้องตรงตามที่บัญญัติกำหนด(exacting) ว่าต้องเป็นความเสียหายที่มีระดับอย่างร้ายแรงเท่านั้น⁸⁸

องค์การอุทธรณ์ยังได้วางหลักการของคำว่า "ความเสียหายอย่างร้ายแรง" (serious injury) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง โดยเปรียบเทียบกับ "ความเสียหายอย่างมาก" (material injury) ตามความตกลงว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด โดยกล่าวว่า ระดับของความเสียหายอย่างร้ายแรงเป็นความเสียหายในระดับที่สูงกว่า เมื่อเทียบกับระดับความเสียหายของคำว่า ความเสียหายอย่างมาก ตามความตกลงว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด

⁸⁶ มาตรา 4.1(เอ) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

⁸⁷ Ibid., para.126.

⁸⁸ Ibid., para.124

องค์กรอุทธรณ์เห็นว่า คำว่า “อย่างร้ายแรง”(serious) บอกระดับของความเสียหายที่สูงกว่าคำว่า “อย่างมาก” (material) และตามเจตนารมณ์ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องมาตรฐานในการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องต้องสูงกว่า ความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด⁸⁹

เนื่องจากการใช้มาตรการปกป้องไม่ได้ใช้กับการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) เหมือนในกรณีการใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุน ดังนั้น การจำกัดการนำเข้าโดยใช้มาตรการปกป้อง จึงเป็นมาตรการที่มีความเป็นพิเศษแตกต่างจากมาตรการอื่นๆ ทำให้การพิจารณาเงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้องต้องมีความพิเศษแตกต่างจากมาตรการอื่นๆ ไปด้วย⁹⁰

(2.1.2) เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทใน คดี US – Wheat Gluten

กล่าวว่าการตัดสินว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ จะต้องพบว่าความเสียหายเกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ (recent past) เพราะ ตามมาตรา 19 (เอ) ของ GATT 1994 และ มาตรา 2.1 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง กำหนดว่า “..ต้องมีการเพิ่มขึ้นของสินค้าที่กำลังนำเข้า (is being imported) ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายหรือการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง...” การที่บทบัญญัติใช้ถ้อยคำว่า “สินค้าที่กำลังนำเข้า” (is being imported) หมายความว่าต้องเป็นการนำเข้าที่เกิดขึ้นในไม่นานมานี้ ดังนั้นความเสียหายควรจะต้องเกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ด้วย ตามการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ดังนั้นเมื่อพิจารณาตัดสินเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง ก็ต้องคำนึงถึงระยะเวลาด้วย คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเห็นว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นจะต้องเกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ และต้องเกิดความเสียหาย

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid., para.124 and AB Report on Argentina Footwear, para.94.

อยู่ตลอดไปจนจบการไต่สวน⁹¹ อย่างไรก็ตามก็ดี ในคดีนี้ Panel พบว่า คณะกรรมการสิทธิการของสหรัฐ พิจารณาความเสียหายโดยใช้ข้อมูลอ้างอิง 5 ปี แต่พบว่า ในปี 1996-1997 ปัจจัยทางเศรษฐกิจหลายประการแสดงว่าอุตสาหกรรมมีสภาพดีขึ้นเล็กน้อย ได้แก่ กำลังการผลิตที่ใช้จริง การผลิตและการขาย ซึ่งสหภาพยุโรป ได้แย้งว่า การที่ปัจจัยดังกล่าวดีขึ้นในปี 1996-1997 แสดงว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้⁹² แต่ panel ก็ยังตัดสินว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมผลิตแป้งสาลีภายในประเทศสหรัฐ เพราะ แม้จะต้องปรากฏว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงต้องเกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ แต่เวลาตัดสินว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต้องพิจารณาจากภาพรวมทั้งหมดของสถานการณ์ภายในประเทศ ตามนิยามของ ความเสียหายอย่างร้ายแรง ที่หมายถึง ความเสียหายที่เห็นอย่างเด่นชัดทั้งหมดต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ดังนั้น แม้ช่วงท้ายการไต่สวนจะปรากฏว่ามีปัจจัยหลายประการแสดงว่าอุตสาหกรรมมีสภาพดีขึ้น แต่เมื่อพิจารณาปัจจัยประการอื่นๆ โดยรวมพบว่า อุตสาหกรรมยังคงได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง⁹³

(2.2) การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หมายถึง ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ใกล้จะเกิดขึ้น โดยในการพิจารณาตัดสินว่า มีการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่นั้น จะต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง และมีใช่ตามการกล่าวอ้าง การคาดเดา หรือความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล⁹⁴ องค์การระงับข้อพิพาทได้วางแนวทางการความหมายของการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงไว้ ดังนี้

⁹¹ WTO Document, Panel Report on US – Wheat Gluten , para.8.81.

⁹² Ibid., para.8.84.

⁹³ Ibid., paras.8.85-8.87.

⁹⁴ มาตรา 4.1(บี) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

(2.2.1) เป็นความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ใกล้จะเกิดขึ้น

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทใน คดี US – Lamb Meat ตีความมาตรา 4.1(บี) ว่าความเสียหายทั้งหมดของอุตสาหกรรมต้องมีลักษณะที่พร้อมที่จะเกิดหรือใกล้ที่จะเกิดอันตรายหรือภัยพิบัติขึ้น⁹⁵

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทกล่าวว่า การพิจารณาการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น มิใช่ตามการกล่าวอ้าง การเดา หรือความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสรุปว่า

(1) การพิจารณาว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ต้องวิเคราะห์จากข้อมูลซึ่งเกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ ที่เป็นภาวะวิสัย และตรวจสอบได้ โดยปราศจากการการกล่าวอ้าง การเดาหรือความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล

(2) ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่นานมานี้ ต้องประกอบไปด้วย ข้อมูลการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายใน ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้านำเข้าว่าจะเกิดความเสียหายที่เห็นเด่นชัดต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศในอนาคตอันใกล้นี้อย่างแน่นอน

(3) ต้องปรากฏว่าความเสียหายอย่างร้ายแรงจะเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้อย่างแน่นอน ถ้าไม่ใช้มาตรการปกป้อง

องค์กรอุทธรณ์ได้ตัดสินสนับสนุนตามคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่า “คำว่า การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง มีความเกี่ยวข้องกับ ความเสียหายอย่างร้ายแรง กล่าวคือ ถึงแม้ตอนนี้มันยังไม่เกิดความเสียหายขึ้นให้เห็นเป็นรูปร่าง แต่ในอนาคตมันต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน สังเกตได้ว่า มาตรา 4.1(บี) บัญญัติกฎหมายอยู่บนพื้นฐานค่านิยมของ ความเสียหายอย่างร้ายแรง โดยกำหนดว่าการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ต้องเป็นความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าใกล้จะเกิดขึ้น คำว่า ใกล้จะเกิดขึ้น (imminent) มีความหมายเกี่ยวข้องกับการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหาย ว่ามันเป็นความเสียหายที่ใกล้จะเกิดขึ้นให้เห็นเป็นรูปร่าง การใช้ถ้อยคำดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าใกล้จะเกิดความ

⁹⁵ WTO Document, Panel Report on US – Lamb Meat, para.

เสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศแล้ว นอกจากนี้ คำว่า อย่างชัดเจน (clearly) ขยายคำว่า เห็นเด่นชัด บ่งบอกถึงความเป็นไปได้อย่างมาก ว่าความเสียหายอย่างร้ายแรงจะเกิดขึ้นเป็นรูปร่างในอนาคตอันใกล้⁹⁶ และในมาตรา 4.1(บี) กำหนดว่า การพิจารณาการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น มิใช่ตามการกล่าวอ้าง การเดา หรือความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล ซึ่งคำว่า “อย่างชัดเจน” มีความเกี่ยวข้องกับการแสดงข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วย จึงสรุปได้ว่า ความเสียหายที่เห็นเด่นชัดว่าใกล้จะเกิดขึ้น (clearly imminent) หมายความว่า มีความชัดเจนแล้วว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศจะเจียนหรือใกล้ที่จะได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง”⁹⁶

ใน คดี US – Lamb Meat องค์การอุทธรณ์กล่าวว่า ในการพิจารณาตัดสินว่า เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเสียหายอย่างร้ายแรงด้วย เช่น ต้องคำนึงว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงเป็นความเสียหายในระดับสูง องค์การอุทธรณ์ในคดี Lamb Meat กล่าวว่า

“ในคดี Argentina – Footwear องค์การอุทธรณ์กล่าวว่า เป็นความสำคัญอย่างยิ่งสำหรับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่ต้องคำนึงถึงคำนิยามของ ความเสียหายอย่างร้ายแรง ตามมาตรา 4.1(เอ) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ในการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ เช่นเดียวกับการพิจารณาการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ที่มีคำนิยามอยู่ในมาตรา 4.1(บี) ดังนั้น การพิจารณาว่าเกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจักต้องคำนึงถึง ระดับความเสียหายที่สูง ซึ่งแสดงให้เห็นจากถ้อยคำ “⁹⁷

⁹⁶ WTO Document, AB Report on US – Lamb Meat , para.125.

⁹⁷ Ibid., para.126.

(2.2.2) **ต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง มิใช่ตามการกล่าวอ้าง การคาดเดา หรือความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล**

การตัดสินว่า เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง มิใช่ตามกล่าวอ้าง การคาดเดา หรือความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล องค์การระดับข้อพิพาทได้วางแนวทางไว้ ดังนี้

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทใน คดี US - Lamb ได้พิจารณาในประเด็น “ข้อมูลอ้างอิง” ที่ใช้ในการพิจารณาการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ต้องเป็นข้อมูลที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ จึงจะสอดคล้องกับนิยามของ การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง โดยกล่าวว่า

“ ในความคิดเห็นของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เนื่องจากลักษณะของการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เป็นเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต จึงมีความเป็นเหตุเป็นผลว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงอาจเกิดในช่วงท้ายของการไต่สวนมากกว่าที่จะเกิดในช่วงเริ่มต้นการไต่สวน ในขณะที่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ไม่ได้กำหนดว่าการไต่สวนต้องใช้ระยะเวลาานเท่าใด ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ในคดี Argentina - Footwear ได้พิจารณาในประเด็นนี้โดยกำหนดระยะเวลาขึ้นมาจำนวนหนึ่ง ซึ่งทั้ง 2 องค์กรได้สรุปว่า ในการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ข้อมูลอ้างอิงที่ใช้ในการพิจารณาต้องเกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้

หลักการของการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง กับความเสียหายอย่างร้ายแรง มีหลักการที่เหมือนกัน คือ ต้องเป็นความเสียหายที่เห็นได้เด่นชัด ดังนั้น ในการพิจารณาว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง คณะกรรมาธิการการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐ (USITC) ได้กระทำถูกต้องแล้ว ที่พิจารณาข้อมูลที่เกิดขึ้นไม่นานมานี้ โดยองค์กรอุทธรณ์เห็นว่า ข้อมูลปี 1997 จนถึง กลางปี 1998 เป็นข้อมูลที่เพียงพอและเป็นช่วงเวลาที่สมเหตุสมผล ที่จะประเมินถึงแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นในอนาคตว่าจะเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายหรือไม่

ดังนั้นองค์การอุทธรณ์จึงตัดสินว่า การที่เลือกข้อมูลจากช่วงเวลาใกล้สิ้นสุดการไต่สวนของ USITC แสดงว่า USITC ได้ทำการวิเคราะห์ข้อมูลอย่างเพียงพอแล้วที่จะตัดสินว่าจะเกิดความเสียหายที่เห็นเด่นชัดทั้งหมดในอนาคตอันใกล้นี้ ในขณะที่เดียวกัน องค์การอุทธรณ์ก็ตัดสินว่าจากการวิเคราะห์ข้อมูลที่เพิ่งผ่านพ้นไปนี้ แทนที่จะเลือกวิเคราะห์ข้อมูลที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ถือว่า USITC ได้ทำการพิจารณาความเสียหายจากข้อมูลเป็นมีความเป็นกลางและตรวจสอบได้ มิใช่การพิจารณาข้อมูลที่เกิดจากการกล่าวอ้าง การเดา และความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล⁹⁸

นอกจากนั้น ถ้าประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้วพบว่า เกิดการคุกคามว่าจะมีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ยังไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่า มีการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ เพราะเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่เกิดจากการกล่าวอ้าง การเดา และยังเป็นความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทใน **คดี Argentina – Footwear** ตัดสินว่า เพียงแค่คุกคามว่าจะมีการนำเข้าสินค้าเพิ่มขึ้น ยังไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้

“แค่ปรากฏว่ามี การคุกคามว่าจะเกิดการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น ยังไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง มาตรา 2.1 กำหนดว่า ต้องมีการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มสูงขึ้นเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นที่จะพิจารณาว่าเกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายหรือไม่ ดังนั้น แค่การคุกคามว่าจะมีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าจึงเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่เกิดจากการกล่าวอ้าง การเดา และยังเป็นความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล มิใช่การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ตามมาตรา 4.1(บี) กำหนด”⁹⁹

⁹⁸ WTO Document, Panel Report on US – Lamb Meat , para.7.192-7.194.

⁹⁹ WTO Document, Panel Report on Argentina – Footwear , para.8.284.

(3) การชั่งน้ำหนักปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในการตัดสินว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

เมื่อประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้ว และพิจารณาความหมายของความเสียหายและคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะชั่งน้ำหนักปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่แสดงถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศว่า เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ตามความหมายที่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องกำหนดหรือไม่ ซึ่งองค์การระดับข้อพิพาทได้วางแนวทางไว้ ดังนี้

ใน คดี Argentina – Footwear Panel กล่าวว่า ในการประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง แล้วตัดสินว่าเกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ในการตัดสินว่า ปัจจัยแต่ละประการแสดงผลว่าเป็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องพิจารณาข้อมูลอ้างอิงทั้งหมดทุกปี มิใช่พิจารณาเปรียบเทียบจากปีแรก กับปีสุดท้าย (end – point – to – end – point) แต่ต้องพิจารณาแนวโน้มทั้งหมด เช่น เมื่อพิจารณาปัจจัยด้านการผลิตแล้ว พบว่า ในปีแรกการผลิตลดลงอย่างมาก แต่ปีต่อมาการผลิตค่อยๆเพิ่มขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ก็ยังเพิ่มขึ้นน้อยกว่าที่ลดลงในปีแรก เป็นต้น ในการสรุปว่าปัจจัยการผลิตแสดงผลว่า ลดลงหรือเพิ่มขึ้นนั้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องพิจารณาแนวโน้มของการผลิตทุกปี มิใช่เปรียบเทียบการผลิตในปีแรกกับปีสุดท้ายเท่านั้น¹⁰⁰

องค์การอุทธรณ์ใน คดี Argentina – Footwear กล่าวว่า “ การประเมินสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ ทำได้โดยการพิจารณาจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่แสดงให้เห็นถึงสถานภาพของอุตสาหกรรมนั้น เพื่อที่จะพิจารณาว่าเกิดความเสียหายที่เห็นเด่นชัดทั้งหมดต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ นอกจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 4.2(เอ)แล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจักต้องพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องอื่นๆที่ไม่ได้บัญญัติอยู่ในมาตรา 4.2(เอ) ด้วย ซึ่งปัจจัยที่เกี่ยวข้องอื่นๆนั้นก็จะแตกต่างกันไปในแต่ละกรณี ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในกรณีนั้นๆว่าจะมีปัจจัยใดที่

¹⁰⁰ WTO Document, Panel Report on Argentina - Footwear, paras.8.216-8.217.

เกี่ยวข้องกับ และในการพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ก็ไม่จำเป็นว่าปัจจัยแต่ละประการต้องแสดงผลว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศมีสถานการณ์ที่แย่งลง เช่น ในกรณีหนึ่ง อัตราการขายสินค้า อัตราการจ้างงาน และประสิทธิภาพในการผลิตสินค้าอาจลดลง ก็เพียงพอที่จะตัดสินว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง เพราะเมื่อพิจารณาจากภาพรวมของปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้วเห็นได้ว่า เกิดความเสียหายที่เห็นเด่นชัดทั้งหมดต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศนั้น ตามคำนิยามของความเสียหายอย่างร้ายแรง ที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 4.1 (เอ)”¹⁰¹

ใน คดี US – Wheat Gluten คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท กล่าวว่าในการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ต้องพิจารณาสถานการณ์ทั้งหมดของอุตสาหกรรมภายในประเทศโดยพิจารณาจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมนั้น

ส่วนของคิรอุทธรณ์ กล่าวว่า การที่ปัจจัยที่เกี่ยวข้องแสดงผลว่ามีแนวโน้มที่แย่งลงทุกปัจจัย ไม่ได้หมายความว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศเกิดความเสียหายที่เห็นเด่นชัด แต่เป็นการมองโดยรวมแล้วพบว่าปัจจัยเหล่านั้นแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มที่แย่งลงที่แสดงถึงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ดังนั้นปัจจัยบางประการที่มีแนวโน้มที่ดีก็ไม่จำเป็นต้องตัดออกจากการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ แต่เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการประเมินและชี้แจงน้ำหนักปัจจัยต่างๆที่ได้พิจารณา ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องให้คำอธิบายที่มีเหตุผล และเพียงพอ ที่จะอธิบายว่าข้อเท็จจริงจากการพิจารณาปัจจัยต่างๆได้สนับสนุนคำตัดสินของตนอย่างไร “¹⁰²

ในการพิจารณาการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทใน คดี US – Lamb Meat กล่าวว่าไม่จำเป็นที่ปัจจัยที่เกี่ยวข้อง

¹⁰¹ WTO Document , AB Report on Argentina – Footwear, para.139.

¹⁰² WTO Document, Panel Report on US – Wheat Gluten , para.8.80, 8.85.

ตามมาตรา 4.2 (เอ) ทุกตัวต้องแสดงแนวโน้มที่แย่ง เพราะการพิจารณาความเสียหายอย่างร้ายแรงตามความหมายของมาตรา 4.1(บี) กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยที่แสดงความเสียหายทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง โดยกล่าวว่า

“ องค์การอุทธรณ์จะไม่ตัดปัจจัยบางประการในการพิจารณาความเสียหาย เช่น อัตราการขายที่ลดลงเป็นเวลานาน ซึ่งมันอาจเพียงพอที่จะตัดสินว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง แม้ปัจจัยบางประการจะไม่ได้แสดงให้เห็นว่า มีการลดลงอย่างรวดเร็ว รุนแรง และปัจจุบันทันด่วน เช่น ปัจจัยที่แสดงสถานะด้านการเงินของแต่ละบริษัทที่อยู่ในอุตสาหกรรม ไม่ได้แสดงว่ามีกำไรลดลง แต่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสามารถตัดสินได้ว่าการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้ ถ้าพิจารณาภาพรวมทั้งหมดแล้วแสดงให้เห็นว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เพราะตามมาตรา 4.1(บี) และมาตรา 4.2(เอ) ไม่ได้กำหนดว่าในการพิจารณาความเสียหายและการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องแสดงให้เห็นว่าปัจจัยที่เกี่ยวข้องที่แสดงความเสียหายทุกประการมีแนวโน้ม แย่ง แต่กำหนดว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องทำการพิจารณาการเปลี่ยนแปลงของปัจจัยที่แสดงความเสียหายนั้นทั้งหมด ในการตัดสินว่าอุตสาหกรรมนั้นเกิดความเสียหายที่เห็นเด่นชัดหรือไม่”¹⁰³

3.3.2.2 การพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (Causal Link)

เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้พิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่แล้ว แม้จะพบว่าเกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง แต่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องพิจารณาต่อไปว่า ความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้นมีสาเหตุจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า โดยความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ได้กำหนดว่า “ในการ

¹⁰³ WTO Document, Panel Report on US – Lamb Meat , para.7.188, 7.203.

พิจารณาตามมาตรา 4.2(เอ) นั้น จะต้องมีหลักฐานที่ระบุชัดเจนว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือ การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง มีสาเหตุมาจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า หาก มีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิด ความเสียหายอย่างร้ายแรงในเวลาเดียวกัน จะถือว่าความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ นี้เป็น ความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าไม่ได้¹⁰⁴

ในคดี Korea – Dairy Products Panel ได้วางแนวทางเบื้องต้นในการพิจารณา เรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความ เสียหายอย่างร้ายแรงไว้ว่า

“เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องวิเคราะห์และตัดสินว่าความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิด ขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ มีสาเหตุมาจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าหรือไม่ ในการ พิจารณาดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีหน้าที่ต้องประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดตามลักษณะที่ เป็นรูปธรรมและเป็นปริมาณที่แสดงให้เห็นถึงสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศนั้น”¹⁰⁵

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาแล้วพบว่า มีปัจจัยอื่น ๆ นอกเหนือจากการ เพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องมั่นใจได้ว่า ปัจจัยอื่น ๆ ที่มีต่อการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้านั้นไม่ได้นำมาใช้ ในการตัดสินว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือ คุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง¹⁰⁶

¹⁰⁴ มาตรา 4.2(บี) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

¹⁰⁵ WTO Document, Panel Report on Korea – Dairy Products, paras. 7.89-7.90.

¹⁰⁶ Ibid.

ต่อมาในคดี **Argentina – Footwear Panel** ได้วางแนวทางการพิจารณาเรื่อง การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงเพิ่มเติมจากในคดี **Korea – Dairy Products** ดังนี้

การพิจารณาว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องทำการพิจารณา 3 ประการ คือ¹⁰⁷

- (1) พิจารณาว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้ามีความสอดคล้องกับปัจจัยที่บ่งชี้ว่าเกิดความเสียหายหรือไม่
- (2) ต้องทำการวิเคราะห์ถึงสภาพการแข่งขันในตลาด คือ พิจารณาการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ โดยอยู่บนหลักการของหลักฐานที่มีลักษณะในเชิงภาวะวิสัยที่แสดงว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการนำเข้าและความเสียหาย
- (3) กรณีมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหาย จะถือว่าความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ นี้ เป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าไม่ได้ (Non - attribution)

ซึ่งในคดี **US – Wheat Gluten** และ ในคดี **US – Lamb Meat Panel** ก็ตัดสิน เช่นเดียวกันกับคดี **Argentina - Footwear**¹⁰⁸ และองค์กฤษฎกรรมของทั้ง 3 คดี ดังกล่าว ก็ไม่ได้มีความเห็นเพิ่มเติม หรือแตกต่างจากคำตัดสินของ Panel แต่อย่างใด¹⁰⁹

¹⁰⁷ WTO Document, Panel Report on Argentina - Footwear, para. 8.229.

¹⁰⁸ WTO Document, Panel Report on US – Wheat Gluten, para.8.91. ; Panel Report on US – Lamb Meat para. 7.232.

¹⁰⁹ WTO Document, AB Report on Argentina – Footwear, para. 145.

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า ในการพิจารณาว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ตามมาตรา 4.2 (บี) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องทำการพิจารณา 3 ประการ ซึ่งแต่ละประการมีรายละเอียด ดังนี้

(1) มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นสอดคล้องกับความเสียหาย (Coincidence of trends)

ในคดี Argentina – Footwear Panel กล่าวว่า ตามมาตรา 4.2 (เอ) กำหนดว่า ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ดังนี้ อัตราและปริมาณของการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้านำเข้า การเปลี่ยนแปลงของการขาย การผลิต ประสิทธิภาพการผลิต กำลังการผลิตที่ใช้จริง กำไรขาดทุน และการจ้างงาน ในการพิจารณาเรื่องความเสียหาย และเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

Panel เห็นว่า จากมาตรา 4.2 (เอ) ดังกล่าว หมายความว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องพิจารณาปัจจัยที่แสดงความเสียหาย และที่แสดงการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ดังนั้น ในการพิจารณาว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ก็คือ การพิจารณาว่าการเปลี่ยนแปลงของสินค้านำเข้า(ทั้งปริมาณและส่วนแบ่งทางการตลาด) มีความสัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงของปัจจัยที่แสดงความเสียหายของอุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่¹¹⁰

ในทางปฏิบัติ Panel เชื่อว่า ถ้าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง จะต้องปรากฏว่า มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า เกิดขึ้นสอดคล้องกับความ

¹¹⁰ WTO Document, Panel Report on Argentina – Footwear, paras. 8.237-8.238.

เสียหาย แต่ในการแสดงความสอดคล้องดังกล่าวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องอธิบายเหตุผลว่าทำไมถึงสอดคล้องกันด้วย¹¹¹ องค์การอุทธรณ์ก็เห็นด้วยกับคำตัดสินดังกล่าวของ Panel¹¹²

ในคดี US – Wheat Gluten Panel ได้อธิบายความสอดคล้องของการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้ากับความเสียหายว่า Panel ได้พิจารณาความสอดคล้องของสินค้านำเข้ากับความเสียหายว่าจะต้องสนับสนุนคำตัดสินว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ในทางกลับกันถ้าไม่ปรากฏว่ามีความสอดคล้องกัน แล้วตัดสินว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง จะต้องมีการอธิบายอย่างมีเหตุมีผลว่าทำไมจึงตัดสินเช่นนั้นได้¹¹³

(2) สภาพของการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ (Conditions of competition)

ในคดี Argentina – Footwear Panel ตั้งข้อสังเกตว่า การที่พิจารณาข้อมูลของสินค้านำเข้ากับปัจจัยที่บ่งชี้ความเสียหาย ยังไม่ใช้การวิเคราะห์สภาพการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ¹¹⁴ ถ้ายังไม่ได้ทำการเปรียบเทียบราคาของสินค้านำเข้ากับสินค้าภายในประเทศ ก็ไม่สามารถอ้างได้ว่า สินค้านำเข้ามีราคาถูกกว่าสินค้าภายในประเทศ¹¹⁵ และถือว่ายังไม่มีหลักฐานที่แสดงว่า สินค้านำเข้าที่มีราคาถูกกว่านั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ¹¹⁶

¹¹¹ Ibid.

¹¹² WTO Document, AB Report on Argentina – Footwear, para. 144.

¹¹³ WTO Document, Panel Report on US – Wheat Gluten, para. 8.95.

¹¹⁴ WTO Document, Panel Report on Argentina – Footwear, para.8.254.

¹¹⁵ Ibid., para.8.259.

¹¹⁶ Ibid., para.8.261.

สรุป คือ ในการวิเคราะห์สภาพการแข่งขันของสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องทำการเปรียบเทียบ”ราคา”ของสินค้านำเข้ากับสินค้าภายในประเทศ มิใช่พิจารณาจากสถิติข้อมูลโดยทั่วไปของสินค้านำเข้ากับปัจจัยที่ชี้ เพราะความเสียหาย เพราะข้อมูลดังกล่าว ไม่สามารถแสดงให้เห็นอย่างเฉพาะเจาะจงได้ถึงสภาพการแข่งขันของสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ¹¹⁷

(3) กรณีมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ก่อให้เกิดความเสียหาย จะถือว่าความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ นี้เป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าไม่ได้ (Non - attribution)

ในคดี Argentina – Footwear Panel กล่าวว่า ในการพิจารณาว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงตามมาตรา 4.2 (บี) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ(สาเหตุอื่น ๆ) ด้วย จึงจะสอดคล้องกับมาตรา 4.2 (บี) ที่กำหนดว่า “...แต่เมื่อปัจจัยอื่นที่มีใช้การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้ากำลังก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศในขณะเดียวกัน จะไม่นำสาเหตุอื่น ๆ มาใช้ในการตัดสินว่าการเพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุของความเสียหายด้วย” ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจึงต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ด้วย เพื่อจะได้ทราบว่า มีสาเหตุอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ และจะได้ไม่นำมาใช้ในการตัดสินว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง¹¹⁸

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ WTO Document, Panel Report on Argentina – Footwear, para.8.267

ดังนั้น ในคดีนี้ Panel จึงตัดสินว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศอาร์เจนตินา ยังพิจารณาสาเหตุอื่น ๆ ไม่เพียงพอโดยเฉพาะเรื่องการถดถอยของเศรษฐกิจ¹¹⁹ ซึ่งองค์การอุทธรณ์ก็ เห็นด้วยกับคำตัดสินของ Panel¹²⁰

ในคดี US – Wheat Gluten Panel เห็นว่า ตามมาตรา 4.2 (บี) ประเทศสมาชิก ต้องแสดงให้เห็นว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าโดยตัวของมันเอง (in and of themselves) ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ไม่ได้หมายความว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุเดียวที่เกิดขึ้น อาจจะมีสาเหตุอื่น ๆ เกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน แต่การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าโดยตัวของมันเองเพียงสาเหตุเดียวต้องเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้¹²¹

แต่ต่อมอองศ์กรอุทธรณ์ ได้กลับคำตัดสินของ Panel โดยองค์การอุทธรณ์เห็นว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าไม่จำเป็นต้องเป็นสาเหตุเดียวที่จะสามารถก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้¹²² และเห็นว่า ในการพิจารณาเรื่อง non - attribution มีขั้นตอนในการพิจารณาดังนี้¹²³

1. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องแยกให้เห็นความแตกต่างของการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้ากับสาเหตุอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (แยกให้เห็นว่ามีสาเหตุอะไรบ้าง)
2. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องอธิบายผลกระทบที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า และผลกระทบที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ

¹¹⁹ Ibid., paras. 8.269 และ 8.278.

¹²⁰ WTO Document, AB Report on Argentina – Footwear, para. 145.

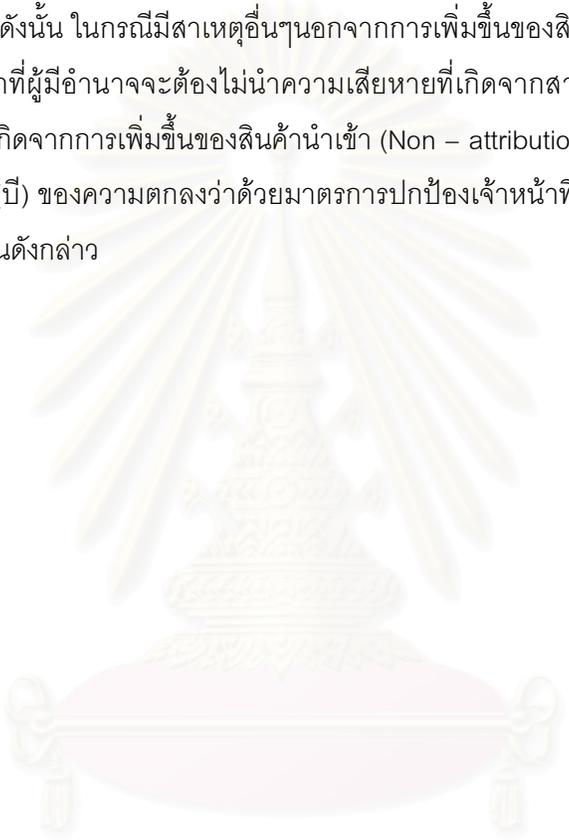
¹²¹ WTO Document, Panel Report on Wheat Gluten, para. 8.138.

¹²² WTO Document, AB Report on Wheat Gluten, para. 67.

¹²³ Ibid., para. 69.

3. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องพิจารณาว่าความเสียหายอย่างร้ายแรงมีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงและอย่างมาก (genuine and substantial relationship) กับการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า

ดังนั้น ในกรณีมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องไม่นำความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ มาตัดสินว่าเป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า (Non – attribution) ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 4.2 (บี) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องปฏิบัติตามขั้นตอน 3 ขั้นตอนดังกล่าว



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

การพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้อง ของประเทศสหรัฐอเมริกา

เมื่อทราบถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ภายใต้ WTO ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 แล้วนั้น ในบทที่ 4 นี้ ผู้เขียนจึงต้องการนำเสนอ หลักเกณฑ์ และการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อที่จะให้ทราบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถือว่าเป็นต้นกำเนิดของมาตรการปกป้อง และเป็นผู้ผลักดันให้มีมาตรการปกป้องใน GATT อีกทั้งยังเป็นประเทศที่ใช้มาตรการปกป้องบ่อยครั้งมากที่สุดประเทศหนึ่งมี หลักเกณฑ์และแนวทางการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องอย่างไร

4.1 สภาพปัญหาในปัจจุบันของการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องของ ประเทศสหรัฐอเมริกา

มาตรการปกป้องของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือเรียกอีกอย่างว่า “บทยกเว้น” (Escape Clause) เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกา จากการนำเข้าสินค้าในปริมาณที่เพิ่มขึ้นสูงจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ¹ อันที่จริงแล้วบทยกเว้นของประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นในระบบการค้าโลกมากกว่า

¹Donald J. Rousslang, “Import Injury in U.S Trade Law : An Economic View,” International Review of Law and Economics, 8:117. อ้างใน นภารัตน์ กรรณรัตน์สูตร. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้แกตต์ และองค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตสาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543, หน้า 89.

2 ทศวรรษ โดยบัญญัติเป็นกฎหมายภายในประเทศครั้งแรกไว้ใน The Tariff Act of 1930² ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการออกคำสั่งทางบริหาร (executive order) เพื่อกำหนดวิธีพิจารณาและบรรเทาความเสียหายโดยใช้บทยกเว้น³ ต่อมาแนวทางในการเจรจาใช้บทยกเว้น ปรากฏอยู่ใน The Reciprocal Trade Agreement Act ปี ค.ศ. 1934 ซึ่งเป็นปรากฏการณ์หนึ่งของการเคลื่อนไหวในการเปิดเสรีทางการค้าในช่วงท้ายของ The Great Depression⁴ ในปี ค.ศ. 1943 บทบัญญัติเรื่องบทยกเว้นก็อยู่ในความตกลงทางการค้าต่างตอบแทนระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโกด้วย ซึ่งมีผู้กล่าวว่า บทยกเว้นตามความตกลงนี้เป็นบทยกเว้นดั้งเดิมแต่มีความทันสมัยมากขึ้น⁵

ในปีค.ศ. 1947 ปีที่ระบบการค้าโลกมีความตกลง GATT ประธานาธิบดีทรูแมนได้ออกคำสั่งทางบริหาร (executive order) ว่า ความตกลงทางการค้าทุกฉบับของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องมีบทยกเว้นประกอบในความตกลงทางการค้าทุกฉบับ⁶ และในปีค.ศ. 1951 สภาของเกรส (Congress) ก็ยังคงให้มีบทยกเว้นอยู่ในกฎหมาย The Trade Agreement Extension Act⁷

หลังจากนั้นมีการแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยบทยกเว้นหลายครั้ง บทบัญญัติมาตรา 201 หรือเป็นที่รู้จักกันว่า “Section 201” ซึ่งถือว่าเป็นมาตราหลักได้เกิดขึ้นจากกฎหมาย The Trade Act

² Tariff Act of 1930, §350.

³ Baker @ McKenzie, “ Import Relief (Safeguard) Authorities : Section 201-204 of the Trade Act of 1974 (as amended) “, p.96. (Unpublished Manuscript) อ้างใน นภาพรรัตน์ กรรณรัตน์สุตร. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้แกตต์ และองค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตสาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543, หน้า 90.

⁴ Amended Tariff Act of 1930, Reciprocal Trade Agreements, H. Rep. No. 73-100. House Ways and Means Committee, 13-14(1934).

⁵ John H. Jackson, The World Trading System (Cambridge, MA:The MIT Press) 1989, p.153.

⁶ Executive Order 9832, February 25, 1947, 3 CFR § 634 (1947).

⁷ Trade Agreement Extension Act of 1951, § 7, 65 Stat. 72,74.

of 1947⁸ และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วย The Trade Act of 1979⁹ และ The Trade Act of 1984¹⁰ การแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องสำคัญ เช่น การมีแผนการปรับตัว และระยะเวลาในการใช้มาตรการปกป้องที่จำกัดไว้ 8 ปี ปรากฏในกฎหมาย The Trade Act of 1988¹¹ และท้ายที่สุดในปีค.ศ. 1994 เป็นการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ซึ่งมาจากการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย คือ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปีค.ศ. 1994)

ปรากฏว่าตั้งแต่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องมีผลใช้บังคับในปีค.ศ. 1995 คณะกรรมาธิการการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา (USITC) ทำการไต่สวนการนำเข้ามาตรการปกป้องตามกฎหมาย The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปีค.ศ. 1994) แล้วพบว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศจำนวน 6 คดี และจากทั้งหมด 6 คดีนี้มี 4 คดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรระดับข้อพิพาทภายใต้ WTO ว่าขัดกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องหรือไม่¹² ดังตารางที่ 1

และจากการพิจารณาขององค์กรระดับข้อพิพาทภายใต้ WTO มีคำตัดสินว่า การพิจารณาของคณะกรรมาธิการการค้าระหว่างประเทศ (USITC) ที่พบว่า การนำเข้าเพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องทั้ง 4 คดี

⁸ Trade Act of 1974, § 201-204, PL No.93-618,88 Stat. 2062(1975)

⁹ Trade Agreement Act of 1979, PL No. 96-39, § 1106 (a)(1)-(9),93 Stat.193, 312.

¹⁰ Trade and Tariff Act of 1984, PL No. 98-573, §§ 248(a), 249,98 Stat.2998.

¹¹ Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, § 1101(b)(12), 102 Stat. 1107, 1124.

¹² Douglas A. Irwin, Causing problems? The WTO review of causation and injury attribution in US Section cases. World Trade Review Vol.2, 2003, p.297.

ตารางที่ 1 การไต่สวนการใช้มาตรการปกป้องของ USITC ตั้งแต่ปีค.ศ. 1995

ปี ค.ศ.	สินค้า	คำตัดสินของ USITC	ขึ้นสู่การระงับข้อพิพาท ของ WTO
1995	Fresh winter tomatoes	Terminated	-
1996	Corn Brooms	Affirmative	No
1996	Fresh tomatoes and bell peppers	Negative	-
1997	Wheat Gluten	Affirmative	Yes
1998	Lamb Meat	Affirmative	Yes
1999	Certain Steel Wire Rod	Affirmative (Tie)	No
1999	Circular Welded Line Pipe	Affirmative	Yes
2000	Crabmeat from swimming crabs	Negative	-
2000	Extruded rubber thread	Negative	-
2001	Steel	Affirmative (16 of 33 cases)	Yes

จึงเห็นได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องประสบกับปัญหาเรื่องการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องอย่างมาก เนื่องจากไม่สามารถพิจารณาความเสียหายให้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องได้

นัยสำคัญของปัญหานี้คือ ในอนาคตถ้าคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศ (USITC) พิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้อง และมีการร้องเรียนขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทขององค์การระงับข้อพิพาทภายใต้ WTO อีก อาจจะทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเลือกที่จะไม่ใช้มาตรการปกป้องแต่หันไปใช้มาตรการอื่นๆแทน ในการคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศ เช่น มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด หรือจะใช้หนทางด้าน การเมืองเพื่อใช้มาตรการปกป้องตามกฎหมายภายในของตนเอง หรือสหรัฐอเมริกาจะไม่สนใจต่อคำ ตัดสินขององค์การระงับข้อพิพาทของ WTO ก็อาจเป็นไปได้¹³

ดังนั้น ในหัวข้อต่อไป ผู้เขียนจะนำเสนอบทบัญญัติเรื่องการพิจารณาความเสียหาย ตามกฎหมาย The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไข ปีค.ศ. 1994) ของประเทศสหรัฐ เพื่อที่ได้ทราบถึง ความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติเรื่องการพิจารณาความเสียหายตามกฎหมายภายในของประเทศ สหรัฐ นั่นคือ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไข ปีค.ศ. 1994) กับบทบัญญัติเรื่องการพิจารณา ความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO

4.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องของประเทศ สหรัฐอเมริกา

ภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน กระบวนการใช้มาตรการ ปกป้องเริ่มจาก มีผู้ยื่นคำร้อง (petition) ต่อคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศ¹⁴ (United States International Trade Commission :USITC) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า USITC) โดยผู้ยื่นคำร้องอาจเป็น

¹³ Ibid., pp.297-298.

¹⁴ คณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศ(USITC) เดิมเป็นคณะกรรมการด้านภาษี (Tariff Commission) ประกอบด้วยคณะกรรมการ 6 คน และมาจากพรรคการเมืองเดียวกันได้ไม่เกิน 3 คน (John H Jackson & William J Davey, Legal Problems of International Economic Relations (St. Paul, Minn : West Publishing, 2002), p.607.)

ตัวแทนของอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ได้รับความเสียหาย เช่น สมาคมทางการค้า บริษัท สหภาพ หรือกลุ่มของลูกจ้าง ทำการยื่นคำร้องต่อ USITC หรือประธานาธิบดี (President) ผู้แทนทางการค้า (The U.S. Trade Representative) คณะกรรมการการเงิน การคลังของสภาผู้แทนราษฎร (Committee on Ways and Means of the House of Representatives) คณะกรรมการด้านการเงิน ของวุฒิสภา (Committee on Finance of the Senate) หรือ USITC เป็นผู้ริเริ่มเอง¹⁵

เมื่อยื่นคำร้องขอแล้ว ผู้ยื่นคำร้องต้องให้ข้อมูลว่าเหตุใดจึงสมควรต้องเข้ามาตรรกการปกป้องเพื่อบรรเทาความเสียหายแก่อุตสาหกรรมนั้นๆ โดยข้อมูลนั้นต้องประกอบไปด้วย ข้อมูลหลักฐานของสินค้านำเข้า (imports) ข้อมูลหลักฐานของการผลิตภายในประเทศ (domestic production) และข้อมูลหลักฐานของความเสียหาย (injury) และต้องอธิบายด้วยว่า อุตสาหกรรมที่ได้รับความเสียหายดังกล่าวได้มีความพยายามในการแข่งขันกับสินค้านำเข้าอย่างไร และอุตสาหกรรมจะมีการปรับตัวอย่างไรถ้าได้รับอนุญาตให้เข้ามาตรรกการปกป้องได้¹⁶

หลังจากนั้น USITC จะทำการพิจารณาว่า สภาพของอุตสาหกรรมดังกล่าว เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายของประเทศที่จะเข้ามาตรรกการปกป้องได้หรือไม่ โดย USITC ต้องทำการไต่สวน และทำรายงานคำตัดสินภายใน 6 เดือน ถ้า USITC พิจารณาแล้วพบว่าเกิดความเสียหายแก่ อุตสาหกรรมภายในประเทศ (affirmative determination) ก็จะเสนอวิธีการบรรเทาความเสียหายส่ง ให้แก่ประธานาธิบดี ซึ่งประธานาธิบดีต้องพิจารณาตัดสินว่าจะให้มีการเข้ามาตรรกการปกป้องเพื่อ บรรเทาความเสียหาย ภายใน 60 วันหลังจากได้รับรายงานของ USITC อย่างไรก็ตาม ประธานาธิบดีมี อำนาจในการใช้ดุลยพินิจปฏิเสธคำแนะนำ หรือจะเปลี่ยนแปลงคำแนะนำของ USITC ก็ได้¹⁷

จะเห็นได้ว่า ก่อนที่จะเข้ามาตรรกการปกป้องได้ USITC ต้องทำการไต่สวนว่าสินค้าที่ กำลังนำเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญ (Substantial Cause) ของ ความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรม ภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือสินค้าที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้าหรือไม่ ซึ่งตาม

¹⁵ 19 U.S.C. 2252(a) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปีค.ศ. 1994)

¹⁶ John H Jackson & William J Davey, Legal Problems of International Economic Relations, p.607.

¹⁷ 19 U.S.C. 2252(b) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปีค.ศ. 1994)

กฎหมาย The Trade Act of 1979 (ฉบับแก้ไข ปีค.ศ. 1994) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายไว้ ดังนี้

4.2.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหาย ตามกฎหมาย The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปีค.ศ. 1994)

กฎหมาย The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปีค.ศ. 1994) กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้อง ดังนี้

คำว่า “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” หมายถึง ความเสียหายในประการสำคัญทั้งหมดที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ¹⁸ และในการพิจารณาความเสียหายอย่างร้ายแรง USITC จะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ทางเศรษฐกิจทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง (แต่ไม่จำกัดเฉพาะข้อ 1 ถึงข้อ 3) ดังนี้

- (1) ทำให้อุตสาหกรรมภายในประเทศต้องหยุดการผลิตสินค้า¹⁹
- (2) บริษัทจำนวนมากไม่สามารถหากำไรจากการผลิตสินค้า
- (3) ทำให้คนว่างงาน หรือเกิดการว่างงานแอบแฝง²⁰

¹⁸ 19 U.S.C. 2252(c)(6) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994)

¹⁹ คำว่า “ทำให้อุตสาหกรรมภายในประเทศต้องหยุดชะงัก” หมายถึงรวมถึง การปิดโรงงาน หรือการใช้ความสามารถในการผลิตที่ต่ำกว่าที่เคยทำได้ (19 U.S.C. 2252(c)(3) ภายใต้ The Trade Act of 1974(ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1994))

²⁰ การว่างงานแอบแฝง หรือการทำงานต่ำกว่าระดับ (underemployment) คือ การทำงานน้อยกว่าเวลาปกติ มีรายได้น้อยกว่าปกติ หรือได้ผลผลิตต่ำ หรือทำงานชนิดเวลาว่างมาก ไม่ได้ทำเต็มที่เท่าที่อยากทำ และบุคคลนั้นเต็มใจทำงานอื่นเพิ่มเติมถ้ามีงานให้ทำ (อัมพร วิจิตรพันธ์, เศรษฐศาสตร์แรงงาน (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2516), หน้า 149-150)

คำว่า “การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” หมายถึง ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ใกล้จะเกิดขึ้น²¹ ในการพิจารณาว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง USITC จะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ทางเศรษฐกิจทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง (แต่ไม่จำกัดเฉพาะข้อ 1 ถึงข้อ 3) ดังนี้

- (1) ยอดขายลดลง หรือทำให้สินค้าคงคลังมีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากขายสินค้าได้น้อยลง หรือ แนวโน้มการผลิต กำไร ค่าจ้าง หรือการจ้างงานลดต่ำลง
- (2) บริษัทต่าง ๆ ไม่มีเงินทุนเพียงพอที่จะนำมาใช้ในการปรับโรงงานและอุปกรณ์ในโรงงานภายในประเทศที่มีอยู่ให้ทันสมัยหรือไม่สามารถรักษาระดับของค่าใช้จ่ายในการค้นคว้าและการพัฒนาได้
- (3) ประเทศผู้ส่งออกได้เปลี่ยนแปลงตลาดหลักในการส่งออกสินค้าจากประเทศอื่นมาเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา(ประเทศสหรัฐอเมริกาคือตลาดหลักของประเทศผู้ส่งออกสินค้านั้น) ซึ่งจะ ทำให้มีการนำสินค้าเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้น

ส่วน”สาเหตุสำคัญ” (substantial cause) หมายถึง สาเหตุที่มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าสาเหตุอื่น²² ในการพิจารณา” สาเหตุสำคัญ “ (Substantial Cause) พิจารณาได้จาก สินค้านำเข้าเพิ่มขึ้น ไม่ว่าจะ เป็นปริมาณที่เพิ่มขึ้นจริง หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ และ ผู้ผลิตภายในประเทศขายสินค้าในตลาดภายในประเทศได้น้อยลง²³

นอกจากปัจจัยต่าง ๆ ที่กล่าวในข้างต้น USITC จะต้องคำนึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศตามวงจรทางธุรกิจที่เกี่ยวข้อง (The Relevant Business Cycle) แต่จะต้องไม่รวมเอาสาเหตุของการลดความต้องการสินค้าอันเนื่องมาจากเศรษฐกิจภายในประเทศสหรัฐอเมริกาตกต่ำมาเป็นสาเหตุเดียวของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามจนทำให้เกิดความ

²¹ 19 U.S.C. 2252(d)(6) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ.1994)

²² 19 U.S.C. 2252(b)(1)(B) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ.1994)

²³ 19 U.S.C. 2252(c)(1)(C) ภายใต้ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ.1994)

เสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ และUSITCจะต้องตรวจสอบปัจจัยต่าง ๆ นอกเหนือไปจากสินค้านำเข้า ซึ่งอาจจะเป็นสาเหตุของความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

4.2.2. ความแตกต่างของบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายของประเทศสหรัฐอเมริกากับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

เนื้อหาของบทบัญญัติเรื่องการพิจารณาความเสียหายตามกฎหมาย The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปีค.ศ. 1994) ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างจากเนื้อหาของบทบัญญัติเรื่องการพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง จะเห็นได้จากตาราง ดังนี้

บทบัญญัติเรื่อง การพิจารณาความ เสียหาย	กฎหมายของประเทศสหรัฐ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ.1994)	ความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้องภายใต้ WTO
1) ความหมายของ ความเสียหายอย่าง ร้ายแรง และการ คุกคามว่าจะเกิด ความเสียหายอย่าง ร้ายแรง	<ul style="list-style-type: none"> ▪ ความเสียหายอย่างร้ายแรง หมายถึง ความเสียหายในประการสำคัญทั้งหมดที่เกิดขึ้น กับ อุตสาหกรรมภายในประเทศ ▪ การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หมายถึง ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ใกล้จะเกิดขึ้น 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ ความเสียหายอย่างร้ายแรง หมายถึง ความเสียหายอย่างมากต่อ อุตสาหกรรมภายในประเทศ ▪ การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หมายถึง ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ใกล้จะเกิดขึ้น โดยในการพิจารณาตัดสินว่า มีการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่นั้น จะต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง และมีใช้ตามการกล่าวอ้าง การคาดเดาหรือความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล

บทบัญญัติเรื่อง การพิจารณาความ เสียหาย	กฎหมายของประเทศสหรัฐ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ.1994)	ความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้องภายใต้ WTO
<p>2) การพิจารณา เรื่องความเสียหาย อย่างร้ายแรง หรือ คุกคามว่าจะเกิด ความเสียหายอย่าง ร้ายแรง</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ การพิจารณาความเสียหาย อย่างร้ายแรง คณะกรรมาธิการ จะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆทาง เศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง (แต่ไม่ จำกัดเฉพาะข้อ 1-3) ดังนี้ <ul style="list-style-type: none"> (1) ทำให้ อุตสาหกรรม ภายในประเทศต้องหยุดการ ผลิตสินค้า (2) บริษัทจำนวนมากไม่ สามารถหากำไรจากการผลิต สินค้า (3) ทำให้คนว่างงานหรือเกิด การว่างงานแอมแฝง ■ การพิจารณาการคุกคามว่าจะ เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง คณะกรรมาธิการจะต้อง คำนึงถึงปัจจัยต่างๆทาง เศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง (แต่ไม่ จำกัดเฉพาะข้อ 1-3) ดังนี้ <ul style="list-style-type: none"> (1) ยอดขายลดลง หรือทำให้ สินค้าคงคลังมีจำนวนเพิ่มขึ้น หรือแนวโน้มการผลิต กำไร ค่าจ้าง หรือการจ้างงานลด 	<ul style="list-style-type: none"> ■ ในการตัดสินว่าสินค้านำเข้าที่ เพิ่มขึ้นก่อให้เกิดหรือคุกคามว่า จะเกิดความเสียหายอย่าง ร้ายแรงต่ออุตสาหกรรม ภายในประเทศหรือไม่ ให้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเป็นผู้ ประเมินปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้อง ทั้งหมดในลักษณะที่เป็นภาวะ วิสัยและในเชิงปริมาณ ซึ่ง แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของ อุตสาหกรรมนั้น โดยเฉพาะ ปัจจัยต่างๆดังต่อไปนี้ ดังเช่น อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้น ของสินค้านำเข้า ส่วนแบ่งทาง การตลาดภายในประเทศของ สินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น การ เปลี่ยนแปลงของระดับการขาย ผลผลิต ประสิทธิภาพในการ ผลิต กำลังการผลิตที่ใช้จริง กำไรขาดทุน และการจ้าง แรงงาน

บทบัญญัติเรื่อง การพิจารณาความ เสียหาย	กฎหมายของประเทศสหรัฐ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ.1994)	ความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้องภายใต้ WTO
	<p>ต่ำลง</p> <p>(2) บริษัทต่าง ๆ ไม่มีเงินทุนเพียงพอที่จะนำมาใช้ในการปรับโรงงานและอุปกรณ์ในโรงงานภายในประเทศที่มีอยู่ให้ทันสมัยหรือไม่สามารถรักษาระดับของค่าใช้จ่ายในการค้นคว้าและการพัฒนาได้</p> <p>(3) ประเทศผู้ส่งออกได้เปลี่ยนแปลงตลาดหลักในการส่งออกสินค้าจากประเทศอื่นมาเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา (ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตลาดหลักของประเทศผู้ส่งออกสินค้านั้น) ซึ่งจะทำให้มีการนำสินค้าเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้น</p>	
<p>3) การพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือ</p> <p>คุณคาดว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ ในการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุณคาดว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ต้องปรากฏว่าสินค้านำเข้าจากประเทศสหรัฐอเมริกาในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญ 	<ul style="list-style-type: none"> ■ ในการพิจารณาความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุณคาดว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้น จะต้องมีหลักฐานที่ระบุชัดเจนว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นมีสาเหตุมาจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า หากมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้า

บทบัญญัติเรื่อง การพิจารณาความ เสียหาย	กฎหมายของประเทศสหรัฐ The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ.1994)	ความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้องภายใต้ WTO
	<p>(substantial Cause) ของความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือ คุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ คำว่า "สาเหตุสำคัญ" (substantial cause) หมายถึง สาเหตุที่มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าสาเหตุอื่นๆ ▪ ในการพิจารณาสาเหตุสำคัญ (Substantial Cause) พิจารณาได้จาก สินค้านำเข้าเพิ่มขึ้น ไม่ว่าจะเป็ปริมาณที่เพิ่มขึ้นจริง หรือโดยเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ และผู้ผลิตภายในประเทศขายสินค้าในตลาดภายในประเทศได้น้อยลง 	<p>นำเข้าก่อให้เกิดความเสียหาย หรือ คุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในเวลาเดียวกัน จะถือว่าความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ นี้เป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าไม่ได้</p>

เมื่อพิจารณานิยามของความเสียหายอย่างร้ายแรง และการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง และตามกฎหมายของประเทศสหรัฐแล้ว จะเห็นว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐได้กำหนดค่านิยมดังกล่าวไว้คล้ายคลึงกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องอย่างมาก

ส่วนหลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง จะเห็นว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทางเศรษฐกิจ เช่นเดียวกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง และเมื่อพิจารณาปัจจัยทางเศรษฐกิจตามกฎหมายของประเทศสหรัฐ พบว่า มีความคล้ายคลึงกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

ความแตกต่างทางภาษาที่เห็นได้ชัดเจนระหว่าง ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง กับกฎหมาย The Trade Act of 1974 (ฉบับแก้ไข ปีค.ศ. 1994) ของประเทศสหรัฐ คือ บทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ โดยในกฎหมายของประเทศสหรัฐใช้คำว่า “สาเหตุสำคัญ” (substantial cause) คือ ต้องพิจารณาว่า สาเหตุเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าต้องมีความสำคัญไม่น้อยกว่าสาเหตุอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ ส่วนตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง มาตรา 4.2 (บี) กำหนดว่า “...หากมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในเวลาเดียวกัน จะถือว่าความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ นี้เป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าไม่ได้” ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวเป็นปัญหาอย่างมากแก่ประเทศสหรัฐ เห็นได้จากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงได้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องเลย²⁴

ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องไม่ได้กำหนดว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าต้องมีความสำคัญมากกว่าสาเหตุอื่น ๆ ที่ก่อความเสียหาย เพียงแต่กำหนดว่า หากมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในเวลาเดียวกัน จะถือว่าความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ นี้เป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าไม่ได้ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เห็นว่า มาตรฐานของการพิจารณาในเรื่องนี้ตามความ

²⁴ Douglas A. Irwin. Causing Problems? The WTO review of causation and injury attribution in US Section 201 Cases. *World Trade Review* Vol.2, 2003, p.301.

ตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO มีความเข้มงวดน้อยกว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา²⁵

4.3 การพิจารณาความเสียหายของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะนำเสนอ การพิจารณาความเสียหายของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐ (USITC) โดยศึกษาจากคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศ 2 คดี ได้แก่ คดี Wheat Gluten และคดี Lamb Meat ดังนี้

4.3.1 คดี Wheat Gluten²⁶

ความเป็นมา

คณะกรรมการการค้าเริ่มทำการไต่สวนเมื่อวันที่ 19 กันยายน ปีค.ศ. 1997 จากการร้องเรียนของ The Wheat Gluten Industry Council ซึ่งร้องเรียนว่า มีการนำเข้าแป้งสาลี (Wheat Gluten) มายังประเทศสหรัฐ ในปริมาณที่มากขึ้นจนเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมผลิตแป้งสาลีภายในประเทศสหรัฐ²⁷

แป้งสาลี (Wheat Gluten) ผลิตมาจากแป้งข้าวสาลี (Wheat Flour) และโดยส่วนใหญ่ 80% ประเทศสหรัฐนำเข้าแป้งสาลีมาใช้เป็นวัตถุดิบในอุตสาหกรรมขนมปัง และขนมอบทั้งหลาย²⁸

²⁵Ibid., pp.301-302.

²⁶Report to the President on Investigation No. TA-201-67, Wheat Gluten, United States International Trade Commission

²⁷ Ibid., p.5.

²⁸ Ibid., p.6.

แป้งสาลีที่นำเข้ามายังประเทศสหรัฐ มาจากหลายประเทศ แต่ประเทศผู้ส่งออกหลักได้แก่ สหภาพยุโรป ประเทศออสเตรเลีย และประเทศแคนาดา มีปริมาณ 51.5% 35.3% และ 8.9% ของสินค้านำเข้าตามลำดับ²⁹

ในคดีนี้ คณะกรรมาธิการทำการพิจารณาความเสียหายแล้ว ตัดสินว่า การเพิ่มขึ้นอย่างมากของ “แป้งสาลี” ที่นำเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นสาเหตุสำคัญ (substantial cause) ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (serious injury) ต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้านิดเดียวกันหรือที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้านั้น

4.3.1.1 การพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ในการพิจารณาตัดสินว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ คณะกรรมาธิการประเมินสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ พบว่า

(1) อุตสาหกรรมภายในประเทศต้องหยุดการผลิตสินค้า เห็นได้จาก

กำลังการผลิตที่ใช้จริง (capacity utilization) ลดลงอย่างมากจาก 78.3% ในปี 1993 เหลือ 42.0% ในปี 1996 และเพิ่มขึ้นเล็กน้อยเป็น 44.5% ในปี 1997 กำลังการผลิตที่ใช้จริงลดลงเนื่องจาก capacity³⁰ ในการผลิตแป้งสาลีภายในประเทศเพิ่มขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับการบริโภคภายในประเทศที่เพิ่มขึ้นด้วย

²⁹ Ibid.

³⁰ Capacity หมายถึง ผลผลิตมากที่สุดที่สามารถผลิตได้ (นาร์ตัน กรรณรัตน์สูตร. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้แกตต์ และองค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีกฎหมายของ

Capacity ที่เพิ่มขึ้นมากเกิดขึ้นในปี 1995 ก่อนที่จะมีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าในปี 1996 และ 1997 และหากไม่มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าจากปี 1993 อุตสาหกรรมภายในประเทศจะมี capacity ถึง 61% ในปี 1997

การผลิตเพิ่มขึ้นในช่วงเริ่มต้นของระยะเวลาที่ทำการไต่สวน คือ เพิ่มขึ้นจาก 122 ล้านปอนด์ ในปี 1993 เป็น 143 ล้านปอนด์ ในปี 1995 และลดลงอย่างมากเหลือ 122 ล้านปอนด์ในปี 1997 โดยลดลง 4.5% ตลอดระยะเวลาที่ใช้ในการไต่สวน

การขนส่ง (shipment) ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับการผลิต คือ เพิ่มขึ้นในช่วงแรก หลังจากนั้นก็ลดลง และลดลงมากที่สุดในช่วงปี 1996-1997 และช่วงทำการไต่สวน ยังปรากฏว่าสินค้าคงคลังเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าอีกด้วย

(2) อุตสาหกรรมภายในประเทศไม่สามารถหากำไรจากการผลิตสินค้าได้ เห็นได้จาก

ข้อมูลทางการเงินของผู้ผลิตภายในประเทศ 3 รายจากทั้งหมด 4 ราย ซึ่งถือว่าเป็นผู้ผลิตส่วนใหญ่ของผู้ผลิตแบ่งสาขภายในประเทศ ได้แก่ Midland Manildra และ Heartland แสดงว่า อุตสาหกรรมสามารถทำกำไรได้ในช่วงต้นของการไต่สวน แต่หลังจากนั้นก็ขาดทุนในปี 1996-1997

กำไรสุทธิ (gross profit) และรายได้จากการประกอบการเพิ่มขึ้นระหว่างปี 1993 - 1994 และลดลงอย่างมากในปี 1995 และลดลงอีกในปี 1996 - 1997 สรุปแล้ว อุตสาหกรรมทั้งหมดประสบภาวะขาดทุนในปี 1996-1997

มูลค่าเฉลี่ยของสินค้าต่อหน่วย (average unit value price) เพิ่มขึ้นแล้วก็ลดลง มูลค่าสินค้าต่อหน่วยเพิ่มขึ้นสูงสุดในปี 1994 และลดลงต่ำสุดในปี 1997 มูลค่าสินค้าต่อหน่วยลดลง ในขณะที่ต้นทุนของสินค้าต่อหน่วยเพิ่มสูงขึ้น

(3) อุตสาหกรรมภายในประเทศประสบกับปัญหาการว่างงาน และการว่างงานแฝง³¹

อุตสาหกรรมผลิตแป้งสาลีเป็นอุตสาหกรรมที่ใช้เครื่องจักรผลิตเป็นหลัก แต่ในการผลิตก็ยังคงต้องใช้แรงงานคนด้วย การจ้างแรงงาน และชั่วโมงการทำงานเพิ่มขึ้นในช่วงการไต่สวน เนื่องจาก อุตสาหกรรมต้องการเพิ่มผลผลิตให้มากขึ้น ก่อนมีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าในปี 1996-1997 แต่ปรากฏว่ามีการไล่คนงานในระดับผู้จัดการ และระดับผู้บริหารออก ซึ่งทำให้เกิดการว่างงาน

ปรากฏว่ามีการว่างงานแอบแฝงในอุตสาหกรรม เห็นได้จากชั่วโมงการทำงานที่ลดลงในปี 1993-1997 แต่ค่าจ้างต่อชั่วโมงยังคงระดับเดียวกับปี 1994 ประสิทธิภาพการผลิตของคนงานอยู่ในระดับสูงสุดเมื่อปี 1994 และต่ำสุดเมื่อปี 1997 เป็นผลมาจากต้นทุนแรงงานต่อหน่วยเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าในช่วงที่ทำการไต่สวน

สรุปแล้ว จากการประเมินปัจจัยต่างๆทั้งหมด จะเห็นว่า ปัจจัยแสดงผลด้านลบในช่วงท้ายของการไต่สวน กำลังการผลิตที่ใช้จริง การผลิต การขนส่งสินค้า ลดลง สินค้าคงคลังเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่า บริษัทประสบภาวะขาดทุน มูลค่าสินค้าต่อหน่วยลดลง และลดลงมากที่สุดในปี 1997 ในขณะที่มีการเพิ่มขึ้นของต้นทุนเฉลี่ยของสินค้าต่อหน่วย อัตราค่าจ้างต่อชั่วโมงคงที่ ประสิทธิภาพการผลิตของคนงานลดลง เนื่องจากกำลังการผลิตที่ใช้จริงลดลง และต้นทุนแรงงานต่อหน่วยเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่า แม้มีบางปัจจัยแสดงผลทางด้านบวกในปีที่ผ่านมาไม่นาน แต่อุตสาหกรรมก็ยังคงได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง

ดังนั้น คณะกรรมาธิการจึงตัดสินใจว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมผลิตแป้งสาลีภายในประเทศสหรัฐ

4.3.1.2 การพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

คณะกรรมาธิการได้พิจารณาว่าพบว่า มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าทั้งในปริมาณที่แท้จริง และเมื่อเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ ส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้านำเข้า ยังคง

³¹ อ่างแล้ว เติงอรรถที่ 20

ที่ในช่วง 3 ปีแรกของการไต่สวน คือ ลดลงเล็กน้อยจาก 51.4% เป็น 50.1% ในปี 1997 แต่เพิ่มขึ้นอย่างมากในปี 1996 จาก 58.9% เป็น 60.2% ในปี 1997 โดยพบว่า สินค้านำเข้าส่วนใหญ่มาจากสหภาพยุโรป และราคาสินค้านำเข้าจากสหภาพยุโรปก็มีราคาถูกลงกว่าสินค้าภายในประเทศ

จึงเห็นได้ว่า มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า สอดคล้องกับสภาพอุตสาหกรรมที่แย่งที่ เกิดในปี 1996-1997 เนื่องจากอุปสงค์ภายในประเทศ และการบริโภคภายในประเทศเพิ่มขึ้น การผลิต การขนส่ง กำลังการผลิตที่ใช้จริง มูลค่าสินค้าต่อหน่วย สภาพทางการเงิน และประสิทธิภาพของ คนงานลดลงในช่วงเวลาเดียวกับที่มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า

คณะกรรมการได้พิจารณาว่า สินค้า wheat starch ซึ่งเป็นสินค้าในตลาดเดียวกับ แป้งสาลี (co - product market) เป็นสาเหตุที่มีความสำคัญมากกว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการพบว่า ราคาแป้งสาลี และราคา wheat starch ภายในประเทศมีราคาเพิ่มขึ้นเล็กน้อยตลอดช่วงเวลาของการไต่สวน ราคา wheat starch สูงสุดในปี 1997 และก็ไม่เคยลดลง แม้ว่าราคาแป้งสาลีภายในประเทศจะลดลงอย่างมากในปี 1994 หรือสถานะทางการเงินของผู้ผลิตแป้งสาลีจะลดลงอย่างมากก็ตาม ดังนั้น ราคา wheat starch ภายในประเทศที่คงที่ แสดงว่าการแข่งขันระหว่าง corn starch และ wheat starch ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อการผลิตแป้งสาลีภายในประเทศ

คณะกรรมการได้พิจารณาสาเหตุอื่นๆที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อ อุตสาหกรรมภายในประเทศ ดังนี้

(1) การแข่งขันระหว่างผู้ผลิตภายในประเทศ คณะกรรมการพบว่า ตลาดแป้งสาลีภายในประเทศมีการแข่งขันสูง เพราะผู้ผลิตมี capacity ที่จะผลิตสินค้าให้ได้เท่ากับความต้องการของผู้บริโภคที่สูงได้ แต่แป้งสาลีเป็นสินค้าที่การขายขึ้นอยู่กับราคา และไม่ว่าจะเป็นแป้งสาลีจากบริษัทใดก็สามารถใช้แทนกันได้ทั้งนั้น ดังนั้นการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตภายในประเทศจึงไม่ได้เป็นสาเหตุที่มีความสำคัญมากกว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า

(2) Capacity ในการผลิตสินค้าเพิ่มขึ้น คณะกรรมการพบว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศมี capacity เพิ่มขึ้นในการไต่สวน การที่ capacity เพิ่มขึ้น แสดงว่า อุปสงค์ภายในประเทศ และการบริโภคภายในประเทศเพิ่มมากขึ้นด้วย โดยการบริโภคภายในประเทศเพิ่มขึ้นเกือบ 18% ในระหว่างปี 1993-1997 อุตสาหกรรมมี capacity 61% ในปี 1997 ซึ่งมากเกือบเท่ากับระดับ capacity ในช่วงเริ่มต้นการไต่สวน ซึ่งเป็นช่วงที่อุตสาหกรรมทำกำไรได้ แต่เนื่องจากมีการ

นำเข้าเพิ่มขึ้นจึงทำให้อุตสาหกรรมภายในประเทศผลิตสินค้าน้อยลงเพื่อไม่ให้ราคาของสินค้าภายในประเทศลดต่ำลง เช่นนี้ Capacity ของการผลิตภายในประเทศจึงอยู่ในระดับปริมาณเท่าเดิม แต่ Actual Output เท่าเดิม จึงทำให้ Capacity Utilization ลดลง ดังนั้น การนำเข้าที่เพิ่มขึ้นจึงเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรง เมื่อเป็นเช่นนี้คณะกรรมการการจึงสรุปว่า Capacity ของการผลิตภายในประเทศที่เพิ่มขึ้นจึงไม่ได้เป็นสาเหตุที่สำคัญมากกว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น

(3) ต้นทุนวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตเพิ่มขึ้น ราคาวัตถุดิบเพิ่มขึ้น ตลอดช่วงที่ทำการไต่สวนโดยเฉพาะปี 1996-1997 การบริโภคเพิ่มขึ้นอย่างมากในช่วงนี้ เพราะอุปสงค์ของแป้งสาลีมีความสัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงของราคา ซึ่งราคาวัตถุดิบที่สูงขึ้นก็จะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค ในปี 1996-1997 มูลค่าสินค้าต่อหน่วยลดลง แต่อุปสงค์เพิ่มขึ้น และต้นทุนการผลิตก็เพิ่มขึ้นด้วย คณะกรรมการการพบว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าที่มีราคาถูก เป็นสาเหตุที่ทำให้ราคาแป้งสาลีภายในประเทศราคาต่ำลง ดังนั้น การที่ต้นทุนของวัตถุดิบเพิ่มขึ้นจึงไม่ใช่สาเหตุที่สำคัญมากกว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า

คณะกรรมการการจึงตัดสินว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมผลิตแป้งสาลีภายในประเทศของสหรัฐ

4.3.2 คดี Lamb Meat³²

ความเป็นมาของคดี

คณะกรรมการการได้เริ่มการไต่สวนเมื่อวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ.1998 โดยการร้องเรียนจากผู้ร้องเรียน (petition) ดังนี้ The American Sheep Industry Association, Inc., Harper

³² Report to the President on Investigation No. TA-201-68, Lamb Meat, United States International Trade Commission

Livestock Company, National Lamb Feeders Association, Winters Ranch Partnership, Godby Sheep Company, Talbott Sheep Company, Iowa Lamb Corporation, Rancher's Lamb of Texas, Inc. และ Chicago Lamb & Veal Company. ผู้ร้องเรียนเหล่านี้เป็นตัวแทนของภาคอุตสาหกรรมเนื้อลูกแกะภายในประเทศ 4 ภาคใหญ่ ได้แก่ ผู้เลี้ยง (growers) ผู้ให้อาหาร (feeders) ผู้บรรจุหีบห่อ (packers) และผู้แปรรูป (processors) เนื้อลูกแกะ กล่าวหาว่า เนื้อลูกแกะ (lamb meat) ที่นำเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกา มีจำนวนเพิ่มมากขึ้น และเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ³³

ลูกแกะ คือ แกะที่อายุน้อย โดยทั่วไปจะนำไปฆ่าตอนอายุน้อยกว่า 14 เดือน เพราะเนื้อของลูกแกะมีค่ามากกว่าเนื้อของแกะที่โตแล้ว (mutton) แกะส่วนมากที่เลี้ยงเพื่อเป็นอาหารจึงถูกฆ่าตั้งแต่ยังเป็นลูกแกะ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ลูกแกะจะเกิดในช่วงฤดูใบไม้ผลิ และจะถูกเลี้ยงโดยให้กินหญ้า (range-fed) ไปจนถึงช่วงฤดูใบไม้ร่วง หลังจากนั้นก็จะถูกส่งไปยัง ผู้ให้อาหาร (feeders) จะทำการเลี้ยงลูกแกะเป็นเวลา 30-120 วัน หลังจากนั้นก็จะส่งไปยัง packers เพื่อฆ่า หรือส่งลูกแกะไปยัง ผู้แลเนื้อ (breakers) ผู้แลเนื้อก็จะขายไปยังพ่อค้าขายปลีกและขายส่งต่อไป ซึ่งผู้ผลิตเนื้อลูกแกะภายในประเทศส่วนมากก็จะขายเนื้อลูกแกะในรูปแบบของเนื้อแกะดิบและแช่แข็ง (fresh and chilled)³⁴

ผู้ร้องเรียน กล่าวว่า เนื้อลูกแกะนำเข้าจากประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ได้ทำความเสียหายให้แก่อุตสาหกรรมผลิตสินค้าเนื้อลูกแกะของประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงปี ค.ศ. 1993 – กันยายน ปี 1998 ในประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ลูกแกะที่เลี้ยงเพื่อเอาเนื้อจะถูกเลี้ยงโดยให้กินแต่หญ้า (range-fed) ไปจนถึงตลอดชีวิต จะไม่ถูกให้อาหารหรือเลี้ยงด้วยเมล็ดข้าว (grain-fed) จนกว่าจะถูกฆ่า เนื้อลูกแกะนำเข้าส่วนมากจะอยู่ในรูปแช่แข็ง (frozen) แต่ในช่วงระยะเวลาที่ใช้ในการไต่สวน เนื้อลูกแกะนำเข้ามีจำนวนเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะมาจากประเทศออสเตรเลียซึ่งนำเข้ามาในรูปแบบของสดและแช่แข็ง (fresh and chilled)³⁵

³³ Ibid., p.5.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

ในคดีนี้ คณะกรรมาธิการตัดสินว่า การเพิ่มขึ้นอย่างมากของ “เนื้อลูกแกะ” ที่นำเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นสาเหตุสำคัญ (substantial cause) ที่ก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (threat of serious injury) ต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรือที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้านั้น³⁶

4.3.2.1 การพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

อุตสาหกรรมเนื้อลูกแกะของประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ในช่วงตกต่ำมาอย่างยาวนาน และต้องเผชิญกับปัญหาหลายประการมาเป็นเวลาหลายปี จากการเปลี่ยนแปลงรสนิยมของผู้บริโภค ในปี ค.ศ. 1993 รัฐสภาสหรัฐจึงตัดสินใจให้เงินช่วยเหลือ (federal payment) แก่ผู้เลี้ยงลูกแกะ (growers and feeders) ภายใต้กฎหมาย The National Wool Act of 1954 กำหนดให้เงินช่วยเหลือโดยตรงแก่ผู้เลี้ยงลูกแกะ (growers and feeders)

แต่เมื่อปลายปี ค.ศ. 1993 รัฐสภาได้อนุมัติกฎหมายลดเงินที่ให้ความช่วยเหลือภายใต้กฎหมาย The Wool Act ไป 75% จากระดับที่ให้ในปี ค.ศ. 1994 ต่อมาลดลง 50% จากที่เคยให้ในปี ค.ศ. 1995 และไม่ให้เลยในปี ค.ศ. 1996 การเปลี่ยนแปลงเช่นเกิดขึ้นกับทุกภาคของอุตสาหกรรม (all segments of the industry) และสร้างความเสียหายกับบริษัทเป็นจำนวนมากทั้งที่เป็นผู้เลี้ยงลูกแกะ (the growing and feeding of Lambs) และ ผู้บรรจุและแลเนื้อแกะ (the packing and breaking of lamb meat) ในช่วงตลอดระยะเวลาที่มีการไต่สวน สภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศมีสภาพไม่ดี โดยในปี ค.ศ. 1996 การบริโภคเนื้อลูกแกะและเนื้อแกะต่อคนยังอยู่ในระดับคงที่ แต่ราคาเนื้อลูกแกะสูงขึ้น เพราะการขาดเงินช่วยเหลือตามกฎหมาย The Wool Act ในปีนั้น แต่พอมาถึงกลางปี ค.ศ. 1996 – ปี ค.ศ. 1997 ดัชนีทางเศรษฐกิจชี้ให้เห็นว่าสภาพของอุตสาหกรรมกำลังตกต่ำลง ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า การเริ่มถดถอยของอุตสาหกรรมเนื้อลูกแกะเริ่มเกิดขึ้นหลังปี ค.ศ. 1996 และเป็นสิ่งที่ยืนยันได้ว่า อุตสาหกรรมกำลังถูกคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

³⁶ Ibid.

ในการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ คณะกรรมาธิการได้ประเมินปัจจัยทางเศรษฐกิจ ดังนี้

- การผลิตและการขนส่งสินค้า (Production and shipments) : จากสถิติของ USDA แสดงว่าการผลิตได้ลดลงอย่างมาก ดังนี้

ปี ค.ศ.	1993	1994	1998 (ม.ค. – ก.ย.)
การผลิต (หน่วย : ล้านปอนด์)	326.7	250.8	180.7

จาก ปี ค.ศ. 1993 ถึงปี ค.ศ. 1997 ลดลงมากกว่า 27% และจากปี 1997 (ม.ค. – ก.ย.) ซึ่งมีมูลค่าการผลิต 187.1 ล้านปอนด์ ลดลง 3% เมื่อเทียบกับการผลิตปี 1998 (ม.ค. – ก.ย.)

การขนส่งสินค้า (The volume of industry shipments) จากสถิติของ USDA แสดงมูลค่าการขนส่ง ดังนี้

ปี ค.ศ.	1993	1997	1997 (ม.ค. – ก.ย.)	1998 (ม.ค. – ก.ย.)
มูลค่าการขนส่ง (หน่วย : ล้านเหรียญ \$)	441.0 \$	417.4 \$	297.2 \$	256.6 \$

ด้านปริมาณ จากปี ค.ศ. 1993 – 1997 ลดลง 24% แล้วเพิ่มขึ้นเล็กน้อยจากเดือนมกราคมถึงเดือนกันยายน เมื่อพิจารณามูลค่า มีการลดลง 13% สะท้อนราคาเนื้อลูกแกะที่ตกต่ำลงเริ่มตั้งแต่ปลายปี ค.ศ. 1997 และต่อเนื่องจนถึงปี 1998

- ความสามารถ และกำลังการผลิตที่ใช้จริง (Capacity and capacity utilization): จากรายงานของ packers แสดงว่า ความสามารถ (Capacity) ลดลงในช่วงแรกของการ ไต๋สวน จากนั้นก็เพิ่มขึ้น แต่ก็ยังอยู่ในระดับต่ำในปี ค.ศ. 1997 และต่ำมากกว่าทั้งปี ค.ศ. 1993 หรือ ค.ศ. 1994 แต่ความสามารถสูงขึ้นในเดือนมกราคม-กันยายน ปี ค.ศ. 1998 สูงกว่าช่วงเดือนเดียวกันปี ค.ศ. 1997 ส่วนกำลังการผลิตที่ใช้จริง (Capacity Utilization) เพิ่มขึ้นอย่างผิดปกติตลอดปี ค.ศ. 1996 และลดลงในปี ค.ศ. 1997 และลดลงมากที่สุดในช่วงที่มีการไต๋สวน 73.5% ระหว่างเดือนมกราคม-เดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1998, 85.7% เดือนมกราคม-เดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1997

จากรายงานจาก breakers แสดงให้เห็นว่า ความสามารถ (Capacity) เพิ่มขึ้นในช่วงที่มีการไต๋สวน และเพิ่มในอัตราที่เร็วกว่าการผลิต (Production) ส่วนกำลังการผลิตที่ใช้จริง (Capacity Utilization) ลดลงอย่างเห็นได้ชัด

- การจ้างงาน (Employment) : USDA พบว่า ตัวเลขของกลุ่มผู้เลี้ยงลูกแกะลดลง 20% จากปี ค.ศ. 1993 ไปจนถึงปี ค.ศ. 1997 ดังนี้

ปี ค.ศ.	1993	1997
กลุ่มผู้เลี้ยงลูกแกะ (lamb-growing establishments)	93,280	14,710

แต่ USDA ไม่มีตัวเลขอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับจำนวนการจ้างงาน (employment) การลดลงอย่างรวดเร็วของการฆ่าลูกแกะและกลุ่มผู้เลี้ยงลูกแกะ ซึ่งให้เห็นถึง ด้ชนีการจ้างแรงงาน เช่น จำนวนคนงานและจำนวนชั่วโมงการทำงานลดลงในช่วงระยะเวลาี้ และ จากสถิติของ USDA แสดงให้เห็นว่า มีอุตสาหกรรมที่ต้องปิดตัวเองในช่วงระยะเวลาที่มีการไต๋สวนนี้

- ส่วนแบ่งทางการตลาด (Market share) : ทั้งในเชิงปริมาณและมูลค่า (quantity and value) ในช่วงแรกของการไต๋สวนมีระดับคงที่ แต่เริ่มลดลงในปี 1996 พร้อมกับมีการเพิ่มขึ้นอย่างมากของสินค้านำเข้า

เชิงปริมาณ

ปี ค.ศ.	1993	1994	1995	1996	1997	1998 (ม.ค. –ก.ย.)
ส่วนแบ่งทางการตลาด ภายในประเทศ	88.8%	88.6%	86.5%	83.5%	80.3%	76.7%

เชิงมูลค่า

ปี ค.ศ.	1993	1997	1998 (ม.ค. –ก.ย.)
ส่วนแบ่งทางการตลาด ภายในประเทศ	88.1%	75.2%	69.3%

- ประสิทธิภาพการผลิต (Productivity) : จากรายงานของ feeders และ growers แสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพการผลิต (Productivity) ของ feeders and growers มีความสัมพันธ์กันอย่างต่อนื่องตลอดช่วงที่มีการไต่สวน สถิติเรื่องต้นทุนทางแรงงาน (direct labor costs) ซึ่งรวบรวมมาจากแบบสอบถามที่ถามโดย packers และ breakers แสดงให้เห็นว่า กำลังการผลิตของของอุตสาหกรรมดังกล่าวยังคงที่ตลอดช่วงที่มีการไต่สวน

- สินค้าคงคลัง (Inventories) : รายงานจาก packers แสดงว่ามีสินค้าคงคลังเพิ่มขึ้นเล็กน้อย แต่สินค้าคงคลังไม่มีความเกี่ยวข้องในกรณีนี้ เพราะเนื้อลูกแกะสดเป็นสินค้าที่เน่าเสียได้ง่าย (perishable) และเป็นสินค้าคงคลังได้ในเวลาอันจำกัด

- สถานะทางการเงิน (กำไร และขาดทุน) : ตัวเลขของ packers และ breakers ได้แสดงว่า มีการลดลงของมูลค่าขายสุทธิ (value of net sales) และรายได้จากการประกอบการ (operating income) ซึ่งรายได้จากการประกอบการ (operating income) ของ packers และ breakers มีมูลค่าต่ำที่สุดในช่วงท้ายของการไต่สวนในปี ค.ศ. 1997 และเดือนมกราคม – กันยายน ปี

ค.ศ. 1998 เมื่อเปรียบเทียบกับปี ค.ศ. 1997 และหลังจากที่ทำกำไรได้ในปี ค.ศ. 1995 และ ปี ค.ศ. 1996

ผู้เลี้ยงลูกแกะ (feeders) ต้องขาดทุนในปี ค.ศ. 1997 และขาดทุนอย่างมาก ในช่วง 9 เดือนแรกของปี 1998 มีรายงานว่า ผู้เลี้ยงมีค่าใช้จ่าย (expenses) มากกว่ารายได้ถึง 8.4% ซึ่งเป็นการขาดทุนมากที่สุดที่ผู้เลี้ยงประสบในช่วงเวลาที่มีการไต่สวน

อัตราการขายของ growers สูงขึ้นเล็กน้อย ตลอดช่วงที่มีการไต่สวนและสูงขึ้น ในช่วง 9 เดือนแรกของปี ค.ศ. 1998 สูงกว่าปี ค.ศ. 1997 อัตราการขายสุทธิ (net sales value) ของลูกแกะและผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1993 – 1997 แต่ยอดขายสุทธิ ในช่วง 9 เดือนแรกของปี ค.ศ. 1998 ลดต่ำลงอย่างเห็นได้ชัด (19%) เมื่อเปรียบเทียบกับปี ค.ศ. 1997

และจากสถิติของ growers แสดงกำไรทั้งหมดตลอดช่วงที่มีการไต่สวน โดย กำไรจากการขายสุทธิ (profits as a percentage of net sales) ตกลงจากปี ค.ศ. 1995 ถึงปี ค.ศ. 1996 ลดลงเล็กน้อยคือ 0.7% และลดลงอย่างต่อเนื่องคือ 2.8% ในปี ค.ศ. 1997 ในแต่ละปี growers รายงานว่าขาดทุนการประกอบการ (operated at a loss)

- ความยากลำบากในการหาเงินทุน (Difficulty of generating capital) : การหาเงินทุนเพื่อปรับปรุงอุตสาหกรรมให้มีความทันสมัยทั้งเครื่องมืออุปกรณ์และโรงงาน จากรายงานของ growers และ feeders แสดงถึงการปฏิเสธที่จะขยายโรงงาน หรือต้องเลื่อนการขยายโรงงานออกไป การลดจำนวนเงินลงทุน การที่ธนาคารปฏิเสธเงินกู้ยืม การลดอัตราความน่าเชื่อถือ และปัญหาในการจ่ายหนี้เงินกู้คืน

- ราคาสินค้า (Prices and price trends) : จากแบบสอบถามของ USITC แสดงให้เห็นถึงราคาที่ลดลงอย่างมากของผลิตภัณฑ์จากเนื้อลูกแกะต่าง ๆ โดยเริ่มตั้งแต่ช่วงกลางปี ค.ศ. 1997 และถึงแม้ว่าราคาจะสูงขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1998 แต่ก็ยังคงอยู่ในระดับต่ำตลอดจนถึงเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1998 ซึ่งเป็นช่วงท้ายของการสำรวจ (ตั้งแต่ช่วงฤดูใบไม้ผลิ ปี ค.ศ. 1997 จนถึงเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 1998 ราคาผลิตภัณฑ์ทุกชนิดลดต่ำลงอย่างมาก โดยเริ่มเมื่อช่วง 3 เดือนแรกของปี 1997 ราคาของผลิตภัณฑ์หลายชนิดลดลง 20% หรือมากกว่านั้น เมื่อเปรียบเทียบกับปี ค.ศ. 1996 และต้นปี ค.ศ. 1997)

จากการพิจารณาปัจจัยต่างๆเหล่านี้ แสดงให้เห็นว่า สภาพของอุตสาหกรรมผลิตเนื้อลูกแกะภายในประเทศมีความยืดหยุ่นมาตลอด โดยพบว่า ส่วนแบ่งทางการตลาด (market share) การผลิต (production) การขนส่งสินค้า (shipments) ความสามารถในการหากำไร (profitability) และราคา (price) มีสภาพแย่ง ตลอดจนปัญหาต่าง ๆ ที่อุตสาหกรรมภายในประเทศต้องประสบ USITC จึงตัดสินใจว่าการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายกับอุตสาหกรรมผลิตเนื้อลูกแกะภายในประเทศสหรัฐอเมริกา

4.3.2.2 การพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุสำคัญของความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

USITC พบว่า เนื้อลูกแกะนำเข้าที่มีปริมาณเพิ่มขึ้นอย่างมาก เป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง และเป็นสาเหตุที่มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าสาเหตุอื่น USITC จึงตัดสินใจว่า เนื้อลูกแกะนำเข้าที่มีปริมาณเพิ่มขึ้นมากเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมผลิตเนื้อลูกแกะภายในประเทศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

- คณะกรรมาธิการได้วิเคราะห์สภาพของการแข่งขันของสินค้านำเข้ากับสินค้าภายในประเทศ (Condition of competition) ดังนี้

USITC ให้ข้อสังเกตว่า จากการที่วงจรธุรกิจ (growth cycles) เติบโต ทำให้เป็นการยากอย่างมากในการเพิ่มปริมาณเนื้อลูกแกะ (Supply) ในระยะสั้น การผลิตลูกแกะเป็นกระบวนการที่ใช้เวลานาน ต้องกินเวลาหลายปีสำหรับ grower ที่ต้องปรับขนาดการผลิตภายหลังจากเกิดภาวะราคาตกต่ำอย่างไม่สามารถคาดการณ์ได้

เมื่อลูกแกะได้นำหนักตามที่ต้องการ และอายุถึงเกณฑ์ที่จะนำไปฆ่าเพื่อทำเป็นอาหาร ก็ไม่สามารถจะรอเวลาได้อีก เพราะคุณภาพของเนื้อลูกแกะจะไม่ดี จึงไม่สามารถที่จะรอดูราคาตลาดได้ (market price)

ดังนั้น การที่ growers และ feeders จะปรับขนาดการผลิตโดยการไม่นำไปฆ่าในเวลาถึงเกณฑ์แล้วเอามาใช้ในจุดประสงค์อื่น ๆ หรือยึดระยะเวลาการฆ่าออกไป จึงไม่ใช่เรื่องง่ายที่

จะทำได้ ทั้ง growers และ feeders จึงต้องประสบกับความเสียหายจากการที่ราคาสินค้าตกต่ำอย่างรวดเร็ว มันต้องใช้เวลาในการที่ผู้ผลิตภายในประเทศจะปรับขนาดการผลิตให้สอดคล้องกับแนวโน้มของราคาในระยะยาว

ความต้องการเนื้อลูกแกะของผู้บริโภคในประเทศสหรัฐ ได้ตกต่ำลงอย่างต่อเนื่อง ตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่ 2 เพราะผู้บริโภคได้เปลี่ยนไปบริโภคสินค้าชนิดอื่น ในระยะเวลาที่มีการไต่สวน การบริโภคเนื้อลูกแกะภายในประเทศ ลดลงอย่างรวดเร็ว จากปี ค.ศ. 1993 ถึงปี ค.ศ. 1996 และหลังจากนั้นก็คงที่มาตลอด และความต้องการของผู้บริโภค (demand) ส่งผลกระทบกับราคา ในภาวะตลาดเช่นนี้ การมีสินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นมายังประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นสาเหตุที่ทำให้ผู้ผลิตภายในประเทศต้องเสียยอดขายไป โดยจะต้องขายในราคาถูกลงเพื่อที่จะรักษาปริมาณการขายเอาไว้ให้ได้

USITC พบว่า สินค้าเนื้อลูกแกะทั้งสินค้านำเข้าและภายในประเทศ เป็นสินค้าที่ทดแทนกันได้ (substitutable) ถึงแม้ฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา (respondents) จะโต้แย้งว่า เนื้อลูกแกะนำเข้ามีความแตกต่างเป็นพิเศษจากเนื้อลูกแกะภายในประเทศ ทั้งในด้านขนาด รสชาติ ความมีมาตรฐานของคุณภาพสินค้า แต่สถิติก็แสดงว่าเนื้อลูกแกะนำเข้าและเนื้อลูกแกะภายในประเทศมีความคล้ายคลึงกันมาก

- คณะกรรมาธิการได้วิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้ากับความเสียหาย (Analysis of causation) ดังนี้

สินค้านำเข้าได้ระดับสถิติที่ได้บันทึกไว้ในปี ค.ศ. 1996 และเพิ่มขึ้นอีก 19.2% ในปี ค.ศ. 1997 สินค้านำเข้าเพิ่มมากขึ้นเกินกว่าระดับที่บันทึกไว้ ซึ่งอ้างอิงตามสถิติประจำปี ค.ศ. 1998 (ช่วงกลางปี ค.ศ. 1998) บริษัทของประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ได้ตอบแบบสอบถามของ USITC โดยกะประมาณว่า จะทำการส่งออกสินค้าไปยังประเทศสหรัฐเพิ่มขึ้นกว่าในปี ค.ศ. 1999 การกะประมาณของบริษัทในปี ค.ศ. 1999 คือ 21% มากกว่าแผนการในปี ค.ศ. 1998 ทั้งปี

การเพิ่มขึ้นของปริมาณสินค้านำเข้า มีผลกระทบทางด้านลบต่อราคาสินค้าภายในประเทศ (the domestic industry's prices), จำนวนการขนส่งสินค้า (shipment volumes) และสภาพทางการเงิน (financial condition) อย่างมากในการอนาคต ดังนี้

- ด้านราคา : การที่ผู้เลี้ยง (growers) และผู้ให้อาหาร (feeders) ภายในประเทศไม่สามารถลดการผลิตได้ในระยะเวลาอันสั้น และการที่สินค้านำเข้ามีปริมาณเพิ่มขึ้น ทำให้ราคาสินค้าตกต่ำในระยะเวลาอันสั้น มูลค่าสินค้าภายในประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ตกลงในช่วงกลางปี ค.ศ. 1998 เมื่อเทียบกับกลางปี ค.ศ. 1997 และตกลงตลอดเวลาที่สินค้านำเข้ามีปริมาณเพิ่มมากขึ้น ในช่วงที่มีการไต่สวนความเสียหาย นอกจากนั้นราคานี้่อลูกแกะของประเทศสหรัฐ, ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ อยู่ในราคาต่ำมากที่สุด จากการสำรวจสินค้าในช่วงครึ่งปีหลังของปี ค.ศ. 1997 (second half of 1997) และในช่วง 3 quarters แรกของปี ค.ศ. 1999 และต่ำมากกว่าช่วง quarters ของปี ค.ศ. 1996 และครึ่งปีแรกของปี ค.ศ. 1997 จากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าจะถูกคาดว่าเป็นตัวกดดันทำให้ราคาสินค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาตกต่ำลง

- ด้านส่วนแบ่งทางการตลาด : ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศทั้งในแง่ปริมาณและมูลค่า มีดังนี้

ด้านปริมาณ

ปี ค.ศ.	1993	ม.ค. – ก.ย. 1998
ปริมาณส่วนแบ่งทางการตลาด	11.2%	23.3%

ด้านมูลค่า

ปี ค.ศ.	1993	ม.ค. – ก.ย. 1998
มูลค่าส่วนแบ่งทางการตลาด	11.96%	30.7%

การเพิ่มขึ้นจะอยู่ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1997 – 1998 ในปี ค.ศ. 1997 สินค้านำเข้าเพิ่มขึ้น 9.7 ล้านปอนด์ ด้จากการลดลงของการขนส่งเนื้อลูกแกะของประเทศสหรัฐลดลง 8.4 ล้านปอนด์ เป็นตัวที่แสดงให้เห็นว่า สินค้านำเข้าได้เข้ามาแย่งส่วนแบ่งทางการตลาดจากผู้ผลิตจากประเทศสหรัฐอเมริกาโดยตรงแล้ว

- ด้านสภาพทางการเงิน : USITC พบว่า สภาพทางการเงินของหลายภาคในอุตสาหกรรม (various segments) มีสภาพย่ำแย่ลงเนื่องมาจากการลดลงของยอดขาย (sales) และราคา ซึ่งเป็นผลอันเนื่องมาจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น และการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า

ได้แย่งส่วนแบ่งทางการตลาดโดยตรงต่อผู้บริโภคภายในประเทศ ดังนั้น การเพิ่มขึ้นอย่างมากของสินค้านำเข้าจึงส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรม ทั้งในด้านการขนส่งสินค้า (shipment) ด้านราคาและสถานะภาพทางการเงิน (financial performance)

- คณะกรรมาธิการได้พิจารณาว่ามีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าที่ก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ดังนี้

(1) USITC พิจารณาว่าการยุติการให้ความช่วยเหลือด้านการเงินภายใต้กฎหมาย The National Wool Act ปี 1954 อาจเป็นสาเหตุที่มีความสำคัญมากกว่าหรือไม่

รัฐสภาประเทศสหรัฐอเมริกายกเลิกกฎหมาย The Wool Act ในปี 1993 ซึ่งเป็นการยกเลิกการให้ความสนับสนุนทางการเงินเป็นจำนวนมากในปี 1994 และ 1995 ก่อนที่จะเกิดการนำเข้าสินค้าเพิ่มขึ้นอย่างมากในปี 1996 ผู้ร้องเรียน (Petitioners) อ้างว่า การสูญเสียเงินที่ให้ความช่วยเหลือส่งผลกระทบต่อ growers และ feeders ก่อนที่จะเกิดการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น ส่วนฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา (Respondents) กล่าวว่า ทางอุตสาหกรรมต้องไม่คาดคิดมาก่อนว่าผลกระทบจะเกิดขึ้นเร็ว เช่นนี้จากการสูญเสียการสนับสนุนด้านการเงินในระยะยาว

USITC กล่าวว่า การขาดการช่วยเหลือทางการเงินตามกฎหมาย Wool Act ทำความเสียหายให้แก่ผู้เลี้ยงลูกแกะ (growers) และผู้ให้อาหารลูกแกะ (feeders) และทำให้ growers และ feeders บางคนถอนตัวออกจากอุตสาหกรรมก็จริง และก็ไม่คิดว่าผลกระทบดังกล่าวจะหายไปเมื่อถึงปี 1997 แต่อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าอุตสาหกรรมก็ฟื้นตัวขึ้นตั้งแต่การหยุดให้ความช่วยเหลือในปี 1996 และผลกระทบจากการหยุดให้ความช่วยเหลือทางการเงินตามกฎหมาย The Wool Act ก็คาดว่าจะลดลงเมื่อเวลาผ่านไปแต่ละเดือน นอกจากนี้การหยุดการให้ความช่วยเหลือตามกฎหมาย The Wool Act มีผลกระทบทางอ้อมต่อสถานะทางการเงินของ packers และ breakers เท่านั้น ซึ่งเป็นผู้ไม่เคยได้รับความช่วยเหลือจากกฎหมายฉบับนี้เลย ดังนั้น USITC พบว่าในอนาคตอันใกล้ การขาดการช่วยเหลือทางการเงินตามกฎหมาย Wool Act จะเป็นสาเหตุที่มีความสำคัญน้อยกว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นของเนื้อลูกแกะที่ได้ก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

(2) USITC ได้ทำการพิจารณาว่ามีการแข่งขันจากอุตสาหกรรมที่ผลิตเนื้อชนิดอื่นหรือไม่ เช่น เนื้อวัว, หมู, สัตว์ปีก ที่อาจเป็นสาเหตุสำคัญมากกว่าในการก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ถึงแม้ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจะปรากฏว่ามีการแข่งขันกับเนื้อลูกแกะในบางช่วงเวลา แต่ก็ไม่พบหลักฐานว่าการแข่งขันเช่นนั้นจะเป็นสาเหตุที่มีความสำคัญมากกว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น การบริโภคเนื้อลูกแกะต่อหัว (per capita) ยังคงคงที่ตั้งแต่ปี 1995

(3) USITC ยังได้พิจารณาว่าการเพิ่มขึ้นของต้นทุนวัตถุดิบ (increased input costs) การให้อาหารและการเลี้ยงดูลูกแกะมากเกินไปและการให้ความชุ่มชื้นในภาคของ packer เพิ่มขึ้นเหล่านี้ อาจเป็นสาเหตุสำคัญมากกว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นที่ก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

USITC พบว่าไม่เป็นความจริงที่ ค่าใช้จ่ายของ growers เพิ่มขึ้นในอัตราสูงสุดและลดต่ำลงในปี 1998 เดือน ม.ค. – ก.ย. ค่าใช้จ่ายของ feeders เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วแต่ก็ไม่มาก (not at a dramatic pace) เช่นเดียวกับต้นทุนวัตถุดิบ (cost of inputs) ของ packers และ breaker เพิ่มขึ้นปานกลางในการผลิตสินค้า ดังนั้น จึงไม่มีการเพิ่มขึ้นของต้นทุนวัตถุดิบอย่างเห็นได้ชัดก็จะอธิบายถึงการลดลงอย่างรวดเร็วของกำไรของอุตสาหกรรมและไม่มีการเพิ่มขึ้นในอนาคตอันใกล้ (imminent future)

(4) USITC ได้พิจารณาสาเหตุเรื่องการให้อาหารแก่ลูกแกะมากเกินไป อาจเป็นสาเหตุสำคัญมากกว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นที่ก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง โดยผู้ถูกกล่าวหา (Respondents) อ้างว่า ผู้เลี้ยงลูกแกะบางรายในประเทศสหรัฐในปี ค.ศ. 1997 ให้อาหารเลี้ยงดูลูกแกะมากเกินไปโดยไม่จำเป็นเพื่อที่จะเพิ่มรายได้ ในขณะที่รายได้สูงขึ้นและลูกแกะเหล่านี้จะถูกนำไปฆ่าด้วยขนาดใหญ่แต่ถูกขายในราคาถูก ซึ่งเป็นการตั้งราคาภายในประเทศอื่น ๆ ให้ต่ำลงด้วย แต่ผู้ร้องเรียน (Petitioner) ไม่เห็นด้วย โดยชี้แจงว่าเปอร์เซ็นต์ของไขมันในลูกแกะที่ถูกวัดโดย USDA ต่ำลงในปี 1997 และต่ำมากกว่าปี 1993 และ 1994 ถึงแม้ว่า USITC จะยอมรับข้อโต้แย้งของผู้ถูกกล่าวหาแต่ “ไขมัน” (fat) ของลูกแกะก็เป็นคำอธิบายที่ไม่ได้มากไปกว่าส่วนแบ่งของการผลิตลูกแกะภายในประเทศทั้งหมด อย่างไรก็ตามผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้กล่าวหาว่าการเลี้ยงดูมากเกินไปเป็นตัวแสดงว่าจะเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายในอนาคต

(5) USITC พิจารณาว่าการรวมตัวกันในภาคอุตสาหกรรมของ packer (concentration in the packer segment of the industry) อาจเป็นสาเหตุที่มีความสำคัญมากกว่าใน

การก่อการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ สถิติ USDA แสดงว่าโรงงาน packing ภายในประเทศ 9 โรงงาน มีสัดส่วน 85% ในการเป็นผู้ฆ่าแกะและลูกแกะในปี ค.ศ. 1997 อย่างไรก็ตาม ผู้ร้องเรียนอ้างว่าการ การรวมตัวกันของ packer ลดลงกว่า 5 ปีที่ผ่านมา ระดับของการรวมตัวกันของ packer อย่างมาก แสดงว่า packer ต้องการหลีกเลี่ยงปัญหาสินค้านำเข้าที่มีราคาถูกลงกว่า อย่างไรก็ตาม packers ก็เหมือนกับภาคอื่น ๆ ของอุตสาหกรรมเนื้อลูกแกะ ต้องประสบกับภาวะกำไรถดถอยในช่วงหลังของการไต่สวนและประสพภาวะขาดทุนในช่วงเดือน ม.ค. - ก.ย. ปี 1998 ดังนั้นเราจึงสรุปว่าการ concentration ของภาค packers เป็นสาเหตุสำคัญน้อยกว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นในการก่อให้เกิดการคุกคามความเสียหาย

(6) USITC ได้พิจารณาว่าความล้มเหลวในการพัฒนาและบังคับใช้โปรแกรมการตลาดอย่างมีประสิทธิภาพ (the failure to develop and implement an effective marketing program) ของเนื้อลูกแกะ เป็นสาเหตุสำคัญกว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นหรือไม่

USITC พบว่า โปรแกรมการตลาดที่มีประสิทธิภาพที่ได้ช่วยเพิ่มอุปสงค์ของตลาดในประเทศ ซึ่งได้รับผลกระทบจากการยกเลิกกฎหมายการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน The Wool Act ดังนั้น จึงไม่พบว่าความล้มเหลวของการบังคับใช้โปรแกรกดังกล่าว จะมีความสำคัญมากกว่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้น

จากข้อเท็จจริงและปัจจัยทางเศรษฐกิจ แสดงว่า มีการเพิ่มขึ้นของส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้า และการเพิ่มขึ้นของเนื้อลูกแกะนำเข้าเป็นสาเหตุสำคัญอย่างมากโดยมีผลกระทบต่อปริมาณ หรือราคา หรือกระทบทั้งปริมาณและราคาเนื้อลูกแกะของอุตสาหกรรมผลิตเนื้อลูกแกะภายในประเทศสหรัฐ ดังนั้น USITC จึงตัดสินว่าการนำเข้าเนื้อลูกแกะเพิ่มมากขึ้นเป็นสาเหตุสำคัญและสำคัญไม่น้อยไปกว่าสาเหตุอื่นที่ก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทวิเคราะห์มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review)

เกี่ยวกับความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO

จากการศึกษาหลักเกณฑ์การพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้องภายใต้ WTO ในบทที่ 3 และแนวทางการพิจารณาความเสียหายในการใช้ มาตรการปกป้องของประเศสหรัฐอเมริกาในบทที่ 4 อีกทั้งจากการศึกษาข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้ มาตรการปกป้อง 4 คดีในบทที่ 3 ได้แก่ คดี Korea – Dairy Products คดี Argentina – Footwear คดี US – Wheat Gluten และคดี US – Lamb Meat ซึ่งทุกคดีองค์กรระงับข้อพิพาท ตัดสินว่า ประเทศผู้นำเข้าพิจารณาความเสียหายไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ดังนั้น ในบทที่ 5 นี้ ผู้เขียนจะศึกษาและวิเคราะห์ว่า องค์กรระงับข้อพิพาทได้ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เกี่ยวกับความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องอย่างไร ในการตรวจสอบว่า ประเทศผู้นำเข้าพิจารณาความเสียหายได้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้องหรือไม่ ซึ่งเป็นการป้องกันการใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมของประเทศ สมาชิกได้ในระดับหนึ่ง

5.1 มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่าง ร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง เงื่อนไขก่อนที่ประเทศผู้นำเข้าจะใช้ มาตรการปกป้องได้ คือ ต้องปรากฏว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ¹ ดังนั้น ก่อนที่จะใช้มาตรการปกป้อง ประเทศผู้นำเข้าต้องพิจารณาว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่

¹ มาตรา 2.1 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

ซึ่งในการพิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง กำหนดว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัยและในเชิงปริมาณ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมนั้น โดยเฉพาะปัจจัยต่างๆดังต่อไปนี้ ดังเช่น อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น การเปลี่ยนแปลงของระดับการขาย การผลิต ประสิทธิภาพการผลิต กำลังการผลิตที่ใช้จริง กำไรขาดทุน และการจ้างแรงงาน² โดยความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ได้ให้คำนิยาม ความเสียหายอย่างร้ายแรง ว่าหมายถึง ความเสียหายอย่างมากที่เกิดขึ้นต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ³ ส่วนการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หมายถึง ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ใกล้จะเกิดขึ้น โดยในการพิจารณาตัดสินว่า มีการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่นั้น จะต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง และมีใช้ตามการกล่าวอ้าง การคาดเดา หรือความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล ”⁴

ในการตรวจสอบว่า ประเทศสมาชิกพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ได้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องหรือไม่ องค์กระบวนข้อพิพาท ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of review) เพื่อตรวจสอบการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ดังนี้⁵

(1) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) หรือไม่ (formal matter)

(2) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีคำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความเพียงพอหรือไม่ ว่าข้อเท็จจริงต่างๆสนับสนุนการตัดสินของตนอย่างไร (substantive matter)

² มาตรา 4.2(เอ) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

³ มาตรา 4.1(เอ) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

⁴ มาตรา 4.1(บี) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

⁵ WTO Document, AB Report on Argentina – Footwear, para.121.

และจากการศึกษาคดีเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้อง ในคดี Korea – Dairy Products คดี Argentina – Footwear คดี US – Wheat Gluten และคดี US – Lamb Meat จะเห็นว่า องค์การระงับข้อพิพาทได้ใช้มาตรฐานการทบทวนดังกล่าว เพื่อตรวจสอบการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ และเพื่อป้องกันการใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมของประเทศสมาชิก มีรายละเอียด ดังนี้

5.1.1 เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) หรือไม่

มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ประการแรก ที่องค์การระงับข้อพิพาทใช้ในการตรวจสอบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศผู้นำเข้าพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ได้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องหรือไม่ คือ องค์การระงับข้อพิพาทจะตรวจสอบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) หรือไม่

ตามที่ได้ทำการศึกษาลักษณะการพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO ในบทที่ 3 จะเห็นว่า การประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้อง

(1) ประเมินปัจจัยทุกประการที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2(เอ)

ซึ่งหมายถึงเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยดังต่อไปนี้ทุกประการ ได้แก่ อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า (the rate and amount of the increase in imports) ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น (the share of the domestic market taken by increased imports) การเปลี่ยนแปลงของระดับการขาย (changes in the level of sales) การผลิต (production) ประสิทธิภาพในการผลิต (productivity) กำลังการ

ผลิตที่ใช้จริง (capacity utilization) กำไรขาดทุน (profits and losses) และการจ้างแรงงาน (employment)⁶

(2) ต้องประเมินปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้องแม้ไม่ใช่ปัจจัยที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2 (เอ)

กล่าวคือ นอกจากเจ้าหน้าที่ผู้มีความจำเป็นต้องประเมินปัจจัย 8 ประการตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2 (เอ) เป็นอย่างต่ำแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีความจำเป็นต้องประเมินปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมภายในประเทศด้วย แม้ผู้มีส่วนได้เสียจะไม่ได้หยิบยกขึ้นในการไต่สวนก็ตาม⁷

(3) การประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องต้องอยู่บนข้อมูลอ้างอิงในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย และในเชิงปริมาณที่แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ

หมายความว่า ในการประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง เจ้าหน้าที่ผู้มีความจำเป็นต้องประเมินข้อมูลอ้างอิงที่เป็นภาวะวิสัย (objective data) ซึ่งสามารถวัด หรือการทำให้เป็นปริมาณได้ (measurement and quantification)⁸ โดยข้อมูลอ้างอิงที่เจ้าหน้าที่ผู้มีความจำเป็นใช้ในการประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ที่จะแสดงให้เห็นถึงสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศได้ดี ต้องเป็นข้อมูลที่มีความใกล้เคียงปัจจุบันมากที่สุด (most recent)⁹

จากหลักฐานเชิงประจักษ์ พบว่า ในคดี Korea - Dairy Products และ คดี Argentina – Footwear องค์การระงับข้อพิพาท ได้ใช้มาตรฐานการทบทวน ตรวจสอบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีความจำเป็นของประเทศเกาหลี และประเทศอาร์เจนตินาได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) หรือไม่ ซึ่งองค์การระงับข้อพิพาท พบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีความจำเป็นของประเทศเกาหลี และประเทศอาร์เจนตินา ไม่ได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) จึงตัดสินว่า

⁶ WTO Document, Panel Report on Argentina – Footwear, para.8.122. ; AB Report on Argentina – Footwear, para.136.

⁷ WTO Document, AB Report on Wheat Gluten, paras. 55-56.

⁸ WTO Document, AB Report on US – Lamb, paras.130-131.

⁹ WTO Document, Panel Report on Argentina - Footwear, para.8.213.

ประเทศเกาหลี และประเทศอาร์เจนตินา พิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO รายละเอียด มีดังนี้

ใน คดี Korea – Dairy Products ประเทศเกาหลีกล่าวว่า ได้ทำการประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัยและในเชิงปริมาณ ที่แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศแล้ว ตามที่ปรากฏอยู่ใน The OAI Report และ The Interim Report¹⁰

คณะกรรมการการค้าของประเทศเกาหลี (KTC) ได้ทำการตรวจสอบปัจจัยทางเศรษฐกิจดังนี้

- การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า¹¹ (Increase in the Quantity of Imports) ประเทศเกาหลีกล่าวว่า การนำเข้า นมผงพร่องมันเนย (SMPP) เพิ่มขึ้น 384 เปอร์เซ็นต์ ในปีค.ศ. 1994 (จาก 3,217 ตันในปีค.ศ. 1993 เป็น 15,561 ตัน), เพิ่มขึ้น 80 เปอร์เซ็นต์ ในปีค.ศ. 1995 (28,007 ตัน) และ เพิ่มขึ้น 16.9 เปอร์เซ็นต์ ในช่วง 8 เดือนแรกของปีค.ศ. 1996 ในขณะที่ผลผลิตภายในประเทศ คือ น้านมดิบ เพิ่มขึ้นเพียง 3.2 เปอร์เซ็นต์ ในปีค.ศ. 1994, เพิ่มขึ้น 4.2 เปอร์เซ็นต์ ในปีค.ศ. 1995 และ เพิ่มขึ้น 4.4 เปอร์เซ็นต์ ในช่วงครึ่งปีแรกของปีค.ศ. 1996 ดังนั้น KTC จึงสรุปว่า มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าทั้งในปริมาณที่แท้จริง(absolute) และในเชิงเปรียบเทียบ(relative)

- ราคาของสินค้าภายในประเทศ¹² (Sale price of Goods) ประเทศเกาหลีพบว่า ราคาของนมผงภายในประเทศลดลงจาก 5,304 วอน¹³ต่อกิโลกรัม ในปีค.ศ. 1993 เหลือ 4,994 วอนต่อกิโลกรัม ในช่วง 4 เดือนแรกของปีค.ศ.1996 ประเทศเกาหลีอ้างว่า สาเหตุมาจากการนำเข้านมผงพร่องมันเนยที่มีราคาถูกลง อีกทั้งยังพบว่า ตั้งแต่ปีค.ศ. 1994 ต้นทุนการ

¹⁰ WTO Document ,Panel Report on Korea – Dairy products, para. 4.337.

¹¹ The OAI Report, pp.30,34.

¹² The OAI Report, p.33.

¹³ อัตราแลกเปลี่ยนช่วงที่ทำการได้สวน คือ 800 วอนต่อหนึ่งเหรียญสหรัฐ

ประกอบการ (the manufacturing cost) ของการผลิตสินค้าภายในประเทศยังสูงกว่าราคาสินค้าด้วย

- ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศ¹⁴ (Market Share of Domestic Products) ในรายงาน The OAI Report กล่าวว่า ส่วนแบ่งทางการตลาดลดลงจาก 91.1 เปอร์เซ็นต์ ในปีค.ศ. 1993 เหลือ 87.8 เปอร์เซ็นต์ ในปีค.ศ. 1994 และ 84.6 เปอร์เซ็นต์ ในปีค.ศ. 1995 และลดลงเล็กน้อยจากปีค.ศ. 1995 ถึง 6 เดือนแรกของปีค.ศ. 1996 คือ 0.8 เปอร์เซ็นต์

- กำไรและขาดทุน¹⁵ (Profits and Losses) จากการพิจารณา ต้นทุนการผลิตกับราคาของนมผง ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ แสดงว่าประสิทธิภาพขาดทุนเพิ่มมากขึ้น ดังนี้

ปีค.ศ.	1993	1994	1995	1996 (1-4)
ต้นทุนการผลิต (วอน/กก.)	5,158	5,426	5,860	6,178
ราคา (วอน/กก.)	5,354	5,294	5,388	4,994
กำไร/ขาดทุน (วอน)	-197	-132	-472	-1,184

The OAI Report ยังประกอบด้วย ข้อมูลกำไร ขาดทุนของ สหกรณ์ปศุสัตว์ (livestock co-operatives) ที่ผลิตนมผง และบริษัทที่ผลิตนม ที่แสดงถึงภาวะการขาดทุนการประกอบการ โดยแยกตามชนิดของผู้ผลิต¹⁶ นอกจากนั้นในรายงานยังแสดงการวิเคราะห์ผลกำไรขาดทุนของผู้ประกอบการในสหกรณ์ปศุสัตว์ด้วย¹⁷

¹⁴ WTO Document G/SG/N/10/KOR/1/Supp.1 (dated 27 January 1997)

¹⁵ The OAI Report, pp.42, 48.

¹⁶ The OAI Report, p.45.

¹⁷ ในรายงาน the OAI Report กล่าวว่า สหกรณ์ปศุสัตว์ซึ่งประกอบไปด้วยการผลิตสินค้าน้ำนมดิบในครัวเรือน ได้ปันผลกำไรแก่สมาชิก ซึ่งผลกำไรของสหกรณ์ปศุสัตว์ ในปีค.ศ. 1993 คือ

- การจ้างแรงงาน¹⁸ (Employment) ประเทศเกาหลีไม่สามารถหาข้อมูลเกี่ยวกับการจ้างแรงงานของอุตสาหกรรมภายในประเทศได้ จึงใช้ข้อมูลของผู้ผลิตในครัวเรือน แทน¹⁹ ในรายงานกล่าวว่า ตัวเลขการจ้างแรงงานลดลงอย่างต่อเนื่อง จาก 28,219 คน ในปี 1993 เหลือ 25,667 คนในปี 1994 , 23,519 ในปี 1995 และ 22,725 ในช่วง 6 เดือนแรกของปี 1996

- การเพิ่มขึ้นของสินค้าคงคลัง²⁰ (Increase in Inventory) ตามรายงานของ The OAI Report อุตสาหกรรมผลิตนมผงมีสินค้าคงคลังเพิ่มขึ้นจาก 4,500 ตัน ในช่วงทำยปี ค.ศ. 1993 เป็น 14,994 ตัน ในช่วงทำยเดือนมิถุนายน ปีค.ศ. 1996 รวมมูลค่าน้ำนมดิบที่เป็นสินค้าคงคลัง จนถึงเดือนมิถุนายน ปีค.ศ. 1996 คือ 92.6333 พันล้านบาท

- สภาพทางการเงินของสหกรณ์ปศุสัตว์²¹ (Financial Status of Livestock Cooperatives) ในการพิจารณาตัดสินว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ประเทศเกาหลีได้พิจารณา อัตราส่วนหนี้สินต่อส่วนของผู้ถือหุ้น (debt-to-equity ratio) ของ สหกรณ์ปศุสัตว์ แสดงว่าแย่งลง และการสูญเสียเงินทุนมากขึ้น

แต่ประชาคมยุโรป (EC) ได้แย้งว่า ประเทศเกาหลีไม่ได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะปัจจัย 8 ประการที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2(เอ)²²

Panel ได้ตรวจสอบการประเมินปัจจัยของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศเกาหลีว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศเกาหลีได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ)

6,720 ล้านบาท, ในปีค.ศ. 1994 คือ 4,721 ล้านบาท, ในปีค.ศ. 1995 คือ 209 ล้านบาท และปีค.ศ. 1996 ตั้งแต่เดือนมกราคมถึงมิถุนายน ขาดทุน 17,546 ล้านบาท

¹⁸ The OAI Report, p.35.

¹⁹ WTO Document G/SG/N/10/KOR/1/Supp.1,p.10.

²⁰ The OAI Report, p.33.

²¹ The OAI Report, pp.38,39.

²² WTO Document, Panel Report on Korea – Dairy products, para. 4.337.

หรือไม่ ซึ่ง Panel พบว่า ประเทศเกาหลีมีความบกพร่องในการตรวจสอบปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ตามมาตรา 4.2 (เอ) เพราะตาม The OAI Report ไม่ปรากฏว่าประเทศเกาหลีได้ประเมินปัจจัยครบ 8 ประการที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2(เอ) โดยไม่ได้ประเมินปัจจัยเรื่อง อัตราการขยายประสิทธิภาพการผลิต และกำลังการผลิตที่ใช้จริง²³ Panel จึงตัดสินใจว่า ประเทศเกาหลีพิจารณาความเสียหายไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง เนื่องจาก ไม่ได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

ผู้เขียนเห็นด้วยกับ Panel ว่าประเทศเกาหลีพิจารณาความเสียหาย ไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง เพราะ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศเกาหลีไม่ได้ประเมินปัจจัยทั้งหมด 8 ประการตามที่ระบุไว้ในความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ในคดีนี้ Panel เห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องประเมินปัจจัยทั้งหมดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2 (เอ) เพราะตามมาตรา 4.2(เอ) เป็นหลักการทั่วไปว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทางเศรษฐกิจในการตัดสินว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่กับอุตสาหกรรมภายในประเทศ และในมาตรา 4.2 (เอ) ได้กำหนดปัจจัยที่มีความเกี่ยวข้องโดยเฉพาะที่จะแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ อีกทั้งตามมาตรา 4.2 (เอ) ใช้คำว่า “โดยเฉพาะอย่างยิ่ง” (in particular) ซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทุกประการที่กำหนดไว้ แม้ภายหลังประเมินปัจจัยนั้นแล้วพบว่า ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมภายในประเทศ²⁴

ผู้เขียนเห็นด้วยกับ Panel ที่ตัดสินว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทั้ง 8 ประการเป็นอย่างต่ำ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2 (เอ) เพราะถ้าตีความตามตัวอักษรแล้ว ตามมาตรา 4.2 (เอ) กำหนดว่า “ในการตัดสินว่าสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นก่อให้เกิดหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเป็นผู้ประเมินปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในลักษณะที่เป็นรูปธรรมและเป็นปริมาณ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ของอุตสาหกรรมนั้น โดยเฉพาะปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ อัตราและปริมาณการ

²³ Ibid., para. 7.58.

²⁴ Ibid., para.7.55.

เพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น การเปลี่ยนแปลงของระดับการขยาย การผลิต ประสิทธิภาพในการผลิต กำลังการผลิตที่ใช้จริง กำไรขาดทุน และการจ้างแรงงาน”

คำว่า “โดยเฉพาะปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้” หมายความว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินโดยเฉพาะปัจจัย 8 ประการตามที่กำหนดไว้ ได้แก่ อัตราและปริมาณการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ส่วนแบ่งทางการตลาดภายในประเทศของสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้น การเปลี่ยนแปลงของระดับการขยาย การผลิต ประสิทธิภาพในการผลิต กำลังการผลิตที่ใช้จริง กำไรขาดทุน และการจ้างแรงงาน ผู้เขียนเห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องประเมินปัจจัยทั้ง 8 ประการเป็นอย่างต่ำ จึงจะแสดงให้เห็นถึงสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศได้ ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของเกาหลี ไม่ได้ประเมินปัจจัยครบทั้ง 8 ประการ จึงไม่อาจแสดงให้เห็นถึงสภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศได้ว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ การพิจารณาความเสียหายของประเทศเกาหลีจึงไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

ใน **คดี Argentina – Footwear** เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศอาร์เจนตินา คือ The Comision Nacional de Comercio Exterior (CNCE) ได้ทำการตรวจสอบปัจจัยทางเศรษฐกิจต่างๆ ดังนี้

- การผลิต (Production) ประเทศอาร์เจนตินาใช้ข้อมูลในการพิจารณาได้สวนในช่วงปี ค.ศ. 1991 ถึงปี ค.ศ. 1995 โดยพิจารณาจากข้อมูลในภาคการผลิตของตนเอง (own production) คือ ไม่รวมการผลิตภายใต้สัญญาการร่วมค้า (joint ventures) และการผลิตภายใต้สัญญาการร่วมค้าด้วย จากการได้สวนประเทศอาร์เจนตินาพบว่ามูลค่าการผลิตระหว่างปี ค.ศ. 1991 ถึงปี ค.ศ. 1995 เพิ่มขึ้น 7.7% เพราะเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงการผลิตไปผลิตสินค้าที่มีมูลค่าสูงขึ้น (products with a higher unit value)²⁵ อย่างไรก็ตาม จากปี ค.ศ. 1991 ถึงปี ค.ศ. 1995 การผลิตทั้งหมดลดลง 14.8% โดยระหว่างปี ค.ศ. 1991 กับปี ค.ศ. 1996 ลดลงเพียง 1% และระหว่างปี 1992 กับปี 1994 ลดลง 8% จะเห็นว่าการผลิตมีอัตราเพิ่มขึ้นและลดลงสลับกัน

²⁵ WTO Document, Panel Report on Argentina - Footwear, para 8.169

ตลอด เช่น ลดลงอย่างเห็นได้ชัดระหว่างปี 1994 กับปี 1995 แต่ก็เพิ่มขึ้นในปี 1996 แต่ถ้าดูสถิติปริมาณการผลิตสินค้าในภาคการผลิตของตนเอง (Own production) จะเห็นว่ามีเพียงปี 1994 เท่านั้นที่แสดงว่าการผลิตลดลงตลอดทั้งปี

- อัตราการขาย (Sales) ข้อมูลที่ประเทศอาร์เจนตินาใช้ในการไต่สวนมาจากบริษัทขนาดกลางและใหญ่ และเป็นข้อมูลจากอุตสาหกรรมเฉพาะภาคการผลิตของตนเอง (Own production) โดยไม่รวมข้อมูลการส่งออกและกิจการร่วมค้า อัตราการขายของบริษัทขนาดกลางถึงขนาดใหญ่มีปริมาณลดลง 27% และมูลค่าลดลง 15% ในช่วงตั้งแต่ปี ค.ศ. 1991 ถึงปี ค.ศ. 1995 ซึ่งการลดลงเกิดขึ้นในปี 1992, 1993, 1995 และ 1996 ยกเว้นในปี 1992 ที่มีมูลค่าอัตราการขายเพิ่มขึ้น 13%²⁶

- ประสิทธิภาพการผลิต (Productivity) ประเทศอาร์เจนตินากล่าวว่า ข้อมูลเรื่องการจ้างแรงงานและการผลิตที่อยู่ในแบบสอบถามแสดงให้เห็นว่าไม่มีการเพิ่มขึ้นของผลผลิตระหว่างปี 1991-1995 แต่ต่อมาใน interim review ประเทศอาร์เจนตินากลับแสดงว่าผลผลิตเพิ่มขึ้นเนื่องจากการลงทุนด้วยเครื่องมือใหม่ ๆ ปรากฏอยู่ในรายงาน Act 338 ว่า “การลงทุนใหม่นี้ช่วยเปลี่ยนแปลงและปรับปรุงผลผลิตและคุณภาพสินค้าในการที่จะแข่งขันกับสินค้าจากต่างประเทศได้”

- กำลังการผลิตที่ใช้จริง (Capacity Utilization) ในรายงานการไต่สวน (Act 338) แสดงว่ามีผู้ร้องเรียนกับเจ้าหน้าที่ผู้มีความอำนาจของประเทศอาร์เจนตินาว่าการลดลงของกำลังการผลิตที่ใช้จริง แต่ในรายงานไม่ได้กล่าวว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีความอำนาจได้ประเมินปัจจัยนี้แล้วหรือยัง แต่ในรายงานการไต่สวน มีข้อมูลเรื่อง installed capacity ของภาคต่าง ๆ ในอุตสาหกรรมแสดงว่ามีการเพิ่มขึ้นระหว่างปี 1991 และ 1995 และเพิ่มขึ้นไปอีกในปี 1996

- กำไรและขาดทุน (Profits and losses) เจ้าหน้าที่ผู้มีความอำนาจได้พิจารณาข้อมูลด้านการเงิน(financial indicators) และหนี้ทางการเงิน โดยพิจารณาสถิติข้อมูลเรื่องกำไร ขาดทุนจากรายการทางบัญชีของบริษัทขนาดใหญ่ 6 บริษัท และบริษัทขนาดกลาง 6 บริษัท

²⁶ Ibid., para 8.176

- การจ้างแรงงาน (Employment) ประเทศอาร์เจนตินากล่าวว่าในรายงาน Act 338 ว่าผู้ร้องเรียนคือ CJC กล่าวว่าการจ้างแรงงานในอุตสาหกรรม footwear ลดลงจาก 42,317 เหลือ 27,896 ในปี 1991 ถึงปี 1996 หรือลดลง 34%

ประเทศอาร์เจนตินาได้พิจารณาปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

- สินค้าคงคลัง (inventories) จากข้อมูลแสดงว่ามีสินค้าคงคลังเพิ่มขึ้นระหว่างปี 1991 ถึงปี 1995 และปี 1995 ถึงปี 1996 ในทุกผลิตภัณฑ์สำหรับเท้า ยกเว้นรองเท้าผู้หญิง (ซึ่งเป็นส่วนที่น้อย)

- ต้นทุน (Cost) ประเทศอาร์เจนตินาชี้แจงว่าต้นทุนเพิ่มขึ้นตลอดช่วงเวลาที่ไต่สวน คือเพิ่มขึ้นอย่างมากอยู่ที่ 17% เพิ่มขึ้นปานกลาง อยู่ที่ 12% และวัตถุดิบที่ใช้ผลิตสินค้าทั้งวัตถุดิบภายในประเทศและที่นำเข้าก็เพิ่มขึ้นด้วย

- ราคาภายในประเทศ (Domestic price) ประเทศอาร์เจนตินากล่าวว่าราคาขายปลีกและขายส่งเพิ่มขึ้นระหว่างปี 1991-1995 จึงทำให้ต้นทุนเพิ่มขึ้นและมีการเปลี่ยนแปลงต่อ product mix

- การลงทุน (Investment) ตามรายงานของประเทศอาร์เจนตินาแสดงว่าช่วงต้นของการไต่สวน การลงทุนถือเป็นเครื่องมือใหม่ และ ผู้ร้องเรียนกล่าวว่า การลงทุนยังต้องได้รับการปรับปรุง โดยพัฒนาความสามารถในการแข่งขันโดยผ่านทางเทคโนโลยีใหม่ๆ และปิดโรงงานที่ไม่มีประสิทธิภาพและพัฒนาด้านการผลิต

- การส่งออก (Exports) ข้อมูลเกี่ยวกับการส่งออก จากรายงานแสดงให้เห็นว่ามีการเติบโตของการส่งออกสินค้าไปยังประเทศ Mercosur ส่วนแนวโน้มการส่งออกไปประเทศอื่นๆ มีความผันผวน

Panel ได้ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศอาร์เจนตินา ได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) หรือไม่²⁷

²⁷ Ibid., para 8.206.

ซึ่งจากการตรวจสอบ Panel พบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจยังไม่ได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดตามมาตรา 4.2 (เอ) เพราะ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไม่ได้ประเมินปัจจัยทุกประการตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2(เอ) โดย Panel พบว่าประเทศอาร์เจนตินาไม่ได้ประเมินปัจจัย 2 ประการนี้ คือ กำลังการผลิตที่ใช้จริง (capacity utilization) และ ประสิทธิภาพการผลิต (productivity) ในเรื่องกำลังการผลิตที่ใช้จริง Panel เห็นว่า ในรายงานการไต่สวนของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศอาร์เจนตินา กล่าวถึง แต่เรื่อง installed capacity แต่ไม่ได้ประเมินปัจจัยเรื่องกำลังการผลิตที่ใช้จริงอย่างเพียงพอ เช่นเดียวกับปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพการผลิต Panel เห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศอาร์เจนตินา ไม่ได้วิเคราะห์ปัจจัยด้านนี้ เพราะไม่ปรากฏการประเมินปัจจัยด้านนี้ในรายงานการไต่สวนของประเทศอาร์เจนตินา²⁸ Panel จึงสรุปว่าการไต่สวนของประเทศอาร์เจนตินาไม่สอดคล้องกับมาตรา 4.2 (เอ)²⁹

จากคดี Korea – Dairy Products และคดี Argentina – Footwear จึงเห็นได้ว่า องค์กระรับข้อพิพาท ได้ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการตรวจสอบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับองค์กระรับข้อพิพาทว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของทั้งสองประเทศ พิจารณาความเสียหายไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง และองค์กระรับข้อพิพาท ได้ใช้มาตรฐานทบทวนดังกล่าว ป้องกันการใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมได้ โดยตัดสินว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศเกาหลี และประเทศอาร์เจนตินาในคดีดังกล่าว พิจารณาความเสียหายไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง เพราะไม่ได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

²⁸ Ibid., paras. 8.209-8.211.

²⁹ Ibid., para 8. 277

5.1.2 เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีคำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความเพียงพอหรือไม่ ว่าข้อเท็จจริงต่างๆสนับสนุนการตัดสินอย่างไร

เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ประเมินปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้ว การที่จะตัดสินว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องคำนึงถึงความหมายของความเสียหายอย่างร้ายแรง และการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง แล้วจึงชี้แจงน้ำหนักปัจจัยทั้งหมดที่ได้ประเมินว่า ปัจจัยดังกล่าวแสดงว่า เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงตามคำนิยามที่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องได้กำหนดไว้หรือไม่

ในการพิจารณาประเด็นดังกล่าว องค์การระงับข้อพิพาทได้ตรวจสอบการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ โดยใช้มาตรฐานการทบทวนตรวจสอบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีคำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความเพียงพอหรือไม่ว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวสนับสนุนการตัดสินว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศอย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะแยกศึกษา ดังนี้

5.1.2.1 การตรวจสอบว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

เมื่อพิจารณาคำนิยามของ “ความเสียหายอย่างร้ายแรง” ตามมาตรา 4.1 (เอ) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง พบว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรง ต้องเป็นความเสียหายที่มีระดับสูงมาก³⁰ และเมื่อเทียบกับระดับความเสียหายของค่าว่า ความเสียหายอย่างมาก ตามความตกลงว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด มาตรฐานในการพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องต้องสูงกว่า ความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด³¹ อีกทั้งความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นจะต้องเกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ และต้องเกิดความเสียหายอยู่ตลอดไปจนจบการไต่สวน³²

³⁰ WTO Document, AB Report on US – Lamb Meat , para.126.

³¹ Ibid.

³² WTO Document, Panel Report on US – Wheat Gluten , para.8.81.

อย่างไรก็ตาม การที่ปัจจัยที่เกี่ยวข้องแสดงผลว่ามีแนวโน้มที่แย่ลงทุกปัจจัย ไม่ได้หมายความว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศเกิดความเสียหายอย่างมาก แต่เป็นการมองโดยรวมแล้วพบว่าปัจจัยเหล่านั้นแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มที่แย่ลงที่แสดงถึงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ดังนั้นปัจจัยบางประการที่มีแนวโน้มที่ดีก็ไม่จำเป็นต้องตัดออกจาก การพิจารณาว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ แต่เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้มีความสามารถในการประเมินและชี้แจงนำหน้าปัจจัยต่างๆที่ได้พิจารณา ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีความสามารถจะต้องให้คำอธิบายที่มีเหตุผล และเพียงพอ ที่จะอธิบายว่าข้อเท็จจริงจากการพิจารณาปัจจัยต่างๆได้สนับสนุนคำตัดสินของตนอย่างไร³³

ใน คดี US – Wheat Gluten สหภาพยุโรปได้แย้งรายงานของคณะกรรมการการค้า ว่า หลักฐานต่าง ๆ ไม่ได้สนับสนุนผลการไต่สวนและข้อสรุปของคณะกรรมการที่ว่ามีความเสียหายอย่างร้ายแรงเกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ โดยสหภาพยุโรปกล่าวว่า ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศต้องได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน แต่ปัจจัยหลายอย่างที่คณะกรรมการพิจารณานั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงในช่วงท้ายของการไต่สวน ซึ่งแสดงให้เห็นว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงในช่วงท้ายของการไต่สวน

ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้แย้งว่าปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการตัดสินความเสียหายอย่างร้ายแรงตามที่กล่าวไว้ในข้อ 4.2 (a) นี้ ไม่จำเป็นว่าปัจจัยทุกปัจจัยที่พิจารณานั้น จะต้องแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ที่ตกต่ำของอุตสาหกรรมตลอดเวลาที่มีการไต่สวน

Panel ได้ใช้มาตรฐานการทบทวน ในการตรวจสอบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีความสามารถของประเทศสหรัฐมีคำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความเพียงพอหรือไม่ว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวสนับสนุนการตัดสินของตนอย่างไร

ในคดีนี้ Panel พบว่า คณะกรรมการการค้าของสหรัฐ พิจารณาความเสียหายโดยใช้ข้อมูลอ้างอิง 5 ปี แต่พบว่าในปี 1996-1997 ปัจจัยทางเศรษฐกิจหลายประการแสดงว่า

³³ Ibid. , paras.8.80, 8.85.

อุตสาหกรรมมีสภาพดีขึ้นเล็กน้อย ได้แก่ กำลัการผลิตที่ใช้จริง การผลิต และการขาย ซึ่งสหภาพยุโรป ได้แย้งว่า การที่ปัจจัยดังกล่าวดีขึ้นในปี 1996-1997 แสดงว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้³⁴ แต่ panel ก็ยังตัดสินว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมผลิตแป้งสาลีภายในประเทศสหรัฐ เพราะแม้จะต้องปรากฏว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรงต้องเกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ แต่เวลาตัดสินว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต้องพิจารณาจากภาพรวมทั้งหมดของสถานการณ์ภายในประเทศ ตามนิยามของ ความเสียหายอย่างร้ายแรง ที่หมายถึง ความเสียหายที่เห็นอย่างมากที่สุดที่เกิดขึ้นต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ดังนั้น แม้ช่วงทำการได้สวนจะปรากฏว่า มีปัจจัยหลายประการ แสดงว่าอุตสาหกรรมมีสภาพดีขึ้น แต่เมื่อพิจารณาปัจจัยประการอื่นๆโดยรวมพบว่า อุตสาหกรรมยังคงได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง³⁵

ดังนั้น Panel จึงตัดสินว่า USITC มีคำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความเพียงพอแล้ว ในการตัดสินว่ามีความเสียหายอย่างร้ายแรงเกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งการตัดสินว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศยังคงได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงในปี ค.ศ. 1997 เนื่องจาก USITC ประเมินให้เห็นได้ว่าภาพรวมทั้งหมดของปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการตัดสินเกี่ยวกับความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้นเป็นลักษณะของความเสียหายอย่างมากที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศที่กำหนดไว้ตามมาตรา 4.1 (เอ) และมาตรา 4.2 (เอ) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

ผู้เขียนก็เห็นด้วยกับแนวทางขององค์กรระดับข้อพิพาทว่า ระดับของความเสียหายของการใช้มาตรการปกป้องต้องสูง และสูงกว่าความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้วว่า มาตรการปกป้องมีความแตกต่างจากมาตรการปกป้องคุ้มครองทางการค้าอื่นๆ เช่น มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด และมาตรการตอบโต้การอุดหนุน เพราะ มาตรการปกป้องมิได้ใช้ตอบโต้การกระทำการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair

³⁴ Ibid., para.8.84.

³⁵ Ibid., paras.8.85-8.87.

trade) แต่เป็นมาตรการที่อนุญาตให้ใช้กับการกระทำทางการค้าที่มีความชอบธรรมได้³⁶ และจะเห็นว่าตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง มาตรา 2.2³⁷ กำหนดให้ใช้มาตรการปกป้องกับทุกประเทศตามหลัก MFN กล่าวคือ ประเทศผู้นำเข้าสามารถนำมาตรการปกป้องเพื่อเยียวยาความเสียหายได้ แต่ต้องใช้อย่างไม่เลือกปฏิบัติ ขณะเดียวกันประเทศผู้ส่งออกที่ถูกใช้มาตรการปกป้องสามารถตอบโต้ได้เฉพาะต่อประเทศที่ใช้มาตรการปกป้องเท่านั้น คือ เลือกปฏิบัติได้³⁸ การที่ความตกลงกำหนดกลไกไว้เช่นนี้ เนื่องจากมาตรการปกป้องถือเป็น “บทยกเว้น” ของ GATT ดังนั้น จึงต้องสร้าง “ต้นทุน” ในการใช้เพื่อลดแรงจูงใจ เพราะประเทศผู้ใช้ต้องพิจารณาให้ได้ว่า ทั้งที่ตนต้องการใช้มาตรการปกป้องกับประเทศบางประเทศเท่านั้น แต่จำเป็นต้องใช้มาตรการนี้กับทุกประเทศซึ่งเป็นการขยายปัญหาไปยังประเทศอื่นด้วย ในขณะที่ประเทศผู้ตอบโต้ไม่มีต้นทุนใดๆ จึงเป็นการง่ายต่อการนำมาตรการตอบโต้³⁹

ผู้เขียนยังเห็นด้วยกับ Panel ว่า ในการตัดสินว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ไม่จำเป็นว่า ปัจจัยทางเศรษฐกิจที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ประเมินต้องแสดงว่า อุตสาหกรรมได้รับความเสียหายทุกปัจจัย เพราะคงจะเป็นการยากที่ปัจจัยทุกประการจะแสดงผลเช่นนั้น แต่ให้พิจารณาภาพรวมทั้งหมดของอุตสาหกรรม ว่าเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่

³⁶ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis, *The world trade organization law, practice and policy*. New York : Oxford, 2003, p.182.

³⁷ มาตรา 2.2 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง บัญญัติว่า “Safeguard measures shall be applied to a product being imported irrespective of its source.”

³⁸ ทัชชมัช ฤกษ์สุต. “MFN กับองค์การการค้าโลก”, *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 20, อ้างใน ทัชชมัช ฤกษ์สุต. *แกตต์และองค์การการค้าโลก*. (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 194.

³⁹ เรื่องเดียวกัน

5.1.2.2 การตรวจสอบว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

เมื่อพิจารณาคำนิยามของ “การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” ตามมาตรา 4.1 (บี) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง พบว่า การเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ต้องมีความชัดเจนแล้วว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศจนเจียนหรือใกล้ที่จะได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง⁴⁰ โดยต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง มิใช่ตามการกล่าวอ้าง การคาดเดา หรือความเป็นไปได้ที่ยังห่างไกล ซึ่งหมายถึง “ข้อมูลอ้างอิง” ที่ใช้ในการพิจารณาว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ต้องเป็นข้อมูลที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ จึงจะสอดคล้องกับนิยามของ การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง⁴¹ และเพียงแค่คุกคามว่าจะมีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ยังไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้⁴²

ส่วนในการตัดสินว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ไม่จำเป็นที่ปัจจัยที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) ทุกตัวต้องแสดงแนวโน้มที่แย่งลง แต่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องพิจารณาภาพรวมทั้งหมด โดยพิจารณาการเปลี่ยนแปลงของปัจจัยที่แสดงความเสียหายนั้นทั้งหมด⁴³

ในคดี US – Lamb Meat ประเทศออสเตรเลีย และประเทศนิวซีแลนด์ แย้งว่า การที่USITC พิจารณาปัจจัยเรื่องราคา โดยใช้ข้อมูลอ้างอิงในปีค.ศ. 1996-1997 เามา

⁴⁰ WTO Document, AB Report on US – Lamb Meat , para.125.

⁴¹ WTO Document, Panel Report on US – Lamb Meat , para.7.192-7.194.

⁴² WTO Document, Panel Report on Argentina – Footwear , para.8.284.

⁴³ WTO Document, Panel Report on US – Lamb Meat , para.7.188, 7.203.

เปรียบเทียบกับปีค.ศ. 1998 เป็นการไม่เหมาะสม เพราะ ราคาสินค้าในปีค.ศ. 1996-1997 เป็นราคาที่สูงมากผิดปกติ และต่อมาราคาสินค้าได้ลดลงในช่วงเดือนสิงหาคม ปีค.ศ. 1998⁴⁴

AB จึงใช้มาตรฐานการทบทวน(Standard of Review) ในการตรวจสอบว่า การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศสหรัฐ หรือ USITC มีเหตุผลและมีคำอธิบายที่เพียงพอหรือไม่ ในการตัดสินใจเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายในอุตสาหกรรมเนื้อลูกแกะภายในประเทศ

องค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณารายงานของ USITC ซึ่งกล่าวว่า สถานะทางการเงินของอุตสาหกรรมภายในประเทศมีสถานะที่ไม่ดี เนื่องจากราคาเนื้อลูกแกะลดต่ำลง แต่ AB สงสัยว่า ทำไม USITC ถึงเลือกพิจารณาข้อมูลในปีค.ศ. 1996-1997 เป็นหลักในการเปรียบเทียบปัจจัยเรื่องราคา เพราะ ในช่วงเวลาดังกล่าว ราคาสินค้าเพิ่มขึ้นสูงมากอย่างผิดปกติ โดยเพิ่มขึ้นกว่า 30% จากปีค.ศ. 1993

AB เห็นว่า USITC ยังมีคำอธิบายไม่เพียงพอว่า เหตุใดจึงเลือกช่วงเวลาปีค.ศ. 1996-1997 ในการพิจารณาปัจจัยเรื่อง ราคา และ AB พบว่า ในช่วงทำการไต่สวน ราคาสินค้าก็สูงขึ้น ซึ่ง USITC กล่าวว่า แม้อาสาสินค้าจะสูงขึ้นในช่วงทำการไต่สวน แต่ก็ยังอยู่ในระดับต่ำจนถึงช่วงเดือนกันยายน ปีค.ศ. 1998 แต่ AB เห็นว่า USITC ยังไม่ได้มีคำอธิบายว่า ราคาสินค้าดังกล่าวจะเพิ่มขึ้นต่อไปอีกหรือไม่ หรือว่าจะลดลง หรือจะคงที่อยู่ในระดับนั้น⁴⁵

ดังนั้น AB จึงเห็นว่า การที่ราคาสินค้าเพิ่มขึ้นในช่วงท้ายของการไต่สวนในปีค.ศ. 1998 ขัดแย้งกับการตัดสินใจเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เพราะ ราคาสินค้าที่สูงขึ้น ทำให้รายได้เพิ่มมากขึ้น กำไรเพิ่มขึ้น การผลิตเพิ่มขึ้น ดังนั้น จะตัดสินใจเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้อย่างไร เพราะความเสียหายอย่างร้ายแรงคงไม่ได้เกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้ ดังนั้น AB จึงตัดสินใจว่า USITC พิจารณาการคุกคามว่าจะเกิดความ

⁴⁴ WTO Document, AB Report on US – Lamb Meat, para.152.

⁴⁵ Ibid., paras.157-158.

เสียหายอย่างร้ายแรงไม่สอดคล้องกับมาตรา 4.2 (เอ) เพราะไม่ได้มีคำอธิบายอย่างมีเหตุผล และมีความเพียงพอว่าปัจจัยด้านราคาสันับสนุนว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายได้อย่างไร⁴⁶

ผู้เขียนเห็นด้วยกับ AB ว่า USITC ไม่มีคำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความเพียงพอว่าจากการประเมินปัจจัยต่างๆ แสดงว่า เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมเนื้อลูกแกะ เพราะ ปัจจัยด้านราคาแสดงว่า ราคาได้เพิ่มสูงขึ้นในช่วงท้ายปีค.ศ. 1998 เพราะ ตามหลักเกณฑ์การพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ต้องปรากฏว่ามีความชัดเจนแล้วว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศจนเจียนหรือใกล้ที่จะได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง⁴⁷ แต่การที่ราคาเพิ่มสูงขึ้นในช่วงท้ายการไต่สวน แสดงว่า อุตสาหกรรมภายในประเทศคงจะไม่ได้ได้รับความเสียหายในอนาคตอันใกล้

จึงเห็นได้ว่า AB ได้ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการตรวจสอบการตัดสินว่าเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ และป้องกันการใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมได้ในระดับหนึ่ง

5.2 มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

เงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้อง นอกจากต้องเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศแล้ว ต้องปรากฏว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (causal link) อีกด้วย⁴⁸ ซึ่งตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

⁴⁶ Ibid., paras.159-160.

⁴⁷ WTO Document, AB Report on US – Lamb Meat , para.125.

⁴⁸ มาตรา 2.1 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

ได้กำหนดว่า “ในการพิจารณาว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง จะต้องมีหลักฐานที่ระบุชัดเจนว่า ความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง มีสาเหตุมาจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า หากมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในเวลาเดียวกัน จะถือว่าความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ นี้เป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าไม่ได้”⁴⁹

ในการตรวจสอบว่า ประเทศผู้นำเข้าพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (causal link) ได้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องหรือไม่ องค์การจะรับข้อพิพาทมีมาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เพื่อตรวจสอบการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ดังนี้⁵⁰

5.2.1 มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นสอดคล้องกับความเสียหายหรือไม่

ในการตรวจสอบว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ประการแรกเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องพิจารณาปัจจัยที่แสดงความเสียหาย และปัจจัยที่แสดงการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า โดยต้องพิจารณาการเปลี่ยนแปลงของสินค้านำเข้า (ทั้งปริมาณและส่วนแบ่งทางการตลาด) ว่ามีความสัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงของปัจจัยที่แสดงความเสียหายของอุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่⁵¹ ถ้าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง จะต้องปรากฏว่า มีการเพิ่มขึ้นของ

⁴⁹ มาตรา 4.2(บี) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

⁵⁰ WTO Document, Panel Report on Argentina - Footwear, para. 8.229.

⁵¹ Ibid., paras. 8.237-8.238.

สินค้านำเข้า เกิดขึ้นสอดคล้องกับความเสียหาย แต่ในการแสดงความสอดคล้องดังกล่าวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องอธิบายเหตุผลว่าทำไมถึงสอดคล้องกันด้วย⁵²

ในคดี US – Wheat Gluten จากรายงานของUSITC Panel เห็นว่ามีการนำเข้าเพิ่มขึ้นจริง โดยในปี ค.ศ. 1996 ถึงปี ค.ศ. 1997 เพิ่มขึ้นมากกว่าปี ค.ศ. 1995 เป็นจำนวน 38% โดยในปี ค.ศ. 1995 มีปริมาณเพิ่มขึ้น 128 ล้านปอนด์ เป็นจำนวน 156 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1996 และจำนวน 177 ล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 1997 นอกจากนี้ ส่วนแบ่งทางการตลาดของสินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นจาก 50.1% ในปี ค.ศ. 1995 มาเป็นจำนวน 58.9% ในปี ค.ศ. 1996 และจำนวน 60.2% ในปี ค.ศ. 1997 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีการนำเข้าเพิ่มขึ้นในระหว่างปี ค.ศ. 1996 ถึงปี ค.ศ. 1997 นอกจากนี้ยอดขาย ประสิทธิภาพการผลิต สินค้าคงคลัง Capacity Utilization ยังแสดงให้เห็นว่ามีสถานการณ์ที่ไม่ดีเกิดขึ้นในระหว่างที่มีการไต่สวน และอุตสาหกรรมภายในประเทศมีกำไรลดลงในปี ค.ศ. 1996 ถึงปี ค.ศ. 1997 ซึ่งต่อมาอุตสาหกรรมนั้นประสบกับภาวะขาดทุนในช่วงสุดท้ายของการไต่สวนด้วย

ดังนั้น ในคดีนี้ Panel จึงตัดสินว่า USITC ได้แสดงให้เห็นแล้วว่า มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นสอดคล้องกับความเสียหายอย่างร้ายแรง

จะเห็นได้ว่า องค์การระงับข้อพิพาทได้ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ตรวจสอบว่า มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นสอดคล้องกับความเสียหายหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การที่จะผ่านการตรวจสอบตามมาตรฐานนี้ได้ ต้องปรากฏว่า มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า และต้องมีความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ดังนั้น ถ้าพิจารณาแล้ว ไม่พบว่ามีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า หรือ ไม่พบว่ามีความเสียหาย ก็ไม่สามารถผ่านมาตรฐานการตรวจสอบนี้ได้

⁵² Ibid.

5.2.2 สภาพของการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ แสดงให้เห็นว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่

การตรวจสอบประการที่สองว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุของความเสียหายหรือไม่ คือ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องวิเคราะห์สภาพการแข่งขันของสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องทำการเปรียบเทียบ“ราคา”ของสินค้านำเข้ากับสินค้าภายในประเทศ มิใช่พิจารณาจากสถิติข้อมูลโดยทั่วไปของสินค้านำเข้ากับปัจจัยที่แสดงความเสียหาย เพราะข้อมูลดังกล่าว ไม่สามารถแสดงให้เห็นอย่างเฉพาะเจาะจงได้ถึงสภาพการแข่งขันของสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ⁵³

ในคดี US – Wheat Gluten Panel กล่าวว่า ตามมาตรา 2.1 ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง กำหนดว่า “มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าภายใต้เงื่อนไข (under such conditions) ที่ก่อให้เกิดหรือคุกคามจนทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” ดังนั้น จากคำว่า “ภายใต้เงื่อนไขเช่นนั้น” (under such conditions) ทำให้ Panel ต้องวิเคราะห์สภาพการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ โดยการประเมินปัจจัยด้าน “ราคา” ว่าแสดงให้เห็นว่า มีการขายสินค้านำเข้าในราคาที่ถูกลงกว่า ราคาของสินค้าที่ผลิตภายในประเทศหรือไม่⁵⁴

แม้ว่าในมาตรา 2 และมาตรา 4.2 (เอ) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง จะไม่ได้กำหนดให้ “ราคา” เป็นส่วนหนึ่งของปัจจัยในการพิจารณาตัดสินก็ตาม แต่จะกล่าวว่า “ราคา” ไม่ถือว่าเป็นปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาความเสียหายไม่ได้ ทั้งนี้เพราะสินค้านำเข้าสามารถแข่งขันกับสินค้าภายในประเทศได้หลายทาง และปัจจัยด้าน “ราคา” ของสินค้านำเข้าในประเทศเอง ก็ถือว่าเป็นปัจจัยหนึ่งที่แสดงถึงสภาพการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศได้⁵⁵

⁵³ Ibid.

⁵⁴ WTO Document, Panel Report on US - Wheat Gluten, para. 8.106.

⁵⁵ Ibid., paras. 8.108-8.110.

ซึ่งในรายงานของUSITC ได้ประเมินปัจจัยด้านราคา โดยกล่าวว่า สินค้านำเข้าจากสหภาพยุโรปมีราคาต่ำกว่าราคาเบ้งสาตีในประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1996 และปี ค.ศ. 1997 นี้ทำให้อุตสาหกรรมการผลิตเบ้งสาตีภายในประเทศสหรัฐอเมริกาซบเซา และเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง⁵⁶

ด้วยเหตุผลดังกล่าว Panel จึงตัดสินว่า USITC ได้วิเคราะห์สภาพของการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศซึ่งแสดงให้เห็นว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ผู้เขียนเห็นด้วยกับ Panel ว่า ในการพิจารณาว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ มีความจำเป็นที่ต้องวิเคราะห์สภาพการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ และการประเมินปัจจัยด้าน"ราคา" จะช่วยให้เห็นถึงสภาพการแข่งขันระหว่างสินค้าดังกล่าวทั้งสองได้เป็นอย่างดี

5.2.3 กรณีมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนำความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ มาตัดสินว่าเป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าหรือไม่

ตามที่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง กำหนดว่า "...แต่เมื่อปัจจัยอื่นที่มีใช้การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้ากำลังก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศในขณะเดียวกัน จะต้องไม่นำสาเหตุอื่น ๆ มาใช้ในการตัดสินว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเป็นสาเหตุของความเสียหายด้วย"⁵⁷

ดังนั้น การตรวจสอบประการสุดท้าย ว่าประเทศผู้นำเข้าพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องหรือไม่ องค์การระงับข้อพิพาทจะตรวจสอบว่า ในกรณีมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนำ

⁵⁶ Ibid., paras. 8.112-8.117.

⁵⁷ มาตรา 4.2 (บี) ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

ความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่นๆ มาตัดสินว่า เป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าหรือไม่ (non - attribution)

ตามหลักเกณฑ์การพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง การพิจารณาความเสียหายให้สอดคล้องกับมาตรา 4.2 (บี) ในเรื่อง non - attribution ดังกล่าว องค์การระงับข้อพิพาท ได้วางแนวทางว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องทำตามขั้นตอนต่อไปนี้⁵⁸

1. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องแยกให้เห็นความแตกต่างของการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้ากับสาเหตุอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง คือ แยกให้เห็นว่ามีสาเหตุอะไรบ้าง
2. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องอธิบายผลกระทบที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า และผลกระทบที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ
3. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องพิจารณาว่าความเสียหายอย่างร้ายแรงมีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงและอย่างมาก (genuine and substantial relationship) กับการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า

ในคดี US – Wheat Gluten AB ได้ใช้มาตรฐานการทบทวน ในการตรวจสอบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนำความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่นๆ มาตัดสินว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ ซึ่ง AB พบว่า USITC ได้ประเมินสาเหตุอื่นๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายนอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ได้แก่ การแข่งขันระหว่างสินค้าในตลาดเดียวกัน (co-product) คือ การแข่งขันระหว่างแป้งสาลี กับ Wheat Starch ต้นทุนการผลิตที่สูงขึ้น การนำเข้าแป้งสาลีของผู้ผลิตภายในประเทศสหรัฐ และกำลังการผลิตที่แท้จริง⁵⁹

แต่ AB เห็นว่า ตามรายงานของ USITC การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้ามีความสัมพันธ์กับ capacity โดยในรายงานของ USITC กล่าวว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าในปริมาณดังกล่าว จะทำให้ capacity อยู่ในระดับ 61% ของ capacity ในปีค.ศ. 1997

⁵⁸ WTO Document, AB Report on Wheat – Gluten, para. 69.

⁵⁹ Ibid., para.80.

ซึ่ง AB เห็นว่า USITC ยังไม่ได้มีคำอธิบายที่เพียงพอที่แสดงให้เห็นว่า การเพิ่มขึ้นของ capacity ที่เกิดขึ้นพร้อมกับการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า เป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ดังนั้น AB จึงตัดสินว่า ประเทศสหรัฐพิจารณาความเสียหายไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง เพราะไม่สามารถแสดงให้เห็นว่า ไม่ได้นำความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่นมาตัดสินว่า เป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า⁶⁰

ผู้เขียนเห็นด้วยกับ องค์การอุทธรณ์ ที่ตัดสินว่า USITC พิจารณาความเสียหายไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง เพราะไม่สามารถแสดงให้เห็นว่า ไม่ได้นำความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่นมาตัดสินว่า เป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า เนื่องจาก ผู้เขียนเห็นว่า ในคดีนี้ USITC ยังไม่ได้แยกให้เห็นสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ได้อย่างครบถ้วน กล่าวคือ แม้ตามรายงานของ USITC ปรากฏว่า capacity เพิ่มขึ้นสอดคล้องกับการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า แต่ USITC ไม่ได้ประเมินปัจจัยเรื่องนี้ ในฐานะที่เป็นสาเหตุอื่น ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

ใน คดี US – Lamb Meat USITC พบว่า นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าแล้ว ยังมีปัจจัย 6 ประการที่เป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ USITC จึงพิจารณาว่า ปัจจัยทั้ง 6 ประการ มีความสำคัญมากกว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าหรือไม่ ซึ่งสุดท้ายแล้ว USITC พบว่า ปัจจัยทั้ง 6 ประการเป็นสาเหตุที่สำคัญน้อยกว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า⁶¹

⁶⁰ Ibid., paras.89-92.

⁶¹ WTO Document, AB Report on US – Lamb Meat, para. 182.

AB ได้ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนำความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น ๆ มาตัดสินว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่⁶²

AB เห็นว่า USITC ไม่ได้แยกผลที่เกิดจากสาเหตุต่างๆ ออกจากกัน และไม่ได้อธิบายว่า สาเหตุต่างๆ นั้นไม่ได้นำมารวมกับ สาเหตุเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าในการตัดสินว่าการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ตัวอย่างเช่น การพิจารณาสาเหตุเรื่อง การยุติการให้ความช่วยเหลือด้านการเงินภายใต้กฎหมาย The National Wool Act ปี 1954 USITC ได้พิจารณาผลของสาเหตุประการนี้ว่า ส่งผลกระทบต่อกำไรของ growers และ feeders ก็จริงอยู่ แต่ USITC ไม่ได้พิจารณาให้เห็นถึงลักษณะ และขอบเขตของความเสียหายดังกล่าว⁶³ ดังนั้น AB จึงตัดสินว่า USITC พิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

จะเห็นว่า องค์การระงับข้อพิพาท ได้ใช้มาตรฐานการทบทวนเรื่อง non – attribution นี้ เป็นมาตรฐานการทบทวน ประการสุดท้ายในการตรวจสอบว่า ประเทศผู้นำเข้าพิจารณาความเสียหายได้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องหรือไม่ ซึ่งในคดี US – Wheat Gluten แม้ USITC จะผ่านมาตรฐานการทบทวนขององค์การระงับข้อพิพาท ในการตรวจสอบเรื่อง การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าให้เกิดความเสียหายหรือไม่ (causal link) ในประการแรก และประการที่สอง คือ มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นสอดคล้องกับความเสียหาย (coincidence of trends) และสภาพการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตในประเทศจะแสดงว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้ามีความสัมพันธ์กับความเสียหาย (condition of competition) ก็ตาม แต่ USITC ก็ไม่ผ่านการตรวจสอบประการสุดท้าย คือ ไม่สามารถแสดงให้เห็นว่า ไม่ได้นำความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่น มาตัดสินว่าเป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า (non-attribution) และตัดสินว่า ประเทศสหรัฐพิจารณาความเสียหายไม่

⁶² Ibid., para.183.

⁶³ Ibid., para.185.

สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ผู้เขียนจึงเห็นว่า องค์การระดับข้อพิพาทได้ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการตรวจสอบว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงจริงหรือไม่ และสามารถป้องกันการใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมของประเทศสมาชิกได้ในระดับหนึ่ง



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 6

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

มาตรการปกป้อง (Safeguard measure) เป็นมาตรการที่อนุญาตให้ประเทศผู้นำเข้าไม่ต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันทางการค้าได้เป็นการชั่วคราว ในกรณีที่มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือที่แข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้านั้น¹

ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO กำหนดว่า ก่อนที่ประเทศผู้นำเข้าจะใช้มาตรการปกป้องได้ ต้องปรากฏว่า²

- (1) มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า
- (2) การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดจากสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้
- (3) การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

ดังนั้น ก่อนที่ประเทศผู้นำเข้าจะใช้มาตรการปกป้องได้ ต้องพิสูจน์ให้ได้เสียก่อนว่า เข้าเงื่อนไขก่อนการใช้มาตรการปกป้อง ตามที่ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องกำหนดไว้ ซึ่งเงื่อนไขประการสำคัญที่ประเทศผู้นำเข้าต้องพิสูจน์ คือ การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า “การพิจารณาความเสียหาย” หรือตามตำรากฎหมายเศรษฐกิจ

¹ Michael J. Trebilcock and Robert Howse, The Regulation of International Trade.

^{2nd} ed. London : Routledge, 1999, p.226.

² มาตรา 2.1 ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

ระหว่างประเทศต่างๆมักเรียกว่า การพิสูจน์ความเสียหาย (injury test)³ การพิจารณาความเสียหายเป็นประเด็นสำคัญ เพราะหลักการพิจารณาความเสียหายในกฎหมายเกี่ยวกับการค้านั้น เป็นหลักการสำคัญที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรม กล่าวคือ เป็นหลักที่พยายามลดการกีดกันทางการค้า โดยอนุญาตให้มีการกีดกันเฉพาะในกรณีที่มีความเสียหายอย่างร้ายแรงเท่านั้น⁴ ดังนั้น หลักการพิจารณาความเสียหาย ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องจึงมีบทบาทที่จะช่วยป้องกันไม่ให้ใช้มาตรการปกป้องไปในทางไม่ชอบธรรมได้ในระดับหนึ่ง

และจากหลักฐานเชิงประจักษ์ กล่าวคือ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง 8 คดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรระงับข้อพิพาท องค์กรระงับข้อพิพาทตัดสินว่า ประเทศผู้นำเข้าพิจารณาความเสียหายไม่สอดคล้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องทุกคดี ซึ่งในการศึกษาวิจัยนี้ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาคำตัดสินขององค์กรระงับข้อพิพาท 4 คดี ด้วยกัน ได้แก่ คดี Korea – Dairy Products คดี Argentina – Footwear คดี United States – Wheat Gluten และคดี United States – Lamb Meat

จากการศึกษาพบว่า องค์กรระงับข้อพิพาทได้ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เพื่อตรวจสอบการพิจารณาความเสียหายของประเทศผู้นำเข้า โดยในการพิจารณาเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง องค์กรระงับข้อพิพาทมีมาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) ในการตรวจสอบว่า⁵

(1) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) หรือไม่ หรือเรียกว่า “formal matter”

³ John H. Jackson, The World Trading Systems : Law and Policy of International Economic Relations, (Cambridge : MIT, 1989),pp.5-6.

⁴ สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: การควบคุมการค้าระหว่างประเทศโดยรัฐ, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 102.

⁵ WTO Document, AB Report on Argentina – Footwear, para.121.

(2) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีคำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความเพียงพอหรือไม่ ว่าข้อเท็จจริงต่างๆสนับสนุนการตัดสินของตนอย่างไร หรือเรียกว่า “substantive matter”

ส่วนในการพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (causal link) ของค้กรระงับข้อพิพาทใช้มาตรฐานการทบทวนเพื่อตรวจสอบการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ 3 ประการ คือ⁶

(1) มีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าเกิดขึ้นสอดคล้องกับความเสียหายหรือไม่ (Coincidence of trends)

(2) สภาพการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศแสดงให้เห็นว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ (Condition of competition)

(3) กรณีมีสาเหตุอื่นนอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนำความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่นๆ มาตัดสินว่าเป็นความเสียหายที่เกิดจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าหรือไม่ (Non - attribution)

จากการศึกษาวิเคราะห์พบว่า องค์การระงับข้อพิพาท ได้ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เกี่ยวกับความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ดังกล่าวข้างต้น ในการแก้ปัญหาการใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมได้ในระดับหนึ่ง เห็นได้จากคำตัดสินขององค์การระงับข้อพิพาท ดังนี้

ในคดี Korea – Dairy Products และคดี Argentina – Footwear องค์การระงับข้อพิพาทได้ใช้มาตรฐานการทบทวน ตรวจสอบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศเกาหลี และของประเทศอาร์เจนตินา ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) หรือไม่ ซึ่งเมื่อองค์การระงับข้อพิพาทได้ตรวจสอบแล้ว พบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศเกาหลี และประเทศ

⁶ WTO Document, Panel Report on Argentina - Footwear, para. 8.229.

อาร์เจนตินา ไม่ได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) ของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง เพราะไม่ได้ประเมินปัจจัยครบ 8 ประการตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4.2 (เอ) ซึ่งเป็น การไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

ส่วนในคดี US – Lamb Meat แม้อองคฺกระงับข้อพิพาทใช้มาตรฐานการทบทวน ตรวจสอบแล้วพบว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศสหรัฐได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ตามมาตรา 4.2(เอ) แล้วก็ตาม แต่เมื่ออองคฺกระงับข้อพิพาท ตรวจสอบว่า การที่ USITC ตัดสินว่า เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมเนื้อลูกแกะของประเทศสหรัฐ นั้น USITC มีคำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความเพียงพอหรือไม่ ว่าข้อเท็จจริงต่างๆสนับสนุนการ ตัดสินเช่นนั้นอย่างไร อองคฺกระงับข้อพิพาท พบว่า USITC ไม่มีคำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความ เพียงพอ ว่าข้อเท็จจริงต่างๆสนับสนุนคำตัดสินว่า เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่าง ร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมเนื้อลูกแกะ เพราะไม่ได้อธิบายว่า ปัจจัยด้าน “ราคา” ที่เพิ่มขึ้นช่วงท้าย ของการไต่สวน สนับสนุนคำตัดสินว่า จะเกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อ อุตสาหกรรมเนื้อลูกแกะภายในประเทศสหรัฐได้อย่างไร

และในคดี United States – Wheat Gluten อองคฺกระงับข้อพิพาท ได้ตรวจสอบ แล้วพบว่า USITC ได้ประเมินปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 4.2 (เอ) แล้ว และ USITC มี คำอธิบายที่มีเหตุผล และมีความเพียงพอ ว่าข้อเท็จจริงต่างๆสนับสนุนคำตัดสินว่า เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมผลิตแป้งสาลีของประเทศสหรัฐ แต่ต่อมา เมื่ออองคฺกระงับ ข้อพิพาทได้ ใช้มาตรฐานการทบทวนเพื่อตรวจสอบ การพิจารณาเรื่องการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง อองคฺกระงับข้อพิพาท พบว่ามีการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า เกิดขึ้นสอดคล้องกับความเสียหาย (coincidence of trends) และสภาพการแข่งขันระหว่างสินค้านำ เข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ แสดงให้เห็นว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้ามีความสัมพันธ์ กับความเสียหาย (condition of competition) แต่อองคฺกระงับข้อพิพาท พบว่า USITC ยังไม่แสดง ให้เห็นว่า กรณีมีสาเหตุอื่น ๆ นอกจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไม่ได้นำ ความเสียหายที่เกิดจากสาเหตุอื่นมาตัดสินว่า การเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าก่อให้เกิดความเสียหาย อย่างร้ายแรง(non-attribution) ดังนั้น อองคฺกระงับข้อพิพาทจึงตัดสินว่า ประเทศสหรัฐพิจารณา ความเสียหายไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง

จึงเห็นได้ว่า จากหลักฐานเชิงประจักษ์ดังกล่าว องค์การระงับข้อพิพาทได้ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เกี่ยวกับความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO เพื่อป้องกันการใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมของประเทศสมาชิกได้ในระดับหนึ่ง

6.3 ข้อเสนอแนะ

จากการที่องค์การระงับข้อพิพาทใช้มาตรฐานการทบทวน ในการตรวจสอบการพิจารณาความเสียหายตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น และปรากฏว่า ทุกคดีองค์การระงับข้อพิพาทตัดสินว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาความเสียหายในการใช้มาตรการปกป้องไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง จึงเป็นหลักฐานเชิงประจักษ์ว่า องค์การระงับข้อพิพาทได้ใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เกี่ยวกับความเสียหาย เพื่อป้องกันการใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมของประเทศสมาชิกได้ในระดับหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ผลจากการที่องค์การระงับข้อพิพาทตัดสินว่า ประเทศผู้นำเข้าที่จะใช้มาตรการปกป้อง พิจารณาความเสียหายไม่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องทุกคดี อาจจะเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ประเทศสมาชิกไม่ยอมใช้มาตรการปกป้อง และเมื่อพิจารณาจากสถิติการใช้มาตรการปกป้องจะเห็นว่า

จากสถิติการใช้มาตรา 19 ภายใต้ GATT รวม 150 ครั้ง ตั้งแต่ ปีค.ศ. 1947 – 1994 ในขณะที่ มีการใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดในปีค.ศ. 1993 ปีเดียวถึง 132 ครั้ง และ

⁷ ที่กล่าวว่าเป็นสาเหตุหนึ่ง เพราะยังมีประเด็นอื่นๆ ในความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ที่เป็นสาเหตุให้ประเทศสมาชิกไม่นิยมใช้มาตรการปกป้อง เช่น หลักเกณฑ์เรื่องการชดเชย (compensation) และการตอบโต้ (retaliation) เป็นต้น (Chad P. Bown. Why are safeguards under the WTO so unpopular?, *World Trade Review* 1 (2002) : 47-62.)

การใช้มาตรการปกป้องภายใต้ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1995-2000 เพียง 20 ครั้ง แต่ใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดถึง 333 ครั้งในปีค.ศ. 1995-1997⁸ ดังตารางต่อไปนี

ประเทศ	จำนวนการใช้มาตรการปกป้องตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT (1947-1994)	จำนวนการใช้มาตรการปกป้องตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องภายใต้ WTO (1995-200)
ออสเตรเลีย	38	0
สหภาพยุโรป	26	0
สหรัฐอเมริกา	25	5
แคนาดา	22	0
ออสเตรเลีย	8	0
แอฟริกาใต้	4	0
ชิลี	3	1
ฟินแลนด์	2	0
นิวซีแลนด์	1	0
นอร์เวย์	1	0
สาธารณรัฐเช็ก	1	1
อินเดีย	0	6
ซีปป์	0	2
เกาหลี	0	2
ลัตเวีย	0	1
อาร์เจนตินา	0	1

⁸ Chad P. Bown. Why are safeguards under the WTO so unpopular?, World Trade Review 1 (2002) : 47-48.

ประเทศ	จำนวนการใช้มาตรการ ปกป้องตามมาตรา 19 ภายใต้ GATT (1947-1994)	จำนวนการใช้มาตรการ ปกป้องตามความตกลงว่าด้วย มาตรการปกป้องภายใต้ WTO (1995-2000)
บราซิล	0	1
อื่นๆ	19	0
รวม	150	20

(Source : Chad P. Bown. Why are safeguards under the WTO so unpopular?, World Trade Review 1 (2002) : 47-48.)

ถ้าพิจารณาโดยหลักการแล้ว จะเห็นว่าเป็นสิ่งที่ดีที่ประเทศสมาชิกใช้มาตรการปกป้องกันน้อย แต่ความจริงแล้วมิได้เป็นเช่นนั้น เพราะประเทศสมาชิกต่างหันไปใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดแทน ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า การใช้มาตรการปกป้องในการคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศเป็นสิ่งที่ดีกว่าการใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด เพราะ⁹

(1) มาตรการปกป้องใช้โดยอยู่ภายใต้หลักการ MFN¹⁰ แต่มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด ใช้ตอบโต้กับประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งทางเศรษฐศาสตร์เห็นว่า จะทำให้เกิดการสูญเสียสวัสดิการ (welfare losses) จากการหันเหของทิศทางการค้า (trade diversion) แทนที่จะซื้อสินค้าจากประเทศผู้ส่งออก ก็จะซื้อสินค้าจากประเทศผู้ส่งออกรายอื่นที่มีต้นทุนการผลิตต่ำกว่าแทน¹¹

⁹ Chad P. Bown. Why are safeguards under the WTO so unpopular?, World Trade Review 1 (2002) : 50-51.

¹⁰ ตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง มาตรา 2.2 กำหนดว่า ให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการปกป้องกับสินค้าที่กำลังนำเข้ามา โดยไม่ต้องคำนึงถึงแหล่งที่มาของสินค้านั้น

¹¹ Chad P. Bown and Rachel McCulloch. Nondiscrimination and the WTO Agreement on Safeguards, World Trade Review 2 (2003) : 327-348.

(2) ในการใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด ประเทศผู้ถูกใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่า กระทำการค้าไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ซึ่งอันที่จริงแล้ว ประเทศผู้นำเข้าอาจไม่มีประสิทธิภาพในการแข่งขันเพียงพอก็ได้ แต่สำหรับมาตรการปกป้อง ไม่จำเป็นต้องมีการกล่าวหาว่าประเทศผู้ส่งออกกระทำทางการค้าไม่เป็นธรรม เพียงแต่เกิดความเสียหายหรือคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงอันเนื่องมาจากการเพิ่มขึ้นของสินค้านำเข้าที่ไม่สามารถคาดเห็นได้ก็สามารถใช้มาตรการปกป้องได้

(3) สำหรับมาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด ต้นทุนการคุ้มครองทางการค้าจะอยู่ที่ประเทศผู้ส่งออก แต่มาตรการปกป้อง มีบทบัญญัติเรื่องการชดเชยความเสียหาย ซึ่งทำให้ในกรณีที่การใช้มาตรการปกป้องทั้งที่ตนไม่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงจริงๆ ประเทศผู้ใช้มาตรการต้องชดเชยค่าเสียหาย ทำให้ต้นทุนการปกป้องจะตกอยู่กับประเทศผู้ใช้มาตรการปกป้องมากกว่า

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ในการใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) เพื่อตรวจสอบการพิจารณาความเสียหายของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ องค์กระงับข้อพิพาทควรใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของทั้งประเทศผู้นำเข้าและประเทศผู้ส่งออก กล่าวคือ ถ้าองค์กระงับข้อพิพาทใช้มาตรฐานการทบทวน (Standard of Review) อย่างเข้มงวดจนเกินไป และเป็นอุปสรรคแก่ประเทศผู้นำเข้า อาจทำให้ประเทศผู้นำเข้าไม่ยอมใช้มาตรการปกป้อง แต่หันไปใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดแทน ซึ่งจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าการใช้มาตรการปกป้อง ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น ในทางกลับกัน ถ้าองค์กระงับข้อพิพาทใช้มาตรฐานการทบทวนอย่างหละหลวม (Standard of Review) ก็อาจเป็นช่องโหว่ที่ทำให้ประเทศผู้นำเข้าใช้มาตรการปกป้องอย่างไม่เป็นธรรมได้ ซึ่งจะทำให้ประเทศผู้ส่งออกได้รับความเสียหายจากการใช้มาตรการปกป้องนั้นได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

เกริกไกร จีระแพทย์. การเจรจาการค้าระหว่างประเทศของไทย. กรุงเทพฯ : คู่แข่งบู๊คส์, 2539.

จิรศักดิ์ ละธาดา. ประกาศกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยการกำหนดมาตรการปกป้องการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น. วารสารนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 29 (ธันวาคม 2542) : 697-702.

เจรจาการค้าพหุภาคี, สำนัก. องค์การการค้าโลก. กรุงเทพมหานคร : กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์, 2544.

ชัยวุฒิ ชัยพันธุ์. หลักและทฤษฎีเศรษฐศาสตร์พื้นฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

ทัชชมัย ฤกษ์สุต. กติกาคือของแถม. กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย, 2539.

ทัชชมัย ฤกษ์สุต. แถมและองค์การการค้าโลก (WTO). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

เทียนฉาย กิระนันท์. สภาวะเศรษฐกิจไทยกับกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 23 (กันยายน 2543) : 1-21.

นภารัตน์ กรรณรัตน์สุตร. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้แถมและองค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. กระบวนการกำหนดนโยบายเศรษฐกิจในประเทศไทย : บทวิเคราะห์เชิงประวัติศาสตร์เศรษฐกิจการเมือง พ.ศ. 2475-2530. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คบไฟ, 2546.

วัชรีย์ ธาดาทำรงเวช. ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง. กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการกรม
เศรษฐกิจการพาณิชย์.

วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน และคณะ. พจนานุกรมศัพท์เศรษฐศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. เศรษฐศาสตร์ไม่ยากอย่างที่คิด. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
ไทยวัฒนาพานิช, 2545.

วิชิตวงศ์ ณ. ป้อมเพชร. นักเศรษฐศาสตร์รางวัลโนเบล. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แสงดาว,
2546.

สุมาลี ปิตยานนท์. เศรษฐศาสตร์แรงงาน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : คณะเศรษฐศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

สุมิตรา วรกุลเฉลิม. มาตรการปกป้องและรักษาผลประโยชน์ทางการค้าของไทย.
กรุงเทพมหานคร : กระทรวงพาณิชย์, 2542.

สุรเกียรติ์ เสถียรไทย. กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ : การควบคุมการค้าระหว่างประเทศ
โดยรัฐ. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.

อรุณ ภาณุพงศ์. จากGATTสู่WTO. วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ 25 (กันยายน 2538) : 433-
444.

อัมพร วิจิตรพันธ์. เศรษฐศาสตร์แรงงาน. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2517.

ภาษาอังกฤษ

- Bacchetta, M. and Jansen, M. Adjusting to Trade liberalization : The Role of policy, Institution and WTO Disciplines, Special Studies 7, (April 2003).
Available From : www.wto.org
- Bael, I.V. and Bellis, Jean-Francois. Anti – dumping and other trade protection laws of the EC. 3rd ed. CCH Europe, 1996.
- Bhala, R. International trade law : Theory and practice. 2nd ed. Lexis, 2001.
- Bown, C.P. and McCulloch R. Nondiscrimination and The WTO Agreement on Safeguards. World Trade Review. Vol.2 (2003) : 327-348.
- Bown, C.P. Why are safeguards under the WTO so unpopular ?. World Trade Review. Vol.1 (2002) : 47-62.
- Bronckers, M. C.EJ. WTO implementation in the European community : Antidumping, safeguards and intellectual property. Journal of World Trade 29 (October 1995) : 73-95.
- Brue, S. L. The evolution of economic thought. 6th ed. The Dryden Press, 2000
- Corr, C.F. Trade protection in the new millennium : The ascendancy of antidumping measures. Northwestern Journal of International Law and Business 18 (Fall 1997) : 49-109.
- Creally, E. Judicial review of antidumping and other safeguard measures in the European community. London : Butterworths, 1992.

Dam, K.W. The GATT law and international economic organization. Chicago : The University of Chicago.

Finger, J. M. Safeguards : Making sense of GATT/WTO provisions allowing for import restrictions. In Bernard Hoekman, Aaditya Mattoo and Philip English (eds.), Development, trade and the WTO : A handbook, pp.195-205. Washington, D.C. : The World Bank, 2002.

Guide to GATT Law and Practice. Analytical Index. Volume 1, 1995.

Hizon, E. M. The safeguard measure/ver dilemma : The jekyll and hyde of trade protection. Northwestern Journal of International Law and Business 15 (Fall 1994) : 105-138.

Hoekman, B.M. and Kostecki, M.M. The political economy of the world trading system : The WTO and beyond. 2nd ed. New York : Oxford University, 2001.

Hoelscher, C. A comment on commission regulation (EC) No.560/2002 : Imposing provisional safeguard measure against certain steel products. Journal of World Trade 36 (December 2002) : 1081-1087.

Holliday, G.D. The Uruguay round's agreement on safeguards. Journal of World Trade 29 (June 1995) : 155-160.

Horn, H. and Mavroidis. P.C. US – Lamb United States – Safeguard measures on imports of fresh, chilled or frozen lamb meat from New Zealand and Australia : what should be required of a safeguard investigation?. World Trade Review. Vol.2 (2003) : 395-430.

Irwin, D. A. Causing Problems? The WTO Review of Causation and injury Attribution in U.S. Section 201 Cases. World Trade Review. Vol.2 (2003) : 297-325.

Jackson, J. H. Legal problems of international economic relations : Cases, materials and text. St.Paul, Minn. : West, 1977.

Jackson, J. H. The world trading systems : Law and policy of international economic relations. Cambridge : MIT, 1989.

Jackson, J. H. World trade and the law of GATT. Indianapolis : The Bobbs-Merrill, 1969.

Jackson, J. H., Davey, W. J., and Sykes, A. O. Legal problems of international economic relations : Cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations. 4th ed. St.Paul, Minn. : West, 2002.

Jones, Kent. The safeguards mess revisited : the fundamental problem. World Trade Review. Vol.3 (2004) : 83-91.

Kleen, P. The safeguard issue in the Uruguay round – a comprehensive approach. Journal of World Trade 23 (1989) : 73-92.

Komuro, N. Japan's safeguard law and practice. Journal of World Trade 35 (2001) : 847-972.

Lee, Y. S. and Mah, J.S. Reflections on the agreement on safeguards in the WTO. World Competition Law and Economics Review 21 (September 1998) : 25-31.

Lee, Y. S. Critical issues in the application of the WTO rules on safeguards : In the light of the recent panel reports and the appellate body decisions. Journal of World Trade 34 (April 2000) : 131-147.

- Lee, Y. S. Destabilization of the discipline on safeguards? : Inherent problems with the continuing application of article XIX after the settlement of the agreement on safeguards. Journal of World Trade 35 (2001) : 1235-1246.
- Lee, Y. S. Review of the first WTO panel case on the agreement on safeguards : Korea definitive safeguard measure on imports of certain daily products and its implications for the application of the agreement. Journal of World Trade 36 (1999) : 27-46.
- Lee, Y. S. Safeguard measures : Why are they not applied consistently with the rules? : Lessons for competent national authorities and proposal for the modification of the rules on safeguards. Journal of World Trade 36 (August 2002) : 641-673.
- Matsushita, M., Schoenbaum, T.J. and Mavroidis, P.C. The world trade organization : Law, practice and policy. New York : Oxford University, 2003.
- Merciai, P. Safeguard measures in GATT. Journal of World Trade 15 (Jan:Feb 1981) : 41-66.
- Meredith Crowley. Opening and Closing Technology Gaps Under Safeguard Tariffs. Economic Research Federal Reserve Bank of Chicago, 2001.
- Nuzum, J.A. The agreement on safeguards : U.S. law leads revitalization of the escape clause. In Terence P. Stewart (ed.), The world trade organization the multilateral trade framework for the 21st century and U.S. implementing legislation, pp.407-431. New York : American Bar Association, 1996.
- Petersmann, Ernst-Ulrich. Grey area trade policy and the rule of law. Journal of World Trade 22 (1998) : 23-44.

Report to the President on Investigation No. TA-201-67. Wheat Gluten. Washington, D.C.: United States International Trade Commission, 1998.

Report to the President on Investigation No. TA-201-68. Lamb Meat. Washington, D.C.: United States International Trade Commission, 1999.

Rogowsky, R. A. WTO Disputes : Building international law on Safeguards.
Available From : www.vsb.org/publications/valawyer/june_july01/rogowsky.pdf

Steger, D.P. Appellate body jurisprudence relating to trade remedies. Journal of World Trade 35 (2001) : 799-823.

Stevenson, C. Are WTO Members Correctly Applying WTO Rules in Safeguard Determinations. Available From: www.dartmont.edu/tuck/fac_research/centers/forum_2003.html.

Stewart, T.P. The GATT Uruguay round : A negotiation history (1986-1992). Vol.2. Boston : Kluwer Law and Taxation, 1993.

Swan, A.C. and Murphy, J.F. Cases and materials on the regulation of international business and economic relations. New York : Matthew Bender, 1991.

Sykes, A.O. Protectionism as a "safeguard" : A positive analysis of the GATT "escape clause" with normative speculations. University of Chicago Law Review 58 (Wint.1991) : 255-305.

Sykes, A.O. The persistent puzzles of safeguards : Lesson from steel dispute. Journal of International Economic Law . Vol.7 (2004): 523-564.

Sykes, A.O. The safeguards mess : A Critique of WTO Jurisprudence. World Trade Review. Vol.2 (2003) : 261-295.

Sykes, A.O. The safeguards mess revisited – a reply to Professor Jones. World Trade Review. Vol.3 (2004) : 93-97.

Sykes, A.O. GATT safeguards reforms : The injury test. In Robert Howse (ed.), The world trading system : Critical perspectives on the world economy. Vol.3, pp.396-413. London : Routledge, 1997.

Trebilcock, M.J. and Howse, R. The regulation of international trade. 2nd ed. London : Routledge, 1999.

WTO. Appellate Body Report, Argentina – Footwear Safeguards, WT/DS121/R, adopted on January 12, 2000.

WTO. Appellate Body Report, Korea – Dairy Safeguards, WT/DS98/AB/R, adopted on January 12, 2000.

WTO. Appellate Body Report, U.S. – Lamb Safeguards, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R adopted on May 16, 2001.

WTO. Appellate Body Report, U.S. – Wheat Gluten Safeguards, WT/DS166/AB/R, adopted on January 19, 2001.

WTO. Panel Report, Argentina – Footwear Safeguards, WT/DS121/R, adopted on January 12, 2000.

WTO. Panel Report, Korea – Dairy Safeguards, WT/DS98/R, adopted on January 12, 2000.

WTO. Panel Report, U.S. – Lamb Safeguards, WT/DS177/R, WT/DS178/R adopted on May 16, 2001.

WTO. Panel Report, U.S. – Wheat Gluten Safeguards, WT/DS166/AB/R, adopted on January 19, 2001.

Zampetti, A.B. The Uruguay round agreement on safeguards : A competition - oriented perspective. World Competition Law and Economic Review 19 (December 1995) : 147-158.

United Nations Conference on Trade and Development. Dispute Settlement : Safeguard Measures, UN New York and Geneva, 2003. Available From : www.r0.unctad.org/dispsett/



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

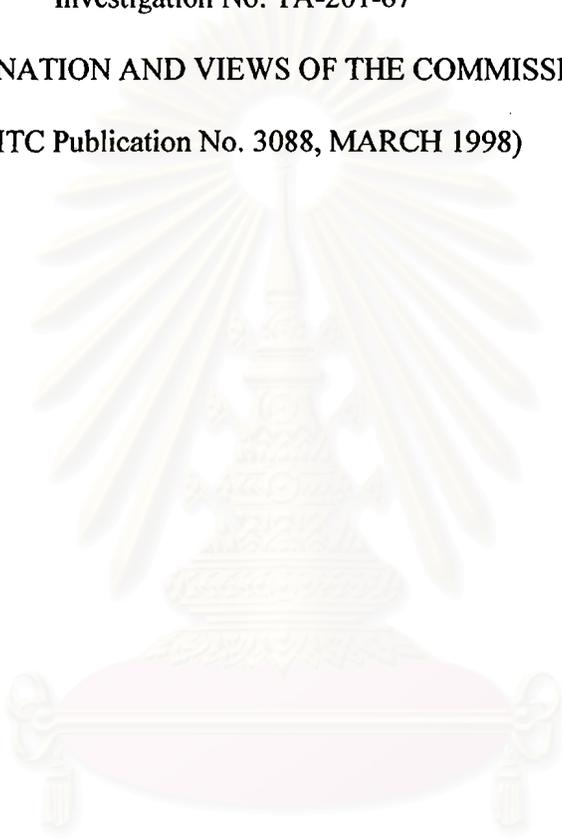
UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION

WHEAT GLUTEN

Investigation No. TA-201-67

DETERMINATION AND VIEWS OF THE COMMISSION

(USITC Publication No. 3088, MARCH 1998)



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

VIEWS OF THE COMMISSION ON INJURY

Introduction

Pursuant to section 202(b) of the Trade Act of 1974 (“Trade Act”) (19 U.S.C. 2252(b)), we determine that wheat gluten is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury to the domestic wheat gluten industry. Pursuant to section 311(a) of the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”) Implementation Act (19 U.S.C. 3371(a)), we have made negative findings with respect to imports of wheat gluten from Mexico and Canada.

In making determinations under section 202, the Commission analyzes the three criteria set forth in the statutory standard. Specifically, the Commission must find that--

- (1) imports of the subject article are in *increased quantities* (either actual or relative to production);
- (2) the domestic industry producing an article that is like or directly competitive with the imported article is *seriously injured or threatened with serious injury*; and
- (3) the article is being imported in such increased quantities as to be a *substantial cause of serious injury or threat of serious injury* to the domestic industry.

Thus, the Commission must find that all three criteria are satisfied to make an affirmative injury determination.

When the Commission makes an affirmative injury determination under section 202, it must also consider, pursuant to section 311 of the NAFTA Implementation Act, whether imports from Mexico or Canada account for a “substantial share” of total imports and whether imports from those countries individually or collectively “contribute importantly” to the serious injury or threat of serious injury.

The basis for our affirmative injury determination and our negative findings with respect to imports from Mexico and Canada are set out below. Our findings and recommendations on remedy are set forth in the “Views on Remedy” that follow these views on injury.

Background

The Commission instituted this investigation effective September 19, 1997, following receipt of a petition filed by the Wheat Gluten Industry Council (“petitioner”). The petition alleged that wheat gluten is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat of serious injury, to the domestic wheat gluten industry. The Wheat Gluten Industry Council consists of two U.S. producers of wheat gluten: Midwest Grain Products, Inc. (“Midwest”), and Manildra Milling Corporation (“Manildra”).¹ Midwest operates two wheat gluten facilities, and accounted for *** of U.S. production in 1997.² Manildra also operates two wheat gluten facilities, and accounted for *** of U.S. production in 1997.³ Manildra is affiliated, through common ownership, with the largest Australian producer of wheat gluten.⁴ The other two U.S. producers of wheat gluten are Archer Daniels Midland (“ADM”) and Heartland Wheat Growers (“Heartland”), accounting for *** percent and ***

¹ Petition at 7.

² Report at II-6. Unless otherwise indicated, references in these views to yearly data are to crop year data, for the period July 1-June 30.

³ Report at II-6.

⁴ Report at II-8

percent, respectively, of domestic production in 1997.⁵ ADM *** the petition and Heartland *** the petition.⁶

Wheat gluten is imported from many countries. However, the primary sources are the European Union (“EU”), Australia, and Canada, accounting for 51.5, 35.3, and 8.9 percent of imports (by quantity) in 1997, respectively.⁷

Wheat gluten is produced from wheat flour. The process of manufacturing wheat gluten always results in two products: one part of gluten and approximately five parts of starch.⁸ Viewed alone, the gluten is a tough, elastic grayish protein substance.⁹ About 80 percent of the wheat gluten consumed in the United States serves as an input to the baking industry to supplement the gluten in the flours used to make baked goods; wheat gluten must be used in the production of high-fiber and multi-grain breads.¹⁰ The pet food industry accounts for the remaining 15-20 percent of consumption.¹¹

Domestic Industry

Statutory Framework and Commission Practice. Before considering whether the statutory criteria are satisfied, it is first necessary to define the domestic industry. Under section 202(b)(1)(A), the Commission is required to determine whether increased imports of an article are a substantial cause of serious injury or the threat thereof “to the domestic industry producing an article that is like or directly competitive with the imported article.” The term “domestic industry” is defined in section 202(c)(6)(A)(i), and additional instruction is provided in section 202(c)(4) of the Trade Act.

Section 202(c)(6)(A)(i) defines the term domestic industry to mean:

with respect to an article, the domestic producers as a whole of the like or directly competitive article or those producers whose collective production of the like or directly competitive article constitutes a major proportion of the total domestic production of such article.¹²

This definition was added by the Uruguay Round Agreements Act (“URAA”) and is based on the definition in paragraph 1(c) of Article 4 of the World Trade Organization Agreement on Safeguards (“Safeguards Agreement”). The Statement of Administrative Action to the URAA notes that this definition “codifies existing ITC practice, which is consistent with the meaning given to the term in the safeguards agreement.”¹³

Section 202(c)(4) provides that the Commission (1) shall, in the case of a domestic producer that also imports, treat as part of the domestic industry only its domestic production, to the extent that information is available; (2) may, in the case of a domestic producer that produces more than one article, treat as part of such domestic industry only that portion or subdivision of the producer which produces the

⁵ Report at II-8.

⁶ Id.

⁷ Report at II-12.

⁸ Report at II-5.

⁹ Report at II-4.

¹⁰ Report at II-5.

¹¹ Id.

¹² Section 202(c)(6)(A)(i). The language “or those producers whose collective production of the like or directly competitive article constitutes a *major proportion* of the total. . .” (emphasis added) codifies the expectation that the Commission, as a practical matter, will not always obtain 100 percent participation in its fact gathering process.

¹³ Statement of Administrative Action (“SAA”), submitted with the implementing bill on Sept. 27, 1994, published in H. Doc. 103-316, vol. I (103d Cong. 2d Sess.) at 961.

like or directly competitive article; and (3) may also find there to be a “geographic” industry when certain conditions are present.¹⁴

The term “like or directly competitive” is defined in the legislative history of the Trade Act. Therein, Congress stated:

The words “like” and “directly competitive,” as used previously and in this bill are not to be regarded as synonymous or explanatory of each other, but rather to distinguish between “like” articles and articles which, although not “like,” are nevertheless “directly competitive.” In such context, “like” articles are those which are substantially identical in inherent or intrinsic characteristics (i.e., materials from which made, appearance, quality, texture, etc.), and “directly competitive” articles are those which, although not substantially identical in their inherent or intrinsic characteristics, are substantially equivalent for commercial purposes, that is, are adapted to the same uses and are essentially interchangeable therefor.¹⁵

As this language indicates, “like” means substantially identical, and “directly competitive” means commercially competitive.^{16 17} The different meaning given to these terms suggests that “like”

¹⁴ Sections 202(c)(4)(A)-(C).

¹⁵ H.R. Rep. No. 571, 93d Cong., 1st Sess. at 45 (1973); S. Rep. No. 1298, 93d Cong., 2d Sess., at 121-122 (1974).

¹⁶ Commissioner Crawford does not join the remainder of this paragraph or the following paragraph. Although she agrees that “like” and “directly competitive” clearly have distinct meanings, she does not concur with the domestic industry approach adopted by Chairman Miller and Vice Chairman Bragg in which they conclude that if there are identifiable domestic producers of a product that is “like” the imported product, they are not required to look further for an industry producing products that are “directly competitive.” Rather, she follows the plain language of the statute that the domestic industry is defined as the domestic producers of the “like or directly competitive article.” A consideration of both producers of “like” products as well as producers of “directly competitive” products is logical since both are commercially competitive with the imported article, in addition to competing with each other. She notes that under the approach adopted by Chairman Miller and Vice Chairman Bragg, if there are producers of a like product, no matter how small or disinterested, then producers of a directly competitive product face hurdles outside their control. They are either excluded from the domestic industry or, at a minimum, face the uncertainty of not knowing whether their petition will even be accepted by the Commission or, if it is, whether the Commission will consider them to be an industry for the purpose of making an injury determination. Therefore, producers of a directly competitive product are effectively foreclosed from ever bringing an escape clause action against imports that, by definition, are commercially competitive with its product unless the Commission, using unstated criteria, decides to consider them. Such an exclusion is inconsistent with the views of the Commission in *Fresh Winter Tomatoes* (Inv. No. TA-201-64 (Provisional Relief Phase), USITC Pub. 2881, April 1995, Views of Chairman Watson and Commissioners Crawford and Bragg). There, the Commission states that “[i]n our view, the concept of ‘directly competitive’ in the statute serves to expand the class of producers of products who may seek and obtain relief...” *Winter Tomatoes* at I-11, n. 26. An analysis of the domestic industry question is found in the reports of the WTO panel and WTO Appellate Body reviewing similar language in Article III:2 of GATT 1994 in *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*. While it is clear that the WTO panel found “like” to be a narrower concept than “directly competitive or substitutable,” (the phrase used in Article III:2), it is equally clear that the panel did not question the basic requirement of Article III:2. Namely, that a consideration of both “like” and “directly competitive or substitutable” products is *required*.

Commissioner Crawford further notes that past Commission practice does not provide clear guidance on this question of domestic industry since there has been no consistent approach to this issue. In the majority of escape clause investigations during the past twenty years, the Commission has simply discussed “like or directly competitive” articles without explicitly addressing the issue posed here. In other investigations, the Commission has

(continued...)

and “directly competitive” are separate concepts, as opposed to a unitary concept.¹⁸ To view “like or directly competitive” as a unitary concept would blur the distinction between “like” and “directly competitive” contrary to Congressional intent.

In view of the above, we believe that if there are identifiable domestic producers of a product that is “like” the imported product, there is a domestic industry producing a “like” product and the Commission is not required to look further for an industry producing products that are “directly competitive” but not “like” the imported products. This analysis is generally consistent with past Commission practice. Even when the Commission has not drawn a distinction between like and directly competitive products, past decisions reflect that the Commission has generally found the industry to consist of the domestic facilities producing the product that is like the imported product.¹⁹

The Commission has identified several factors to be considered in identifying the like or directly competitive product and hence the domestic industry or industries subject to investigation. The Commission has traditionally considered such factors as the physical properties of the article, customs

¹⁶ (...continued)

taken directly contradictory approaches. In *Certain Canned Tuna Fish* (Inv. No. TA-201-53, USITC Pub. 1558, August 1984, Views of Commissioners Eckes, Lodwick, and Rohr), the Commission explicitly adopts a two-stage approach. In the very next escape clause investigation, *Potassium Permanganate* (Inv. No. TA-201-54 USITC Pub. 1682, April 1985, Views of Chairwoman Stern and Commissioners Lodwick and Rohr), the Commission reverts to a consideration of both like and directly competitive products. (*Potassium Permanganate*, at 5). In *Electric Shavers and Parts Thereof* (Inv. No. TA-201-57, USITC Pub. 1819, March 1986, Views of Chairwoman Stern, Vice Chairman Liebeler, and Commissioners Eckes, Lodwick, Rohr, and Brunsdale), the Commission clearly considered both like and directly competitive producers. *Shavers* at 5, and at 5, n. 7. See also the views of the Commission majority in *Fresh Winter Tomatoes* (cited above) for discussion of like and directly competitive products.

¹⁷ See, e.g., *Mushrooms*, Inv. No. TA-201-43, USITC Pub. No. 1089 (August 1980), at 8--“the intent of the drafting committees was that ‘like’ has to do with the physical identity of the articles themselves, while ‘directly competitive’ relates more to the notion of commercial interchangeability.”

¹⁸ This interpretation has been recognized in an international context as well. See the reports of the WTO panel and WTO Appellate Body reviewing similar language in Article III:2 of GATT 1994 in *Japan--Taxes on Alcoholic Beverages*. The WTO panel made clear that “like” is a narrower concept than “directly competitive or substitutable” (the phrase used in Article III:2), and requires that two conditions be present--(1) the domestic and imported products must share essentially the same physical characteristics, and (2) they must share a commonality of end-uses. The panel said that only the second of the two conditions need be present to find that goods are directly competitive or substitutable. See *Japan--Taxes on Alcoholic Beverages*, Report of the Panel, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, adopted 1 Nov. 1996, at para. 6.22. See also *Appellate Body Report on Japan--Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, at 21.

¹⁹ See, e.g., views of Chairman Rohr and Commissioners Newquist, Crawford, and Watson in *Fresh Tomatoes and Bell Peppers*, Inv. No. TA-201-66, USITC Pub. 2985 (August 1996) at I-8, where they found that “domestic fresh tomatoes . . . are like or directly competitive with the imported tomatoes. All tomatoes, whether imported or domestically produced, are members of the Nightshade family. Domestic growers produce all of the types of tomatoes consumed in the United States.” They also found that tomatoes grown for processing, which were not part of the scope of the investigation, were not part of the industry. They noted that tomatoes grown for processing were distinguishable in physical properties, were harvested mechanically (which made them unsuitable for the fresh market), and were grown under different arrangements (under contract). Views at I-6, n. 4. See also views of Chairman Newquist and Commissioners Rohr and Nuzum in *Extruded Rubber Thread*, Inv. No. TA-201-63, USITC Pub. 2563 (Dec. 1992) at 9 (the imported article subject to the investigation is extruded rubber thread, and there is one domestic product, extruded rubber thread, that is like or directly competitive with the imported article; accordingly, the domestic industry consists of domestic manufacturers that produce extruded rubber thread).

treatment, where and how it is made, uses, and marketing channels.²⁰ Each of the factors is relevant, but the weight given to each factor will depend upon the facts in the particular case.

Arguments of the Parties. Petitioner argues that the domestic industry consists of the domestic producers of “all forms of vital wheat gluten,” including certain vital wheat gluten that has been modified (modified wheat gluten) for use in the baking and pet foods industries.²¹ Petitioner argues that there are no significant differences in the physical characteristics of the imported and domestic products, and that any differences in quality, color or texture of the imported and domestic products are not such as would permit consumers to distinguish domestic from imported wheat gluten.²² Petitioner asserts that imported wheat gluten is perceived by consumers to be comparable to that produced in the United States, and that production methods and facilities of domestic and imported wheat gluten are virtually identical, and that domestic and imported wheat gluten are sold in the same channels of distribution.²³ Petitioner also argues that domestic and imported wheat gluten have the same commercial uses (chiefly, to add “vitality” to bakery products and certain pet foods), and are “interchangeable.”²⁴

Respondents do not contest the domestic industry definition proposed by petitioners.

Finding. We find that domestically produced wheat gluten is “like” imported wheat gluten and that the domestic industry consists of the domestic producers of all forms of vital wheat gluten, including modified wheat gluten that is used in the baking and pet foods industries.²⁵ The evidence reflects that imported and domestic wheat gluten have substantially the same physical characteristics. The evidence also shows that imported wheat gluten “is perceived to be roughly of the same quality as that produced in the United States.”²⁶ It further shows that wheat gluten has no substitutes that have the functional properties of “vitality” that are needed in the baking and pet food applications in which it is used.²⁷ Furthermore, domestic and imported wheat gluten are classified under the same HTS classifications. Domestic and foreign wheat gluten plants utilize similar production processes and technology. Domestic and imported wheat gluten are used for the same purpose, namely, to add “vitality” to bakery products and pet foods. Also, both domestic and imported wheat gluten are sold through the same channels of distribution, with the majority of the product sold to end users (primarily wholesale bakeries and pet food

²⁰ See, e.g., *Broom Corn Brooms*, Inv. No. TA-201-65, USITC Pub. 2984 (August 1996) at I-9, n. 5; *Fresh Winter Tomatoes*, Inv. No. TA-201-64 (Provisional Relief Phase), USITC Pub. 2881 (April 1995) at I-7; *Certain Metal Castings*, Inv. No. TA-201-58, USITC Pub. 1849 (June 1986) at 7-8 (examining production processes, facilities, physical characteristics, uses, and markets); *Stainless Steel and Alloy Tool Steel*, Inv. No. TA-201-48, USITC Pub. 1377 (May 1983) at 15-16 (examining physical characteristics and production facilities); *Wood Shakes and Shingles*, Inv. No. TA-201-56, USITC Pub. 1826 (March 1986) at 5; and *Nonelectric Cooking Ware*, Inv. No. TA-201-39, USITC Pub. 1008 (Nov. 1979) at 5, 9. See also Views of Chairman Newquist and Commissioners Rohr and Nuzum in *Extruded Rubber Thread*, Inv. No. TA-201-63, USITC Pub. 2563 (Dec. 1992) at 8: “in defining the like or directly competitive product, the Commission generally considers such factors as production facilities, manufacturing processes and employees, product characteristics and uses, marketing and distribution channels, and occasionally, price.” (Case cites omitted.)

²¹ Petitioners’ Prehearing Brief on injury, at 20.

²² Id. at 20-21.

²³ Id. at 21.

²⁴ Id.

²⁵ Commissioner Crawford concurs with the basic discussion of facts in the following paragraph. She also considered whether there were any products that were directly competitive with the imported article. No party identified any such candidate products and the record did not indicate the existence of any such products. Based on the evidence in the record, she finds that domestically produced wheat gluten is the only product that is like or directly competitive with the imported article and that the domestic industry consists of the domestic producers of all forms of vital wheat gluten, including modified wheat gluten that is used in the baking and pet foods industries.

²⁶ Report at II-5.

²⁷ Id.

producers).²⁸ Finally, the absence of substitute products with the functional “vitality” of wheat gluten suggests that there are no other domestic products that are “like” imported wheat gluten.

Increased Imports

Statutory Framework. Under section 202 of the Trade Act, the criterion of increased imports may be met when the increase is “either actual or relative to domestic production.”²⁹ Because section 202 is a global safeguard law, the Commission considers imports from all sources in determining whether imports have increased. In investigations under section 202, the Commission traditionally has considered import trends over the most recent 5-year period, but has considered longer and shorter periods when it found it appropriate to do so. There is no minimum amount by which imports must have increased. A simple increase is sufficient.

Finding. During the period examined, imports of wheat gluten increased from 128 million pounds in 1993 to 177 million pounds in 1997.³⁰ Virtually all³¹ of this increase occurred during the last two years of the period examined, when imports surged from 128 million pounds in 1995 to 156 million pounds in 1996 and 177 million pounds in 1997.³² Thus, between 1995 and 1997, imports increased by nearly 40 percent. The ratio of imports to production followed a similar trend, rising from 100.6 percent in 1993 to 145.4 percent in 1997.³³ Respondents conceded that imports of wheat gluten have increased.³⁴

Based on the foregoing, we find that this criterion is satisfied.

Serious Injury or Threat

Statutory Framework. The factors and definitions relating to serious injury and threat of serious injury are set out in section 202(c) of the Trade Act. “Serious injury” is defined as “a significant overall impairment in the position of a domestic industry.”³⁵ Threat of serious injury is defined as “serious injury that is clearly imminent.”³⁶

The statute sets forth several economic factors that the Commission must consider in determining whether serious injury or threat thereof exists. Section 202(c)(1) provides that the Commission is to consider “all economic factors which it considers relevant, including (but not limited to)” the following--

- (A) with respect to serious injury--
 - (i) the significant idling of productive facilities in the domestic industry,
 - (ii) the inability of a significant number of firms to carry out domestic production operations at a reasonable level of profit, and
 - (iii) significant unemployment or underemployment within the domestic industry;
- (B) with respect to threat of serious injury--
 - (i) a decline in sales or market share, a higher and growing inventory (whether maintained by domestic producers, importers, wholesalers, or retailers), and a

²⁸ Report at II-9.

²⁹ Section 202(c)(1)(C).

³⁰ Report at II-12.

³¹ Imports declined to 124 million pounds in 1994. Report at II-12.

³² Report at II-12.

³³ Report at II-15.

³⁴ Transcript of injury hearing (Dec. 16, 1997) at 155-56, 181.

³⁵ Section 202(c)(6)(B).

³⁶ Section 202(c)(6)(D).

downward trend in production, profits, wages, productivity, or employment (or increasing underemployment) in the domestic industry,

(ii) the extent to which firms in the domestic industry are unable to generate adequate capital to finance the modernization of their domestic plants and equipment, or are unable to maintain existing levels of expenditures for research and development,

(iii) the extent to which the United States market is the focal point for the diversion of exports of the article concerned by reason of restraints on exports of such article to, or on imports of such article into, third country markets.

The statute further provides that the term "significant idling of productive facilities" includes the closing of plants or the underutilization of production capacity.³⁷ Also, the statute provides that the presence or absence of any of these factors is not "necessarily dispositive" in evaluating serious injury or threat of serious injury.³⁸

Arguments of the Parties. Petitioner argues that the domestic wheat gluten industry is seriously injured or, in the alternative, threatened with serious injury. Petitioner cites the decline in industry capacity utilization from 78.4 percent in 1993 to 44.5 percent in 1997, the *** as a result of low priced imports, and the *** at U.S. plants to support its argument that there has been a significant idling of productive facilities in the industry.³⁹ Petitioner asserts that a significant number of firms are unable to operate at a reasonable level of profit. In support, petitioner points to the increase in profitability of wheat gluten operations between 1993 and 1994, the decline in 1995, and further declines that resulted in losses in 1996 and 1997.⁴⁰ Petitioner also alleges that there is significant unemployment or underemployment within the domestic industry. While noting that a certain minimum workforce is needed to maintain and run wheat gluten plants, petitioner argues that at the current low capacity utilization levels, employees are being dramatically underemployed.⁴¹ Petitioner also relies on the reduction of throughput on existing machines to a level of a 4-day week, ***, declining income received by production workers, and losses of managerial and administrative jobs at domestic facilities.⁴²

Petitioner cites additional evidence relating both to serious injury and threat of serious injury, including increasing production capacity in Europe, declining domestic production, shipments, and sales of wheat gluten, declining industry productivity, increasing inventories, and the inability of domestic producers to generate adequate capital for investment and research and development.⁴³

EU respondents argue that the statutory test of serious injury has not been met. They argue that serious injury must be evaluated in light of the most recent information, and that such information does not support a finding of serious injury.⁴⁴ They allege that Midwest has restored salary cuts, raised salaries, and increased its workforce; that prices have risen and purchasers are unable to find adequate wheat gluten;

³⁷ Section 202(c)(6)(B).

³⁸ Section 202(c)(3).

³⁹ Petitioner's Prehearing Brief on Injury, at 26, 29-30.

⁴⁰ Id. at 30. In noting that the production process yields both wheat gluten and wheat starch, petitioner asserted that whether the financial conditions of the industry were viewed on the basis of wheat gluten operations alone, or on the basis of combined wheat gluten and wheat starch operations, the injury that began during 1994/1995 has become more severe in the 2 most recent years and is clearly "serious." Id. at 34.

⁴¹ Id. at 37.

⁴² Id. at 38.

⁴³ Id. at 40-50.

⁴⁴ Posthearing Brief on Injury of the Association des Amidonneries de Cereales de L'U.E. (hereafter "EU Posthearing Brief on Injury"), at 40.

and that domestic producers have refused to sell to companies that also have imported.⁴⁵ They also assert *inter alia* that the Commission should give little or no weight to the domestic industry's reported profitability data for wheat gluten, or for wheat gluten and wheat starch combined.⁴⁶ In particular, they argue that the allocation of costs between wheat gluten and wheat starch based on sales revenue distorts the profitability data.⁴⁷

They also argue that the domestic industry is not threatened with serious injury. They cite recent improvements in several indicators, including an increase in consumption and declining inventories; high capacity utilization in Europe; and evidence relating to wages, employment, and access to capital, which they believe indicates that serious injury is not "imminent."⁴⁸

Finding. We find that the domestic industry producing wheat gluten is seriously injured. In reaching this conclusion, we examined a wide array of factors relating to the condition of the industry, including capacity utilization, plant closings, production, shipments, inventories, financial data, unit values, prices, employment levels, productivity, wages, and other employment-related data.

In making our determination, we examined the entire record. We agree that the Commission should consider the most recent data and must assure itself that the domestic industry is seriously injured (or threatened with serious injury) at the time it makes its injury determination. Indeed, remedying an injury that no longer exists because economic conditions in the industry have improved or because the industry has completed an adjustment process (e.g., closed plants have long been converted to other uses, separated workers have long been reemployed elsewhere) would be contrary to the purpose of the safeguards law. At the same time, the Commission must also examine recent data in a broader context. A recent minor improvement in data relating to one or more factors does not necessarily mean that serious injury no longer exists, just as a recent downturn in one or more factors would not necessarily mean that a recently healthy industry is now seriously injured. We have carefully reviewed information in the entire record on all of the factors relevant to the question of serious injury and have concluded that the domestic wheat gluten industry is seriously injured.

There was a significant idling of productive facilities in the industry over the period examined. Capacity utilization fell significantly, from 78.3 percent in 1993 to as low as 42.0 percent in 1996 before rising slightly to 44.5 percent in 1997.⁴⁹ Some of this decrease in capacity utilization is explained by the fact that domestic capacity to produce wheat gluten increased during the period of investigation in anticipation of significant increases in domestic consumption.⁵⁰ Most of this increase in capacity was in place by June 1995, that is, before the surge in imports that occurred in crop years 1996 and 1997. Had there been no increase in imports from 1993 levels, the industry likely could have operated at 61 percent of capacity in 1997.⁵¹ Also, one plant in the industry, *** as a result of low-priced imports.⁵²

Industry production declined during the period of investigation. Industry production of wheat gluten, which increased early in the investigative period from 128 million pounds in 1993 to 143 million pounds in 1995, fell sharply to 112 million pounds in 1996 and then increased to 122 million pounds in 1997, a decrease of 4.5 percent over the five-year period of investigation.⁵³ Domestic shipments followed a similar trend, initially rising and then falling, and they were at their lowest level of the investigative

⁴⁵ Id. at 40-42.

⁴⁶ Id. at 35.

⁴⁷ Id. at 35-36.

⁴⁸ Id. at 42-47.

⁴⁹ Report at II-15.

⁵⁰ Domestic consumption increased by 17.8 percent between 1993 and 1997. Report at II-25.

⁵¹ This calculation assumes that 1997 U.S. apparent consumption would have remained the same, and that domestic producers would have supplied all of the increase in consumption.

⁵² Report at II-14, note 37; *** Producer Questionnaire at 13.

⁵³ Report at II-15.

period in 1996 and 1997.⁵⁴ End of period inventories more than doubled during the period examined, as did the ratio of domestic producer inventories to shipments.⁵⁵

The Commission received usable financial data on wheat gluten operations from three of the four domestic producers of wheat gluten, Midland, Manildra, and Heartland. These three firms accounted for the substantial majority of domestic production of wheat gluten.⁵⁶ Each of the companies produces wheat gluten and wheat starch in a joint production process. Each of the companies also produces other by-products or related products, especially alcohol. We carefully considered the arguments made by respondents with respect to the allocations made by domestic producers in providing financial data on their wheat gluten operations. Based on a careful review of the allocation methodologies used by domestic wheat gluten producers in responding to the Commission's questionnaire, we find those allocations to be appropriate.⁵⁷

The financial data obtained by the Commission show that the domestic industry is unable to operate at a reasonable level of profit. The industry's wheat gluten operations were profitable early in the investigative period, but operated at a loss in 1996 and 1997. More specifically, gross profit and operating income increased between 1993 and 1994, and then fell sharply in 1995; further declines in 1996 and 1997 resulted in overall industry losses on wheat gluten operations in both of those years.⁵⁸ Profitability reflected the trend in average unit value prices, which initially rose and then fell. Average unit values peaked in 1994 and then declined and were at the lowest level of the investigative period in 1997.⁵⁹ This decline in average unit values occurred at the same time that average unit costs were rising.⁶⁰

There is evidence of unemployment and of significant underemployment in the industry. Production of wheat gluten is extremely capital intensive and requires very few production workers.⁶¹ Nonetheless, a minimum work force is required to keep a plant running, and producers have little flexibility in changing the level of employment in response to changes in production levels.⁶² While employment and hours worked increased during the period of investigation,⁶³ largely to provide minimum production staffing for the increased capacity planned and brought on stream before imports surged in 1996 and 1997, there is evidence of layoffs of managerial and administrative workers. For example, Midwest reported that while production worker employment was being maintained at minimum necessary levels, losses of managerial and administrative jobs at domestic facilities were incurred.⁶⁴ Also, jobs were lost ***.⁶⁵ There is also evidence of underemployment in the industry. The average number of hours worked (per worker) by production and related workers fell from *** annually for 1993-95 to *** in 1996 and *** in 1997.⁶⁶ Hourly wages ***.⁶⁷ However, the 1997 hourly wage rate was still *** the 1994 rate.⁶⁸

⁵⁴ Report at II-16.

⁵⁵ Report at II-16.

⁵⁶ The fourth firm, ADM, provided combined data on its U.S. and Canadian wheat gluten and wheat starch operations. Report at II-17, note 45.

⁵⁷ Report at II-20, 19-21 (supporting information on these pages of the report is confidential business information).

⁵⁸ Report at II-18-19.

⁵⁹ Report at II-15, 16.

⁶⁰ Report at II-16.

⁶¹ Report at II-17.

⁶² Report at II-17.

⁶³ Report at II-16.

⁶⁴ Petitioner's Prehearing Brief on injury, at 38.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ Derived from data in table 8, report at II-16.

⁶⁷ Report at II-16.

⁶⁸ Report at II-16.

Worker productivity was at its highest level of the investigative period in 1994 and at its lowest level in 1997.⁶⁹ As a result, unit labor costs almost doubled during the period examined.⁷⁰

In summary, by the end of the period examined, virtually all of the factors relevant to industry performance were negative. Industry capacity utilization has declined significantly, production and shipments have declined, end-of-period inventories have more than doubled, the industry has gone from being profitable to operating at a loss, average unit values have declined and were at their lowest level in 1997 at the same time that unit costs were rising, hourly wages have been relatively flat, worker productivity has declined due to the decline in capacity utilization, and unit labor costs have almost doubled. While there has been minor improvement in several factors during the most recent year, these improvements are isolated and do not change our conclusion that the domestic industry is presently seriously injured. Thus, we find that the domestic wheat gluten industry is seriously injured.

Causation

Statutory Framework. The third criterion requires a finding that the article is being imported into the United States in such increased quantities as to be a "substantial cause" of serious injury or threat thereof. The term "substantial cause" is defined in section 202(b)(1)(B) to mean "a cause which is important and not less than any other cause."⁷¹ Thus, the increased imports must be both an important cause of the serious injury or the threat thereof, *and* a cause that is equal to or greater than any other cause. The latter requires a weighing of causes.

In determining whether increased imports are a substantial cause of serious injury or the threat thereof, the statute directs the Commission to take into account all economic factors that it finds relevant, including but not limited to--

. . . an increase in imports (either actual or relative to domestic production) and a decline in the proportion of the domestic market supplied by domestic producers.⁷²

The statute directs that the Commission consider "the condition of the domestic industry over the course of the relevant business cycle," but it provides that the Commission "may not aggregate the causes of declining demand associated with a recession or economic downturn in the United States economy into a single cause of serious injury or threat of injury".⁷³ Also, the statute directs that the Commission "examine factors other than imports" that may be a cause of serious injury or the threat thereof to the domestic industry and include such findings in its report.⁷⁴ The legislative history of the Trade Act includes examples of other causes "such as changes in technology or in consumer tastes, domestic competition from substitute products, plant obsolescence, or poor management," which, if found to be more important causes of injury than increased imports, would require a negative determination.⁷⁵

Arguments of the Parties. Petitioner argues that increased imports are an important cause of serious injury to the domestic industry and the only cause of serious injury.⁷⁶ Petitioner argues that the condition of the domestic industry has deteriorated dramatically despite continued strong domestic demand

⁶⁹ Id.

⁷⁰ Id.

⁷¹ Section 202(b)(1)(B).

⁷² Section 202(c)(1)(C).

⁷³ Section 202(c)(2)(A).

⁷⁴ Section 202(c)(2)(B).

⁷⁵ *Trade Reform Act of 1974, Report of the Committee on Finance. . . on H.R. 10710, S. Rep. 93-1298, 93d Cong., 2d Sess. (1974), at 121.*

⁷⁶ Petitioner's Prehearing Brief on Injury, at 52.

for wheat gluten, and that the increase in imports--particularly from the EU--correlates directly with the decline in industry production, market share, shipments, financial performance, and prices.⁷⁷ Petitioner asserts that a combination of prohibitive trade barriers and governmental practices insulate EU producers from competition. Petitioner points out that the EU import tariff on wheat gluten is 11 times higher than the U.S. tariff on wheat gluten, and the EU import tariff on wheat starch is 27 times higher than the U.S. tariff on wheat starch.⁷⁸ Petitioner also alleges that European producers benefit from a variety of government measures which amount to subsidies, including a wheat export tax, export subsidies, subsidies to starch end users, and quotas or limits on production of various competitive starch products.⁷⁹ Petitioner argues that these trade barriers and practices create incentives to overproduce wheat starch, and, thereby, wheat gluten, and give EU producers the ability to undersell the U.S. market.⁸⁰

EU respondents, on the other hand, argue that changes in co-product markets have had a substantially greater impact on the domestic industry than imports of wheat gluten.⁸¹ More specifically, they claim that weak U.S. market conditions for wheat starch have had a greater effect on wheat gluten production and sales than has import competition. In support of that argument, they note that co-products account for a large, relatively fixed share of the volume of wheat consumed in the production process (close to 90 percent), that the processing operation results in the production of about five times as much wheat starch as wheat gluten, and that the integrated nature of the production process means that production decisions must also be made on an integrated basis.⁸² EU respondents state that the manner in which wheat starch is marketed or consumed affects wheat gluten production volumes and profitability, including how much goes to alcohol production versus premium wheat starch production. They cite competition between wheat starch and corn starch in the U.S. market as a key factor affecting the production of wheat starch, and by extension wheat gluten.⁸³ In particular, they argue that Midwest's poor financial performance is explained by developments relating to its alcohol operations. EU respondents point out that Midwest's sales revenue for wheat gluten declined in 1995, before the increase in imports. EU respondents argue that this decline is correlated with an increase in the relative cost of wheat to corn/milo in that year as well as to weakness in the ethanol market. EU respondents argue that these developments caused Midwest to reduce the volume of wheat starch used as the feedstock for its alcohol operations, which led to ***.⁸⁴

EU respondents further claim that large-scale importing by U.S. producers is indicative of co-product economies, since it can make more sense to import the product, rather than produce the product along with the co-product, subject to weak demand. They also claim that domestic producers, by bargaining with European producers for increased import quantities at prices below the U.S. market price, have contributed to the price undercutting and reduced market share that they complain of.⁸⁵

EU respondents also assert that nothing can change the economic reality that imports can have had no more than a negligible price effect when there is strong competition between U.S. producers, a new domestic producer, and less than full levels of capacity utilization by domestic producers.⁸⁶

Respondent Shoalhaven, an Australian producer and exporter, argues that the Commission should take into account Australia's role as long-term, reliable supplier to the U.S. market, and apply a

⁷⁷ *Id.* at 52-57.

⁷⁸ *Id.* at 3.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.* at 4.

⁸¹ EU Respondents' Prehearing Brief on Injury, at 13-27.

⁸² *See, e.g.*, EU Respondents' Prehearing Brief on Injury at 14-15, and Attachment 5 to their brief.

⁸³ *Id.* at 18.

⁸⁴ *Id.* at 20-21.

⁸⁵ EU Respondents' Posthearing Brief on Injury, at 5.

⁸⁶ EU Respondents' Prehearing Brief on Injury, at 2.

“disaggregated analysis” that focuses on the impact of EU imports. Shoalhaven asserts that the “tariff wall and subsidy schemes” of the EU are the “sole ‘factor’” causing the increase in imports of wheat gluten.⁸⁷ Shoalhaven claims that U.S. law provides support for such an analysis, citing the first sentence of section 202(c)(5) of the Trade Act.⁸⁸ While Shoalhaven acknowledges that the Commission must consider all imports in determining whether imports have increased in such quantities as to be a substantial cause of serious injury or threat thereof, it asserts that it would be “inappropriate for the Commission not to conduct an analysis of imports by country source where, as in this case, the factual record shows that only imports from one source dramatically increased and were driving prices well below the U.S. producers’ cost of production.”⁸⁹ Shoalhaven further claims that such a disaggregated analysis is consistent with U.S. obligations under the WTO Safeguards Agreement.⁹⁰

Finding. We reviewed carefully the alternative causes of injury suggested by the parties and other possible causes, and have concluded that increased imports are both an important cause of serious injury and a cause that is greater than any other cause.

As we established in the “increased imports” section of these views, imports have increased significantly, both in actual terms and relative to domestic production. The quantity of imports also increased relative to domestic consumption. Imports, as a share of U.S. consumption, were relatively stable during the first three years of the investigative period, declining slightly from 51.4 percent to 50.1 percent.⁹¹ The ratio of imports to consumption then increased sharply to 58.9 percent in 1996 and 60.2 percent in 1997.⁹² The record reflects that most of this increase consisted of imports from the EU. The record also shows that imports from the EU consistently undersold domestic wheat gluten. This surge in relatively low-priced imports in 1996 and 1997 coincided with the decline in industry performance described above. There is a direct correlation between the dramatic increase in wheat gluten imports and the significant decline in domestic wheat gluten industry performance in 1996 and 1997. In the face of rising domestic demand and consumption, domestic production, shipments, capacity utilization, unit prices, industry financial performance, and worker productivity all declined during the period of greatest import penetration.

We carefully reviewed EU respondents’ arguments about the co-product markets. While there is evidence that wheat gluten production decisions are affected by market conditions in the wheat starch market, we conclude that changes in the co-product markets were not a more important cause of serious injury than increased imports. We examined U.S. selling prices of wheat starch, which is the major co-product of wheat gluten production. In contrast to the domestic selling price of wheat gluten, the domestic selling price of wheat starch showed a gradual increase over the period of investigation. Weighted-average wheat starch prices were at their highest level of the investigative period in 1997.⁹³ Thus, there has been no decline in wheat starch prices that either parallels the sharp decline since 1994 of domestic wheat gluten prices or explains the sharp decline in the financial performance of domestic wheat gluten producers. In addition, the relative stability of, and gradual increase in, domestic wheat starch prices suggests that competition between corn starch and wheat starch is not likely to have had much if any effect on wheat gluten production. While there is evidence that Midwest reduced its wheat gluten production in 1995, for reasons related at least in part to conditions in the alcohol market (Midwest further processes wheat starch into alcohol), Midwest is but one of four domestic producers. Midwest’s action in 1995 explains, at most, only part of the problem faced by one producer. It does not explain the significant deterioration in 1996

⁸⁷ Posthearing Brief on Injury of Shoalhaven Starches Pty., Ltd., at 12.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.* at 13.

⁹⁰ *Id.* at 13-14.

⁹¹ Report at II-25.

⁹² *Id.*

⁹³ Report at II-37.

and 1997 of the other three domestic producers, who account for the majority of domestic production, nor does it fully explain Midwest's declining financial performance on its wheat gluten operations.

We do not regard the ongoing importation of wheat gluten by domestic producers as being a more important cause of the serious injury, as argued by respondents. First, U.S. producers' imports remained relatively steady during the period examined.⁹⁴ Thus, U.S. producers were not responsible for the surge in imports that occurred in 1996 and 1997. Second, the U.S. market depends in part on imports to meet domestic demand. In all but one year (1996) during the period of investigation, U.S. apparent consumption of wheat gluten exceeded U.S. producers' capacity to produce wheat gluten.⁹⁵

We considered other possible causes of injury, including competition among domestic producers, increased capacity, and rising raw materials (wheat and wheat flour) costs. The domestic wheat gluten market is very competitive. Producers have ample excess capacity to meet higher demand. Also, wheat gluten is a commodity product that sells primarily on the basis of price, and wheat gluten from different sources is highly interchangeable. One new domestic producer, Heartland, entered the market in 1996. In addition, the domestic industry added substantial new capacity early in the period of investigation. This increased capacity was added in anticipation of continued strong growth in domestic demand and consumption. Industry projections of continued growth in demand and consumption were largely correct, as apparent consumption increased nearly 18 percent between 1993 and 1997. As indicated above, but for the increase in imports, the industry would have operated at 61 percent of capacity in 1997, which is much closer to the level at which the industry operated early in the investigative period when it operated reasonably profitably. We therefore conclude that neither domestic competition nor increased domestic capacity was a more important cause of serious injury than increased imports.

Nor do we consider rising prices of wheat and wheat flour, which are the major inputs into wheat gluten/wheat starch production, to be a more important cause of serious injury than increased imports. We note that raw material costs increased over the period examined, particularly in 1996 and 1997.⁹⁶ Consumption also increased significantly during this period. Because demand for wheat gluten is relatively insensitive to changes in price, we would expect that wheat gluten producers would be able to pass on these cost increases to their customers. U.S. producers testified that, historically, higher raw material costs had been passed through to their customers.⁹⁷ In 1996 and 1997, however, unit selling values declined,⁹⁸ notwithstanding increased demand and higher raw material costs. We find that this unusual development is explained by the dramatic increase in relatively low-priced imports during this period, which had the effect of driving down wheat gluten prices.

We find no basis in the statute for the Commission to undertake the disaggregated analysis that Shoalhaven advocates. In our view, Shoalhaven has misconstrued the meaning of section 202(c)(5). Section 202(c)(5) requires that the Commission investigate any factor which in its judgment may be contributing to increased imports and directs the Commission, if it has "reason to believe" that the increased imports are attributable in part to circumstances which come within the purview of the antidumping and countervailing duty laws, section 337 of the Tariff Act of 1930, or other remedial

⁹⁴ Report at II-12.

⁹⁵ Report at II-15, 25.

⁹⁶ Report at II-31-32.

⁹⁷ Testimony of John T. Stout, President and CEO, Manildra Milling Corporation, transcript of hearing on injury phase of investigation (Dec. 16, 1997), at 35; and Ladd M. Seaberg, President and CEO, Midwest Grain Products, Inc., *id.* at 45-46.

⁹⁸ Report at II-31-32.

provisions of law, to notify the appropriate agency so that appropriate action may be taken.⁹⁹ We disagree that this provision may be construed to direct the Commission to undertake a disaggregated analysis.

We disagree with Shoalhaven's argument that Article 5:2 of the WTO Safeguards Agreement supports a disaggregated approach. Article 5:2 relates to the manner in which quantitative restrictions may be applied. That Article does not provide authority for examining only certain imports in determining whether increased imports are a substantial cause of serious injury or the threat of serious injury to the domestic industry. Nothing in Article 4 of the Agreement, which defines key terms and sets out the factors to be considered in determining whether an industry is injured, suggests that a country should look at anything less than all imports in determining whether imports have increased, and whether increased imports cause or threaten serious injury to a domestic industry. Moreover, Article 2:2 of the Agreement states that safeguard measures shall be applied to a product being imported irrespective of its source.

Nor do we find any basis to undertake a disaggregated analysis based on the EU tariffs and alleged subsidies, as Shoalhaven argues. Foreign tariffs and subsidies could theoretically be two of the reasons why imports are increasing, but do not provide a basis for examining certain imports and ignoring others in determining whether increased imports are a substantial cause of serious injury to the domestic industry.

Finding with Respect to NAFTA Imports

Section 311(a) of the NAFTA Implementation Act provides that if the Commission makes an affirmative injury determination in an investigation under section 202 of the Trade Act, the Commission must also "find" whether--

(1) imports of the article from a NAFTA country, considered individually, account for a substantial share of total imports; and

(2) imports of the article from a NAFTA country, considered individually or, in exceptional circumstances, imports from NAFTA countries considered collectively, contribute importantly to the serious injury, or threat thereof, caused by imports.

Thus, in order to make an affirmative finding with respect to imports from Canada or Mexico, the Commission must make an affirmative finding on both conditions. If the Commission finds that either condition is not satisfied, it must make a negative finding.

Section 311(b)(1) states that imports from a NAFTA country "normally" will not be considered to account for a substantial share of total imports if that country is not among "the top 5 suppliers of the article subject to the investigation, measured in terms of import share during the most recent 3-year period."

Section 311(c) defines "contribute importantly" to mean "an important cause, but not necessarily the most important cause." The Commission considers this test to require a lesser causal connection than the "substantial cause" test in section 202(b)(1)(B), since the latter is defined to mean "a cause which is important and not less than any other cause." In determining whether imports have contributed importantly to the serious injury or the threat thereof, the Commission is directed to consider "such factors as the change in the import share of the NAFTA country or countries, and the level and change in the level of imports from a NAFTA country or countries."¹⁰⁰ Imports from a NAFTA country or countries

⁹⁹ While general allegations were made during the investigation concerning EU programs and subsidies, the Commission has not received evidence that would warrant sending a notice to the Department of Commerce or any other agency, nor have any of the parties asked the Commission to do so.

¹⁰⁰ Section 311(b)(2) of the NAFTA Implementation Act.

“normally” will not be considered to contribute importantly to the serious injury or the threat thereof “if the growth rate of imports from such country or countries during the period in which an injurious increase in imports occurred is appreciably lower than the growth rate of total imports from all sources over the same period.”¹⁰¹ In “exceptional circumstances” imports from NAFTA countries may be considered collectively in determining whether NAFTA imports have contributed importantly to the serious injury or threat. The NAFTA Statement of Administrative Action states that “the ITC is likely to consider imports from NAFTA countries collectively when imports from individual NAFTA countries are each small in terms of import penetration, but collectively are found to contribute importantly to the serious injury or threat of serious injury.”¹⁰²

We make a negative finding with respect to both Mexico and Canada. There were no reported imports of wheat gluten from Mexico during the period examined.¹⁰³ Thus, Mexico does not account for a substantial share of total imports. Having found that the first prong of the test is not met, we have made a negative finding with respect to Mexico. Canada, on the other hand, was the third largest supplier (after the EU and Australia) of wheat gluten imports during the most recent 3-year period, accounting for an average of 10.2 percent of the subject imports. Therefore, we find that imports from Canada account for a substantial share of total imports.¹⁰⁴ However, imports from Canada declined significantly during the period examined, while imports overall increased, and by 1997 Canada accounted for 8.9 percent of total imports.¹⁰⁵ In addition, petitioner stated in its petition that imports from Canada are not contributing importantly to the serious injury caused by imports.¹⁰⁶ We therefore find that imports from Canada are not contributing importantly to the serious injury caused by imports. Having found that Mexico does not account for a substantial share of imports, we do not address the question of whether imports from Canada and Mexico considered collectively contribute importantly to the serious injury caused by increased imports.

¹⁰¹ Id.

¹⁰² Statement of Administrative Action Accompanying the North American Free Trade Agreement, as published in H. Doc. 103-159, 103d Cong., 1st Sess. (1993), at 565.

¹⁰³ Official statistics of the U.S. Department of Commission.

¹⁰⁴ Commissioner Crawford does not reach the question of whether imports from Canada account for a substantial share of total imports. Rather, she makes a negative finding with respect to Canada based on her finding that imports of the article from Canada do not contribute importantly to the serious injury caused by imports. *See* discussion below.

¹⁰⁵ Report at II-12.

¹⁰⁶ Petition at 27-28.

VIEWS OF THE COMMISSION ON REMEDY

Findings and recommendations

For the reasons set forth below, we find that the following remedy will address the serious injury that we have found to exist and will be the most effective in facilitating the efforts of the domestic industry to make a positive adjustment to import competition. More specifically-

- (1) We recommend that the President impose a quantitative restriction, for a four-year period, on imports of wheat gluten that are the subject of this investigation, in the amount of 126 million pounds in the first year, to be increased by 6 percent in each subsequent year that the action is in effect;
- (2) We recommend that, within the overall quantitative restriction, the President allocate separate quantitative restrictions for the European Union, Australia, and “all other” non-excluded countries, taking into account the disproportional growth and impact of imports of wheat gluten from the European Union;
- (3) Having made negative findings with respect to imports of wheat gluten from Canada and Mexico under section 311 of the NAFTA Implementation Act, we recommend that such imports be excluded from the quantitative restriction;
- (4) We recommend that this import relief action not apply to imports of wheat gluten from Israel, or to imports of wheat gluten from beneficiary countries under the Caribbean Basin Economic Recovery Act or the Andean Trade Preference Act; and
- (5) We recommend that the President undertake international negotiations to address the underlying cause of the increase in imports of wheat gluten or otherwise to alleviate the injury to the domestic industry.

Introduction

In deciding what relief to recommend, we took into account the considerations set forth in section 202(e)(5)(B) of the Trade Act, including the form and amount of action that would remedy the serious injury we have found to exist, the objectives and actions specified in the adjustment plan submitted by petitioner, individual commitments submitted in the course of the investigation, information available to the Commission concerning the conditions of competition in domestic and world markets, and likely developments affecting such conditions during the period for which action is being requested, and whether international negotiations may be constructive to address the serious injury or to facilitate adjustment. We begin our discussion by first discussing competitive conditions affecting the industry and the industry’s adjustment plan and individual commitments.

Competitive Conditions

Market conditions.¹⁰⁷ We have considered the conditions of competition in domestic and world markets, and likely developments affecting such conditions during the next several years. During 1993-97 the U.S. wheat gluten market was subjected to significant changes in market conditions. Changes in demand conditions in the U.S. market have led to generally steady, but sometimes significant, increases in consumption of wheat gluten. These have resulted from increasing use of wheat gluten in specialty breads, white bread, and pet food, and from occasional weather related effects on the wheat crop that lead to, at such times, increased use of wheat gluten to supplement inadequate protein levels in the wheat flour used to make bread. Demand is also expected to increase in the future, especially as recently developed modified wheat gluten products move to volume production and marketing. Since wheat gluten is a commodity product, supply from different sources is highly substitutable. This is not expected to change in the near future, although modified wheat gluten products will most likely utilize wheat gluten produced in the United States. Available supply in the U.S. market increased as a result of two major factors; a massive increase in capacity and shipments by EU producers and a large increase in capacity by U.S. producers. EU capacity is expected to continue to increase in the near future; whereas U.S. capacity will not likely increase from its current level.¹⁰⁸

Demand conditions. U.S. demand for wheat gluten, as measured by total U.S. apparent consumption, increased significantly during 1993-97, from 249.7 million pounds in 1993 to 294.2 million pounds in 1997, or by about 18 percent. This increase in consumption was supplied primarily by the increase in imported wheat gluten during this period.

Demand for wheat gluten is largely insulated from changes in the overall economy because about 80 percent of the product is used as a necessary ingredient in bread, a low-price food staple. Another 15 percent of the wheat gluten is used in canned pet foods, and the remaining 5 percent is used in a variety of other products where substitutes exist. In its two major uses, bread and certain types of canned pet food, wheat gluten is used for its unique visco-elastic properties as well as its protein content. As a result, no other products, other than high-protein wheat flour in the use of bread, are commercially substitutable for wheat gluten in these uses.¹⁰⁹ Because wheat gluten represents only a small share of the cost of producing the downstream products and generally lacks substitutes, the demand is not sensitive to price changes in wheat gluten.¹¹⁰

Most of the increase in apparent consumption in wheat gluten during 1993-97 appears to have resulted from continuation of long-run growth in demand as well as some structural changes in demand in the final products noted above, rather than from any significant substitution caused by changes in the price of wheat gluten. Throughout this period demand for wheat gluten rose as consumption increased for products such as bread and pet food, which contain wheat gluten. Particularly notable are the increases in wheat gluten demand in 1994 and in 1997. The increase in demand for wheat gluten in 1994 to 256.6 million pounds, up 2.8 percent from the level in 1993, resulted at least in part from a weather-related

¹⁰⁷ Most annual data reported in the Commission's report are for 12-month "crop years" running from July through June. Unless specified otherwise, annual data discussed in the opinion are for the 12-month periods ending June 30.

¹⁰⁸ As a result of U.S. producers' recent expansions in capacity, they now have significant flexibility to respond to changes in demand for their wheat gluten. At least part of the new capacity could be used to provide the vital wheat gluten required to produce modified wheat gluten products. For a full discussion of U.S. producers' supply responsiveness see Final Remedy Memorandum, EC-V-012, Mar. 4, 1998, at 3-6.

¹⁰⁹ When asked in the questionnaire to suggest products that substitute for wheat gluten, the 19 responding U.S. importers/purchasers to this question listed no such products (Final Remedy Memorandum, EC-V-012, Mar. 4, 1998, at 12).

¹¹⁰ Such sensitivity is heightened somewhat by limited substitution between wheat gluten and high-protein wheat flour.

deficiency in protein content in the wheat crops of the major producing countries, including the United States, during 1993. Demand for wheat gluten increases during periods when the protein level in wheat is low, since more wheat gluten is needed to supplement the protein level in wheat flour used for baking bread. In contrast, when the protein level in wheat is high, less wheat gluten is demanded to add to the baking flour. U.S. market prices in 1994 jumped almost 22 percent from the year earlier, reflecting a large increase in demand and only a modest increase in supply. In 1997, demand for wheat gluten jumped by 11.1 percent or 29.5 million pounds over the level in 1996. This increase is likely attributable to several factors. First, there was an increase in demand for canned cat food formulations that feature product in gravy instead of the regular loaf-style canned cat food.¹¹¹ The three major U.S. pet food producers of this product *** their purchases of wheat gluten by a total of almost *** pounds in 1997, accounting for about *** of the increase in total apparent consumption in that year. Second, the use of wheat gluten increased as bakeries shifted to high-speed mixing equipment.¹¹² Third, wheat gluten consumption rose due to the increasing popularity of high-fiber breads and other products, like bagels, that are particularly high in wheat gluten.¹¹³ Fourth, it is likely that anticipation by purchasers and importers to the section 301 action taken by the domestic wheat gluten industry in January 1997 led to some increase in apparent consumption.¹¹⁴

Demand for wheat gluten is expected to continue to grow, with possible sharp fluctuations in demand due to weather-related effects on the wheat crop. Future demand for U.S. wheat gluten will also increase when domestic producers begin commercial production of modified wheat gluten products for non-traditional food and other uses. But, according to petitioners, production of these products will only occur if trade relief allows higher profits to fund the production facilities for the modified products.

Supply conditions. The U.S. wheat gluten market is a competitive market that has traditionally depended on both imports and U.S. production to supply U.S. demand. During 1993-95, imports from multiple suppliers of wheat gluten accounted for about 50 percent of U.S. apparent consumption, while U.S. producers supplied the remainder. During 1996 and 1997, however, the U.S. market share of imported wheat gluten increased to an average of about 60 percent. During this period, however, the four U.S. producers had the capacity to supply more than 90 percent of the domestic market. Thus, even with significantly lower levels of imports, U.S. consumers would not experience any shortfall in supply at either existing or expected levels of consumption.

U.S. imports of wheat gluten, particularly from the EU, increased by almost 38 percent, or 48.7 million pounds, during 1993-97, with much of this increase occurring in 1996 and 1997. U.S. imports of EU wheat gluten increased most notably in 1996 and 1997 and in relative terms exceeded the increase in U.S. consumption during this period. During much of this two-year period, the EU wheat gluten was priced lower than the domestic product, with margins of underselling ranging from *** percent to ***

¹¹¹ Final Remedy Memorandum, EC-V-012, Mar. 4, 1998, at 13.

¹¹² Recently, bakers have been increasing their use of wheat gluten in the production of white bread as they have been switching to high-speed dough mixing equipment. High-speed mixers process 220 to 250 1-pound loaves per minute compared to the traditional mixers that process 100 to 150 1-pound loaves per minute. Because the higher mixer speed tends to break down the vitality of the flour, additional wheat gluten must be added to the flour to prevent production of poor quality bread, i.e., loaves of bread that rise poorly or collapse (Final Remedy Memorandum, EC-V-012, Mar. 4, 1998, at 12).

¹¹³ Wheat gluten must be used in the production of high-fiber and multi-grain breads and in the production of bagels. Production of these breads has been increasing in recent years as consumers have become more health conscious. Bakers traditionally used little wheat gluten in white breads, except when the protein content in the wheat crop was low.

¹¹⁴ If kept in cool dry storage, wheat gluten should last for up to a year or more. End users of wheat gluten reported in their questionnaire responses, however, that they typically prefer to use wheat gluten within the first few months after it is produced.

percent.¹¹⁵ In fact, prices reached the lowest level of the period during the final quarter of 1997, at *** per pound for the domestic product,¹¹⁶ despite rising U.S. apparent consumption.¹¹⁷ The low pricing of the EU product is expected to continue because the EU production of wheat gluten is largely dependent on the demand for wheat starch, and therefore appears to be relatively non-responsive to changes in wheat gluten prices.¹¹⁸ High prices for EU-produced wheat starch in the EU market, which is subject to high tariffs, can allow the sale of wheat gluten at a lower price than otherwise.

The increase in U.S. imports of wheat gluten occurred as EU producers significantly increased wheat gluten production capacity. Between 1993 and 1999, when EU capacity increases currently underway are brought on line, EU wheat gluten capacity will have increased by 87.6 percent, or by 332.4 million pounds. The increase in EU wheat gluten capacity appears to have resulted from an effort to increase production of wheat starch,¹¹⁹ a co-product of wheat gluten. Wheat gluten production capacity in the other principal supplying countries, Australia and Canada, remained steady for much of the period before declining somewhat in 1997; capacity in these countries is projected to remain at the 1997 level through 1999. Excess wheat gluten capacity in the top supplying countries, however, was significant at the end of 1997.¹²⁰ With such capacity foreign producers, and in particular the EU producers, have significant flexibility to adjust supply levels in response to changes in U.S. demand for their wheat gluten.

In contrast, U.S. capacity increased by 68.2 percent, or 111 million pounds, during the 1993-97 period of investigation. The U.S. increases in capacity are already in place; no significant additional increases in capacity are planned.¹²¹

Summary. The conditions of competition in both domestic and world wheat gluten markets have undergone important changes during the past several years and are expected to continue to evolve in the near future. U.S. demand has increased significantly due to increasing use of wheat gluten in bread and pet food, as well as changes in weather conditions. Demand is expected to increase in the future, especially as recently developed wheat gluten products move to volume production and marketing. Available supply in the U.S. market has increased significantly as a result of added U.S. wheat gluten capacity, but no major additions are expected in the near future. Wheat gluten capacity among foreign producers in the EU and elsewhere has grown even more rapidly and is expected to increase further. In particular, EU producers have rapidly expanded and will continue to expand their wheat starch and wheat gluten capacity, primarily to produce wheat starch to serve their home market. These EU market conditions appear to allow EU producers to sell their wheat gluten at a relatively lower price. Trade and

¹¹⁵ Report at II-44.

¹¹⁶ Prices of the EU wheat gluten were also *** per pound during this period and this was only marginally higher than the lowest price of the EU wheat gluten, which was *** per pound in the last quarter of 1996.

¹¹⁷ Increases in the supply of wheat gluten to the U.S. market during 1996-97 outstripped increases in demand and as a result the U.S. market price of wheat gluten fell in both years.

¹¹⁸ Depreciating currencies of the principal supplying countries had only a minimal impact on prices of the imported wheat gluten during 1993-97 because frequently used dollar-denominated supply contracts blunted the impact of currency fluctuations during this period.

¹¹⁹ The EU operates four main programs to enhance the production of wheat starch; these programs are the wheat export tax, the cereal starch production refund program, the starch export restitution program, and various other quotas and production limits on other starches. Although likely affecting wheat starch production, the effect of these programs has not been examined by the Commission. To the extent that these programs increased wheat starch production, the supply of wheat gluten would also have increased. In addition, the EU imposes higher import tariffs on wheat starch and wheat gluten than does the United States. (Final Remedy Memorandum, EC-V-012, Mar. 4, 1998, at 9-10.)

¹²⁰ Report at II-28-II-34.

¹²¹ The U.S. industry intends to carry out pre-existing goals to improve efficiency and productivity and to develop, market, and produce promising new products derived from modified wheat gluten and wheat starch (petitioner's adjustment plan, Jan. 13, 1998, at 5).

consumption patterns have shown that U.S. consumers readily accept foreign supplies of wheat gluten and view it as largely substitutable for U.S.-produced wheat gluten.¹²²

Industry Adjustment Plan

We closely examined the industry's adjustment plan and the commitments contained therein. (There were no significant commitments submitted outside of those contained in the industry plan.) Should import relief be granted, the wheat gluten industry's adjustment plan provides that the bulk of its adjustment effort will be to continue to develop and market new products made from modified wheat gluten and modified wheat starch, while also continuing to enhance its efforts to improve efficiency and productivity.¹²³

Midwest has spent about *** since 1994 developing such new products. Midwest has been selling a modified wheat gluten product used as a calf-milk replacer since ***; this product competes with skim milk and whey protein. During 1997 Midwest obtained patent protection on several of its modified wheat gluten products; these products are Gliadin, Glutenin, Pasta Power, Glutenin Resin for pet chews, Gluten resin for biodegradable knives, spoons, forks, cups, plates, etc. As of December 1997, Midwest has a patent allowed for modified wheat gluten used in the fabrication of films, with the following products protected: FP 6000-Edible Film and Wheat Protein Isolate. On February 3, 1998, Midwest received a patent on Gliadin-containing cosmetic formulations and Gliaden-applications in hair sprays with low volatile organic chemicals. Finally, Midwest produces Wheatex, a textured wheat protein that can be used to produce vegetarian type products or used as a meat extender. This latter product has no patent protection, but Midwest's production process is unique and kept secret by the firm. Midwest's 5-year goal is to produce *** percent of its wheat gluten as modified wheat gluten products. In addition to developing modified wheat gluten products, Midwest has directed significant effort into developing modified wheat starch products, which constituted about *** percent of its total wheat starch sales in 1997.¹²⁴

If granted relief, Midwest, Manildra, and Heartland indicated in the adjustment plan that they plan to spend a combined amount of *** to develop modified wheat gluten and modified wheat starch products, construct production facilities in which to produce these products, and develop markets for them.¹²⁵ The market potential for modified wheat gluten and modified wheat starch products is reportedly huge, and the

¹²² Bread and pet food producers have demonstrated a willingness to purchase from the lowest priced supplier, regardless of the source (Final Remedy Memorandum, EC-V-012, Mar. 4, 1998, at 13-16).

¹²³ The petitioner states in its adjustment plan that "U.S. producers are using the most modern equipment available to produce the highest quality wheat gluten in the most cost effective manner possible. This is not a case where the bulk of the adjustment effort for the U.S. industry must be to 'modernize' to become more cost effective." Since 1992, U.S. producers have spent *** investing in new plant and equipment to expand and modernize their wheat gluten production facilities. Nonetheless, Midwest intends to spend at least \$400,000 during the relief period to continue to improve its efficiency and reduce costs in producing wheat gluten. Transcript of remedy hearing (Jan. 10, 1998), at 23.

¹²⁴ A detailed discussion of new product development by the U.S. wheat gluten producers is found in the petitioner's adjustment plan (submission of Jan. 13, 1998) and in the Final Remedy Memorandum, EC-V-012, Mar. 4, 1998, at 26-29.

¹²⁵ Central to Manildra's adjustment will be the construction of a plant at Hamburg, IA, costing about ***, to produce modified wheat gluten and wheat starch, particularly wheat protein isolates to be used in the non-dairy cream products and as a meat extender (posthearing brief-remedy phase, at 43). ADM did not report any specific adjustment plan efforts, but did note in its questionnaire response that if granted relief that led to higher prices, the firm would consider ***.

market for modified wheat gluten products could, in time, dwarf the current market for vital wheat gluten.¹²⁶

Recommended Relief

Selection of Import Quota. We examined the different forms of relief that the Commission is authorized to recommend, to determine which would be most effective in remedying the serious injury and facilitating positive adjustment to import competition. As a general matter, we prefer a simple tariff increase over tariff-rate quotas and quantitative restrictions (quotas) because a tariff tends to be least distortive of trade and easiest to administer. However, in this case we consider a tariff increase to be inappropriate for three reasons. First, it is difficult to estimate the effect that a tariff in any given amount might have on imports. Because of the co-product nature of wheat gluten production, the supply and price of wheat gluten is dictated in part by demand for wheat starch. When demand for wheat starch rises, the production of wheat starch--and, consequently, wheat gluten--also tends to rise. Thus, any assumptions about the effect that a tariff on wheat gluten might have on imports of wheat gluten must take into account both foreign demand for wheat gluten and foreign demand for wheat starch and the effect that this demand will have on the supply and price of wheat gluten. Given the large number of variables, we found it impossible to predict the effect of any tariff increase within an acceptable margin of certainty.

Second, the pricing data we collected demonstrates that imports from the EU consistently undersold the U.S. market during the last two years of the period of investigation. U.S. market prices in 1996 and 1997 were below U.S. producers' cost of production. It appears that higher prevailing market prices for wheat starch in the EU give EU producers more pricing flexibility than U.S. or other foreign producers.¹²⁷ In light of this pricing evidence and the ongoing expansion of EU wheat gluten capacity, it is possible that even a 50 percent ad valorem increase in tariffs, the maximum permitted under U.S. law, would prove inadequate. EU capacity to produce wheat gluten increased by 44 percent from 1993 to 1997 and is projected to increase by an additional 30 percent from 1997 to 1999.¹²⁸ This increase exceeds the projected increase in demand in the U.S. market for wheat gluten. Assuming that the EU industry continues to operate at a high level of capacity, it is possible that much of any additional production will be directed towards the U.S. market at whatever price is necessary to produce a sale. Thus, we believe it is possible that EU exporters would choose to absorb any tariff increase permitted under current law.

Third, a tariff would be applied against imports from all suppliers,¹²⁹ including those who have maintained a stable market share. Because we believe that EU producers have significantly greater pricing flexibility than other foreign suppliers, imposition of a high tariff would be inequitable in that it is likely to further drive these suppliers from the U.S. market.

We also considered a tariff-rate quota, which is a form of tariff. However, as in the case of a straight tariff, the maximum increase in tariffs that could be imposed on over-quota imports is 50 percent ad valorem. For the reasons noted above, we conclude that a tariff-rate-quota would be inadequate.¹³⁰

¹²⁶ The petitioner's adjustment plan (at 10) noted that if only 1 percent of the 80 billion pounds of U.S. consumption of the plastic food service and film coating products was produced with a modified wheat gluten that made these products biodegradable, it would consume 800 million pounds of wheat gluten annually.

¹²⁷ Petitioner argues that the higher EU wheat starch prices are the result of the various government programs and policies affecting wheat starch production and sales that are maintained by the EU.

¹²⁸ Report at II-34.

¹²⁹ Except those excluded under preferential trade programs such as NAFTA, the U.S-Israel Free Trade Agreement, the Caribbean Basin Economic Recovery Act, and the Andean Trade Preference Act.

¹³⁰ Commissioner Crawford emphasizes her reluctance to recommend a quota, particularly in light of the URA's elimination of most quotas. As is well known, the probable welfare costs to the United States of quotas are higher

(continued...)

We also considered whether adjustment measures, including trade adjustment assistance, might remedy the serious injury and be most effective in facilitating the efforts of the domestic industry to make a positive adjustment to import competition. In our view, the industry is not in need of the kinds of technical assistance offered by existing trade adjustment assistance programs. We note that the domestic wheat gluten industry operates efficient, state-of-the-art plants and, because of the capital intensive nature of production, the level of employment in the industry is low. Accordingly, we do not believe that adjustment assistance is the appropriate remedy.

Because we have concluded that the other possible remedies would not be effective or appropriate in the circumstances facing the wheat gluten industry, we have determined that a quota would be the most effective form of relief to remedy the serious injury and facilitate the industry's positive adjustment to import competition.

Quota Amount. Section 203(e)(4) provides that any quantitative restriction

shall permit the importation of a quantity or value of the article which is not less than the average quantity or value of such article entered into the United States in the most recent 3 years that are representative of imports of such article and for which data are available, unless the President finds that the importation of a different quantity or value is clearly justified in order to prevent or remedy the serious injury.

Petitioner argues that the Commission should base any quota on average market shares during the period 1990-92, which is the period referenced in the U.S.- EU Grains Agreement. However, petitioner acknowledges that average market shares during the period 1992-94 would also be "representative" and could constitute the basis for establishing the quota.¹³¹ EU respondents argue that 1995 should be considered the representative period.¹³²

¹³⁰ (...continued)

than for tariffs, due to the capture of "economic rents" by foreign producers rather than retaining them domestically and due to the potential for unanticipated changes in demand conditions that lead to distortions in supply and demand balances. In the wheat gluten market, the latter problem is somewhat mitigated by the ample excess capacity of domestic producers.

Commissioner Crawford also considered proposing a remedy consisting of a combination of a tariff rate quota and a quota ("TRQ-Quota"), as is permitted under section 202(e)(2)(E). Under such a remedy, an initial quantity of imports might enter duty free, an additional quantity might be subject to a tariff of up to 50 percent, and any further imports would be prohibited. Such a remedy would minimize the potential distortive effects of a quota by allowing some imports above the duty-free quota amount in the event of changes in demand conditions, while providing the certainty of an absolute ceiling on imports. To the extent that the duty-free portion of the TRQ-Quota was subsequently filled and additional imports entered under the tariff portion of the TRQ-quota, this would provide a signal regarding the ability of the EU to sell in the U.S. market even with a high ad valorem tariff. Such information would be useful when considering any extension of the remedy.

Finally, Commissioner Crawford considered recommending that the President implement an auction system to allocate quotas, as authorized under 19 U.S.C. 2581. This provision authorizes the President to sell import licenses at public auction under such terms and conditions as he deems appropriate. The legislative history states that "[a]uctioning of such licences may be a more desirable method to achieve the purposes of the particular quantitative restriction and could be used to capture any 'quota premium' associated with the restriction." S. Rep. No. 249, 96th Cong., 1st Sess. 258 (1979). Such an auction would generate revenues otherwise lost to foreign producers in the form of economic rents. The USDA has indicated that the cost of administering an auction is minimal compared to the expected returns. Final Remedy Memorandum, EC-V-012, Mar. 4, 1998, at 20.

¹³¹ Transcript of remedy hearing (Feb. 10, 1998), at 7.

¹³² EU Respondents' Posthearing Brief on Remedy, at 34.

We note that the statute was amended in 1994 to provide that any quantitative restriction should be based on average import levels "in the most recent 3 years that are representative of imports," unless a different amount is "clearly justified" to prevent or remedy the serious injury. Accordingly, we conclude that, in the absence of anomalous circumstances that render any of those years unrepresentative of imports, any quantitative restriction should take into account average import levels during the most recent three years.¹³³ In this case, the most recent three years are crop years 1995, 1996, and 1997.¹³⁴ Imports from the EU, Australia, and all other countries (excluding Canada) averaged 138 million pounds during this period.

We find, however, that continued imports at or above this level would not remedy the serious injury to the domestic industry. Accordingly, we believe that a different quantity is "clearly justified" in this case, within the meaning of section 203(e)(4). We based this different quantity on average market shares of imports (excluding Canada) during the period 1993-95 (approximately 43 percent), as applied to total domestic consumption of 294 million pounds in 1997 (the most recent period for which we have data). We selected the average market shares from 1993-95 because these years preceded the significant increase in imports that occurred in 1996 and 1997 and because the domestic industry was profitable during this period. Our economic analysis indicates that a quota that restores imports approximately to the relative market shares prevailing in 1993-95 would allow the domestic industry to return to reasonable operating profits. Accordingly, we recommend that any quota initially be established in the amount of 126 million pounds.

Pursuant to section 203(e)(2), we find that a quota in this amount would not exceed the amount necessary to remedy the serious injury we have found to exist. Under the quota we are recommending, imports would continue to supply a large share of the U.S. market and would continue to be an important competitive force in the U.S. market.

Duration and Degressivity. We recommend that the quota be imposed for a four-year period. Petitioner's adjustment plan indicated that four years would allow the industry sufficient time to make substantial progress in developing new products and adjusting to import competition. We recognize that a relief action of more than three years duration will require that the Commission conduct a mid-course review under section 204(a)(2) of the Trade Act. Such an investigation would provide the Commission with an opportunity to review, among other things, the progress of the industry in implementing its plan. It would also provide the President, after receiving the Commission's report, with the opportunity to reduce or terminate relief if the industry has not made adequate efforts to make a positive adjustment to import competition.

¹³³ We generally would not consider an increase in imports during the most recent three years to mean that any or all of those years are not "representative" of imports.

¹³⁴ Vice Chairman Bragg believes that crop years 1993-95 are the most recent 3 years that are representative of imports of wheat gluten. She concludes that it would be inappropriate to include crop years 1996 and 1997 in the "representative" period because these were the years in which the surge in imports occurred that caused the serious injury to the domestic industry. She does not believe that elevated, injurious levels of imports should be regarded as "representative" of imports. To include such imports might suggest an inconsistency between the injury determination and remedy recommendation because, presumably, "representative" levels of imports would normally not be a substantial cause of serious injury. She believes that the clause "unless the President finds that the importation of a different quantity or value is clearly justified" in section 203(e)(4) should be interpreted to be an exception to the general rule that the minimum quantitative restriction level be the "most recent 3 years that are representative of imports" in that it would allow the President to set an even lower quantitative restriction when conditions clearly justified such action.

Vice Chairman Bragg concurs with the methodology used to calculate the proposed quantitative restriction, and recommends the establishment of a quota of 126 million pounds for wheat gluten imports from all non-excluded countries during the first year of the remedy period. She notes that imports of wheat gluten from the European Union, Australia, and "other" countries (excluding Canada) averaged 109 million pounds during crop years 1993-95, significantly less than the 126 million pounds that she is recommending for the first year of a quota.

We also recommend that after the first year the quota be expanded by 6 percent in each subsequent year that it is in effect. This rate of increase would permit a faster rate of growth in imports than the average 4.2 percent growth over the period of investigation.¹³⁵ We believe this rate of increase would allow for a reasonable rate of growth in imports and would further encourage the industry to adjust to import competition.

Country Allocation. Within the overall quota, we recommend that the President establish specific allocations for the EU and Australia--the two major sources of imports subject to the recommended quota--and all other countries (other than those specifically excluded from the recommended action). In making any such specific allocations, we believe it would be appropriate for the President to take into account the disproportional growth and impact of imports of wheat gluten from the EU. We note, in this regard, that the share of the U.S. market held by imports from the EU increased from 17.6 percent in crop year 1993 to 31.0 percent in crop year 1997. This surge was caused in large part by the rapid growth in EU wheat gluten capacity, described above. In addition, during 1996 and 1997, imports from the EU consistently undersold the domestic market by significant margins. In contrast, the shares of the U.S. market held by Australian and Canadian producers, the two other major suppliers, were stable or declined during the period of investigation. Moreover, imports from these countries generally oversold the domestic market.

Exclusion of Canada, Mexico, Israel, and CBERA and ATPA Countries. Having made a negative finding under section 311(a) of the NAFTA Implementation Act with respect to imports from Canada and Mexico, we recommend that the President exclude Canada and Mexico from any relief action.

The Caribbean Basin Economic Recovery Act, the Andean Trade Preference Act, and the U.S.-Israel Free Trade Agreement Act require the Commission to state whether and to what extent its findings and recommendations apply to an article that is the subject of an affirmative determination under section 202 of the Trade Act when imported from beneficiary Caribbean Basin or Andean countries or from Israel.¹³⁶ The Commission's findings and recommendations in this case do not apply to these countries. With the exception of one importation from Ecuador during the period of investigation,¹³⁷ there were no reported importations of wheat gluten from any of these countries during the period of investigation.¹³⁸ None of those countries are known to be significant producers or exporters of wheat gluten.

International Negotiations. We recommend that the President consider undertaking international negotiations to address the underlying cause of the increase in imports of wheat gluten or otherwise to alleviate the serious injury to the domestic industry. We note that EU practices with respect to wheat gluten and wheat starch were a subject of discussion during the negotiations that led to the signing, on July 22, 1996, of the "Understanding Between the European Community and the United States on a Settlement for Cereals and Grains." We understand that, as part of that agreement, the United States and the EU agreed to consult with a view to finding a mutually acceptable solution if the market share of EU-origin wheat gluten imports into the United States increases in comparison to the 1990-92 market share. Given the different market conditions in the U.S. and European markets, we believe that international negotiations may be the most effective means of remedying the injury to the domestic industry in the long-term.

Short- and Long-term Effects of the Commission's Recommended Remedy

¹³⁵ Petitioner argued that a 5 percent rate of increase in the quota would be appropriate. Petitioner's Prehearing Brief on Remedy, at 3.

¹³⁶ 19 U.S.C. 2703(e)(2); 19 U.S.C. 3203(d)(2); 19 U.S.C. 2112 note.

¹³⁷ Since Ecuador is not a known exporter of wheat gluten, it is not clear whether this single importation reflects an actual shipment or is the result of a data entry error.

¹³⁸ Based on a review of data compiled by the U.S. Department of Commerce.

The quota increase that we are recommending will provide the minimum level of relief that is necessary to address the serious injury to the domestic industry and will be the most effective, in our view, in facilitating the efforts of the wheat gluten industry to make positive adjustment to import competition.

Our recommended remedy should allow the domestic industry to increase its market share and profitability to levels similar to those that prevailed during 1993-95, prior to the surge in imports that began in 1996. This remedy will also allow U.S. producers to more fully utilize their recently increased capacity and eliminate the underemployment of their work force, thereby raising productivity and lowering unit operating costs. With increased levels of profitability and sufficient time over the 4-year relief period, domestic producers should be able to become more competitive with imports by developing and moving to volume production and sales of modified wheat gluten and modified wheat starch products. These products generally carry higher profit margins than ordinary wheat gluten and wheat starch and will offer a respite from import competition.

Our proposed quota in the first year of the remedy period, is approximately equal to the level of targeted imports that would have entered the United States in 1997 based on average import market shares during 1993-95. During the final three remedy years the quota would expand at 6 percent annually, somewhat higher than the 4.2 percent average annual growth in U.S. wheat gluten consumption during 1993-97. We propose this front-loaded remedy for several reasons. First, the U.S. industry intends to devote considerable financial resources to the construction of production facilities to produce commercial volumes of several modified wheat gluten and wheat starch products that have already been developed and test-marketed. Such investments will initially strain the financial resources of the wheat gluten producers until volume sales of these products commence. In addition, the new construction, purchases of specialized machinery, and organization of new production processes will take some time to complete. At this critical stage of the adjustment process, the quota would enable U.S. producers to achieve profitability levels that would afford the industry's adjustment plans the greatest chance of success. While in the short run competition will be constrained and social costs of the quota will exceed benefits, in the long run the domestic industry will be profitable and more competitive with social benefits exceeding the costs.

The Commission estimates that the quota we are recommending for the domestic wheat gluten industry, based on actual figures in 1997, would initially raise prices of the domestic product to between 3.2 and 8.3 percent over 1997 levels, raise U.S. producers' domestic sales volume by 14.0 to 19.8 percent, and raise their sales revenues by 20.8 to 27.0 percent. Domestic capacity utilization is estimated to increase from a level of 44.5 percent in 1997 to between 50.7 and 53.3 percent with the imposition of the quota on wheat gluten. The number of U.S. workers producing wheat gluten is expected to increase in the short term by 10 to 14. These benefits to the domestic industry will decline over the period of relief as the restrictiveness of the quota is phased down.

The quota that we are recommending should have a small incremental effect on domestic industries that supply raw materials, particularly wheat, to the wheat gluten industry, but have a greater effect on downstream industries, primarily producers of bread and pet food. Initially, the overall prices of wheat gluten in the U.S. market are estimated to increase by 5.9 to 13.4 percent and the overall costs to purchasers of wheat gluten will range from \$10.0 million to \$22.8 million.¹³⁹ U.S. wheat gluten producers will purchase more wheat,¹⁴⁰ but such purchases will likely not affect prices of wheat. On the other hand, wheat

¹³⁹ A significant portion of this cost results from the increase in prices of targeted imports of wheat gluten that occur when the supply of such imports is restricted below the import level that would have been shipped without the quota restriction. The revenues associated with these higher prices of the targeted imports, which are estimated to range from \$6.7 million to \$15.6 million, are called quota rents and normally accrue to foreign producers or exporters, or U.S. importers.

¹⁴⁰ U.S. wheat gluten producers' annual purchases of wheat have accounted for less than *** percent of the total U.S. annual hard red winter and hard red spring crops. These are the most popular types of wheat used in the

(continued...)

gluten is a vital ingredient for bakeries and they will continue to purchase the product, even at higher prices. Pet food producers require wheat gluten in certain pet food formulations and also will likely continue purchasing wheat gluten at higher prices. Some purchasers indicated that they were willing to accept a price increase to assure a continuing supply of wheat gluten from U.S. producers.¹⁴¹ The initial price increases to wheat gluten purchasers will moderate over the relief period as the quota is relaxed.

The quota remedy is likely to have a minimal impact on end-consumers. Bakeries are likely to absorb most, if not all, of any wheat gluten price increase.¹⁴² Competition among pet food producers may limit the amount of any increase in wheat gluten that is passed on to consumers. The development of modified wheat products will eventually draw some wheat gluten supply away from bakeries and other traditional users.

Short- and Long-term Effects of Not Taking the Recommended Action

In the absence of relief, we believe that a significant portion of the domestic wheat gluten industry would be forced to scale down in the near term and possibly shut down in the long term. This assessment is based on the fact that the U.S. industry has incurred substantial operating losses during the last two years. It is unlikely that the industry would continue to operate for any length of time if such losses continue. We note that *** due to competition from low-priced imports.¹⁴³ We believe this conclusion is supported by the large and increasing share of imports, especially from the EU, in the U.S. market, the persistence of U.S. wheat gluten prices below U.S. producers' costs of production cost, the rapid increase in wheat gluten capacity in the EU, and the importance of raw material costs in producing wheat gluten. Many of the domestic wheat gluten plants are located in small communities where the closing of a plant would have a significant and disproportionate impact on the local economy. Closure of these plants would have an adverse impact on domestic bakeries and pet food producers, which are the primary users of wheat gluten. Bakeries and pet food producers would become dependent on foreign wheat gluten suppliers, and potentially could be forced to accept significant price increases if domestic competition is eliminated. As discussed above, the wheat industry, which supplies the major raw material used in the production of wheat gluten, should experience minimal adverse effects.

¹⁴⁰ (...continued)

production of wheat gluten. The bulk of these wheat crops are used in the production of wheat flour for bread.

¹⁴¹ Final Remedy Memorandum, EC-V-012, Mar. 4, 1998, at 20. In particular, see testimony of Charles Sullivan, Chairman and CEO of Interstate Bakeries Corp., in transcript of the injury hearing (Dec. 16, 1997) at 31-32:

As the main consumer of wheat gluten perhaps in the whole world, we should be happy to buy it cheaper; in fact, we are not. We are worried. Worried that one day soon the only wheat gluten for sale will come from Europe. We do not know what the price then will be or how reliable the supply. We do not want the domestic gluten producers to go out of business.

¹⁴² The petitioner asserts that the cost to purchasers would be borne solely by producers of bread and pet foods, but not by purchasing consumers. The petitioner asserted that an increase in the price of wheat gluten of 20 percent would result in an increase of a fraction of a cent per loaf of bread. Petitioner's Posthearing Brief on Remedy, at 54.

¹⁴³ Report at II-8.

UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION

LAMB MEAT

Investigation No. TA-201-68

DETERMINATION AND VIEWS OF THE COMMISSION
(USITC Publication No. 3176, April 1999)



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LAMB MEAT

DETERMINATION

On the basis of the information in the investigation, the Commission unanimously--

(1) determines, pursuant to section 202(b) of the Trade Act of 1974, that lamb meat¹ is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of the threat of serious injury to the domestic industry producing an article like or directly competitive with the imported article; and

(2) makes negative findings, pursuant to section 311(a) of the North American Free-Trade Agreement (NAFTA) Implementation Act (19 U.S.C. 3371(a)), with respect to imports of lamb meat from Canada and Mexico.

RECOMMENDATIONS WITH RESPECT TO REMEDY

The Commission² (Chairman Bragg and Commissioners Crawford and Askey) recommends:

- (1) that the President impose a tariff-rate quota system, for a 4-year period, on imports of lamb meat that are the subject of this investigation, as follows (all weights are in terms of carcass-weight equivalents):
- First year:* 20 percent ad valorem on imports over 78 million pounds;
- Second year:* 17.5 percent ad valorem on imports over 81.5 million pounds;
- Third year:* 15 percent ad valorem on imports over 81.5 million pounds; and
- Fourth year:* 10 percent ad valorem on imports over 81.5 million pounds;
- (2) that the President implement appropriate adjustment assistance measures, drawing on authorized programs at the U.S. Department of Agriculture and the U.S. Department of Commerce providing specialized direct payments, research, and animal health programs, in such combination as to most effectively “facilitate efforts by the domestic industry to make a positive adjustment to import competition and provide greater economic and social benefits than costs.” In this context, we recommend that the President look to the industry’s report by PriceWaterhouseCoopers and its recommendations when considering adjustment

¹ The imported article covered by this investigation is fresh, chilled, or frozen lamb meat. Excluded from the scope of the investigation are imports of live lambs and sheep and meat of mature sheep (mutton). Lamb meat is provided for in subheadings 0204.10.00, 0204.22.20, 0204.23.20, 0204.30.00, 0204.42.20, and 0204.43.20 of the Harmonized Tariff Schedule of the United States (HTS).

² The Commission notes that, pursuant to section 330(d)(2) of the Tariff Act of 1930 (19 U.S.C. 1330(d)(2)), the remedy recommendation of Chairman Bragg and Commissioners Crawford and Askey in this investigation is to be treated as the remedy finding of the Commission for purposes of section 203 of the Trade Act.

assistance options;

- (3) having made negative findings with respect to imports of lamb meat from Canada and Mexico under section 311(a) of the NAFTA Implementation Act, that such imports be excluded from the tariff-rate quota; and
- (4) that the tariff-rate quota not apply to imports of lamb meat from Israel, or to any imports of lamb meat entered duty-free from beneficiary countries under the Caribbean Basin Economic Recovery Act or the Andean Trade Preference Act.

Vice Chairman Miller and Commissioner Hillman recommend:

- (1) that the President increase the rate of duty, for a 4-year period, on imports of lamb meat the subject of this investigation, to the rates of duty as follow: 22 percent ad valorem in the first year of relief, 20 percent ad valorem in the second year, 15 percent ad valorem in the third year, and 10 percent ad valorem in the fourth year;
- (2) that the President identify and implement adjustment measures and other action authorized under law that is likely to facilitate positive adjustment to import competition; specifically, that the President make assistance available to the lamb meat industry through Federal programs, primarily those administered by the U.S. Department of Agriculture, and take action to ensure that the National Sheep Industry Improvement Center is fully operational;
- (3) having made negative findings with respect to imports of lamb meat from Canada and Mexico under section 311(a) of the NAFTA Implementation Act, that such imports be excluded from the increased tariffs;
- (4) that the increased rates of duty not apply to imports of lamb meat from Israel, or to any imports of lamb meat entered duty-free from beneficiary countries under the Caribbean Basin Economic Recovery Act or the Andean Trade Preference Act.

Commissioner Koplan recommends:

- (1) that the President impose a quantitative restriction, for a 4-year period, on imports of lamb meat the subject of this investigation, as follows: 52 million pounds in the first year, 56 million pounds in the second year, 61 million pounds in the third year, and 70 million pounds in the fourth year (all quantities are carcass-weight-equivalents);
- (2) that the President, within the overall quantitative restriction, provide separate allocations for Australia, New Zealand, and "all other" countries in proportion to their average share of imports entered during calendar years 1995-1997;
- (3) that the President take all action necessary to ensure that the National Sheep Industry Improvement Center is fully operational as soon as possible, and that the President make available either through the Center or directly to the industry the full measure of Federal assistance programs, including those administered by the U.S. Department of Agriculture.
- (4) having made negative findings with respect to imports of lamb meat from Canada and Mexico under section 311(a) of the NAFTA Implementation Act, that such imports be

excluded from the quota; and

- (5) that the quota not apply to imports of lamb meat from Israel, or to any imports of lamb meat entered duty-free from beneficiary countries under the Caribbean Basin Economic Recovery Act or the Andean Trade Preference Act.

The Commissioners find that the respective actions that they have recommended will address the threat of serious injury found to exist and be most effective in facilitating the efforts of the domestic industry to make a positive adjustment to import competition.

BACKGROUND

Following receipt of a petition filed on October 7, 1998, on behalf of the American Sheep Industry Association, Inc., Harper Livestock Company, National Lamb Feeders Association, Winters Ranch Partnership, Godby Sheep Company, Talbott Sheep Company, Iowa Lamb Corporation, Ranchers' Lamb of Texas, Inc., and Chicago Lamb and Veal Company, the Commission, effective October 7, 1998, instituted investigation No. TA-201-68, *Lamb Meat*, under section 202 of the Trade Act of 1974 to determine whether lamb meat is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat thereof, to the domestic industry producing an article like or directly competitive with the imported article.

Notice of the institution of the Commission's investigation and of the scheduling of public hearings to be held in connection therewith was given by posting copies of the notice in the Office of the Secretary, U.S. International Trade Commission, Washington, DC, and by publishing the notice in the *Federal Register* of October 23, 1998 (63 F.R. 56940). The hearing in connection with the injury phase of the investigation was held on January 12, 1999, and the hearing on the question of remedy was held on February 25, 1999. Both hearings were held in Washington, DC; all persons who requested the opportunity were permitted to appear in person or by counsel.

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

VIEWS OF THE COMMISSION ON INJURY

Introduction

Pursuant to section 202(b) of the Trade Act of 1974 (Trade Act) (19 U.S.C. 2252(b)), we determine that lamb meat is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of the threat of serious injury to the domestic industry producing an article like or directly competitive with the imported article. In addition, pursuant to section 311(a) of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Implementation Act (19 U.S.C. 3371(a)), we find that imports of lamb meat from Canada and Mexico do not account for a substantial share of total imports and do not contribute importantly to the threat of serious injury.

The basis for our affirmative injury determination and our negative findings with respect to Canada and Mexico are set out below. Our findings and recommendations on remedy are set forth in our “Views on Remedy” that follow these views on injury.

Background

The Commission instituted this investigation effective October 7, 1998, following receipt of a petition filed by the American Sheep Industry Association, Inc., Harper Livestock Company, National Lamb Feeders Association, Winters Ranch Partnership, Godby Sheep Company, Talbott Sheep Company, Iowa Lamb Corporation, Ranchers’ Lamb of Texas, Inc., and Chicago Lamb & Veal Company, alleging that lamb meat is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury or threat thereof to the domestic industry. Petitioners asserted that these associations and firms are representative of each of the four major segments of the domestic lamb meat industry, which they define to include growers and feeders of live lambs and packers and processors of lamb meat.¹

Lambs are immature sheep, generally younger than 14 months of age at time of slaughter. Because lamb meat is more valuable than sheep meat (mutton), most animals raised for meat are slaughtered as lambs. In the United States, lambs are generally born in the spring and range-fed until fall, when they are shipped to feeders. Feeders grain-feed the lambs for 30-120 days, and then send them to packers for slaughter.² Packers then either further process the lamb into primal, subprimal, or retail cuts, or ship the carcasses to breakers who perform a similar processing function.³ The cuts are then sold to nonbreaker wholesalers or retail outlets.⁴ Most domestically produced lamb meat is sold fresh or chilled. Two countries, Australia and New Zealand, accounted for virtually all U.S. imports of lamb meat during the period of investigation (1993-September 1998).⁵ In Australia and New Zealand, lambs raised for meat purposes are range-fed their entire

¹ Growers include purebred breeders who keep purebred animals and sell rams for breeding purposes, and commercial market lamb producers, who maintain flocks for the production of feeder or slaughter lambs; feeders are firms that maintain feedlots where lambs are fed on grain or other concentrates until they reach slaughter weight; packers are companies that slaughter lambs, regardless of whether they process lamb meat; and processors (breakers) are firms that divide carcasses into primal, subprimal, or retail cuts for resale to nonbreaker wholesalers or retail outlets. *Lamb Meat, Report on Investigation No. TA-201-68* (hereinafter “report”), at II-11, 13-15.

² Report at II-13.

³ Report at II-14-15.

⁴ Report at II-15.

⁵ Australia and New Zealand collectively accounted for 98.3 percent or more of total imports in both quantity and value in each year during 1993-97 and during the periods January-September 1997 and 1998. Australia was the larger supplier in terms of quantity in each of the periods examined, but New Zealand was the larger supplier in terms of value (continued...)

lives, and are not grain-fed prior to slaughter. Historically, most imported lamb meat was frozen, but during the period of the investigation an increasing amount, particularly from Australia, has been fresh or chilled.⁶

Like or directly competitive product⁷

Statutory framework and Commission practice. Under section 202(b)(1)(A), the Commission is required to determine whether an article is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat thereof, "to the domestic industry producing an

⁵ (...continued)

in 1993, 1995, 1996, and January-September 1998. Table 6, report at II-19.

⁶ For example, fresh or chilled lamb meat accounted for *** percent of the quantity of imports of lamb meat from Australia in 1993, and were projected to account for *** percent of the quantity of imports of lamb meat from Australia in 1998. Derived from data in tables 24 and 25, report at II-47-48. Fresh or chilled lamb meat from New Zealand accounted for *** percent of the quantity of lamb meat imports from New Zealand in 1993, and were projected to account for *** percent in 1998. Derived from data in tables 29 and 30, report at I-74-75.

⁷ Commissioner Askey does not join the Commission's analysis as a whole in the sections on like or directly competitive product or on domestic industry, though she concurs in the result. Commissioner Askey notes that the focus of a section 201 investigation is on the domestic industry and the injury suffered by it. The domestic industry is defined by reference to products "like or directly competitive with" the imported article. 19 U.S.C. 2252(b)(1)(A). Defining the "like or directly competitive" article therefore serves the function of identifying the domestic industry, but plays no independent role in the Commission's investigation.

In this case, the question is what articles are "like or directly competitive with" imported lamb meat. "Like" articles are substantially identical, while directly competitive articles those that are "substantially equivalent for commercial purposes, that is, are adapted to the same uses and are essentially interchangeable therefore." H.R. Rep. No. 93-571, at 45 (1973). The statute specifies that "[a]n imported article is 'directly competitive with' a domestic article at an earlier or later stage of processing, and a domestic article is 'directly competitive with' an imported article at an earlier or later stage of processing, if the importation of the article has an economic effect on producers of the domestic article comparable to the effect of importation of articles in the same stage of processing as the domestic article." 19 U.S.C. 2481(5). The Commission has previously considered the domestic industry to include all facilities involved in the production of the final product, particularly when the firms performing the final manufacturing operations "account for only a relatively small part of the productive resources involved in the production of the article." *Certain Canned Tuna Fish*, Inv. No. TA-201-53, USITC Pub. 1558 at 5-6 (Aug. 1984).

Commissioner Askey finds that the domestic industry consists of producers of live lambs and of lamb meat -- growers, feeders, breakers, and packers. She finds that live lambs and domestic lamb meat compete commercially with imported lamb meat as contemplated by the statute and by the WTO Safeguards Agreement. Most live lambs become lamb meat, report at II-4, and therefore are adapted to the same end uses. *See, United Shoe Workers of Am., AFL-CIO v. Bedell*, 506 F.2d 174, 185-86 (D.C. Cir. 1974) ("Normally, the term 'directly competitive' invites, in the first instance, a comparison of the commercial uses of the products and not their characteristics. . ."); GATT Dispute Panel Report on Japan -- Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/R; WT/DS10/R, WT/DS11/R (11 July 1996) at para 6.22 (construing Article III.2 of GATT 1994, and finding that directly competitive articles have common end-uses). The record also indicates that importation of the lamb meat is having a similar economic effect on the producers of the upstream article (live lambs) as it is on the producers of the article in the same stage of processing as the subject imports (lamb meat). *See* discussion in the injury section of these views, *infra*. Finally, growers and feeders are responsible for approximately 88 percent of the value of lambs sent for slaughter. Report at II-12.

article that is like or directly competitive with the imported article."⁸ Thus, the first issue is defining the domestic product (if any) that is "like or directly competitive" with the imported product under investigation.

The term "like or directly competitive" is defined in the legislative history of the Trade Act.⁹ Under these definitions, articles are "like" each other if they are "substantially identical in inherent or intrinsic characteristics," and articles are "directly competitive" with each other if they are "substantially equivalent for commercial purposes."¹⁰

⁸ Commissioner Crawford concurs with her colleagues that the domestic industry consists of producers of live lamb (growers and feeders) as well as producers of lamb meat (packers and breakers). She reaches her conclusion, however, by reliance on the plain language of the statute and the relevant legislative history. A critical part of the Commission's injury analysis is the identification of "the domestic industry producing an article that is like or directly competitive with the imported article." Sec. 202(b)(1) of the Trade Act. The statute defines the domestic industry as "the domestic producers as a whole of the like or directly competitive article." Sec. 202(c)(6)(A)(i) of the Trade Act. In determining what domestic producers constitute the domestic industry, Commissioner Crawford follows the plain language of the statute in considering both producers of "like" products as well as producers of "directly competitive" products. She does not interpret the statute to exclude producers of directly competitive products if producers of "like" products are present in the market. See *Wheat Gluten* (Views of the Commission on Injury, Inv. No. TA-201-67, USITC Pub. 3088 (March 1998) at I-7, n. 16); Views of Chairman Peter S. Watson and Commissioners Carol T. Crawford and Lynn M. Bragg, *Fresh Tomatoes and Bell Peppers*, Inv. No. TA-201-66, 1996, USITC Pub. 2985 (Aug. 1996), at I-11, n. 26); and *United Shoe Workers of Am., AFL-CIO v. Bedell*, 506 F.2d 174, 185-86 (D.C. Cir. 1974). In this investigation, she finds that domestic producers of lamb meat (packers and breakers) are clearly producers of a product that is "like" the imported article and therefore should be included in the domestic industry. She concurs with the basic reasoning of her colleagues on this point. She further finds that lamb growers and feeders are producers of a "directly competitive" article and therefore, consistent with the statute, should be included in the domestic industry. In her identification of "directly competitive" producers, she has relied on the statutory language relating to domestic articles at an earlier or later stage of processing and the associated legislative history. See Sec. 601(5) of the Tariff Act of 1974 and H.R. Rep. No. 1818, 87th Cong., 2d Sess. 24 (1962) (which includes specific reference to live lamb and processed lamb products). In the context of this investigation, the statute and the legislative history direct the Commission to find the live lamb product to be directly competitive with lamb meat imports if: (1) the live lamb is at an earlier stage of processing than the lamb meat imports, such that the article remains substantially the same during such processing and is not wholly transformed into a different article, and (2) the importation of lamb meat has an economic effect on domestic live lamb producers comparable to the effect of lamb meat imports on domestic lamb meat producers. I find that a live lamb is clearly at an earlier stage of processing than lamb meat. Report at II-11-16. Moreover, the lamb product remains substantially the same during processing, and is not wholly transformed into a different article within the meaning of the legislative history. Lamb growers and feeders are responsible for approximately 88 percent of the value of lambs sent for slaughter. Report at II-12, n. 42. Finally, I find that the economic effect on live lamb producers of importation of lamb meat is comparable to the effect of lamb imports on domestic lamb meat producers. See discussion *infra* regarding the threat of serious injury to the live lamb and lamb meat sectors of the domestic industry caused by lamb meat imports.

⁹ The legislative history defines the terms as follows:

The words "like" and "directly competitive", as used previously and in this bill are not to be regarded as synonymous or explanatory of each other, but rather to distinguish between "like" articles and articles which, although not "like," are nevertheless "directly competitive." In such context, "like" articles are those which are substantially identical in inherent or intrinsic characteristics (i.e., materials from which made, appearance, quality, texture, etc.), and "directly competitive" articles are those which, although not substantially identical in their inherent or intrinsic characteristics, are substantially equivalent for commercial purposes, that is, are adapted to the same uses and are essentially interchangeable therefor.

H.R. Rep. No. 571, 93rd Cong., 1st Sess. 45 (1973); S. Rep. No. 1298, 93rd Cong., 2d Sess., at 121-122 (1974).

¹⁰ The term "directly competitive with" is also defined in section 601(5) of the Trade Act as follows--

(continued...)

In determining what constitutes the industry or industries producing the like or directly competitive product, the Commission traditionally has taken into account such factors as the physical properties of the article, customs treatment, where and how the article is made (e.g., in a separate facility), uses, and marketing channels.¹¹ Each of the factors is relevant, but the weight given to each factor will depend upon the facts in the particular case and whether the Commission is applying a like product analysis or a directly competitive product analysis, or both. If there are identifiable domestic producers of a product that is “like” the imported product, the Commission is not required to look further for an industry producing products that are “directly competitive” but not “like” the imported products.¹² The Commission traditionally has looked for clear dividing lines among possible products, and has disregarded minor variations.

Arguments of the parties. Petitioners argued that domestically produced lamb meat is “like” imported lamb meat in terms of its inherent or intrinsic characteristics, within the meaning of the term “like” in the legislative history of the Trade Act.¹³ Petitioners also cited the Commission’s findings in a 1981 countervailing duty investigation (*Lamb Meat from New Zealand*) in which the Commission found there to be “no significant differences” between imported and domestic lamb meat in characteristics and uses, even though most imported lamb at that time was shipped frozen and virtually all domestic lamb was fresh or chilled.¹⁴ Respondents for the most part did not contest petitioners’ claim that domestic lamb meat is “like” the imported lamb meat. Nevertheless, several respondents emphasized certain differences between domestic and imported lamb meat.¹⁵ Petitioners also argued that domestically produced live lambs are “directly competitive with” imported lamb meat.¹⁶ Meat and Livestock Australia argued that live lambs are not “like or directly competitive” with lamb meat.¹⁷

Finding. We find that domestic lamb meat is “like” the imported lamb meat, in that it is substantially identical in inherent or intrinsic characteristics (*i.e.*, materials from which made, appearance, quality, texture, etc.). In terms of physical properties, the domesticated sheep and lambs in the United States,

¹⁰ (...continued)

An imported article is “directly competitive with” a domestic article at an earlier or later stage of processing, and a domestic article is “directly competitive with” an imported article at an earlier or later stage of processing, if the importation of the article has an economic effect on producers of the domestic article comparable to the effect of importation of articles in the same stage of processing as the domestic article. For purposes of this paragraph, the unprocessed article is at an earlier stage of processing.

While we do not apply section 601(5) in our finding regarding like or directly competitive article, we note that the Commission has developed a practice over the years of taking into account the impact of the subject imports on producers of a raw input into a processed product when evaluating the effects of imports on the producers of the processed product, and vice versa. This is discussed in the subsequent section on domestic industry.

¹¹ See, e.g., Views of the Commission in *Wheat Gluten*, Inv. No. TA-201-67, USITC Pub. 3088 (March 1998) at I-9.

¹² *Wheat Gluten*, Inv. No. TA-201-67, USITC Pub. 3088 (March 1998) at I-8.

¹³ Petitioners’ prehearing brief on injury, at 4-5.

¹⁴ Petitioners’ prehearing brief on injury, at 3-5, citing *Lamb Meat from New Zealand*, Inv. No. 701-TA-80 (Preliminary), USITC Pub. 1191 (Nov. 1981).

¹⁵ While agreeing that imported and domestic lamb meat are “like” each other in a technical sense, Meat New Zealand argued that competition between imported and domestic lamb meat was “at most indirect” because of distinguishing attributes such as physical size, taste, cut, pack form, labeling, and marketing. Posthearing brief on injury of Meat New Zealand, at 10-13. See also testimony of Frances Cassidy, CEO, North America, Meat and Livestock Australia, transcript at 204-05, stating that domestic lamb, because it is a grain-fed product and USDA graded, competes at a different level in the U.S. market than fresh Australian range lamb.

¹⁶ Petitioners’ prehearing brief on injury, at 5-6; and petitioners’ posthearing brief on injury, at 4.

¹⁷ Posthearing brief on injury of Meat and Livestock Australia, at 8-10.

Australia, and New Zealand all belong to the same subfamily, Ovinae, which are hollow-horned ruminants known as “ovines.”¹⁸ The imported and domestic lamb meat sold in the United States is all from animals that fall within a similar definition of “lamb” -- an immature ovine, usually under 14 months of age, that has not cut its first pair of permanent incisor teeth.¹⁹

We find the differences between imported and domestic lamb meat alleged by respondents, to the extent that they exist, to be limited. While most domestic lamb meat traditionally has been sold as fresh or chilled and imported lamb meat was sold frozen, imported lamb meat increasingly enters as fresh or chilled.²⁰ Thus, domestic and imported lamb are to a large extent sold in the same form.²¹ The majority of respondents (10 of 16) to the Commission’s purchasers’ questionnaire reported that the grades, cuts, and sizes enumerated in the survey were available from both importer and domestic sources.²² Further, evidence regarding whether domestic or imported lamb meat was superior in certain attributes was inconclusive, and some of the reasons given for preferring one over the other had to do with such considerations as price and supply, rather than the factors (physical properties, customs treatment, and where and how a good is made) on which the Commission places principal reliance for this aspect of its determination. Some purchasers preferred lamb meat from one source or another for various reasons, such as flavor, size, consistency, quality, reliable supply, and price, but there was no clear pattern of purchasers considering lamb meat from one source to be a superior product.²³

We also find that domestic and imported lamb meat have the same uses. The majority of respondents to the Commission’s purchaser questionnaire reported that imported and domestic lamb meat are used similarly--14 of 16 said that U.S. and Australian lamb meat are used similarly, and 8 of 12 said that U.S. and New Zealand lamb meat are used similarly.²⁴ Nine of 16 responding purchasers said that fresh, chilled, and frozen lamb meat are used in the same way.²⁵

Domestic and imported lamb meat is generally sold through the same channels of distribution. Although percentages vary, significant portions of both domestic and imported lamb meat are sold through distributors, retailers, and food services.²⁶ Slightly more than half of responding purchasers reported that there is no relevant difference in the marketing efforts of U.S. suppliers and importers.²⁷

For the foregoing reasons, we find the domestic product “like” the imported lamb meat is domestically produced lamb meat.

Domestic industry

Statutory framework and Commission practice. The term “domestic industry” is defined in section 202(c)(6)(A)(i) of the Trade Act to mean “the domestic producers as a whole of the like or directly

¹⁸ Report at II-4.

¹⁹ The United States, Australia, and New Zealand apply similar definitions. Report at II-6-8.

²⁰ Fresh or chilled lamb meat accounted for *** percent of lamb meat imports in 1997, and were projected to account for slightly over *** percent in 1998, as compared with *** percent in 1993. Tables 24, 25, 29, 30, report at II-40, II-47-48 (Australia, New Zealand).

²¹ No party argued that fresh, chilled, and frozen lamb meat should be considered to be separate like products.

²² Report at II-72.

²³ Report at II-72.

²⁴ Report at II-71-72.

²⁵ Report at II-72.

²⁶ Report at II-17-18.

²⁷ Report at II-71.

competitive article or those producers whose collective production of the like or directly competitive article constitutes a major proportion of the total domestic production of such article.”²⁸

Most section 201 cases involve firms and workers producing a product at the same stage of production as the imported article. However, in some instances firms and workers at an earlier stage of processing have accounted for a significant part of the value of the product and have been either the primary proponent or a strong supporter of relief.²⁹ Unlike the antidumping and countervailing duty provisions in title VII of the Tariff Act of 1930, section 201 does not address the issue statutorily. Over the years the Commission generally has taken an approach similar to that developed, and later codified, under title VII.³⁰ Under that approach, the Commission includes producers of the raw product in the industry producing the processed product if it finds (1) there is a continuous line of production from the raw to the processed product, and (2) there is substantial coincidence of economic interest between the growers and the processors.³¹

Arguments of the parties. Petitioners argue that the domestic lamb meat industry should be defined to include lamb growers and feeders, and lamb meat packers and processors. They assert that each of these industry segments represents a portion of the overall production process.³² They maintain that growers and feeders are “the heart of the lamb meat industry,” and that without them the remainder of the U.S. lamb meat industry, the packers and breakers, cannot be sustained.³³ They claim that this is how the Commission defined the industry in the 1981 CVD case on lamb meat,³⁴ and how the Commission has defined the industry in prior section 201 cases involving processed products where domestic growers or producers accounted for a significant part of the value of the processed product (citing *Apple Juice*, *Certain Canned Tuna Fish*, and *Honey*).³⁵

Respondents argued that the domestic industry should be limited to lamb meat packers and breakers and exclude lamb growers and feeders.³⁶ Meat and Livestock Australia compared the facts in the current lamb case to those in the 1989 countervailing duty case of *Fresh, Chilled, or Frozen Pork from Canada*,³⁷ in

²⁸ Section 202(c)(6)(A)(i).

²⁹ See, e.g., *Certain Canned Tuna Fish*, Inv. No. TA-201-53, USITC Pub. 1558 (Aug. 1984). The petitioners included, *inter alia*, two labor unions representing fishermen and the American Tuna Boat Association.

³⁰ 19 U.S.C. 1677(4)(E).

³¹ See *Fresh Tomatoes and Bell Peppers*, Inv. No. TA-201-66, USITC Pub. 2985 (Aug. 1996), at I-9-10; *Certain Canned Tuna Fish*, Inv. No. TA-201-53, USITC Pub. 1558 (Aug. 1984), at 5-7; *Apple Juice*, Inv. No. TA-201-59, USITC Pub. 1861 (June 1986), at 5-10; and *Honey*, Inv. No. TA-201-14, USITC Pub. 781 (June 1976), at 7. See also *Mushrooms*, Inv. No. TA-201-43, USITC Pub. 1089 (Aug. 1980), at 13-14 (applying these same factors, but declining to include producers of the raw product).

³² Petitioners’ prehearing brief on injury, at 10.

³³ Petitioners’ posthearing brief on injury, at 4.

³⁴ See, e.g., petitioners’ posthearing brief on injury, at 5, citing *Lamb Meat from New Zealand*, Inv. No. 701-TA-80 (Preliminary), USITC Pub. 1191 (Nov. 1981).

³⁵ Petitioners’ prehearing brief on injury, at 3-11.

³⁶ Posthearing brief on injury of Meat and Livestock Australia, Ltd., at 2; posthearing brief on injury of Lamb Importers’ Committee, at 3; posthearing brief on injury of Transhumance Holding Company, Inc., at 11; and posthearing brief on injury of Foodcomm International, at 2.

³⁷ *Fresh, Chilled, or Frozen Pork From Canada*, Inv. No. 701-TA-298 (Final), USITC Publication 2218 (Sept. 1989).

which the Commission found that hog growers should not be included in the domestic industry with pork packers because the two groups had divergent interests.³⁸

Finding. We find that the domestic lamb meat industry includes the growers and feeders of live lambs as well as packers and breakers of lamb meat.³⁹ The evidence clearly establishes a continuous line of production from a raw product, live lambs, to the processed product, lamb meat. In the United States, most sheep and lambs are meat-type animals kept primarily for the production of lambs for meat.⁴⁰ Lambs are generally born in the spring and range fed until the fall. Except for lambs withheld for breeding purposes, virtually all meat-type lambs are shipped to feeders in the fall, where they are fed for between 30 and 120 days.⁴¹ They are then generally shipped to lamb packers for slaughter.⁴² Packers then either further process the lamb into primal, subprimal, or retail cuts, or ship the carcasses to breakers who perform a similar processing function.⁴³ The cuts are then sold to nonbreaker wholesalers or retail outlets.⁴⁴

There is also evidence of a coincidence of economic interests between lamb growers and processors. The value added by lamb growers and feeders (*i.e.*, the value of slaughter-ready live lambs) accounts for about 88 percent of the wholesale cost of lamb meat.⁴⁵ Thus, packers and breakers can be viewed largely as finishers of products for which the vast majority of value has already been created by growers and feeders. Packers' and breakers' operations are therefore highly affected by the supply and quality of the live lambs produced by growers and feeders.

Some lamb operations are vertically integrated, which also supports a finding of a coincidence of economic interests between different industry segments. For example, there are some growers who engage in both feeding and slaughtering of lambs.⁴⁶ Transhumance, which is a major domestic lamb packer, owns a breaker operation and owns Superior Farms, which is a lamb feeder.⁴⁷

While the main grower and feeder associations were co-petitioners, packers' and breakers' support for the petition was mixed. Two packers, including Iowa Lamb, the largest packer whose operations are devoted exclusively to lambs, and one breaker were co-petitioners. ***. Transhumance, which also imports fresh, chilled, and frozen lamb meat from Australia and New Zealand, opposed the petition.⁴⁸ Of the breakers responding, ***.⁴⁹

³⁸ Posthearing brief on injury of Meat and Livestock Australia, at 10-14.

³⁹ Having found that the like or directly competitive product consists of live lamb and lamb meat, Commissioner Crawford further finds that the domestic industry consists of live lamb growers and feeders, and lamb meat packers and breakers. No party has alleged that growers and feeders should not both be included as producers of live lamb and Commissioner Crawford finds no convincing evidence to the contrary. Likewise, no party has alleged that packers and breakers should not both be included as producers of lamb meat and Commissioner Crawford finds no convincing evidence to the contrary.

⁴⁰ Report at II-4.

⁴¹ Report at II-11, II-13.

⁴² Report at II-14.

⁴³ Report at II-14-15.

⁴⁴ Report at II-15. We note that this line of production yields only one principal end product, lamb meat. During the period of investigation, lamb carcasses accounted for between *** percent and *** percent of the value of packers' net sales; pelts and offal accounted for the remaining portion. See Table 16, report at II-33.

⁴⁵ Report at II-12, citing the petition at 6.

⁴⁶ Report at II-12.

⁴⁷ Report at II-14.

⁴⁸ Report at II-14, n. 52.

⁴⁹ Internal staff compilation.

There is also evidence that the price of lamb meat affects all four industry segments similarly--that is, when processors do well, growers and feeders also benefit, but when processors confront lower prices, they pass the lower prices back to feeders and then growers, and all suffer to some extent. As described below, all four segments suffered financially over the period of investigation, and all experienced significant declines in the unit value of their sales at the end of the period. No representatives in any of the four industry segments testified that the economic interests of packers and breakers diverged from those of growers and feeders.⁵⁰

Regarding Meat and Livestock Australia's argument comparing the current case to the 1989 countervailing duty case of *Fresh, Chilled, or Frozen Pork from Canada*,⁵¹ the facts in the current case are distinguishable. First, the finding in *Pork* refers to the pork "cycle," at the peaks and valleys of which growers and processors tend to suffer or benefit inversely. The evidence before us in this investigation does not suggest the existence of a "lamb cycle," and no party has argued that such a cycle exists. Second, the finding in *Pork* refers to an inverse relationship between the profitability of the packers and growers. While the impacts of price changes on profitability in the various segments of the lamb industry can be staggered in time, price changes impact all four segments in a similar manner.

In sum, we find that the domestic industry producing lamb meat includes the growers and feeders of live lambs and the packers and breakers of lamb meat.

⁵⁰ For example, one rancher testified that lower import prices forced processors to reduce prices for the carcasses they bought from the packers, who in turn had to reduce the prices they paid to feedlots for live lambs. He said that because feedlot operators sold their lambs in the spring of 1998 for less than they paid for them in the fall of 1997, they had to reduce the price they could pay for lambs in the fall of 1998. Thus, lower import prices "forced the entire U.S. lamb meat industry in successive waves to substantially reduce the prices they could pay for their lamb." Testimony of Loren Moench, transcript at 38-39. See also similar testimony from Harold Harper, owner of a feedlot operation, transcript at 31-32; and Joseph Casper, Vice President, Chicago Lamb & Veal Co., transcript at 68-69. A lamb packer testified that lower cost imports had caused his firm to lose sales and to operate at a lower rate of capacity utilization, and that this had hurt profits; he said that the eventual effect will be the closing of plants and a decrease in domestic herds and the number of ranchers. Joseph Casper, Vice President, Chicago Lamb & Veal Co., transcript at 22-23, 63-64.

Subsequent to the Commission's hearing, Transhumance asserted that the domestic industry should consist only of packers and breakers, but did not explain the basis for this position or otherwise claim a divergence in economic interests between the different types of entities. Posthearing brief on injury of Transhumance at 11.

⁵¹ *Fresh, Chilled, or Frozen Pork From Canada*, Inv. No. 701-TA-298 (Final), USITC Publication 2218 (Sept. 1989). Posthearing brief on injury of Meat and Livestock Australia, at 10-14.

Increased imports

Statutory framework. The first of the three statutory criteria is that imports must be in "increased quantities." Under section 202 of the Trade Act, imports have increased when the increase is "either actual or relative to domestic production."⁵² Because section 202 is a global safeguard law, the Commission considers imports from all sources in determining whether imports have increased. In investigations under section 202, the Commission traditionally has considered import trends over the most recent 5-year period as a framework for its analysis, but can consider longer or shorter periods as it deems appropriate. There is no minimum quantity by which imports must have increased. A simple increase is sufficient.

Finding. Before considering the issue of increased imports, we first address a technical issue of how to ensure comparable data for imports and domestic production. The issue arises because domestic production is measured at the packer stage when the meat is in carcass form, whereas most imports are in a more finished form, including in the form of boneless lamb products. USDA has published conversion factors that account for the loss of weight from deboning, so that both domestic and imported lamb quantities can be reported as pounds of "carcass-weight equivalents."

Petitioners proposed a different set of conversion factors for both boneless and bone-in imports, claiming that current USDA factors did not adequately capture the weight loss that occurs in processing carcasses into more finished lamb products.⁵³ Petitioners' proposed conversion factors would have resulted in higher import volumes and lower import unit values.

USDA, after reviewing petitioners' conversion factors, expressed the view that the mix of imported lamb meat products had not changed sufficiently in recent years to warrant a change in its factors, and that its current factors continued to provide the best means of estimating carcass-weight equivalents.⁵⁴ Moreover, petitioners submitted no studies and little other empirical information supporting their preferred conversion factors. We have applied the USDA conversion factors as the best available evidence.

We find that imports have increased both in actual terms and relative to domestic production. Commerce data converted to carcass weight equivalents using USDA conversion factors indicate that imports increased by nearly 50 percent during the period of investigation, as follows: 41.0 million pounds in 1993, 38.7 million pounds in 1994, 43.3 million pounds in 1995, 50.7 million pounds in 1996, and 60.4 million pounds in 1997.⁵⁵ Imports also increased between January-September 1997 and January-September 1998, from 46.1 million pounds to 55.1 million pounds.⁵⁶ The ratio of imports to domestic production rose continuously during the period of investigation, from 12.5 percent in 1993 to 24.1 percent in 1997. The ratio rose further in January-September 1998 to 30.5 percent, as compared with 24.6 percent in the same period in 1997.⁵⁷

Serious injury or threat of serious injury

⁵² Section 202(c)(1)(C).

⁵³ USDA uses conversion factors of 1:1.52 for boneless imports, and 1:1 (*i.e.*, no conversion) for bone-in imports. Petitioners proposed factors of 1:2.13 and 1:1.43 for boneless and bone-in imports, respectively. Prehearing brief of petitioners at 17.

⁵⁴ See discussion in report at II-18, n. 74.

⁵⁵ Based on data in table 7, report at II-21.

⁵⁶ *Id.* Monthly import data through November 1998 were made available to the Commission just prior to our vote on injury. October and November imports were higher than in any other previous month in 1998 except March, which is traditionally a high-volume month due to the Easter holiday.

⁵⁷ Table 7, report at II-21.

Statutory framework. The second of the three statutory criteria is whether the domestic industry is either seriously injured or threatened with serious injury. Section 202(c) of the Trade Act defines "serious injury" as "a significant overall impairment in the position of a domestic industry,"⁵⁸ and "threat of serious injury" as "serious injury that is clearly imminent."⁵⁹

The statute sets out the economic factors that we are required to take into account. With respect to serious injury, we must consider: (1) a significant idling of productive facilities in the domestic industry, (2) the inability of a significant number of firms to carry out domestic production operations at a reasonable level of profit, and (3) significant unemployment or underemployment within the domestic industry. With respect to threat of serious injury, we must consider: (1) a decline in sales or market share, a higher and growing inventory, and a downward trend in production, profits, wages, productivity, or employment (or increasing underemployment) in the domestic industry; (2) the extent to which firms in the domestic industry are unable to generate adequate capital to finance the modernization of their domestic plants and equipment, or are unable to maintain existing levels of expenditures for research and development; and (3) the extent to which the United States market is the focal point for the diversion of exports of the article concerned by reason of restraints on exports of such article to, or on imports of such article into, third country markets.

We are not limited to the above-listed factors, and consider all economic factors that we find relevant. The presence or absence of any of the statutory factors is not "necessarily dispositive" of whether there is serious injury or the threat of serious injury.⁶⁰

Finding. As described below, we find that the domestic industry is threatened with serious injury that is clearly imminent.⁶¹

–Information in this investigation

Two issues relating to the data concerning the health of the industry warrant discussion. First, we have obtained and used data both from USDA and Commission questionnaires. USDA publishes annual figures on the domestic lamb slaughter and on the number of lamb-growing establishments. These data provide more comprehensive industry coverage than our questionnaire responses, and so we have relied on USDA data where possible. For other industry indicators, most notably many financial indicators, there are no USDA or other secondary source data, so we relied on our questionnaire responses for these other indicators.

In relying on questionnaire data, we note that such data on production and shipments from all industry segments generally show much more positive trends than do the USDA data. For example, USDA data show that lamb slaughter declined 23 percent from 1993 to 1997, whereas packers' questionnaire data

⁵⁸ Section 202(c)(6)(B).

⁵⁹ Section 202(c)(6)(D).

⁶⁰ Section 202(c)(3).

⁶¹ The Lamb Importers' Committee argued that the Commission must find each sector of the domestic industry to be seriously injured or threatened with serious injury in order to find that the injury criterion is satisfied. Posthearing brief on injury of the Lamb Importers' Committee of the Meat Importers Council of America, Inc., at 4. We disagree. We must determine whether there is serious injury or threat thereof to a domestic industry, which the statute defines as "domestic producers *as a whole* of the like or directly competitive article or those producers whose collective production of the like or directly competitive article constitutes a major proportion of the total domestic production of such article." Section 202(c)(6)(A)(i) (emphasis added). However, as described below, in determining whether the industry as a whole is seriously injured we have examined data and other information relating to the individual sectors. Such an approach was the most appropriate way to examine the data to avoid double counting or the combining of data expressed in different forms (e.g., shipments vs. production). While we find that all sectors show evidence of a threat of serious injury, we recognize that the economic effect of the increase may manifest itself in different ways and at different times in the four different sectors.

on production of lamb meat show only a *** percent decline over that same period.⁶² Similarly, despite USDA's report of the loss of nearly 20,000 lamb-growing establishments over the period, Commission data show a slight *increase* in shipments, employment, and net sales over the period.⁶³ ⁶⁴ Thus, questionnaire data likely represent a set of entities that are performing better than the lamb meat industry as a whole. A main reason for this is that our questionnaire data have a survivorship bias in that we did not obtain responses from those establishments that exited the market. Indeed, it stands to reason that those establishments that survive are relatively more competitive for a variety of reasons.

We note that the sheer size and nature of the grower segment (there were over 70,000 growers in 1997) made it impossible to canvass a large percentage of the industry or even to develop the kind of statistically valid sample used for smaller, less dispersed industries. To obtain financial and other data on grower operations, we sent questionnaires to 110 firms and individuals believed to be among the larger growers of lambs. We received usable data from 57 firms or individuals accounting for an estimated 6 percent of domestic lamb production.⁶⁵

While we do not place decisive weight on the questionnaire data obtained from growers, we believe it is appropriate to take these data into account along with all the other data we have obtained in the investigation to obtain the most accurate picture of this industry over the period. As noted above, a comparison of questionnaire data and USDA data suggests that questionnaire responses from domestic growers, if anything, reflect that those who responded are doing better than the industry as a whole. Second, the overall trends in grower questionnaire data do not differ markedly from the trends in the questionnaire data we have obtained from feeders, packers, and breakers, for which our questionnaire coverage was significantly higher.⁶⁶ Finally, we note that none of the respondents argued that the data were biased or inaccurately portrayed the condition of growers. Instead, they stated that these data showed that lamb growers "did remarkably well throughout the period of investigation."⁶⁷

–Overview of the domestic lamb meat industry

The parties generally agreed that the U.S. lamb industry has been in a long state of decline and has confronted a variety of problems and challenges over the years, ranging from changing consumer preferences to Congress' decision in 1993 to phase out federal payments made to growers and feeders under the Wool Act.⁶⁸ These changes have affected all segments of the industry, contributing to a decline in the number of firms engaged in the growing and feeding of lambs, and in the packing and breaking of lamb meat. While not truly healthy during any part of the period of investigation, by 1996 per capita lamb/mutton consumption

⁶² Compare report at II-17, table 5, with report at II-22, table 8.

⁶³ Compare report at II-12, with table 1, report at II-12, table 11, report at II-23, and table 12, report at II-25. This also reflects the consolidation in the industry following rescission of the Wool Act (the National Wool Act of 1954) (see further discussion below).

⁶⁴ USDA census figures indicate that the number of lamb-producing establishments fell from 93,280 in 1993 to 74,710 in 1997, or by 20 percent.

⁶⁵ Report at II-11.

⁶⁶ See description below under "analysis of factors."

⁶⁷ Posthearing brief of Meat New Zealand at 4.

⁶⁸ The Wool Act of 1954 provided direct support payments to growers and feeders. In late 1993, Congress passed legislation to reduce payments under the Wool Act to 75 percent of traditional levels in 1994, 50 percent of traditional levels in 1995, and zero starting in 1996. Report at II-77-78.

appeared to be stabilizing to some degree,⁶⁹ and lamb prices were generally higher,⁷⁰ offsetting in part the loss of the Wool Act payments in that year. In mid-1997, economic indicators relating to the industry began to fall. As described below, the deterioration in these indicators that occurred after 1996 confirms that the industry is threatened with serious injury.

–Analysis of factors

The share of the domestic market held by the U.S. industry, as measured both in quantity and value, was steady during the first part of the period of investigation, and then declined starting in 1996 as imports increased. In quantity terms, the share held by the domestic industry was 88.8 percent and 88.6 percent, respectively, in 1993 and 1994.⁷¹ It then fell to 86.5 percent of the U.S. market in 1995, 83.4 percent in 1996, 80.3 percent in 1997, and 76.7 percent in January-September 1998.⁷² In terms of value, the domestic lamb meat industry's market share decreased by an even greater ratio, from 88.1 percent in 1993 to 75.2 percent in 1997 and 69.3 percent in January-September 1998.⁷³

USDA data show a substantial decline in U.S. lamb meat production, from 326.7 million pounds in 1993 to 250.8 million pounds in 1997, a decline of over 23 percent. Production in January-September 1998 was 180.7 million pounds, 3 percent below the January-September 1997 figure of 187.1 million pounds.

These USDA figures indicate a comparable decline of 24 percent in the volume of industry shipments from 1993 to 1997, and a slight rise in January-September 1998 as compared to the same period in 1997.⁷⁴ In terms of value, shipments declined from \$441.0 million in 1993 to \$417.4 million in 1997, a decrease of approximately 5 percent, then dropped by over 13 percent, from \$297.2 million to \$256.6 million, in January-September 1998 as compared to January-September 1997.⁷⁵ The recent 13 percent decline in shipment values reflect falling lamb meat prices that began in late 1997 and continued in 1998.

Consistent with its figures showing a decline in lamb slaughter, USDA found a 20 percent decrease in the number of lamb-growing establishments from 1993 (93,280 establishments) to 1997 (74,710 establishments).⁷⁶ While USDA maintains no official employment statistics, the sharp declines in slaughter and in the number of establishments, taken together, suggest that employment indicators – such as number of workers and total hours worked – also fell during the period.⁷⁷

We note that questionnaire data from all industry segments generally showed more positive trends on such indicators as production, shipments, and employment than USDA data.⁷⁸ As discussed above, since

⁶⁹ Table 36, report at II-69. The table shows lamb and mutton consumption. Mutton consumption is believed to be small relative to lamb consumption.

⁷⁰ Report at II-75-76.

⁷¹ Table 32, report at II-50.

⁷² Table 32, report at II-50.

⁷³ Table 32, report at II-50.

⁷⁴ Report at C-3.

⁷⁵ Report at C-3.

⁷⁶ Report at II-11.

⁷⁷ There is no evidence of any significant changes in the productivity of labor during the period. It is therefore reasonable to assume that the decline in production has led to a decline in hours worked.

⁷⁸ For example, production reported by packers in questionnaire responses fluctuated during the period of the investigation, and ultimately was approximately *** percent lower in 1997 than in 1993. Table 8, report at II-22. Production reported by breakers in their responses trended upwards during the period of investigation. Table 3, report at II-16. Production reported by feeders held steady through 1996, and then declined sharply in 1997 and January-September 1998. Table 2, report at II-13. Production reported by growers in questionnaires rose somewhat during the period of investigation. Table 1, report at II-12.

(continued...)

USDA data are more comprehensive, where possible we have relied more heavily on USDA data and have given less weight to questionnaire data. These USDA data show an industry that has experienced a contraction over the period of investigation. Data on other industry indicators, in particular questionnaire data on the declining financial condition of the industry, exacerbated by declining lamb meat prices at the end of the period of investigation, show that the domestic industry is threatened with serious injury--that is, that serious injury is imminent.

With respect to industry profitability, questionnaire responses by packers and breakers show a significant decline in the value of net sales and in operating income. The value of net sales of packers and breakers fell by more than *** percent between 1996 and 1997, and net sales fell by more than *** percent between January-September 1997 and January-September 1998.⁷⁹ Operating income for most packers and breakers was at the lowest point at the end of the period of investigation in 1997 and January-September 1998.⁸⁰ Representatives of packer and breaker firms reported having to reduce prices, sometimes selling at a loss in order to compete with low-priced imports.⁸¹

Feeders experienced even greater financial difficulties. The net sales value of slaughtered lambs, after having trended upward in recent years, fell sharply, by 29 percent, in January-September 1998 from the level in the comparable period of 1997.⁸² After having operated at a profit in 1995 and 1996, feeders operated at a loss in 1997 and at a substantial loss in the first 9 months of 1998.⁸³ For the first 9 months of 1998, feeders reported that expenses exceeded income by 8.4 percent, which was by far the largest loss experienced by feeders during the period of investigation.⁸⁴ The clear majority of feeders reporting financial data reported that they operated at a loss during the first 9 months of 1998.⁸⁵

Lamb sales by growers rose slightly in quantity during the period of investigation and were slightly higher in the first 9 months of 1998 than in the comparable period of 1997.⁸⁶ The net sales value on lamb and related sales (e.g., wool and related by-products) trended upwards during 1993-97, but net sales value in the first 9 months of 1998 was significantly below (about 19 percent) the level of the net sales value of the comparable period of 1997, notwithstanding the increase in sales quantity between the two interim periods.⁸⁷ While the aggregate data for the responding growers showed an overall profit during the entire period of the investigation, profits as a percentage of net sales fell from 1995 to 1996 to a very low level (0.7 percent), and

⁷⁸ (...continued)

Similarly, with respect to employment-related indicators, the number of production and related workers employed by growers that submitted questionnaire responses actually increased by 9 percent between 1993 and 1997 and increased by 4 percent in interim 1998. The hours worked by such employees increased by 10 percent during 1993-97 and declined by 2 percent in interim 1998. Hourly wages increased from \$4.47 per hour in 1993 to \$4.64 per hour in 1997. Hourly wages paid to production and related workers by the feeders were slightly higher than those paid by the growers; otherwise, the trends in employment, hours worked, and wages are similar. Report at II-23.

⁷⁹ Tables 16-20, report at II-33-34.

⁸⁰ Tables 16-20, report at II-33-34.

⁸¹ Transcript at 22 (Mr. Casper), 25 (Mr. Brennan).

⁸² Table 15, report at II-30.

⁸³ Table 15, report at II-30.

⁸⁴ Table 15, report at II-31.

⁸⁵ Table 15, report at II-32.

⁸⁶ Table 12, report at II-25. As noted above, the fact that growers' questionnaire responses showed increasing sales while USDA data showed significant declines in packer shipments and the number of growing establishments suggests that the questionnaire respondents were performing more favorably than the growing segment as a whole.

⁸⁷ Table 12, report at II-25.

remained at a diminished level (2.8 percent) in 1997. In each year, a significant portion of individual growers reported that they had operated at a loss.⁸⁸

We find that financial performance across all industry segments has worsened due largely to falling prices. Commission questionnaires show a marked decline in prices for various lamb meat products beginning in mid-1997. Although prices recovered to some degree in 1998, prices remained depressed through September 1998, the end of the period surveyed. Weighted average U.S. delivered prices for virtually all of the products surveyed were substantially lower beginning with the third quarter of 1997.⁸⁹ In several instances prices for several of the products were 20 percent or more below comparable quarters in 1996 and early 1997.⁹⁰

Questionnaire data with respect to other indicators -- capacity, capacity utilization, inventories, and productivity -- were mixed. Capacity reported by packers declined early in the period of investigation and then rose, but was still lower in 1997 than in either 1993 or 1994.⁹¹ Reported capacity was higher in January-September 1998 than in January-September 1997.⁹² Capacity utilization rose irregularly through 1996, and then fell in 1997.⁹³ It was at its lowest level of the period of investigation, 73.5 percent, during January-September 1998, significantly below the January-September 1997 level of 85.7 percent.⁹⁴ Capacity reported by breakers rose significantly during the period of investigation and at a faster rate than production.⁹⁵ As a result, capacity utilization declined significantly.⁹⁶

Productivity for feeders and growers remained relatively constant throughout the period of investigation.⁹⁷ Data on direct labor costs compiled from questionnaire responses from packers and breakers indicate that their productivity remained relatively constant over the period of the investigation.⁹⁸

End-of-period inventories reported by U.S. packers rose slightly during the period, but remained under *** percent throughout the period of investigation.⁹⁹ Inventories are not particularly relevant in this case because fresh lamb meat is perishable and can be inventoried for only a limited time.

We also note that a number of firms in the industry reported difficulties in generating adequate capital to finance the modernization of their domestic plants and equipment. A significant number of growers and feeders reported cancellation or rejection of expansion plans, reductions in the size of capital investments,

⁸⁸ Table 12, report at II-27-28. During January-September 1998, 9 of the 27 reporting growers operated at a loss, as compared with 7 of the 27 reporting in the comparable period of 1997. *Id.* In their questionnaire responses, growers expressed the view that low priced imports will erode profit margins, cause losses, and cause some growers to cease producing lamb. Report at F-4.

⁸⁹ Report at II-75-76.

⁹⁰ Report at II-75-76. Carcasses and products 6 and 7.

⁹¹ Table 8, report at II-22.

⁹² Table 8, report at II-22.

⁹³ Table 8, report at II-22.

⁹⁴ Table 8, report at II-22.

⁹⁵ Table 3, report at II-16.

⁹⁶ Table 3, report at II-16. Collection of capacity and capacity utilization data from growers and feeders was not practical. Growers' range capacity would likely have varied from ranch to ranch depending on land conditions. Feeder capacity also depends on a number of variables that are difficult to measure, including length of time that lambs are kept by the feeders, which may vary with market conditions.

⁹⁷ Data compiled from questionnaire responses.

⁹⁸ Tables 16, 18, and 20, report at II-33-34.

⁹⁹ Table 10, report at II-22.

bank rejection of loans, reduced credit ratings, and difficulty in repaying loans.¹⁰⁰ Also, firms in the packer and breaker segments reported difficulties in recouping new investments in plant and equipment and in repaying loans.¹⁰¹ These difficulties are consistent with the worsening financial condition of the domestic lamb meat industry described above.¹⁰²

In view of the declines during the period of investigation in the domestic industry's market share, production, shipments, profitability, and prices, among other difficulties that the domestic industry is facing, we conclude that it is threatened with imminent serious injury.

Causation

Statutory framework. Under the third statutory criterion we must determine whether the subject article is being imported in such increased quantities as to be a "substantial cause" of serious injury or threat of serious injury. The term "substantial cause" is defined in section 202(b)(1)(B) to mean "a cause which is important and not less than any other cause."¹⁰³ Thus, for purposes of this determination, the increased imports must be both an important cause of the threat of serious injury *and* a cause that is equal to or greater than any other cause.

In determining whether increased imports are a substantial cause of the threat of serious injury, the statute directs that we take into account all economic factors that we find relevant, including but not limited to ". . . an increase in imports (either actual or relative to domestic production) and a decline in the proportion of the domestic market supplied by domestic producers."¹⁰⁴ The statute also directs that we consider "the condition of the domestic industry over the course of the relevant business cycle." We may not aggregate the causes of declining demand associated with a recession or economic downturn in the United States economy into a single cause of serious injury or threat of injury.¹⁰⁵ Also, the statute directs that we examine factors other than imports that may be a cause of the threat of serious injury to the domestic industry and include such findings in our report. Neither the statute nor the legislative history rules out consideration of any other possible causes of injury.¹⁰⁶

Finding. As described below, we find that increased imports of lamb meat are both an important cause of the threat of serious injury and a cause that is not less than any other cause. Thus, we find that increased imports of lamb meat are a "substantial cause" of the threat of serious injury to the domestic lamb meat industry under section 202(b)(1)(B). First, we describe several relevant conditions of competition.

¹⁰⁰ Report at F-3.

¹⁰¹ Transcript at 24-25 (Mr. Brennan); transcript at 22-23 (Mr. Casper).

¹⁰² We discuss diversion of exports to the United States in the following section on causation.

¹⁰³ Section 202(b)(1)(B).

¹⁰⁴ Section 202(c)(1)(C).

¹⁰⁵ Section 202(c)(2)(A).

¹⁰⁶ The legislative history of the Trade Act includes examples of other causes "such as changes in technology or in consumer tastes, domestic competition from substitute products, plant obsolescence, or poor management," which, if found to be more important causes of injury than increased imports, would require a negative determination. *Trade Reform Act of 1974, Report of the Committee on Finance. . . on H.R. 10710*, S. Rept. 93-1298, 93d Cong., 2d Sess. (1974), at 121.

–*Conditions of competition*

We have considered the economic characteristics of the domestic lamb meat market for purposes of our injury analysis. We note that the growth cycles make it extremely difficult to increase supply in the short-run. The production of lambs involves a relatively long process, and thus it can take several years for a grower to adjust desired flock size after unexpected price shocks.¹⁰⁷ Meat-type lambs have one principal use, meat production. Once a lamb has reached the desired weight and maturity it cannot be withheld from the market for very long without adversely affecting quality, and must go to slaughter within a short time regardless of market price.¹⁰⁸ Thus, growers and feeders cannot easily adjust their production by diverting mature lambs to other uses or by withholding animals from slaughter for a lengthy period of time. Growers and feeders are therefore likely to experience injury should prices fall rapidly. Over longer periods of time, however, domestic producers have more ability to adjust flock size in response to long-term price trends.¹⁰⁹

Demand at any level of lamb meat production is ultimately driven by consumer demand. Consumer demand for lamb in the United States has fallen steadily since World War II as consumers have shifted their consumption towards other products.¹¹⁰ During the period of investigation, domestic apparent consumption of lamb meat fell sharply from 1993 to 1996, but has stabilized since then.¹¹¹ We do not expect domestic consumer preferences to change significantly in the imminent future, though demand does seem somewhat responsive to price changes. In such a market, an increase in imports to the United States would likely cause domestic producers to lose some sales, to lower prices to attempt to maintain sales, or both.

We find that imported and domestic lamb are somewhat substitutable. Although respondents argued that imported lamb meat was distinguishable from domestic lamb meat in size, taste, and consistency of quality and supply, the record shows that imported and domestic products in fact became more similar during the period of investigation. Traditionally, virtually all domestic lamb meat sold in the domestic market was fresh or chilled, and most imported lamb meat was frozen. However, much of the increase in imports between 1995 and 1997 was in fresh or chilled lamb meat, which increased by 101 percent during that period, as compared to 11 percent for imports of frozen lamb meat.¹¹² Moreover, foreign exporters estimate that the major portion of their 1999 increase will be in fresh and chilled lamb meat.¹¹³ In addition, there is evidence that imported cuts have become larger in size and more comparable to domestic cuts.¹¹⁴ There is, nonetheless, evidence of differences between products from different sources.¹¹⁵

–*Analysis of causation*

¹⁰⁷ For example, it takes up to 37-41 months to bring increased supply to market. Report at II-52.

¹⁰⁸ Report at II-56.

¹⁰⁹ Between 1993 and 1997, the standing flock size in the United States fell from 10.9 million to 7.9 million lambs. Report at II-53.

¹¹⁰ Petitioners' prehearing brief on injury at 51; and *Lamb Meat: Competitive Conditions Affecting the U.S. and Foreign Lamb Industries*, Inv. No. 332-357, USITC Pub. 2915 (Aug. 1995), at 1-1.

¹¹¹ Apparent consumption declined significantly from 365.1 million pounds in 1993 to 305.3 million pounds in 1996, before rising slightly to 306.6 million pounds in 1997. Table 32, report at II-50. Domestic apparent consumption was about 4 percent higher in January-September 1998 than in the comparable period of 1997. *Id.* Per capita domestic lamb meat consumption has followed a similar trend, declining from 1.3 pounds in 1993 to 1.2 pounds in 1994 before leveling off at 1.1 pounds in 1995, 1996, and 1997. Table 36, report at II-69.

¹¹² Report at II-20.

¹¹³ Tables 24-25, 29-30, report at II-40, II-47-48.

¹¹⁴ Transcript at 19-20 (Casper).

¹¹⁵ Report at II-70-72.

Imports reached record levels in 1996, and increased another 19.2 percent in 1997.¹¹⁶ Imports will exceed even those record levels based on annualized data from interim 1998. Australian and New Zealand firms submitting questionnaire responses to the Commission themselves project that their exports to the United States will increase further in 1999. These firms' 1999 projections were 21 percent above projections for full year 1998.¹¹⁷ They estimate that the major portion of the increase will be in fresh and chilled lamb meat,¹¹⁸ which is the primary form in which U.S. lamb meat is marketed.

The Australian industry association states that the questionnaire projections from Australian exporters are overly optimistic, and that decreased overall lamb meat production in Australia will limit exporters' ability to obtain necessary supplies for export to the United States.¹¹⁹ The industry noted that only about 25 percent of Australian lamb meat is exported and that about 80 percent of lamb meat exported in 1997 went to growing non-U.S. markets, which it has no intention of abandoning.¹²⁰ It also cited flock limitations, product differences that limit its ability to supply the U.S. market, and the fact that most Australian plants are not accredited to produce lamb meat for export to the U.S. market.¹²¹ As of the time of the Commission's vote on injury, the Australian Government had projected a 6 percent increase in exports to the United States.¹²² The New Zealand Government and industry state that exporters' existing commitments to other markets – especially the European Union – will significantly limit the ability of New Zealand exporters to increase exports to the United States.^{123 124}

Increases in import volume are likely to have further negative effects on the domestic industry's prices, shipment volumes, and financial condition in the imminent future. With regard to prices, given the inability of domestic growers and feeders to reduce production in the short run, the increase in imports has caused prices to fall in the short run. The unit value of domestic, Australian, and New Zealand lamb meat dropped in interim 1998 as compared to interim 1997; over the same period imports (on an annualized basis) increased by the greatest amount of any year during the period of investigation.¹²⁵ Moreover, U.S., Australian, and New Zealand lamb meat prices were in most cases lower for the products surveyed in the

¹¹⁶ Report at C-3.

¹¹⁷ Tables 24-25, 29-30, report at II-40, II-47-48.

¹¹⁸ Tables 24-25, 29-30, report at II-40, II-47-48.

¹¹⁹ Transcript at 206-07 (Ms. Cassidy). Cassidy said that the estimates of individual exporters were based on the assumption that they would be successful in obtaining the stock necessary to expand their exports, but that ultimately they would be competing in a market in which available stock was declining. Transcript at 207.

¹²⁰ Transcript at 165-66 (Ms. Cassidy).

¹²¹ Transcript at 165-66 (Ms. Cassidy). Cassidy said that only 10 Australian plants are accredited as meeting the health and safety standards imposed by the U.S. and Australian governments and the product standards developed by the Australian industry. Transcript at 164-65.

¹²² At the remedy hearing, the Australian Government updated its projection. Transcript of hearing on remedy at 160 (Mr. Shales).

¹²³ Prehearing brief on injury of Meat New Zealand, at 47-48; transcript at 144 (Mr. Bolger).

¹²⁴ Vice Chairman Miller and Commissioners Hillman and Koplán note that one would not expect foreign exporters to exaggerate their near-term future exports to the United States, since an overstatement may well not be in the exporters' interest. Thus, they have given weight to the exporters' projections in this investigation. However, even if the 1999 increase is somewhat less than the exporters project, they find that the increase will be substantial. In this regard, they note that the Australian Government itself has predicted an increase of between 5 and 10 percent in exports to the United States in 1999, despite also predicting a decline in overall Australian lamb meat production.

In any event, Vice Chairman Miller and Commissioners Hillman and Koplán note that, in view of the precarious condition of the domestic lamb meat industry and depressed prices, even a continuation of imports at current record-high levels would present a threat of serious injury.

¹²⁵ Figures 13-16, report at II-67-68; and table 7, report at II-21.

second half of 1997 and the first 3 quarters of 1998 than in comparable quarters in 1996 and the first half of 1997.^{126 127} Any further increases in the volume of imports would be expected to put further downward pressure on prices in the U.S. market.

With regard to market share, the share of the domestic market held by imports, as measured both in quantity and value, more than doubled during the period of investigation, from 11.2 percent in 1993 (as measured in quantity) to 23.3 percent in January-September 1998, and from 11.9 percent in 1993 (as measured in share of value) to 30.7 percent in January-September 1998.¹²⁸ Most of this increase occurred in 1997 and 1998.¹²⁹ The 1997 increase in imports of 9.7 million pounds was mirrored by a decline in U.S. lamb shipments of 8.4 million pounds, suggesting that imports captured market share directly from U.S. producers.

With regard to the domestic industry's financial condition, we found above that financial performance of the various segments worsened due to declining sales and falling prices, a result of the increase in imports. In addition, the increased imports directly captured market share from the domestic producers. Thus, the increase in imports is likely to have a negative impact on the industry's shipments, prices, and financial performance.

As required by the statute, we considered whether any other causes might be a more important cause of the threat of serious injury than increased imports. First, we examined whether termination of payments under the National Wool Act of 1954 ("Wool Act") might be a more important cause. Congress enacted legislation ending the Wool Act in 1993, and the support payments were phased out largely in 1994 and 1995,¹³⁰ before the increase in imports that began in 1996. Petitioners claim that the loss of the payments had been largely absorbed by the growers and feeders before the increase in imports. Respondents assert that the industry cannot be expected to absorb so quickly the effects of the loss of such a longstanding payment program.

We have no doubt that the loss of Wool Act payments hurt lamb growers and feeders and caused some to withdraw from the industry. We also believe that it is unrealistic to conclude that the effects of the termination of Wool Act payments had completely disappeared as of 1997. However, the industry had experienced some recovery since full termination in 1996,¹³¹ and the effects of termination of Wool Act payments can be expected to recede further with each passing month. In addition, the termination of the Wool Act could only have had an indirect effect on the financial condition of the packers and breakers, who never received payments under the Wool Act.¹³² We find that in the imminent future, the recent loss of Wool Act payments is a less important cause of the threat of serious injury than imports of lamb meat.

¹²⁶ Tables 38-43, report at II-74-76.

¹²⁷ We note that the EU maintains a tariff-rate quota (TRQ) on imports of lamb meat, and its tariff on over-quota imports is considered to be prohibitive. The EU quota for Australia is a relatively small 18,650 metric tons. Report at I-63. New Zealand's quota is much larger, 226,700 metric tons, but has been filled in recent years. Report at II-38. The EU restrictions, together with the ongoing economic turmoil in Asia, two major lamb-consuming regions, greatly reduce the likelihood that Australia or New Zealand will ship substantial new quantities to the EU and possibly Asia. These factors may also explain why much of the recent growth in Australia's and New Zealand's exports has been directed to the United States market. *See* section 202(c)(1)(B)(iii) (threat factor of whether the United States is the focal point for diversion of exports due to restraints in third country markets).

¹²⁸ Table 32, report at II-50.

¹²⁹ Table 32, report at II-50.

¹³⁰ Report at II-77.

¹³¹ For example, growers showed a small profit on their lamb operations in 1997 despite the absence of Wool Act payments. Table 12, report at II-25.

¹³² Transcript at 23 (Mr. Casper).

We also considered whether competition from other meat products, such as beef, pork, and poultry, might be a more important cause of the threat of serious injury. Although such products appear to compete with lamb to a certain extent,¹³³ we find no evidence that such competition is a more important cause of future imminent serious injury than imports of lamb meat. As noted above, per capita consumption of lamb meat has been relatively steady since 1995.

We also considered whether increased input costs, alleged overfeeding of lambs, and increased concentration in the packer segment might individually be more important causes of the threat of serious injury than the increased imports. We find that they are not. Expenses for growers rose at a modest rate and then fell in January-September 1998.¹³⁴ Expenses for feeders increased at a faster pace but not at a dramatic pace.¹³⁵ Similarly, costs of inputs for packers and breakers rose moderately in line with production.¹³⁶ Thus, there has been no significant increase in input costs that explains the sharp decline in industry profits, and no increase is predicted in the imminent future.

Respondents allege that some U.S. feeders in 1997 held lambs unduly long in feed lots in order to maximize revenue while prices were high, and that these lambs went to slaughter on the heavy side and sold at lower prices, which pulled down other domestic prices.¹³⁷ Petitioners disagree, pointing out that the percentage of domestic lamb carcasses with higher fat content as measured by the USDA grading system was lower in 1997 than in 1993 and 1994.¹³⁸ Even if we accept respondents' arguments, these "fat" lambs would have accounted for no more than a small share of total domestic lamb production. In any event, respondents do not allege that overfeeding is currently taking place or represents a future threat.

We also considered whether concentration in the packer segment of the industry might be a more important cause of the threat of serious injury. USDA data indicate that nine domestic packing plants accounted for 85 percent of the sheep and lambs slaughtered in 1997.¹³⁹ However, petitioners claim that packer concentration has actually decreased over the past 5 years.¹⁴⁰ An undue level of concentration among packers would have suggested that they would have been sheltered from the effects of low-priced imports and would have been able to pass through lower prices more readily to feeders and growers. However, packers, like other segments of the lamb meat industry, experienced deteriorating profits in the latter part of the period of investigation and operated at a loss in January-September 1998.¹⁴¹ Thus, we conclude that concentration in the packer segment of the industry is a less important cause of the threat of serious injury than increased imports.

Finally, we considered whether the failure to develop and implement an effective marketing program for lamb meat was a more important cause of the threat of serious injury, particularly in light of the repeal of the longstanding Wool Act payment program. While an effective marketing program to bolster domestic demand could have had an important impact on the industry, in view of the foregoing discussion, we do not find that failure to implement such a program is a more important cause of the threat of serious injury than increased imports.

¹³³ Report at II-80.

¹³⁴ Table 12, report at II-25.

¹³⁵ Table 15, report at II-30.

¹³⁶ Tables 16, 18, 20, report at II-33-34.

¹³⁷ Report at II-80.

¹³⁸ Report at II-80.

¹³⁹ Report at II-14, n. 48.

¹⁴⁰ Petitioners' prehearing brief on injury, at 60.

¹⁴¹ Table 16, report at II-33. *See also* transcript at 22 (Mr. Casper) (packers had difficulty pushing lower prices through to the feeders who provided them with lambs for slaughter).

In conclusion, we find that the increased imports are an important cause, and a cause no less important than any other cause, of the threat of serious injury to the domestic lamb meat industry. Our finding is based on the increase in imports that has already occurred, and which shows every sign of continuing, the increase in the share of the domestic market taken by imports, depressed domestic lamb meat prices due in large part to the increase in imports, and the high degree of likelihood that the increased imports will have a substantial negative effect on the volume or prices, or both, of the U.S. industry's lamb meat sales.

Finding with respect to NAFTA country imports

Statutory framework. Section 311(a) of the NAFTA Implementation Act provides that if the Commission makes an affirmative injury determination in an investigation under section 202 of the Trade Act, or if the Commission is equally divided, the Commission must also find whether--

(1) imports of the article from a NAFTA country, considered individually, account for a substantial share of total imports; and

(2) imports of the article from a NAFTA country, considered individually or, in exceptional circumstances, imports from NAFTA countries considered collectively, contribute importantly to the serious injury, or threat thereof, caused by imports.

Section 311(b)(1) states that imports from a NAFTA country “normally” will not be considered to account for a substantial share of total imports if that country is not among “the top 5 suppliers of the article subject to the investigation, measured in terms of import share during the most recent 3-year period.” Section 311(c) defines “contribute importantly” to mean “an important cause, but not necessarily the most important cause.” In determining whether imports have contributed importantly to the serious injury or threat, the Commission is directed to consider “such factors as the change in the import share of the NAFTA country or countries, and the level and change in the level of imports from a NAFTA country or countries.”¹⁴² Imports from a NAFTA country or countries “normally” will not be considered to contribute importantly to the serious injury or threat “if the growth rate of imports from such country or countries during the period in which an injurious increase in imports occurred is appreciably lower than the growth rate of total imports from all sources over the same period.”¹⁴³ Petitioners stated that imports from NAFTA countries are not contributing importantly to the alleged serious injury and threat of serious injury.¹⁴⁴

Finding. We find that imports of lamb meat from Canada and Mexico do not individually account for a substantial share of total imports of lamb meat and are not contributing importantly to the threat of serious injury. Imports from Canada accounted for less than 1 percent of total lamb meat imports in each year of the period of investigation.¹⁴⁵ At their highest level of the period of investigation, 209,000 pounds, in 1997, imports from Canada accounted for only 0.3 percent of total U.S. lamb meat imports.¹⁴⁶ The data show imports from Mexico in only one year during the period of investigation, 1995, accounting for less than 1 percent of total imports in that year.¹⁴⁷

¹⁴² Section 311(b)(2) of the NAFTA Implementation Act.

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ Petition, at 19.

¹⁴⁵ Report at II-18, n. 73.

¹⁴⁶ Report at II-18, n. 73.

¹⁴⁷ Report at II-18, n. 73.

VIEWS OF THE COMMISSION ON REMEDY¹⁴⁸

Findings and recommendations

For the reasons set forth below, we find that the following remedy will address the threat of serious injury that we have found to exist and will be the most effective in facilitating the efforts of the domestic industry to make a positive adjustment to import competition. In structuring our proposed remedy, we have taken into account that the U.S. lamb industry is not currently experiencing serious injury, but rather is threatened with serious injury. Specifically--

- (1) We recommend that the President impose a tariff-rate quota system, for a 4-year period, on imports of lamb meat that are the subject of this investigation, as follows (all weights are in terms of carcass-weight equivalents):

First year: 20 percent ad valorem on imports over 78 million pounds;

Second year: 17.5 percent ad valorem on imports over 81.5 million pounds;

Third year: 15 percent ad valorem on imports over 81.5 million pounds; and

Fourth year: 10 percent ad valorem on imports over 81.5 million pounds.

- (2) We recommend that the President implement appropriate adjustment assistance measures, drawing on authorized programs at the U.S. Department of Agriculture and the U.S. Department of Commerce which provide specialized direct payments, research, and animal health programs, in such combination as to most effectively “facilitate efforts by the domestic industry to make a positive adjustment to import competition and provide greater economic and social benefits than costs.” In this context, we recommend that the President look to the industry consultant’s report¹⁴⁹ and its recommendations when considering adjustment assistance options.
- (3) Having made negative findings with respect to imports of lamb meat from Canada and Mexico under section 311(a) of the NAFTA Implementation Act, we recommend that such imports be excluded from the tariff-rate quota; and
- (4) We recommend that the tariff-rate quota import relief action not apply to imports of lamb meat from Israel, or to imports of lamb meat entered duty-free from beneficiary countries under the Caribbean Basin Economic Recovery Act or the Andean Trade Preference Act.

Introduction

Having determined that increased imports are a substantial cause of threat of serious injury to the domestic industry, we are required, pursuant to section 202(e)(1) of the Trade Act, to recommend action that

¹⁴⁸ Pursuant to section 330(d)(2) of the Tariff Act of 1930, the remedy finding of Chairman Bragg and Commissioners Crawford and Askey in this investigation will be treated as the remedy finding of the Commission by the President for purposes of section 203 of the Trade Act.

¹⁴⁹ PriceWaterhouseCoopers, *Revitalizing the American Lamb Industry: A Call to Action* (July 1998).

will address the threat of serious injury to the domestic industry and be most effective in facilitating the efforts of the domestic industry to make a positive adjustment to import competition.

In deciding what relief to recommend, we took into account: the considerations set forth in section 202(e)(5)(B) of the Trade Act, including the form and amount of action that will, in our view, prevent serious injury; the objectives and actions specified in the adjustment plan submitted by petitioners; information available to the Commission concerning the conditions of competition in domestic and world markets, and likely developments affecting such conditions during the period for which action is being requested; and international negotiations that may be constructive in addressing the threat of serious injury and in facilitating adjustment. We begin our discussion with a brief description of the competitive conditions affecting the domestic lamb industry and follow with a brief discussion of the industry's adjustment plan and consultant's report.

Competitive Conditions

Market conditions. We have considered the conditions of competition in domestic and world markets, and likely developments affecting such conditions during the next several years. During the period of investigation, 1993-98, the U.S. lamb industry experienced significant changes in market conditions.

- Consumption of lamb meat continues to be a minimal portion of U.S. protein meat consumption, approximately 0.7 percent of red meat consumption in 1998 and approximately 0.4 percent of meat consumption when poultry consumption is included.¹⁵⁰
- A significant change in the United States lamb industry occurred with the repeal of the National Wool Act of 1954 ("Wool Act"), which provided support payments for shorn wool, mohair, and pulled wool from 1955-95. While the value of the lamb pelt (including its wool) is smaller than the value of the meat, Wool Act subsidies represent an important contribution to profit (15 to 20 percent). Elimination of Wool Act payments not only reduced sheep industry income, but also led to significant changes in the size of domestic lamb herds, as growers adjusted to the change in economic incentives.
- The global market has also changed. The major lamb meat exporting nations, Australia and New Zealand, provide increasing amounts fresh lamb meat products around the world. They have taken advantage of preservation technology, which has substantially increased the shelf life of fresh lamb products. This has allowed exporters to compete in a segment of the market previously reserved to home market producers.
- The substantial drop in pelt prices, particularly in Russia, a large importer of pelts, caused additional changes in world market conditions.

Demand conditions. U.S. consumption of lamb meat has been declining since the 1940's. Per capita lamb consumption in the United States has fallen from 4.0 pounds in 1950, to 1.1 pounds in 1997.¹⁵¹ U.S. Department of Agriculture ("USDA") data indicate that total domestic lamb meat consumption decreased from 365 million pounds in 1993 to 305 million pounds in 1996, remained flat during 1997, and then increased in 1998 to approximately 320 million pounds. During this same period, Bureau of Labor

¹⁵⁰ Report at II-71. 320 million pounds is used for 1998 lamb meat consumption, which is based on staff calculations from the most recently available U.S. Department of Agriculture data.

¹⁵¹ Report at II-66 and II-69, table 36.

Statistics price data show a general increase in the inflation adjusted price of lamb meat. Lamb meat is the highest priced basic meat protein.¹⁵² Demand at any level of lamb meat production is ultimately driven by final consumer demand at the retail level.¹⁵³ Although lamb meat is relatively more expensive than other protein choices, U.S. apparent consumption held steady and actually increased at the end of the period as prices fell, suggesting that final consumers of lamb meat are at least somewhat sensitive to its price level.

Supply conditions. The domestic supply of live lambs is the principal determinant of the domestic supply of lamb meat.¹⁵⁴ Present-year production can be maximized by slaughtering the entire lamb crop, although that would eliminate breeding stock for future production. Retained female lambs can begin breeding at approximately 19 months of age. The producer of live lambs has limited flexibility to respond to changes in price in a one-year period due to the lengthy production period. Over a longer period, however, a lamb grower can more easily adjust the size of the breeding flock, resulting in a larger or smaller supply of lamb meat. Restrictions on grazing land can also limit the producers' ability to adjust the size of the breeding flock to meet changing market conditions.

Market conditions of other sheep products, such as wool, can influence the supply of lambs. Currently, world prices for wool and lamb pelts are relatively low. In addition, payments made under the Wool Act were phased out largely in 1994-95. The elimination of these payments resulted in a contraction in the size of U.S. flocks.¹⁵⁵ Consequently, the domestic industry has experienced a steady decrease in lamb meat production over the period of investigation.

Import supply conditions. Since 1997, imports of lamb meat have increased while domestic production has declined. The increase in lamb meat imports resulted in a higher market share for importers. The United States accounted for 21.3 percent of Australian exports of lamb meat (shipped weight) in 1997.¹⁵⁶ The Australian Government forecasts that Australian exports to the United States will increase by 9 percent in 1999 from the 1998 level. However, the Australian Government projects exports to decline over the longer term as its domestic flock contracts.¹⁵⁷ Alternatively, lamb meat exports to the United States accounted for only 5 percent of total New Zealand lamb meat exports in 1997.¹⁵⁸ The New Zealand government reported that its lamb meat exports are expected to meet its EU quota in 1999, but that 16 percent less lamb meat is expected to be available for export in 1999 compared to 1998 because of a smaller lamb crop.¹⁵⁹ How this decrease will affect exports to other individual countries was not specified.

Imports into the U.S. market of fresh lamb meat (vs. frozen) have increased most rapidly. Imports of fresh lamb meat increased 101 percent from 1995-97, while imports of frozen increased only by 11 percent during the same period. Up through 1995, the majority of lamb meat imported from Australia was frozen. Since 1996, however, about half of the imports from Australia have been fresh lamb meat. The majority of

¹⁵² Report at II-70, fig. 17.

¹⁵³ In this context, demand changes at the retail level more quickly impact processors (packers and breakers) and affect sheep growers and feeders with a lag.

¹⁵⁴ U.S. production appears to be limited by the availability of lambs and not by processing capacity.

¹⁵⁵ Report at II-51.

¹⁵⁶ Report at II-39, table 23.

¹⁵⁷ Presentation by Terry Sheals, Chief Commodity Analyst, Australian Bureau of Agricultural and Resource Economics at the Remedy Hearing.

¹⁵⁸ Report at II-43.

¹⁵⁹ Government of New Zealand, posthearing brief (remedy), p. 2.

lamb meat from New Zealand continues to be frozen (70 percent frozen vs. 30 percent fresh).¹⁶⁰ Many imports also supplied new demand through food warehouses such as Price Club.

Summary. The conditions of competition in both the domestic and world lamb markets have changed in several important respects during the past several years. As a result of these changes, the grower/feeder segment of the U.S. industry will have to adjust to a domestic market absent Wool Act payments, and processors will have to adjust to a market with increased competition from imported fresh lamb meat.

Industry Adjustment Plan

The industry submitted an adjustment plan that described existing programs and planned initiatives to improve its competitive position.¹⁶¹ No significant commitments were submitted other than those contained in the industry plan. The plan outlines a number of programs to improve industry efficiency, cost-effectiveness, and to increase consumer demand.

Production-side improvements include: 1) genetic improvements to sheep in order to increase carcass weight, increase the lambing ratio, develop “easy-care” sheep, and increase the production of sheep dairy products; 2) development of new technologies and production processes; 3) formulation of new industry alliances; 4) development of reproductive and therapeutic drugs; 5) disease control including scrapie and other diseases; 6) food safety improvements; and 7) reduction of predator loss.

Demand-side programs include development of new more “user-friendly” lamb meat products, new packaging, and marketing and promotion activities. The industry plans to establish “Industry Action Teams” that will be responsible for implementing programs in business development, production and cost efficiencies, and consumer growth. The industry also plans to establish a “Business Development Council” to assist in the formation of new business alliances and market opportunities, securing capital at favorable rates, and providing quality assurance. Another component of the plan is the use of the National Sheep Industry Improvement Center to fund genetics research, new production practices, disease prevention, predator control, new and improved products, and marketing.

The Adjustment Plan contains many potential programs, which if successfully implemented, would benefit the industry. The plan does not set forth specific commitments, however. Programs that have the biggest immediate return are not identified, and concrete plans that show how these programs will be implemented are not extensively developed. Many activities depend upon an organizational structure that is not yet fully operational.

Consultant’s Report

The American Sheep Industry Association commissioned studies in 1991 and again in 1997 to examine the lamb industry and market. The 1997 consultant’s report¹⁶² made several specific and targeted recommendations for steps the domestic industry needed to take to become more competitive both with other meat proteins and with imported lamb. Many of the recommendations were included in the industry’s adjustment plan. However, some meritorious recommendations were not included, particularly those urging cooperation with foreign producers.

¹⁶⁰ Report at II-20.

¹⁶¹ Lamb Industry Adjustment Plan, Jan. 29, 1999.

¹⁶² PriceWaterhouseCoopers, *Revitalizing the American Lamb Industry: A Call to Action* (July 1998).

The consultant's report emphasized the potential benefit of alliances and promotional efforts for the U.S. lamb industry. Specifically, it: 1) encouraged alliances between domestic and foreign producers to ensure more consistent supply of lamb meat; 2) suggested that the domestic industry investigate the New Zealand producers' offer to discuss their production methods and cost containment measures; and 3) encouraged the domestic industry to seriously consider joining with the New Zealand lamb industry to fund lamb promotions in the United States. With regard to promotion, the consultant's report specifically suggests, *inter alia*, that the domestic industry: 1) target marketing efforts towards current users;¹⁶³ 2) develop a clear selling position for lamb versus other proteins; 3) renew efforts to facilitate new product development; 4) develop a branding program;¹⁶⁴ and 5) institute a \$1 per head check-off program to fund promotion to implement the above recommendations.¹⁶⁵

Recommended Relief

Selection of a tariff-rate quota and adjustment assistance measures. Pursuant to section 202(e) of the Trade Act of 1974, we are recommending to the President actions that would address the threat of serious injury to the lamb industry and that would most effectively "facilitate efforts by the domestic industry to make a positive adjustment to import competition." We examined the different forms of relief that the Commission is authorized to recommend in this investigation.¹⁶⁶ We sought to develop a remedy that would not disrupt the U.S. lamb market more than is necessary to provide the domestic lamb industry an opportunity to make adjustments and successfully compete with import competition.¹⁶⁷ The two-pronged approach of a tariff-rate quota and adjustment assistance measures, as outlined above, is designed to provide insurance against upward surges in imports while providing targeted assistance to facilitate the industry's adjustment.

Ultimately, it is up to the domestic lamb industry to make a positive adjustment to import competition. For relief to be effective, it must encourage the industry to implement changes that lower its production costs and raise domestic demand for lamb, as highlighted in the petitioner's adjustment plan and the consultant's report.¹⁶⁸ The domestic lamb industry has been in a prolonged state of decline resulting from changing consumer preferences, revocation of extensive subsidies under the Wool Act, inefficient cost

¹⁶³ The report estimates that a truly national program addressing primary demand would probably cost \$15 to \$30 million.

¹⁶⁴ The report notes that for a branding program to succeed it requires consistency in financial support, product supply, and quality.

¹⁶⁵ The report notes that the domestic industry must have reliable committed resources for sustainable programs and that the industry needs a \$5-6 million minimum budget to compete for consumer attention.

¹⁶⁶ As the Commission noted in *Wheat Gluten*, as a general matter a simple tariff increase is preferred over tariff-rate quotas and quantitative restrictions because a simple tariff increase tends to be less distortive of trade and is easiest to administer. *Views of the Commission on Remedy, Wheat Gluten*, Inv. No. TA-201-67, USITC Pub. 3088 (March 1998), at I-26. However, in this case we found a tariff increase or a quota to be inappropriate for two reasons. First, we found a threat of serious injury (i.e., serious injury "is clearly imminent") as opposed to present serious injury, and thus our remedy focus is on the imminent future, including further possible increases in imports as opposed to past levels of imports. Second, we concluded that a tariff or a quota of any significance would unduly raise the price of both domestic and imported lamb meat and, given the competition in the marketplace from other protein meats, might have the long term effect of reducing demand for lamb meat and thus be counter productive.

¹⁶⁷ Rather than punish foreign trading partners whose participation in the United States market has benefitted American consumers and provided some benefits to producers by promoting lamb as an alternative protein, our remedy would focus on providing some breathing room for the domestic lamb industry to implement needed changes.

¹⁶⁸ We recommend that the President look to the industry consultant's report regarding recommendations when considering adjustment assistance options.

structure, and other factors. We recognize that it will take time to implement changes to improve the industry's cost structure and to develop new markets and products that expand demand for lamb.¹⁶⁹ We also recognize that the proposed adjustment programs at the USDA and the U.S. Department of Commerce ("USDOC") may take some time to take effect. The tariff-rate quota will allow the domestic lamb industry to operate with some level of certainty regarding import competition during a reasonable period of adjustment and targeted adjustment assistance programs will offer help to the domestic lamb industry for its adjustment (while minimizing the social costs of intervention).

Tariff-rate quota. For these reasons, we propose that a tariff-rate quota be imposed for a four-year period and that adjustment assistance be provided to the industry.¹⁷⁰ The first year of the tariff-rate quota is designed to maintain the status quo (approximately 1998 levels), after which imports would be permitted to rise to a level consistent with respondents' projections. Respondents projected that imports would rise somewhat in 1999 and then essentially level off.¹⁷¹ Thus, for the last three years of the four-year tariff-rate quota, imports will be allowed to enter without additional duties in quantities approximately equal to respondents' projected levels, while providing insurance against upward surges in imports. For those imports above the tariff-quota threshold, the magnitude of the duties recommended is relatively high the first two years (20 percent in year one and 17.5 percent in year two), then falls more rapidly in the final two years of relief (15 percent in year three and 10 percent in year four). The TRQ we recommend gives stability and predictability to the domestic industry without discouraging Australian and New Zealand producers from their continuing efforts to increase lamb consumption in this country. Those efforts have substantially benefitted all lamb producers, including the domestic industry.

Adjustment assistance. We recommend adjustment assistance because we believe that, in conjunction with the four-year tariff-rate quota, it is the most effective means to accelerate the industry's adjustment (while minimizing social costs). Specifically, we recommend that the President draw on authorized programs at the USDA and the USDOC to provide specialized direct payments and funding for research and animal health programs. As outlined in the Appendix to the views on remedy, there are several

¹⁶⁹ The domestic industry has not been able to compete effectively against foreign producers that have drawn new and existing United States consumers to their product in increasing numbers through their production efficiencies, costs, product advertising programs, and innovative marketing and product strategies.

¹⁷⁰ Having made negative findings with respect to imports of lamb meat from Canada and Mexico under section 311(a) of the NAFTA Implementation Act, we recommend that the President exclude Canada and Mexico from any relief action. We further recommend that the tariff-rate quota import relief action not apply to imports of lamb meat from Israel, or to imports of lamb meat from beneficiary countries under the Caribbean Basin Economic Recovery Act or the Andean Trade Preference Act. The Caribbean Basin Economic Recovery Act, the Andean Trade Preference Act, and the U.S.-Israel Free Trade Agreement Act require the Commission to state whether and to what extent its findings and recommendations apply to an article that is the subject of an affirmative determination under section 202 of the Trade Act when imported from beneficiary Caribbean Basin or Andean countries or from Israel. 19 U.S.C. 2703(e)(2), 19 U.S.C. 3203(d)(2), and 19 U.S.C. 2112 note. The Commission's findings and recommendations in this case do not apply to Israel or to the Caribbean Basin and Andean countries. There were no reported importations of lamb meat from any of these countries during the period of investigation, based on a review of data compiled by the U.S. Department of Commerce. None of these countries are known to be significant producers or exporters of lamb meat.

¹⁷¹ The Australian Government forecast that exports to the United States will increase 9 percent above 1998 levels and the New Zealand Government forecast that its exports overall would decrease. However, New Zealand's exports to the United States are not expected to decrease. Consequently, the overall increase in lamb meat imports is projected to be approximately 4.5 percent. *See*, Final Remedy Memorandum, EC-W-023, Mar. 22, 1999, at 16-17.

existing programs that can provide such funding and could be highly effective in accelerating the domestic lamb industry's adjustment.¹⁷²

Conclusion. We believe that the combination of the four-year tariff-rate quota on imports of lamb meat and the adjustment assistance measures described above would provide the most effective means to “facilitate efforts by the domestic industry to make a positive adjustment to import competition and provide greater economic and social benefits than costs.”¹⁷³ However, success can ultimately come only from the industry's efforts outlined in the industry's adjustment plan and their consultant's report. The relief action that we recommend will require the Commission to conduct a mid-course review under section 204(a)(2) of the Trade Act. Such an investigation will provide the Commission with an opportunity to review the domestic industry's progress in implementing the necessary changes outlined in its adjustment plan and the consultant's report and to report on the industry's progress to the President. This would provide the President with the opportunity, as contemplated by the statute, to alter relief to reflect the level of the industry's efforts to make a positive adjustment to import competition.

Short- and Long-term Effects of the Commission's Recommended Remedy

The tariff-rate quota and adjustment assistance that we are recommending will provide the level of relief that is necessary to address the threat of serious injury to the domestic industry and that will be the most effective, in our view, in facilitating the domestic lamb industry “to make a positive adjustment to import competition and provide greater economic and social benefits than costs.”¹⁷⁴

As discussed above, the dual challenges facing the domestic lamb industry are the need to improve production methods and efficiency and to improve demand for lamb overall. Our proposed remedy would allow domestic lamb producers to compete effectively with imports by implementing changes to lower costs, such as improvements in genetics, animal health, and flock management through their own efforts, cooperation with foreign suppliers, as well as by support from adjustment assistance programs. Our proposed remedy would provide an opportunity for domestic suppliers to expand demand through marketing programs and, through cooperation with foreign suppliers, maintain a steady supply of lamb meat to domestic consumers without the prospect of being overwhelmed by imports during the period of relief.

More specifically, the Commission estimates that the four-year tariff-rate quota that we are recommending will raise total industry revenue in the first year through higher prices and somewhat higher volumes. Our recommended remedy in the first year will effectively suspend the market at 1998 levels with regard to imports, representing a reduction in projected 1999 import levels. The demand that would have gone to imports will be in part captured by domestic producers and in part be eliminated due to lower overall demand related to the rise in prices. Adjustment assistance will provide further benefits to the industry, e.g., through direct payments and product development support. This combination of dampening of imports into the U.S. market and adjustment assistance will give the domestic industry time to implement many of the necessary improvements described above, including genetic improvements to the U.S. flock, seeking out new technologies and production processes, forming industry alliances with domestic and foreign producers, developing new lamb meat products with innovative packaging, and pursuing an active marketing effort.

¹⁷² Commissioner Crawford notes that adjustment assistance measures provide direct assistance to the domestic industry without the significant costs that restrictive quotas and tariffs would impose on consumers in the form of reduced supply and higher prices.

¹⁷³ Sec. 203(a)(1)(A).

¹⁷⁴ *Id.*

The tariff-rate quota in the first year comes at some cost to other domestic industries and to consumers.¹⁷⁵ There are also direct costs to the Federal government through support from existing adjustment programs. These costs, however, are likely to be offset by longer term improvements in the domestic product and increasing consumer awareness of lamb products as the industry implements the necessary changes and programs. Moreover, the first year costs diminish over the period of relief. Following the first year of the tariff-rate quota, our recommended remedy raises the level of imports not subject to tariff restriction by 4.5 percent to 81.5 million pounds and remains there for the last three years of the four-year period. Moreover, duties would fall in the second, third, and fourth years, thereby providing a safety valve in the event demand expands more rapidly than expected. Adjustment assistance program support, which by design would have longer term benefits to the industry, should be in place by the latter half of the adjustment period and would yield increasingly higher dividends in the form of improved lamb products. Thus, in the short run there will be some costs associated with the tariff-rate quota, but in the long run the domestic industry will be more profitable in a growing U.S. lamb market. Therefore, our remedy will “provide greater economic and social benefits than costs.”¹⁷⁶

Short- and Long-term Effects of Not Taking the Recommended Action

In the absence of relief, we believe that the relatively higher cost structure of the domestic industry and declining, or at best stable, demand for lamb meat in the United States will force a significant portion of the domestic lamb industry to scale down in the near term and likely exit the industry in the long term in the face of competition from other protein sources as well as import competition. This assessment is based on imports increasingly entering at a stage of processing that is tailored to consumer wants. For example, early in the period of investigation, imports were comprised primarily of frozen lamb meat. In 1997, however, imports from Australia and New Zealand were approximately 38 percent fresh.¹⁷⁷ Australian and New Zealand producers have natural advantages and have also developed significant technical efficiencies and effective marketing programs to expand demand. Consequently, the domestic industry is facing increased competition in an area of the market (fresh lamb meat) where in the past it faced little import competition. Lamb processing plants need to operate at a certain level of throughput to maintain economies of scale in their production process. If the domestic lamb grower and feeder segments of the industry shrink, the inevitable effect will be an increase in short- and long-term unemployment and a negative impact on their respective production communities, as well as an adverse impact on the packer and breaker segments of the industry since they will be unable to obtain a reliable supply of slaughter lambs for processing.

¹⁷⁵ See, Final Remedy Memorandum, EC-W-023, Mar. 22, 1999, at 34-37.

¹⁷⁶ Sec. 203(a)(1)(A).

¹⁷⁷ Report at II-18-19.

**ADDITIONAL STATEMENT BY
COMMISSIONER CAROL T. CRAWFORD ON REMEDY
INVESTIGATION NO. TA-201-68
LAMB MEAT
March 26, 1999**

My recommendation follows the Commission's unanimous determination on February 9, 1999, under Section 201 of the Trade Act of 1974. The Commission found that lamb meat is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of the threat of serious injury to the domestic lamb industry. The largest increases in imports took place in the most recent two year period. Australia and New Zealand, two traditional suppliers to United States consumers, together accounted for over 98 percent of total imports during the period examined.

There is no allegation of any unfair trade practices by the foreign producers. On the basis of their production efficiencies, product advertising programs, and innovative marketing strategies, the Australian and New Zealand lamb meat industries have fairly and effectively drawn United States consumers to their product in increasing numbers.

Unfortunately, conditions in the domestic lamb industry have not been so positive. The industry has been in declining health, buffeted by many factors beyond its control. For example, demand for lamb has declined due to changing consumer food and clothing preferences, while the industry's income was reduced with the 1995 revocation of the Wool Act subsidies the industry had received over several decades. The industry has not been fully successful in introducing efficiencies and improving the industry's cost structure commensurate with the changes in supply and demand conditions. It has taken some steps to improve its ability to compete more effectively with beef, pork and other sources of protein available to consumers, but much more needs to be done.

The Commission's role now is to recommend to the President the most effective mechanism to facilitate the industry's adjustment to import competition. The remedy must fit the problems faced by the domestic industry. After careful analysis, it is clear that the domestic industry's greatest needs are to reduce its production costs and simultaneously expand demand for lamb.

- Tariff Rate Quota

A tariff rate quota at the levels I have recommended, with my colleagues, provides distinct benefits to the domestic industry without imposing undue harm to the Australian and New Zealand producers. First, the TRQ gives the domestic industry "breathing room," as envisioned by the statute. It halts the surge of imports the industry faced in 1998 and prevents future surges that could injure the industry, further destabilize it or hinder its ability to regain its health. To this end, the TRQ I have recommended will provide a more restrictive level of imports in the first year to provide the domestic industry with greater initial relief. Second, the TRQ I have recommended gives stability and predictability to the domestic industry -- the domestic industry will know with certainty the maximum level of import competition it can expect. Finally, allowing growth of imports over time will not discourage the Australian and New Zealand producers from their continuing efforts to increase lamb consumption in this country, which have substantially benefitted all lamb producers, including the domestic industry.

- Adjustment Assistance

The second component, and perhaps the most important part, of my recommendation consists of adjustment assistance for the domestic lamb industry. The need for generous industry assistance reflects my own analysis of the industry, and is consistent with the industry's own consultants. In July 1998, the industry's

consultants, Price Waterhouse Coopers, identified competition not just from imports but also from beef, pork, and other proteins as central to the industry's recovery program. The consultants recommended steps that were needed to allow domestic producers to compete more effectively with and thus gain market share from other protein meats. The report repeated an earlier recommendation to the industry to focus on programs to raise domestic demand for lamb (as well as lower domestic producer costs). The key recommendation of the consultant's July 1998 report was to create a check-off industry marketing program, with industry contributions of \$5 to \$6 million. The marketing program was identified as key to reversing falling demand by targeted marketing, in cooperation with foreign lamb meat suppliers, and other initiatives. The industry's trade adjustment plan, required under the statute, seems to endorse the consultant's recommendations. Our recommendation includes funding from both the Department of Commerce and the Department of Agriculture, addressing industry needs ranging from marketing to animal health research.

Summary

In summary, I have recommended to the President a remedy that creates temporary boundaries to future increases in import competition, providing the industry with badly needed "breathing room," and provides adjustment assistance to help the industry address the problems that have hindered its ability to compete effectively in the meat protein market. In my judgment, it is the most effective action the President can take to "facilitate efforts by the domestic industry to make a positive adjustment to import competition and provide greater economic and social benefits than costs."

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

VIEWS ON REMEDY OF VICE CHAIRMAN MARCIA E. MILLER AND COMMISSIONER JENNIFER A. HILLMAN

Findings and recommendations

For the reasons set out below, we recommend the following actions, which we find would address the threat of serious injury to the domestic lamb meat industry and be most effective in facilitating the efforts of the domestic industry to make a positive adjustment to import competition:

1. that the President increase the rate of duty, for a 4-year period, on imports of lamb meat the subject of this investigation, to the rates of duty as follows: 22 percent *ad valorem* in the first year of relief, 20 percent *ad valorem* in the second year, 15 percent *ad valorem* in the third year, and 10 percent *ad valorem* in the fourth year;
2. that the President identify and implement adjustment measures and other action authorized under law that is likely to facilitate positive adjustment to import competition; specifically that the President make assistance available to the lamb meat industry through Federal programs, primarily those administered by the U.S. Department of Agriculture, and take action to ensure that the National Sheep Industry Improvement Center is fully operational;
3. having made negative findings with respect to imports of lamb meat from Canada and Mexico under section 311(a) of the NAFTA Implementation Act, that such imports be excluded from the increased tariffs; and
4. that the increased rates of duty not apply to imports of lamb meat from Israel, or to any imports of lamb meat entered duty-free from beneficiary countries under the Caribbean Basin Economic Recovery Act or the Andean Trade Preference Act.

Introduction

Having found that increased imports are a substantial cause of the threat of serious injury to the domestic lamb meat industry, we must now recommend the action that would address the threat of serious injury and be most effective in facilitating the efforts of the domestic industry to make a positive adjustment to import competition. In deciding what relief to recommend, we have taken into account the considerations set forth in section 202(e)(5)(B) of the Trade Act, including the form and amount of action that will, in our respective views, prevent serious injury, the objectives and actions specified in the adjustment plan submitted by petitioners, any individual commitments submitted in the course of the investigation, information available to the Commission concerning the conditions of competition in domestic and world markets, and likely developments affecting such conditions during the period for which action is being requested, and whether international negotiations may be constructive in addressing the threat of serious injury and in facilitating adjustment.

Industry and market conditions

Our views on injury describe several basic conditions of competition in the domestic lamb meat market that we have also considered in forming our remedy recommendation.¹⁷⁸ In addition, we have been particularly mindful of the following key market and industry factors.

First, in our view the main threat posed by the surge in imports is depressed domestic prices for lamb meat. As noted in our injury determination, prices dropped precipitously starting in mid-1997. Witnesses from all four industry segments emphasized that they could not operate profitably with the recent depressed prices. It is our view that the industry would experience serious injury caused by imports if import levels and prices continue at now-existing levels, even if no further price declines occur. Thus, a key focus of an appropriate remedy must be to raise prices from current levels.

Second, while all four distinct industry segments (growers, feeders, packers, processors) are in need of relief, growers and feeders are especially so. The grower segment is exceptionally highly dispersed: USDA estimated that there were over 70,000 lamb-growing establishments in 1997. Feeders apparently number in the hundreds. Their large numbers and the fact that they cannot hold lambs back from the market once they are ready for slaughter makes them particularly vulnerable to the effects of falling prices. However, we would expect increases in the price of lamb meat brought about by tariff increases on imports to be shared by all four industry segments.¹⁷⁹ Growers and feeders would likely reap only a minority portion of any price increase, especially during a limited four-year period of relief. For this reason, additional targeted and immediate relief for growers and feeders is appropriate.

Third, an important consideration in formulating a remedy recommendation is the potential impact of any relief on aggregate demand in the U.S. market. Lamb meat consumption in the United States has been in a slow decline for several decades. During 1993-98, demand fluctuated somewhat but remained at about 1 pound per capita. This compares to beef consumption at a per capita rate of over 60 pounds. Lamb meat has a core demand base, but it is important for the industry to focus efforts on building from that base. Thus, we have used care to fashion a remedy that, while likely to generate some price increases in the near term, will not cause prices to rise so greatly that demand will be negatively affected over the longer term.

Industry Adjustment Plan

We have considered the petitioners' adjustment plan that described existing programs and planned initiatives to improve its competitive position.¹⁸⁰ The plan outlines a number of actions designed to improve industry efficiency and cost-effectiveness and also to increase consumer demand for lamb meat in general and for U.S.-produced lamb meat in particular.

Production-side improvements include: genetic improvements to sheep in order to increase carcass weight and lambing ratio; wide-scale investment in improved production equipment and processes; formulation of new industry alliances; development of reproductive and therapeutic drugs; control of diseases such as scrapie; food safety improvements; and reduction of predator loss. Demand-side interventions include development of new more "user-friendly" lamb meat products, new packaging, and marketing and promotion activities. The industry plans to establish "Industry Action Teams" that will be responsible for implementing programs in business development, production and cost efficiencies, and consumer growth. The industry also plans to establish a "Business Development Council" to assist in the formation of new

¹⁷⁸ See discussion in section on causation, *supra*.

¹⁷⁹ The ratio of live lamb prices and lamb carcass prices fluctuated during the period of investigation between 0.42 to 0.52. Report at II-62. This finite band suggests that movements in prices of lamb meat are transmitted at least to some degree to growers and feeders.

¹⁸⁰ Lamb Industry Adjustment Plan, Jan. 29, 1999.

business alliances and market opportunities, securing capital at favorable rates, and providing quality assurance. Another component of the plan is the use of the National Sheep Industry Improvement Center to fund genetics research, dissemination of new production practices, disease prevention, predator control, new and improved products, and marketing.

In our view, the adjustment plan correctly identifies several themes that are the key to the industry's long-term survival; specifically, (1) developing an industry that produces lamb meat efficiently and responds well to modern consumers' tastes, and (2) expanding the market for lamb meat, which currently occupies only a marginal position among the protein sources of U.S. consumers. Moreover, the adjustment plan outlines numerous specific actions that, if successfully implemented, would advance these key themes. The plan depends for its implementation on the effective operation of nascent industry-wide organizations and the actions of individual industry members to adopt those measures that will make them more competitive. Although this dependence introduces some degree of uncertainty surrounding the actual implementation of the industry's adjustment plan (unavoidable in our view), we do believe the plan can and should form the basis for a significant positive adjustment by the domestic industry.

We note that the industry's adjustment plan contains a mix of proposed actions, some of which may be implemented at the individual firm level (*e.g.*, modifying production techniques, purchasing improved equipment), and others that require a more concentrated and directed application of funds (*e.g.*, genetic research, disease eradication). The ability of firms to obtain a sufficient return on their investment through higher sales prices is critical in order to give individual firms access to the capital they need to implement individual firm improvements. However, price increases that are spread throughout a diffuse industry may not be the most effective way to enable the industry to fully carry out actions requiring concentrated funds.¹⁸¹ Some U.S. Government programs have the potential to bring a pool of funds to bear on those aspects of the adjustment plan requiring such funds.

Recommended remedy

The above considerations have led us to recommend a two-part plan of action involving temporary tariff increases and targeted assistance to the domestic lamb meat industry using programs administered by the United States Government. The common thread of these actions is that they are calculated to increase the financial resources available to the industry in the short-term (*i.e.*, over a 4-year relief period) to: (1) enable *individual* firms to survive in the short-term and to invest in increasing long-term efficiency; and (2) enable *joint* efforts across industry segments to increase industry efficiency and to increase domestic demand for lamb meat in the long-term.

Tariff increase

The statute allows several types of import relief, including quotas, tariffs, and tariff-rate quotas. After careful consideration of these options, we have determined that a simple tariff will provide this industry with the most appropriate and most easily-administered form of relief. The domestic industry has stressed in particular the necessity of "predictable price relief,"¹⁸² including immediate increases in both domestic and import prices, and a longer term goal of reducing the price disadvantage with imported lamb meat. We believe a tariff provides such relief.

¹⁸¹ This need is less acute with respect to pooling funds for promoting increased lamb consumption, which may be accomplished via an industry-wide check-off program, as described below.

¹⁸² Posthearing brief of petitioner, p. 16

The domestic industry has proposed a tariff rate quota, with an under quota tariff of 30 percent *ad valorem* and an over quota rate of 50 percent *ad valorem*.¹⁸³ The prohibitive 50 percent over-quota tariff would apply to all lamb meat imports above 40,000 pounds annually, which is slightly below 1995 import levels. We do not believe that it is appropriate in the context of a threat finding to propose a remedy that so severely restricts import volumes, especially considering the inability of the domestic industry to respond to increased demand in the short-term. The industry would not likely make up such a large supply shortfall during the initial relief period.

By the same token, we disagree with respondents that non-tariff adjustment measures alone will address the threat we have found to exist. In particular, without some form of tariff relief, low-priced imports are likely to continue to suppress or depress domestic prices. The significant threat posed by low domestic prices and surging imports requires a more robust remedy. We believe that our proposed remedy balances the primary concerns of the parties by setting a threshold that should allow the price relief the domestic industry seeks without restricting imports to levels at which we did not find a threat of serious injury to exist.

We recommend that the President increase the current tariff rate applied to imported lamb meat for a four-year period. In the first year of relief, imports will be subject to a dutiable rate of 22 percent *ad valorem*, falling to 20 percent *ad valorem* in the second year, 15 percent *ad valorem* in the third year, and 10 percent *ad valorem* in the fourth year. We chose these levels in order to strike a balance between providing sufficient price relief and stability to enable the industry to adjust meaningfully, and avoiding the creation of any supply shortfall in the near term.

In the earlier part of the relief period, the primary benefit to the industry of the tariff increases will be higher prices, resulting in higher revenues on lamb and lamb meat sales. This will counteract in part the substantial price decreases that have occurred in 1997 and 1998 and should allow most producers to operate at or near a reasonable level of profit. More viable price levels should also help restore market confidence and market stability and better enable firms to obtain loans for capital investments such as the upgrading of facilities. Over the course of the four-year relief period, as the industry responds to higher prices by increasing output, the benefits of the tariff will shift toward increased domestic production, and the effects of the tariff on prices in the U.S. market should lessen.^{184 185}

Adjustment measures and other actions

In addition to import relief, the Commission may recommend that the President implement “appropriate adjustment measures” and “any other action authorized under law that is likely to facilitate positive adjustment to import competition.”¹⁸⁶ An integral part of our remedy recommendation is the

¹⁸³ Section 203(e)(3) of the Trade Act caps tariff increases at 50 percentage points *ad valorem* above the existing rate. The current duty on imports of lamb meat is 0.8 cents per kilogram, which equates to 0.2 percent *ad valorem*.

¹⁸⁴ Our proposed tariff satisfies the requirements of section 203(e)(5) of the Trade Act, in that it is phased down at regular intervals.

¹⁸⁵ Having made a negative finding under section 311(a) of the NAFTA Implementation Act with respect to imports from Canada and Mexico, we recommend that the President exclude Canada and Mexico from any relief action. The Caribbean Basin Economic Recovery Act, the Andean Trade Preference Act, and the U.S.-Israel Free Trade Agreement Act require the Commission to state whether and to what extent its findings and recommendations apply to an article that is the subject of an affirmative determination under Section 202 of the Trade Act when imported from beneficiary Caribbean or Andean countries or from Israel. 19 U.S.C. 2703(e)(2); 19 U.S.C. 3203(d)(2); 19 U.S.C. 2112 note. Our findings and recommendations in this case do not apply to these countries. None of these countries are known to be significant producers or exporters of lamb meat, and there were no reported importations from any of these countries during the period of investigation.

¹⁸⁶ 19 U.S.C. 2252(e)(2)(D), 2252(e)(4)(B).

application of programs of the United States Government to target growers for direct assistance, or to provide for concentrated funds devoted to advancing some of the goals set out in the industry's adjustment plan.

Most of the programs at issue are administered by the U.S. Department of Agriculture. We recognize that there may be funding issues relating to some programs. We also are not in a position to judge whether the lamb industry satisfies the relevant legal criteria for the programs. For these reasons we have avoided specifying a precise mix of programs or the precise amounts of funds to be devoted to particular programs.

Nevertheless, in light of how certain programs have been applied vigorously on behalf of other agricultural industries in recent months (*e.g.*, hog growers, Alaskan salmon fishermen), we are sufficiently convinced that several programs may well be viable. We are even more convinced that such programs would, if applied, be of significant benefit to the industry's efforts to secure its long-term health. We describe below those actions we believe may be the most appropriate.

Direct payments to growers and feeders. Section 32 of P.L. 320 provides, among other things, that the Secretary of Agriculture may use certain funds to "reestablish farmers' purchasing power by making payments in connection with the normal production of any agricultural commodity for domestic consumption."¹⁸⁷ Direct payments to lamb growers and feeders under section 32 would be the most immediate and certain mechanism to increase funds available to particularly vulnerable segments of the industry.¹⁸⁸

Increased research or technical assistance funds. The 1997 Sheep Industry Long Range Plan identified elimination of scrapie, a neuro-degenerative disease affecting sheep and goats, as the highest industry priority.¹⁸⁹ The industry highlighted elimination of scrapie in its adjustment plan.¹⁹⁰ More funds could be made available to appropriate USDA entities¹⁹¹ in order to, for example, develop a test for scrapie that may be used on live animals, buy up known infected herds, or take other actions deemed most likely to accelerate the eradication of scrapie.

Genetic research figures prominently in the industry's adjustment plan as a way to increase the lambing ratio or to produce larger, leaner lambs more consistently.¹⁹² Hearing testimony before the Commission suggested this would be a promising course of action to increase the productivity of the industry

¹⁸⁷ 7 U.S.C. 612c. For example, the Secretary of Agriculture recently established a program of approximately \$50 million of payments to hog growers under section 32. See USDA News Release, *Glickman Announces Plan for Direct Cash Payments to Hog Producers*, Jan. 12, 1999.

¹⁸⁸ Should there be funding constraints in the current fiscal year, a program could be begun in FY2000 or spread out over several years. Application of section 32 may require that a commodity be in surplus supply. In this respect, we observe that the Secretary of Agriculture took note of "the surplus supply of lamb which is depressing prices to producers" when announcing the purchase of lamb products in 1998. See USDA Press Release, *Glickman Announces Purchases to Support Lamb Producers*, May 18, 1998.

¹⁸⁹ See Sheep Industry Long Range Plan, Aug. 1997, Texas A&M University. Respondents' Joint Submission on Measures Available to Assist the Domestic Sheep Industry, Exhibit 1, p. 4:

"Scrapie has to be eliminated, and it must be eliminated as soon as possible! The sheep industry in the United States can no longer tolerate the risk of having scrapie in any of its flocks. The worldwide situation with Bovine Spongiform Encephalopathy (B.S.E.) has significantly elevated the critical need to deal with scrapie in sheep. Negative perceptions regarding the safety of a food product can put the entire industry at risk. . . . The future of the sheep industry is at stake."

¹⁹⁰ Lamb Meat Industry Adjustment Plan at pp. 12-14.

¹⁹¹ Appropriate USDA entities may include the Agriculture Research Service (ARS) or the Animal and Plant Health Inspection Service (APHIS).

¹⁹² Adjustment Plan at pp. 4-7.

and thereby make it more competitive.¹⁹³ As with scrapie, more funds could be made available to appropriate USDA or related entities¹⁹⁴ for this purpose.

Increased government purchases of lamb meat. In 1998 the Secretary of Agriculture announced the purchase of \$8 million of lamb products, to be distributed to recipients of federal food aid assistance programs through food banks and other charitable institutions.¹⁹⁵ The Administration should seriously explore making additional purchases for food assistance programs, or additional purchases under other federal programs. Federal government purchases of lamb meat would provide the industry with immediate additional revenue for adjustment efforts by increasing sales and helping to firm up prices. Other avenues for federal government purchases may include the federal school lunch program and purchases by other government entities (e.g., the Veterans Administration, Department of Defense).¹⁹⁶

Trade Adjustment Assistance for Industries. As part of the Department of Commerce's Trade Adjustment Assistance (TAA) program for firms, section 265 of the Trade Act of 1974 authorizes the Secretary of Commerce to provide technical assistance for the establishment of industry-wide adjustment programs.¹⁹⁷ A program specific to the lamb industry could provide technical assistance in areas within the ambit of TAA, such as increasing productivity, lowering costs, product development, and marketing analysis. The industry's adjustment plan focuses on each of these areas. We note that an industry-wide TAA program was recently established to assist the Alaskan salmon fishing industry.¹⁹⁸

Industry adjustment efforts. The tariff and other actions described above will only succeed if the domestic industry also takes all steps within its power to carry out the elements of its adjustment plan. We would emphasize two issues that the domestic industry -- together with the Executive Branch as necessary -- should pursue urgently in the short term.

The first issue is to ensure that the National Sheep Industry Improvement Center is fully operational. Legislation establishing the Center was enacted in 1996, and includes a \$20 million appropriation. The legislation authorizes an additional \$30 million to be appropriated at a later date. The Center has substantial potential to assist the industry in such areas as research, developing and disseminating improved production techniques, and product development. A representative of the Center testified before the Commission that no funds had been expended to date due to problems relating to the establishment of a revolving fund.¹⁹⁹ A concerted effort must be made by the industry and the Administration to resolve any problems in accessing the \$20 million already appropriated, and to ensure smooth functioning of the Center so that the additional \$30 million authorized is made available in the future.

The second issue that the industry should pursue in the short-term is to establish an industry-wide check-off program to generate a pool of funds for promoting increased lamb consumption. Establishment of a check-off program -- under which a set fee would be assessed with respect to domestically-produced lamb

¹⁹³ See, e.g., transcript at 37-41 (Dr. Parker).

¹⁹⁴ Appropriate entities may include ARS or the Cooperative State Research and Education Extension Service.

¹⁹⁵ USDA Press Release, *Glickman Announces Purchases to Support Lamb Producers*, May 18, 1998. As of March 10, 1999, just over \$2 million had been purchased pursuant to this announcement. USDA Agricultural Marketing Service, Food Purchase Report, *USDA Buys Frozen Lamb*, March 10, 1999.

¹⁹⁶ See USDA News Release, *Glickman Announces Additional Steps to Help Pork Producers*, Dec. 17, 1998 ("Glickman said he is accelerating USDA's purchase of pork products and urging the Departments of Defense and Veterans Affairs to consider additional pork purchases.")

¹⁹⁷ 19 U.S.C. 2355.

¹⁹⁸ See 64 Fed. Reg. 7054 (Feb. 11, 1999)(\$5 million of funds were provided through the Omnibus Appropriations Act of 1998).

¹⁹⁹ Transcript at p. 97 (Mr. Miller).

and potentially imported lamb as well-- requires prior industry approval through a referendum.²⁰⁰ The most recent referendum failed to garner sufficient industry support. The industry indicated to the Commission that it is actively exploring the possibility of asking USDA to conduct another referendum. We strongly urge the industry to pursue such a course. Other industries such as the beef and pork industries have used check-off programs successfully to generate high-visibility marketing campaigns.²⁰¹

Review of adjustment efforts

We recognize that a relief action of more than three years duration will require that the Commission conduct a mid-course review under section 204(1)(2) of the Trade Act. Such an investigation would provide the Commission with an opportunity to review, among other things, the progress of the industry in implementing its adjustment plan. It would also provide the President, after receiving the Commission's report, with the opportunity to reduce or terminate relief if the industry has not made adequate efforts to make a positive adjustment to import competition.

Short and Long-term Effects of Our Recommended Remedy

The tariff increase and other actions we are recommending will provide the minimum level of relief that is necessary to address the threat of serious injury to the domestic industry and will be the most effective in facilitating the efforts of the lamb meat industry to make a positive adjustment to import competition.

Our tariff-based remedy is intended to restore domestic prices and industry profitability to reasonable levels, as the industry increases supply, improves the quality of its product, and stimulates consumer demand. The industry must take immediate action through available avenues such as the National Sheep Industry Improvement Center, to achieve coordinated efforts towards stimulating demand, improving lamb genetics, eradicating pervasive diseases, and undertaking flock management programs.

Respondents have argued that import relief will be counterproductive because it would restrict, not expand, demand for lamb meat. We do not dispute that our import relief program may have negative short-term price and supply effects. The costs of relief, in its initial phase, may even outweigh benefits to consumers. We believe, however, that any such temporary negative repercussions will ultimately yield a stronger overall lamb meat market as the industry becomes more efficient and consumer-oriented. We further believe that the tariff levels we propose strike an appropriate balance between ensuring a sufficient market supply of lamb meat and providing price relief for the domestic industry.

The usefulness of traditional economic models to predict likely market effects of a tariff are limited in this case by such factors as the fragmented, four-segment nature of the lamb meat industry. Nevertheless, the use of such a model may provide a rough approximation of effects. Based on 1998 industry and trade data, the tariff we recommend would initially raise prices at the packer level by an estimated 4.8 to 8.3 percent over 1998 levels, raise U.S. domestic sales volume by 1.2 to 2.0 percent, and raise sales revenues by 6.0 to 10.5 percent. Domestic sales volume increases are naturally constrained by the longer time period needed for growers and feeders to adjust lamb supply to changed market conditions. Perhaps more important for the domestic industry in the short term, import prices are estimated to increase in the first year of relief by

²⁰⁰ See 7 U.S.C. 7411-7425.

²⁰¹ Section 202(e)(4)(A) of the Trade Act allows the Commission to recommend to the President that he initiate international negotiations to address the underlying cause of the increase in imports of the article or otherwise to alleviate the injury or threat. In this case, neither the domestic industry nor the New Zealand Government believed that such negotiations would be useful. A domestic industry representative stated that negotiations would have to address import restraints, which the foreign governments opposed. Transcript at p. 92 (Mr. Rosenthal). Ambassador Bolger noted that exports from New Zealand are totally outside the government's gambit of responsibility. Transcript at p.170. For these reasons, we do not believe that international negotiations would be appropriate.

approximately 17 percent. Import levels would be restricted somewhat, to a level between actual 1997 and 1998 imports.²⁰²

For producers and feeders of live lambs, the initial results of any relief program will be limited, with prices increasing by only an estimated 1.3 to 2.2 percent over 1998 levels, while supply would increase by only a limited amount in the first year, less than one percent. Total revenues would increase by up to 3 percent. The inability of domestic growers and feeders to respond quickly to any relief effort, or realize increased prices based on the segmented nature of the market, makes additional government actions such as direct payments essential. Measures targeted to growers and feeders are important so that they too will realize short term benefits of a relief program, allowing them to utilize the full four years of relief allowed under the law.

The adjustment programs we have cited would impose no direct cost to consumers and would not reduce demand. Direct costs would be borne by the Federal Government, and thus indirectly by taxpayers.

Predicting market effects with precision in years 2 through 4 of our proposed relief period is even more uncertain. In general, we would expect the domestic industry to increase production over time in response to the price increases and stronger U.S. demand. In addition, we expect that the industry would be able to supply more lamb meat at a given price as a result of gradual efficiency gains from implementation of its proposed adjustment measures, thus becoming more competitive with the imports. These changes, together with the annual phasing-down of the tariff, will moderate price increases in the latter years of relief and introduce price stability, which should also contribute to stable if not increasing demand.

Short and Long Term Effects of Not Taking the Recommended Action

In the absence of relief, we believe that a significant portion of the lamb meat industry, particularly growers and feeders, will likely exit the industry, as prices remain at unsustainable levels and imports continue to capture an increasing share of the market, leading to serious injury to the industry. Imports will be increasingly concentrated in the fresh and chilled market that has been the mainstay of the U.S. industry. Without relief, the imports will likely impede efforts of the industry to become more competitive, and render more difficult industry efforts to coordinate a marketing effort on a scale sufficient to stimulate U.S. demand and maintain a viable industry.

²⁰² In making our estimates, we have assumed that overall demand for lamb meat is only modestly price-sensitive, that short-term domestic supply is largely insensitive to price changes, and that, in the absence of relief, imports would rise substantially above 1998 levels. See related Compas runs for a 22 percent tariff in year 1 (cases 1 and 5).

VIEWS ON REMEDY OF COMMISSIONER STEPHEN KOPLAN

Findings and Recommendations

For the reasons set forth below, pursuant to Section 202 (e) of the Trade Act of 1974, as amended, I recommend the following actions, which I find would address the threat of serious injury to the domestic lamb meat industry and be most effective in facilitating the efforts of the domestic industry to make a positive adjustment to import competition:

1. that the President impose a quantitative restriction, for a four year period, on imports of lamb meat, as follows: 52 million pounds in the first year, 56 million pounds in the second year, 61 million pounds in the third year, and 70 million pounds in the fourth year (all quantities are carcass-weight-equivalents);
2. that the President, within the overall quantitative restriction, provide separate allocations for Australia, New Zealand, and "all other" countries in proportion to their average share of imports entered during calendar years 1995-1997;
3. that the President take all action necessary to ensure that the National Sheep Industry Improvement Center is fully operational as soon as possible, and that the President make available to the industry the full measure of Federal assistance programs, including those administered by the U.S. Department of Agriculture;
4. having made negative findings with respect to imports from Canada and Mexico under section 311(a) of the NAFTA Implementation Act, that such imports be excluded from the quantitative restriction; and
5. that the quantitative restriction not apply to imports of lamb meat from Israel, or to any imports of lamb meat entered duty-free from beneficiary countries under the Caribbean Basin Economic Recovery Act or the Andean Trade Preference Act.

Introduction

In rendering an injury determination, the statute directs the Commission to determine whether an article "is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of . . . the threat [of serious injury]." Thus, we must focus on the causal connection, if any, between the increase in imports and the threat of serious injury. In this investigation, the Commission unanimously determined that the increase in imports was a substantial cause of the threat of serious injury.

As discussed in the Commission's opinion on injury, many of the financial indicators we examined were negative for much of the industry as a result of the increase in imports. Specifically, the Commission stated:

With regard to the domestic industry's financial condition, we found above that the financial performance of the various segments worsened due to declining sales and falling prices, *a result of the increase in imports*. In addition, *the increased imports* directly captured market share from the domestic producers. Thus, *the increase in imports* is likely to have a negative impact on the industry's shipments, prices, and financial performance.

See Views of the Commission on Injury at I-24 (emphasis added).

Consequently, the Commission unanimously determined that:

the increased imports are an important cause, and a cause no less important than any other cause, of the threat of serious injury to the domestic lamb meat industry. Our finding is based on the increase in imports that has already occurred, and which shows every sign of continuing, the increase in the share of the domestic market taken by imports, depressed domestic lamb meat prices due in large part to the increase in imports, and the high degree of likelihood that the increased imports will have a substantial negative effect on the volume or prices, or both, of the U.S. industry's lamb meat sales.

See Views of the Commission on Injury at I-26 (emphasis added).

Thus, although the full impact of the increased lamb meat imports had not been realized by the entire industry by the end of our period of investigation, those increased imports will result in serious injury to the industry as a whole absent the statutorily required relief. In other words, the increased imports were not yet a substantial cause of serious injury to the industry as a whole, but they will result in such injury once their impact is fully felt by all segments of the industry. Based on this injury determination, an effective remedy must be designed to prevent the threatened injury from fully materializing by temporarily offsetting the surge that otherwise will cause the serious injury.

Restoring imports to approximately the levels held before the surge would provide such relief by allowing the domestic industry to achieve reasonable operating profits. See, e.g., Inv. No. 201-TA-67, Wheat Gluten, USITC Pub. No. 3088 (March, 1998) at I-28. A temporal lag exists between the import surge and the imposition of relief. Consequently, the industry will likely be experiencing much of the serious injury by the time relief is granted. Nevertheless, any remedy imposed under Section 202 must be fashioned to address the surge in order to fulfill the statutory mandate to prevent the serious injury that otherwise will be substantially caused by the increased imports.

The Tariff Rate Quotas

I considered whether various tariff rate quotas would satisfy this statutory mandate, but rejected those options in this case for several reasons.

Petitioner's Proposal

As to the tariff rate quota proposed by petitioners, that plan called for a 30 percent tariff on imports up to 40 million pounds and a tariff of 50 percent on imports above that level in the first year. The 50 percent tariff effectively would operate to limit imports in the first year to about 40 million pounds. I declined to adopt that proposal because it would lower imports to an unacceptable amount that was well below the pre-surge level and could be harmful to the industry both in the short term and in the long term. Subsequent to the Commission hearing on remedy, in response to a question that I posed, petitioners admitted that they would not be able to supply a substantial portion of domestic demand with imports capped at 40 million pounds. CO74-W-006; Petitioner's Post-hearing Brief on Remedy at p. 16. Thus, the domestic industry would not be able to fill much of the void created by the restriction on imports proposed by petitioner. In the absence of a significant supply response from the domestic industry, its proposed cut in import supply would disrupt the market and would seriously undermine the industry's efforts to promote lamb meat consumption. Petitioner's proposed modest reduction in the tariff rates for the remaining three years does not alter this conclusion. See COMPAS Model Comparison of Remedies (attached).

The Plurality's Recommendation

In contrast, the recommendation put forward by Chairman Bragg and Commissioners Crawford and Askey (the plurality) would not provide meaningful relief to the industry, in contravention of the statute. The plurality recommends imposing a 20 percent tariff beginning at 78 million pounds in the first year. That recommendation would then permit tariff free imports of 81.5 million pounds for the remaining three years.

Lamb meat imports reached 78 million pounds in 1998, after the surge. The Commission staff projects that imports would rise 4.5 percent to 81.5 million pounds in 1999 and level off at that amount for the next three years. *See*, Final Remedy Memorandum, EC-W-023, March 22, 1999 at pp. 16-17. Thus, the plurality's recommendation only holds imports to the 1998 level for one year, after which imports are allowed to rise to a level consistent with projected increases. In other words, after the first year, imports are permitted to reach the level they are projected to reach absent any remedy.

Consequently, the plurality's recommended remedy -- which only begins to restrict imports at the post-surge level and permits projected increases beyond that level -- would have virtually no discernable impact on the domestic industry over the four years. Indeed, the plurality's recommended remedy could provide the industry with a total of only \$4 million spread over four years. *See* COMPAS Model Comparison of Remedies (attached) (showing a net revenue effect of \$3.7 million in the first year and \$100,000 per year thereafter). As the Commission stated in its injury determination, "the increase in imports is likely to have a negative impact on the industry's shipments, prices, and financial performance." *See* Views of the Commission on Injury at I-24. Consequently, the remedy recommended by the plurality would not stave off the threatened serious injury much less provide the industry with the opportunity to make a positive adjustment to prepare for the import competition.

The efforts the industry must undertake to adjust to import competition will require capital and other expenditures that cannot be made if imports are allowed to remain at, and rise above, the post-surge level. This fact renders meaningless the portions of the recommendation regarding implementation of the industry's adjustment plan, including its recommendation to implement the plan outlined by PricewaterhouseCoopers. This industry must improve production efficiency and lower production costs, while better marketing its product. With respect to marketing alone, a national program could require between \$15 and \$30 million, with \$5 million to \$6 million annually in sustainable funds. PricewaterhouseCoopers, *Revitalizing the American Lamb Industry*, July 1998 at pp. 84, 98. Expenditures to improve productivity are likely to require millions more. For example, petitioners estimate that it would cost \$2.25 million per plant to install an inverted chain production process. Petitioner's Pre-hearing Brief on Remedy at p. 11.

Consequently, the plurality's recommended remedy cannot facilitate the industry's positive adjustment to import competition and does not provide the necessary relief as required by the statute. Since the recommended remedy ultimately permits imports to increase at projected levels over the four years it would deprive the industry of the opportunity to achieve a reasonable level of profitability, which is necessary to implement its adjustment plan. Thus, the likely negligible effects of this recommended remedy are virtually indistinguishable from the effects of not taking the recommended action. *See* Section 202(f)(2)(G).

The Tariff Recommendation

I was unable to join with the remedy recommended by Vice Chairman Miller and Commissioner Hillman because it provides less than is necessary to facilitate the industry's positive adjustment to import competition. As an initial matter, in my view the nature of this industry made it infeasible to determine the probable economic effects of that relief measure. This industry is composed of distinct segments, several of which are highly fragmented. Consequently, there were a broad range of variables to consider in connection with a tariff and this naturally resulted in a broad range of possible outcomes, regardless of the tariff level selected.

Moreover, the available pricing data demonstrates that the imports from Australia and New Zealand generally undersold the domestic industry. Thus, prices for those imports could rise as a result of the tariff without reaching domestic price levels. Under those circumstances, it is unclear the extent to which their importers could pass along any tariff without increasing domestic prices. For these reasons, it was not possible to assess the likely effects of a tariff-based remedy on the industry as a whole within an acceptable margin of certainty, a fact that neither petitioner nor respondents disputed. Indeed, although they offered us no alternative methodology, both petitioners and respondents recognized the weaknesses inherent in applying such an analysis to this industry. Petitioner's Pre-hearing Brief on Remedy at p. 7; Post-hearing Brief of Meat And Livestock, Australia, Ltd at pp. 9-11.²⁰³

More important, as stated in the Commission's opinion on injury, the domestic industry is relatively concentrated at the packer/slaughterer and breaker/processor stages of production, but widely fragmented at the grower and feeder stages of production. Therefore, the available data did not permit a precise assessment of the likely effect that a tariff on *lamb meat* would have on the industry as a whole. A tariff on the end product likely would affect retail prices to some extent. It was infeasible to predict the extent to which any such increase would flow through the relatively concentrated downstream stages of production (packer/breakers) to the equally threatened, but very disperse, upstream stages of production (grower/feeders).²⁰⁴ Any price increase resulting from the tariff on the end product might not translate into a comparable price increase to the upstream stages of production. A quantitative restraint is more likely to have the necessary short and long term remedial effects throughout the entire industry, including on the growers and feeders.

Finally, even if one were to attempt to predict the likely effects of their recommended tariff on the industry as a whole, using the mid-point of the Commission's estimated COMPAS model inputs, slightly less than 60 million pounds of imports would enter in the first year, an amount roughly equal to the level reached in 1997. *See* COMPAS Model Comparison of Remedies (attached). As stated in the Commission's opinion on injury, "imports reached record levels in 1996 of 50,701 pounds, and increased another 19.2 percent in 1997 to 60,428 pounds." *See* Views of the Commission on Injury at I-23. Thus, that COMPAS run indicates that their recommended tariff would not offset a significant portion of the import surge. For the reasons stated above, in my view, their recommended remedy would not enable the industry as a whole to adjust to import competition.

My Recommendation

My recommended quantitative restraint is a straight forward method of countering the import surge and temporarily placing the domestic industry in the position it would have been in absent the surge. In other words, it is tailored to directly offset the very surge that threatens serious injury. At the same time, it ensures that the relief provided is not more than that necessary to prevent the serious injury.

²⁰³ During the hearing on remedy I requested that petitioner provide the Commission with an alternative model to assess the probable economic effects of a tariff, tariff rate quota, or quantitative restriction. Transcript at p. 102. No such alternative was offered. Petitioner's Post-hearing Brief at p. 15.

²⁰⁴ The Commission identified 17 firms as packers/slaughterers of lambs. Report at II-14. USDA reported that 9 plants accounted for 85 percent of the sheep or lambs slaughtered in 1997. *Id.* at II-14, n. 48. By contrast, there are estimated to be roughly 75,000 growers of lambs. *Id.* at II-11.

I recommend a remedy that begins with a quantitative restriction in the first year of 52 million pounds as a necessary step to prevent the serious injury.²⁰⁵ This restriction would limit imports to the level they held prior to the increase that threatens serious injury, thereby permitting the industry to begin to achieve reasonable operating profits. A restriction at that level would not significantly disrupt the market or cause a significant shift in demand to substitute proteins (such as beef, poultry, or pork). Therefore, such a restriction would not impede the industry's long term goal of marketing lamb meat and adjusting to import competition. I further recommend that this restriction be phased down by increasing the quantitative restriction to 56 million pounds in the second year and to 61 million pounds in the third year. In the fourth year, the restriction would be 70 million pounds, which would amount to a 16 percent increase in imports over the 1997 level, which is the average annual increase in imports for the representative period.

Thus, my recommendation phases down the quantitative restriction on imports in a predictable manner, so that the industry could implement its adjustment plan. The certainty provided by the recommended restriction would permit the industry to make the capital investments and other expenditures necessary to adjust to the import competition. *See* Petitioner's Pre-Hearing Brief on Remedy at p. 5 ("[w]hat the industry needs most during this period is market stability"). I have recommended that the quantitative levels increase disproportionately at the end of the remedy period because, while all segments of the industry would benefit from the remedy, growers would need about two years to adjust production in response to the temporary relief. In addition, packers and breakers would require some time to alter their production facilities. Thus, this type of phase down would enable the industry to achieve reasonable profitability levels that would permit it to dedicate the necessary financial resources to its adjustment plan. I note that in the most recent Section 201 investigation the Commission recommended, and the President adopted, a quantitative restriction structured in a similar manner for many of the same reasons I put forth here. *See* Inv. No. 201-TA-67, Wheat Gluten, USITC Pub. No. 3088 (March, 1998) at I-26-29.

I also recommend that the quantitative restriction be allocated on a country-by-country basis, with separate allocations for Australia, New Zealand, and "all other" countries in proportion to their average share of imports into the United States during the representative three year period. In accordance with section 311(a) of the NAFTA Implementation Act, I recommend that this import relief not apply to imports of lamb meat from Canada and Mexico. I also recommend that the import relief not apply to imports of lamb meat from Israel, or to any imports of lamb meat entered duty-free from beneficiary countries under the Caribbean Basin Economic Recovery Act or the Andean Trade Preference Act.. *See* 19 U.S.C. § 2703(e)(2), 19 U.S.C. § 3203(d)(2), and 19 U.S.C. § 2112 note.

In addition, in 1996, Congress established the National Sheep Industry Improvement Center and authorized a total of \$50 million for that Center. This Center was established to promote the development of the sheep industry. Of the total authorization, \$20 million has been appropriated for fiscal year 1999, but has not yet been made available to the domestic industry. I recommend that the President take all action necessary to ensure that the Center is fully operational as quickly as possible. I also recommend that the President take the necessary steps to make available directly to the industry the full measure of authorized Federal assistance programs, including those administered by the U.S. Department of Agriculture.

For any recommended remedy to be effective, the domestic industry must collectively undertake significant efforts to promote a positive adjustment to the import competition. The industry submitted an adjustment plan to the Commission in the course of this investigation (as required by the statute). In this

²⁰⁵ I find that calendar years 1995 through 1997 are the three most recent years that are representative of lamb meat imports. I recognize that the surge in imports was occurring in 1997. Thus, I normally would be reluctant to consider such a year to be representative of lamb meat imports. Nevertheless, I included 1997 in this case so that the three year period would be equally divided between a time the industry was receiving payments under the National Wool Act of 1954 and when it was not receiving any such payments. The average carcass-weight equivalent of total imports for the 1995 through 1997 representative period was 51,471,000 pounds and the quantitative restriction cannot be set below that level. *See* Section 202(e)(4) of the Trade Act of 1974, as amended.

regard, I note that in the event the President takes action and provides import relief, the Commission is required to monitor developments in the industry, including the industry's efforts to adjust to import competition.

Finally, I recommend that the President engage in international negotiations to alleviate the threat of serious injury. I am mindful that at the Commission's hearing on remedy neither the government of Australia nor the government of New Zealand indicated a willingness to engage in such negotiations. In the event they reconsider that decision, I encourage the President to attempt to find a mutually acceptable solution to the issues presented in this investigation.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Attachment to Views on Remedy of Commissioner Stephen Koplan:
COMPAS Model Comparison of Remedies

The following tables present a comparative quantitative analysis of the remedy proposed by the petitioner and the various remedy recommendations put forth by the Commissioners. The likely effects were estimated using the COMPAS model developed by the Commission's Office of Economics. I note that although I did not ultimately base my recommendations in this investigation on this model for the reasons stated in my opinion, it is the standard method to quantitatively assess the probable impact of the different remedies in section 201 investigations.

The model requires as inputs values for the elasticity of demand, the elasticity of domestic supply, the elasticity of import supply, the elasticity of substitution between the domestic and imported product, and the quantity and value of the domestic shipments and of the imported product with no trade restrictions imposed. The model results presented here were estimated using the values for these inputs adopted by Commission staff. *See* EC-W-023. Staff estimated a range of estimates for the elasticities; the results presented here use the midpoint of the range for each of these elasticities.



Table 1: COMPAS Model Comparison of Remedies Using the Midpoint of the Staff Elasticity Estimates; Effects in Year 1

Change in:	Petitioner	Plurality	Miller/Hillman	Koplan
Domestic Price	10.4 %	0.7 %	4.9 %	7.3 %
Domestic Quantity	12.3 million lbs.	0.9 million lbs.	5.9 million lbs.	8.6 million lbs.
Import Quantity	-38.5 million lbs.	-3.6 million lbs.	-21.7 million lbs.	-29.6 million lbs.
Consumption	-26.2 million lbs.	-2.8 million lbs.	-15.8 million lbs.	-21.0 million lbs.
Domestic Revenue	\$54.8 million	\$3.7 million	\$25.6 million	\$38.0 million

Table 2: Effects in Year 2

Domestic Price	9.8 %	0.0 %	4.5 %	6.0 %
Domestic Quantity	11.6 million lbs.	0.03 million lbs.	5.4 million lbs.	7.2 million lbs.
Import Quantity	-37.0 million lbs.	-0.1 million lbs.	-20.1 million lbs.	-25.6 million lbs.
Consumption	-25.4 million lbs.	-0.1 million lbs.	-14.7 million lbs.	-18.4 million lbs.
Domestic Revenue	\$51.9 million	\$0.1 million	\$23.4 million	\$31.5 million

Table 3: Effects in Year 3

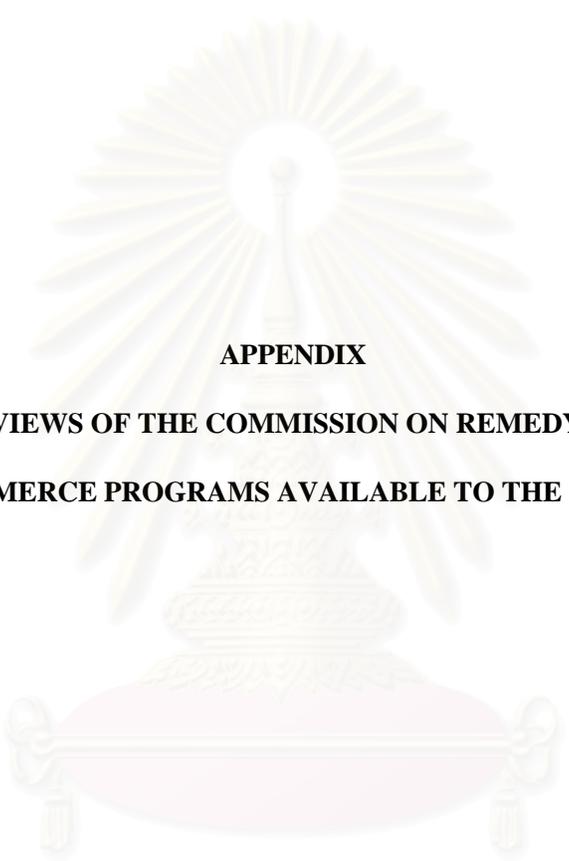
Domestic Price	7.2 %	0.0 %	2.7 %	3.5 %
Domestic Quantity	18.4 million lbs.	0.05 million lbs.	6.8 million lbs.	8.8 million lbs.
Import Quantity	-36.7 million lbs.	-0.1 million lbs.	-16.5 million lbs.	-20.1 million lbs.
Consumption	-18.3 million lbs.	0.1 million lbs.	-9.7 million lbs.	-11.8 million lbs.
Domestic Revenue	\$53.9 million	\$0.1 million	\$19.5 million	\$25.3 million

Table 4: Effects in Year 4

Domestic Price	6.7 %	0.0 %	1.8 %	1.8 %
Domestic Quantity	16.9 million lbs.	0.05 million lbs.	4.7 million lbs.	4.6 million lbs.
Import Quantity	-34.5 million lbs.	-0.1 million lbs.	-11.7 million lbs.	-11.6 million lbs.
Consumption	-17.6 million lbs.	0.1 million lbs.	-7.1 million lbs.	-7.0 million lbs.
Domestic Revenue	\$49.3 million	\$0.1 million	\$13.3 million	\$13.2 million

Table 5: Total Four Year Effects on Domestic Revenue

Domestic Revenue	\$209.9 million	\$4.0 million	\$81.8 million	\$108.0 million
------------------	------------------------	----------------------	-----------------------	------------------------



APPENDIX

VIEWS OF THE COMMISSION ON REMEDY*

USDA AND COMMERCE PROGRAMS AVAILABLE TO THE SHEEP INDUSTRY

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

* Note.—Commissioners Miller, Hillman, and Koplan do not join in this appendix.

USDA PROGRAMS

I. Section 32

Section 32 of P.L. 320, approved Aug. 24, 1935, as amended (7 U.S.C. 612c), authorizes the USDA to assist agricultural industries with adjustment problems if it determines that there is a market surplus of the commodity at issue. The Secretary of Agriculture makes the relevant decisions.²⁰⁶ Section 32 authorizes three types of expenditures:

- (1) Direct cash payments to firms in an industry, such as those recently announced for U.S. hog producers. A direct payments program could be developed for the domestic lamb industry,²⁰⁷ similar to that recently developed for U.S. hog producers. In January 1999, USDA announced that it would make direct payments of \$50 million from section 32 funds to U.S. hog producers.²⁰⁸ Approximately 100,000 hog producers will receive up to \$5 per slaughter hog, if they meet certain eligibility requirements.²⁰⁹
- (2) Purchases for the needy. The lamb industry does not appear to be a good candidate for this remedy.²¹⁰
- (3) Export subsidies—this subpart has not been used in years, with the exception of minor expenditures for the export of cottonseed oil.

USDA attempts to start each year with a \$300 million reserve.²¹¹ According to USDA officials, as of March 1999, there was just over \$100 million remaining for FY 1999. Unless otherwise directed, remaining FY 1999 funds are, according to USDA, likely to be needed for emergency surplus removal purchases, which the USDA has indicated is not likely to include lamb. Reserves are typically “re-upped” to about \$300 million at the beginning of the fiscal year.²¹² USDA recommends that persons seeking more information should contact Ralph Tapp, Agricultural Marketing Service (telephone: 202 720-1115).

²⁰⁶ USITC staff interview with officials from USDA, Mar. 22, 1999.

²⁰⁷ Respondents' joint submission, p. 7 and exh. 5.

²⁰⁸ USDA News Release, Glickman announces plan for direct cash payments to hog producers, release no. 0009.99.

²⁰⁹ USDA indicated that this is the first time in several decades that this type of assistance has been provided.

²¹⁰ The School Lunch Program is currently the largest item in this category; this year about \$5.4 billion of the \$5.7 billion budget for the section 32 program will go to the School Lunch Program. The aid provided by this program is about 85 percent cash, with the remaining 15 percent donated commodities. According to USDA officials, lamb technically is an eligible commodity, but schools will have to want it. USDA officials indicate that lamb typically is not sold to schools because it is more expensive than other forms of meat protein and there is some resistance to it by children.

²¹¹ The reserves are funded from tariff revenues.

²¹² USITC staff interview with officials from USDA, Mar. 22, 1999.

II. Research programs

The USDA funds various research programs that encompass the areas of genetics, predator management, promotion, nutrition, and food safety. Research is supported by USDA through the two core programs: (1) the Agricultural Research Service (ARS) and (2) research grants provided by the Cooperative State Research, Education, and Extension Service (CSREES).

Agricultural Research Service. The ARS is the primary research arm of USDA. ARS has primary responsibility to provide initiative and leadership in agricultural research, conduct research on broad regional and national agricultural and related problems, conduct research in support of Federal action and regulatory agencies, provide technical expertise to meet national food, food safety, and environmental emergencies, and to serve as an agricultural science resource to the executive and legislative branches.²¹³

The ARS currently spends only about \$8.7 million yearly on sheep research at over 10 locations. Current ARS lamb-related projects include projects relating to total flock management (to show that sheep are ecologically friendly), genetic markers (to identify larger, healthier sheep to produce consistent product), and diseases and parasites.

USDA reports that it is seeking an increase in its ARS budget for FY2000, but not for lamb. According to USDA, any redirection of funds requested by the President to lamb would require a reduction in funding for other intended projects (under existing funding levels).

USDA officials have identified the development of a live animal test for scrapie²¹⁴ as a priority for additional funding.²¹⁵ They note that it will be impossible to eradicate scrapie until a practical live animal test is developed to determine if scrapie is present. Some research is being conducted (including a possible scrapie test), and final development of such a test is estimated at the current research pace to be 2-3 years away. USDA recommends that persons seeking more information on ARS programs available to the sheep industry should contact Dr. Lewis Smith, ARS (telephone: 301- 504-5925).

Cooperative State Research, Education, and Extension Service (CSREES). CSREES has three basic funding mechanisms: (i) funding through a special grants program, (ii) funding through land-grant universities, and (iii) funding through a competitive grants program.

The Special Grants Program may be directly useful to the lamb industry if funding can be designated. Under this program, Congress designates funding for specific projects (about \$60 million total). Written into the budget each year, these grants do not require new framework legislation. The lamb industry would be a candidate for additional funds through this program.

About \$400 million, including formula funding, is available for university research. Funding is typically for projects at land-grant colleges. About 1,000 projects, at least in part, involve sheep, and some projects are devoted exclusively to sheep. CSREES research grant funds totaled about \$5.6 million in 1997 for sheep and wool research. These funds are typically administered by state agricultural extension services. The states determine spending priorities based on USDA guidelines.²¹⁶

There are also competitive research grants administered by states and not explicitly designated for sheep.²¹⁷ CSREES works in partnership with the land-grant university system, other colleges and universities, and other public and private research and education organizations, in concert with the Secretary

²¹³ Found at Internet address <http://www.ars.usda.gov/afm/mr.html>, retrieved Mar. 27, 1999.

²¹⁴ Scrapie is a fatal, degenerative disease affecting the central nervous system of sheep and goats. Scrapie has had a significant impact on the sheep industry and has caused financial losses to U.S. sheep producers. Found at Internet address <http://www.aphis.usda.gov/oa/pubs/fsscrapie.html>, retrieved Mar. 27, 1999.

²¹⁵ USITC staff interview with USDA officials, Mar. 22, 1999.

²¹⁶ In addition, approximately \$400 million is available for technical assistance.

²¹⁷ USITC staff interview with USDA officials, Mar. 22, 1999.

of Agriculture, in the initiation and development of agricultural research, extension, and higher education programs. These programs are carried out by land-grant universities and other partners.²¹⁸ Some program areas include animal production, protection, and processing, animal genomes, germplasm, reproduction and development, and animal health.²¹⁹

For additional information, USDA recommends that the public contact Larry Miller, CSREES, (telephone: 202-401-6848).

III. Animal Health Programs (Scrapie)

An APHIS²²⁰ representative expressed the view that scrapie eradication would be the most beneficial step for the industry under its jurisdiction. APHIS oversees programs to protect the health of American animal agriculture, including programs that might address scrapie and predator problems. More money for APHIS programs would be helpful for (1) identifying scrapie-free regions; and (2) buying up known infected herds.²²¹

The APHIS currently spends about \$2 million to \$3 million year on scrapie, of which about \$400,000 is for indemnification of growers for the purchase of sheep within a herd that are determined to have a high risk of scrapie. The Administration is asking for \$3 million for FY2000.²²²

APHIS is considering a 1-year National Slaughter Surveillance Project that in conjunction with the ARS and industry would cost \$1 million in new funding. It would use sampling after slaughter to identify areas with high and low incidence of scrapie. The problem of scrapie most immediately affects the ability to export “germplasm” (i.e., breeding stock), but the inability to export germplasm is considered to affect product reputation and hence the ability to export lamb meat.²²³ There is currently a voluntary certification program, which involves testing slaughtered animals from herds. If no scrapie is detected for 5 years, the herd is certified as scrapie free. Participation is not universal and there is resistance by some growers, especially in the Midwest, where incidence of scrapie is highest.

USDA could also reduce the incidence of scrapie by purchasing known infected herds. There are now about 70 known infected flocks. The estimated cost of buying up such infected flocks is about \$4-5 million.²²⁴ While it will be impossible, according to USDA officials, to eradicate scrapie until a practical live animal test is developed to determine if scrapie is present, an elimination of these flocks would, if funding were available, likely help limit the spread of scrapie. Full elimination of scrapie must wait until a live animal scrapie test is developed. As indicated above, such a test is still about 2-3 years away at the current research pace.

For more information on scrapie programs, USDA suggests that the public contact John Clifford, APHIS (telephone: 202-720-5193).

IV. Marketing (Check-off Authority)

²¹⁸ Found at Internet address <http://www.reesuda.gov/1700/about/csreesa2.htm>, retrieved Mar. 27, 1999.

²¹⁹ Respondents joint posthearing brief, exh. 10, 11, and 15.

²²⁰ The Animal and Plant Health Inspection Service (APHIS).

²²¹ USITC staff interview with USDA officials, Mar. 22, 1999.

²²² USITC staff interview with USDA officials, Mar. 22, 1999.

²²³ USITC staff interview with USDA officials, Mar. 22, 1999.

²²⁴ For pork, USDA recently announced use of \$80 million of CCC funds for eradication of pseudo-rabies. An emergency was declared to obtain access to these funds. Unlike scrapie, this program is expected to eradicate the disease. USDA officials note that while it is theoretically possible to declare an emergency with regard to scrapie and obtain CCC funds, this would not eradicate scrapie, and that the publicity stemming from the emergency might adversely affect lamb sales.

The USDA is authorized under the Commodity Promotion, Research and Information Act of 1996 (7 U.S.C. 7411) to establish commodity promotion boards.²²⁵ The USDA administers similar programs for the beef and pork industries to fund activities in research, marketing, and promotion through checkoff programs. A checkoff program can be organized in different ways, including on a per-animal basis, which is how the beef industry assesses its members.

The Sheep Promotion, Research, and Information Act of 1994 (7 U.S.C. 7101-7111) authorized the Secretary of Agriculture to establish a national sheep and wool promotion, research, education program to strengthen the sheep industry's position in the market place.²²⁶ This program would have assessed domestic sheep producers, sheep feeders, and exporters of live sheep and greasy wool 1 cent per pound on live sheep sold and 2 cents per pound on greasy wool sold. Importers would have been assessed 1 cent per pound on live sheep and the equivalent of 1 cent per pound of live sheep for sheep products and 2 cents per pound on imports of degreased wool. Reportedly, because of disagreements over the organization and details of this Act, an industry-wide referendum failed in 1996, and the program was not implemented. One advantage of a check-off program is that it could put in place a long-term funding mechanism that would continue after any trade remedy came to an end. Funds could be used to address important issues such as promotion of lamb meat. For more information on check-off programs contact Ralph Tapp, Agricultural Marketing Service (telephone 202-720-1115).

V. National Sheep Industry Improvement Center

The National Sheep Industry Improvement Center (NSIIC) was established pursuant to the Federal Agriculture Improvement and Reform Act of 1996.²²⁷ It is an independent entity, but administratively supported by USDA Rural Development.²²⁸

Congress has appropriated \$20 million to create a revolving fund to begin the operation of the NSIIC. There is no annual appropriation as the fund is available to the NSIIC, without fiscal year limitation. An additional \$30 million in Federal funds is authorized to be appropriated for up to a 10 year period. The enabling legislation required the NSIIC to submit a strategic plan to the Secretary of Agriculture annually.

Financial assistance provided by the NSIIC is to accomplish the following goals: (1) make capital available for increasing production or improving production efficiency, (2) improve marketing efficiency or product quality, (3) promote coordination, (4) support industry communications, and (5) continued viability of the NSIIC.²²⁹

The NSIIC is authorized to use equity investments, guaranteed, and direct loans to deliver financial assistance to the sheep (and goat) industries. Applicants may be a public, private, or cooperative organization, an association, including a corporation not operated for profit, Federally recognized Indian Tribe, or a public or quasi-public agency to be eligible for funds.

As of late March 1999, the sheep industry had not utilized the \$20 million. Funds have not been used because no plan has been submitted.²³⁰ For more information contact Jay Wilson, executive director, NSIIC (telephone 202-720-7558).

²²⁵ Respondents' joint posthearing brief (remedy), p. 9.

²²⁶ A description of the proposed program was set out in the *Federal Register* of May 9, 1996 (61 F.R. 21049 et seq.).

²²⁷ PL 104-127.

²²⁸ The USDA Rural Development (RD) was created in 1994 to forge new partnerships with rural communities and to fund projects that bring housing, community facilities, utilities, and other services to rural areas. The RD also provides technical assistance and financial backing for rural businesses and cooperatives to create quality jobs in rural areas. The RD program applicable to the National Sheep Industry Improvement Center (NSIIC) is administered through the Rural Business-Cooperative Service.

²²⁹ NSIIC's 1998 Strategic Plan, pp. 3-4.

²³⁰ USDA officials, Apr. 5, 1999.

DEPARTMENT OF COMMERCE PROGRAMS

Trade adjustment assistance

Under section 265 of the Trade Act of 1974 (19 U.S.C. 2355), the Secretary of Commerce is authorized to provide technical assistance, on such terms and conditions as he deems appropriate, for the establishment of *industry-wide* programs for new product development, new process development, export development, or other uses.²³¹ Section 265 permits expenditures for technical assistance of up to \$10 million annually per industry, typically spread out over several years.²³²

According to a Commerce official, an industry-wide program for lamb would probably require a special appropriation, as was done for the Alaskan salmon industry recently. In a notice published in the *Federal Register* on February 11, 1999, EDA announced the availability of \$5 million in trade adjustment assistance funding for the Alaskan salmon industry, to help the industry adjust to the loss of sales due to the Asian financial crisis, imports from other countries, and a natural disaster involving low runs of salmon.²³³ The funds were provided in section 763 of the Omnibus Appropriations Act of 1998 (P.L. 105-277). The notice indicated that EDA's program would assist the industry with technical assistance grants or cooperative agreements to address the economic problems, and that funds under such programs are typically shared on a 50 percent Federal, 50 percent industry basis. It invited applications for funding, and said that such applications should be from associations, unions, or other nonprofit fishing organizations with an understanding of the industry's problems, and indicated it expected the successful application to call for the preparation of a strategic marketing plan. The notice invited interested persons to contact Mr. Anthony Meyer of the Economic Development Administration of the Department of Commerce (telephone: 202-482-2127) for further information.

²³¹ The programs are administered by the Economic Development Administration within Commerce. Such technical assistance may be provided through existing agencies, private individuals, firms, universities and institutions, and by grants, contracts, or cooperative agreements to associations, unions, or other non-profit industry organizations in which a substantial number of firms or workers have been certified as eligible to apply for adjustment assistance under section 223 or section 251 of the Trade Act.

²³² The Commerce Department (with the Labor Department) also administers adjustment assistance measures for workers and firms. According to officials at the U.S. Department of Labor and U.S. Department of Commerce, there have been no applications for worker or firm adjustment assistance in recent years.

²³³ 64 F.R. 7054 (Feb. 11, 1999). *See also* respondent's joint submission on measures available to assist the domestic sheep industry, exhibit 2., Mar. 4, 1999.

UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION

CRABMEAT FROM SWIMMING CRABS

Investigation No. TA-201-71

DETERMINATION AND VIEWS OF THE COMMISSION
(USITC Publication No. 3349, August 2000)



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION**Investigation No. TA-201-71****CRABMEAT FROM SWIMMING CRABS****DETERMINATION**

On the basis of the information in the investigation, the Commission determines,¹ pursuant to section 202(b) of the Trade Act of 1974, that crabmeat from swimming crabs² is not being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury or the threat of serious injury to the domestic industry producing an article like or directly competitive with the imported article.

BACKGROUND

Following receipt of a petition filed on behalf of the Blue Crab Coalition, the Commission, effective March 2, 2000, instituted investigation No. TA-201-71, *Crabmeat from Swimming Crabs*, under section 202 of the Trade Act of 1974 to determine whether crabmeat from swimming crabs is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat thereof, to the domestic industry producing an article like or directly competitive with the imported article.

Notice of the institution of the Commission's investigation and of the scheduling of public hearings to be held in connection therewith was given by posting copies of the notice in the Office of the Secretary, U.S. International Trade Commission, Washington, DC, and by publishing the notice in the *Federal Register* of March 20, 2000 (65 F.R. 15008). The hearing in connection with the injury phase of the investigation was held on June 15, 2000, in Washington, DC; all persons who requested the opportunity were permitted to appear in person or by counsel.

¹ Chairman Stephen Koplun and Vice Chairman Deanna Tanner Okun dissenting.

² For the purposes of this investigation, the subject merchandise is defined as crabmeat from swimming crabs (family *Portunidae*), in all its forms (except shelf-stable crabmeat in airtight containers), including frozen, fresh, and chilled crabmeat, however packed, preserved, pasteurized, or prepared, and of any grade or size (such as jumbo lump, lump, backfin, claw, select, and the like). Such crabmeat is generally classified in subheadings 1605.10.20 and 1605.10.40 of the Harmonized Tariff Schedule of the United States (HTS), but may also be entering under HTS subheadings 0306.14.20 and 0306.24.20. The petition and scope of investigation initially included shelf-stable crabmeat packed in airtight containers, which is produced using additives and a thermal manufacturing process so that it requires no refrigeration. However, in a letter to the Commission dated April 14, 2000, the petitioner requested the scope of the investigation be amended to exclude such shelf-stable crabmeat. On June 23, 2000, the Commission amended the scope of its investigation to exclude such shelf-stable crabmeat (65 F.R. 40691, June 30, 2000).

VIEWS OF THE COMMISSION

Introduction

Pursuant to section 202(b) of the Trade Act of 1974 (“Trade Act”) (19 U.S.C. § 2252(b)), we determine that crabmeat from swimming crabs is not being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat thereof, to the domestic industry producing an article like or directly competitive with the imported article.^{3 4}

Background

The Commission instituted this investigation effective March 2, 2000, following receipt of a petition filed on behalf of the Blue Crab Coalition (hereinafter “petitioner”), comprising 27 domestic crabmeat processors. The petition alleged that crabmeat from swimming crabs is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat thereof, to the domestic crabmeat industry.⁵

For purposes of this investigation, the subject merchandise was defined as crabmeat from swimming crabs (family *Portunidae*) in all its forms, including frozen, fresh and chilled crabmeat, however packed, preserved, pasteurized, or prepared, and of any grade or size (such as jumbo lump, lump, backfin, claw, select, and the like).⁶

Domestic Industry

Like or directly competitive product

Statutory Framework and Commission Practice. Section 202(b)(1)(A) of the Trade Act requires that we determine whether an article is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat thereof, to “the domestic industry producing an

³ Commissioner Bragg joins the Commission majority’s discussion of what constitutes the domestic like product, the domestic industry, and increased imports. Although she concurs with certain of her colleagues in determining that increased imports are neither a substantial cause of serious injury nor a substantial cause of the threat of serious injury to the domestic industry, the basis for her determination differs somewhat from that of her colleagues. She therefore issues separate views regarding her injury and causation findings.

⁴ Chairman Koplan and Vice Chairman Okun dissent from this determination. They found that crabmeat from swimming crabs is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury to the domestic industry. They also found that imports from Mexico contributed importantly to this serious injury. They join in the discussion of the background and domestic industry. *See Dissenting Views of Chairman Stephen Koplan and Vice Chairman Deanna Tanner Okun.*

⁵ Except where otherwise stated, all references herein to “crabmeat” refer to crabmeat from swimming crabs.

⁶ The petition initially included shelf-stable crabmeat packed in airtight containers, which is produced using additives and a thermal manufacturing process so that the crabmeat requires no refrigeration. The petitioner subsequently requested that the scope of the investigation be amended to exclude shelf-stable crabmeat, and on June 23, 2000, the Commission amended the scope of the investigation to exclude this product. There was no known domestic production of shelf-stable crabmeat from swimming crabs during the period examined. *Crabmeat From Swimming Crabs, Report on Investigation No. TA-201-71* (hereinafter “Report”) at II-3, n.3.

article that is like or directly competitive with the imported article.”⁷

The legislative history of the Trade Act defines the term "like" to mean those articles which are “substantially identical in inherent or intrinsic characteristics (i.e., materials from which made, appearance, quality, texture, etc.),” and the term “directly competitive” to mean those articles which are “substantially equivalent for commercial purposes, that is, are adapted to the same uses and are essentially interchangeable therefor.”⁸ The decision regarding like or directly competitive product is a factual determination.⁹

In determining what constitutes the like or directly competitive domestic product, the Commission traditionally has taken into account such factors as the physical properties of the product, its customs treatment, where and how it is made (e.g., whether products are manufactured in separate facilities), its uses, and the marketing channels through which the product is sold.¹⁰ Each of the factors is relevant, but the weight given to each particular factor will depend upon the facts in the particular case.¹¹ The Commission traditionally has looked for clear dividing lines among possible products, and has disregarded minor variations.¹²

Arguments of the parties. Petitioner argued that domestic crabmeat from swimming crabs is like or directly competitive with imported crabmeat from swimming crabs. With respect to physical properties, petitioner stated that both the imported and domestic articles are produced from swimming crabs, and have the same fundamental appearance, quality, and texture. Petitioner also asserted that the uses, manufacturing processes, and marketing channels are the same for domestic and imported crabmeat. Petitioner also argued that the uses for imported and domestic crabmeat are the same, *i.e.*, for human consumption in crabmeat dishes. Petitioner argued that imported and domestic crabmeat are viewed as substitutes for one another, and are used interchangeably.¹³ Petitioner argued that domestic fresh, frozen, and pasteurized forms of crabmeat from swimming crabs, and all grades (*e.g.*, jumbo lump, backfin, claw meat, etc.) and sizes of crabmeat from swimming crabs, are part of a single like product.¹⁴ However, petitioner argued that domestic crabmeat from walking crabs is not like or directly competitive with crabmeat from imported swimming crabs, and that the two are viewed by purchasers as entirely different

⁷ 19 U.S.C. § 2252(b)(1)(A).

⁸ *Trade Reform Act of 1973; Report of the Committee on Ways and Means...on H.R. 10710*, H.R. Rep. No. 571, 93rd Cong., 1st Sess., at 45 (1973); and *Trade Reform Act of 1974, Report of the Committee on Finance... on H.R. 10710*, S. Rep. No. 1298, 93rd Cong., 2d Sess., at 121-122 (1974).

⁹ *See, e.g., Circular Welded Carbon Quality Line Pipe*, Inv. No. TA-201-70, USITC Pub. 3261 (December 1999) at I-10; *Certain Steel Wire Rod*, Inv. No. TA-201-69, USITC Pub. 3207 (July 1999) at I-8; *Lamb Meat*, Inv. No. TA-201-68, USITC Pub. 3176 (April 1999) at I-10; *Wheat Gluten*, Inv. No. TA-201-67, USITC Pub. 3088 (March 1998) at I-9.

¹⁰ *See, e.g., Circular Welded Carbon Quality Line Pipe* at I-10; *Certain Steel Wire Rod* at I-9, I-34; *Lamb Meat* at I-10; *Wheat Gluten* at I-9.

¹¹ *See, e.g., Circular Welded Carbon Quality Line Pipe*, at I-10; *Certain Steel Wire Rod* at I-9; *Lamb Meat* at I-10; *Wheat Gluten* at I-9.

¹² *See, e.g., Circular Welded Carbon Quality Line Pipe*, at I-10; *Certain Steel Wire Rod* at I-9, I-34; *Lamb Meat* at I-10; *Stainless Steel Table Flatware*, Inv. No. TA-201-49, USITC Pub. 1536 (June 1984) at 4-5.

¹³ Petitioner’s Prehearing Brief at 8-10.

¹⁴ Petitioner’s Prehearing Brief at 12-14.

products.¹⁵

None of the respondents disputed petitioner's proposed like product definition. The Venezuelan respondents stated that they agreed with petitioner that fresh and pasteurized crabmeat are a single like product.¹⁶

Finding. We find that domestic crabmeat from swimming crabs is "like" the imported crabmeat from swimming crabs that is the subject of this investigation and that there is one domestic like product. Domestic crabmeat from swimming crabs is substantially identical to imported crabmeat from swimming crabs in its inherent and intrinsic characteristics. In terms of physical properties, both have the same fundamental appearance, quality, and texture. Domestic crabmeat is derived almost exclusively from Atlantic blue crabs (*Callinectes sapidus*), while imported crabmeat is derived from several kinds of swimming crabs, with much of the imported Asian crabmeat derived from *Portunus pelagicus* crabs.¹⁷ The parties agreed that, although Asian *Portunus pelagicus* crabs may be somewhat thicker and yield more meat, they are basically identical in appearance and structure to the Atlantic blue crabs.¹⁸

Both domestic and imported crabmeat are produced using the same basic process, in which live crabs are cooked in a large pressure cooker, and after the crabs have cooled, workers use knives to split up the crabs and extract the meat.¹⁹ Both domestic and imported crabmeat are used for human consumption, either directly or as part of a recipe, such as in crab cakes or crab soup.²⁰ Both domestic and imported crabmeat are sold to wholesalers, retailers, restaurants, and food service distributors.²¹

The major difference between domestic and imported crabmeat is that most domestic crabmeat is sold fresh, while most imported crabmeat is sold pasteurized. Domestic producers reported that 71.2 percent of their 1999 shipments were fresh, 13.9 percent were frozen, and 14.9 percent were pasteurized in airtight containers.²² By contrast, 13.6 percent of imported shipments were fresh, 10.1 percent were frozen, and 76.3 percent were pasteurized in airtight containers.²³

While some differences may exist in terms of taste, uses, and channels of distribution, depending on whether crabmeat is fresh or pasteurized,²⁴ we find that any such differences do not change our

¹⁵ Petitioner's Prehearing Brief at 10-11.

¹⁶ Venezuelan Respondents' Prehearing Brief at 8.

¹⁷ Report at II-4 to II-7. Some of the imported crabmeat (particularly from Mexico and Venezuela) is also derived from *Callinectes sapidus*. *Id.*

¹⁸ Petitioner's Prehearing Brief at 8; Prehearing Brief on Behalf of the Coalition for Free Trade of Crabmeat (hereinafter "Coalition Respondents") at 34; Hearing Transcript ("Tr.") at 235-236, 238 (S. Phillips).

¹⁹ Report at II-12.

²⁰ Report at II-11.

²¹ Report at II-9, II-16 to II-17.

²² Report at II-51, Table 29.

²³ Report at II-51, Table 29. Almost all imports from Asia were pasteurized, while much of the imports from Mexico and Venezuela were fresh. *Id.* at II-50.

²⁴ These differences include: (1) many purchasers indicated that they prefer the taste of fresh crabmeat to that of pasteurized crabmeat; (2) pasteurized crabmeat has a much longer shelf life than fresh crabmeat; (3) pasteurized crabmeat is more often used in "value added" products, such as crab cakes and crab soup, than fresh crabmeat; (4)

conclusion that domestic crabmeat from swimming crabs is like imported crabmeat from swimming crabs, given the overall similarities between all crabmeat from swimming crabs and the fact that no party has argued for a different like product analysis. We note that almost 90 percent of producers and 80 percent of importers indicated that imported and domestic crabmeat can be used interchangeably.²⁵ Moreover, close to half of the responding producers, importers, and purchasers stated in their questionnaire responses that different forms of crabmeat (fresh, pasteurized, and frozen) could be substituted for each other.²⁶ None of the differences between these different forms of crabmeat, or between different grades of crabmeat (e.g., jumbo lump, backfin, claw meat, etc.),²⁷ establishes a clear dividing line between them for purposes of the Commission's like product determination. In view of the above, we find that all domestically produced crabmeat from swimming crabs is like the imported crabmeat from swimming crabs.

Crabmeat From Swimming Crabs vs. Crabmeat From Walking Crabs. We find that crabmeat from walking crabs is a distinct product, and that domestic crabmeat from walking crabs is not "like" or "directly competitive" with imported crabmeat from swimming crabs. The evidence in the Commission record shows that crabmeat from walking crabs is generally different in physical characteristics, is produced differently, and is viewed as a different product by customers. Swimming crabs have relatively large muscles within the carapace (a chitinous shell covering the crab's body) that propel their swimming legs, but relatively small muscles in their swimming legs. Thus, crabmeat from swimming crabs is picked from the carapace and claws, but meat available from the legs (apart from the claws) is not used for human consumption.²⁸ By contrast, walking crabs have relatively large leg muscles but a relatively small carapace, and crabmeat from the legs of walking crabs is used for human consumption, but the meat from the carapace is typically not used for human consumption.²⁹ While crabmeat from swimming crabs is sold in picked form, the legs from walking crabs are typically sold intact and unpicked, and the consumer extracts the meat.³⁰ A majority of responding producers, importers, and purchasers indicated that crabmeat from walking crabs and crabmeat from swimming crabs cannot be substituted for each other.³¹ Accordingly, we find that imported crabmeat from swimming crabs is not like or directly competitive with domestic crabmeat from walking crabs.

Domestic Industry

Statutory framework and Commission practice. The Trade Act defines the term "domestic

a greater percentage of pasteurized crabmeat is sold in geographically distant markets, such as the Midwest and West, than fresh crabmeat; and (5) a much larger percentage of pasteurized crabmeat is distributed through food service distributors than fresh crabmeat. Report at II-10, II-16 to II-17 at Table 3, II-51 to II-52.

²⁵ Report at II-48.

²⁶ Report at II-49 to II-51.

²⁷ We note that there are no widely accepted government or industry standards for grades of crabmeat, and individual companies use a wide variety of terms to designate their products. Report at II-9.

²⁸ Report at II-4, II-7.

²⁹ Report at II-4 to II-7.

³⁰ Report at II-4 to II-7.

³¹ Report at II-47 to II-48.

industry” to mean “the domestic producers as a whole of the like or directly competitive article or those producers whose collective production of the like or directly competitive article constitutes a major proportion of the total domestic production of such article.”³²

In this part of its analysis the Commission focuses on which firms produce the like or directly competitive product. If the Commission has found that there is domestic production of one like or directly competitive product, it will find a single domestic industry and evaluate the impact of the pertinent imports on the facilities and workers producing that product.³³

Most section 201 cases involve firms producing a product at the same stage of production as the imported article. However, in some instances firms at an earlier stage of processing have accounted for a significant part of the value of the product and have been either the primary proponent or a strong supporter of relief.³⁴ Unlike the antidumping and countervailing duty provisions in title VII of the Tariff Act of 1930, section 201 does not address the issue statutorily. Over the years, the Commission generally has taken an approach similar to that developed, and later codified, under title VII.³⁵ Under that approach, the Commission includes producers of the raw product in the industry producing the processed product if it finds (1) there is a continuous line of production from the raw to the processed product, and (2) there is substantial coincidence of economic interest between the growers and the processors.³⁶

Finding. We find that the domestic crabmeat from swimming crabs industry comprises all domestic processors of crabmeat from swimming crabs, and does not include the harvesters of live crabs, the “watermen” and “crabbers” who catch live swimming crabs and supply them to processors and other buyers.^{37 38}

³² 19 U.S.C. § 2252(c)(6)(A)(i).

³³ See, e.g., *Circular Welded Carbon Quality Line Pipe* at I-12 to I-13; *Certain Steel Wire Rod* at I-10, I-36.

³⁴ See, e.g., *Lamb Meat* at I-12; *Certain Canned Tuna Fish*, Inv. No. TA-201-53, USITC Pub. 1558 (August 1984).

³⁵ 19 U.S.C. § 1677(4)(E).

³⁶ See *Lamb Meat* at I-12; *Fresh Tomatoes and Bell Peppers*, Inv. No. TA-201-66, USITC Pub. 2985 (August 1996), at I-9 to I-10; *Certain Canned Tuna Fish* at 5-7; *Apple Juice*, Inv. No. TA-201-59, USITC Pub. 1861 (June 1986) at 5-10; *Honey*, Inv. No. TA-201-14, USITC Pub. 781 (June 1976) at 7. See also *Mushrooms*, Inv. No. TA-201-3, USITC Pub. 1089 (August 1980) at 13-14 (applying these same factors, but declining to include producers of the raw product).

³⁷ The petitioner argued that the Commission should find that watermen and crabbers are not part of the domestic industry because there is not a single continuous line of production, and that the domestic industry should comprise all domestic processors of crabmeat from swimming crabs. Petitioner’s Prehearing Brief at 14-17. None of the respondents contested petitioner’s proposed definition of the domestic industry.

³⁸ Commissioner Askey concurs with the Commission’s finding that the domestic producers of crabmeat from swimming crabs (not including live crab harvesters) comprise the members of the domestic industry producing articles that are “like or directly competitive” with the imported articles. In this regard, she agrees with, and joins in, the Commission’s discussion with respect to the significant differences between crabmeat from swimming crabs and crabmeat from walking crabs, as well as the discussion concerning live crab harvesters. Accordingly, she finds that crabmeat from swimming crabs is the only product that is “like or directly competitive” with the article subject to this investigation.

Commissioner Askey notes that the focus of a section 201 investigation is on the domestic industry and the injury suffered by it. The domestic industry is defined by reference to products “like or directly competitive

Specifically, we find that there is not a single continuous line of production from the raw product, live swimming crabs, to the processed product, crabmeat from swimming crabs. The live crabs caught by watermen are not dedicated to the production of crabmeat, and less than half of live swimming crab landings are sold into the picking crab market to processors for production of crabmeat.^{39 40} Instead, a substantial percentage of live crabs are sold into the “live basket” or “bushel” market, where crabs are sold to be cooked and served intact to the ultimate consumer without commercial processing.^{41 42} Thus, we find that there is not one single continuous line of production from a raw product to the processed product, but rather two separate lines of production in which less than half of the raw product goes to the processed market. Accordingly, we find that the domestic industry does not include the harvesters of the raw product.⁴³

Increased Imports

Statutory Framework and Commission Practice. The first of the three statutory criteria for an affirmative determination under section 201 is that imports must be in “increased quantities.” Under section 202 of the Trade Act, imports have increased when the increase is “either actual or relative to domestic production.”⁴⁴ In determining whether imports have increased the Commission considers imports from all sources. The Commission traditionally has considered import trends over the most recent 5-year period as a framework for its analysis, but can consider longer or shorter periods as it deems appropriate. A simple increase in imports is sufficient to satisfy this statutory requirement.

Finding. We find that imports have increased both in actual terms and relative to domestic production. In actual terms, imports increased each year during the period examined, from 3,168,000 pounds in 1995 to 5,017,000 pounds in 1996, 8,272,000 pounds in 1997, 13,936,000 pounds in 1998, and 20,914,000 pounds in 1999.⁴⁵ The bulk of this increase occurred in 1998 and 1999, during which imports more than doubled. The ratio of imports to domestic production increased each year during the period

with” the imported article. 19 U.S.C. § 2252(b)(1)(A). Defining the “like or directly competitive” article therefore serves the function of identifying the domestic industry, but plays no independent role in the Commission’s investigation. See *Circular Welded Carbon Quality Line Pipe* at 11, n.60, and *Lamb Meat* at 2, n.7.

³⁹ Report at II-10.

⁴⁰ Because Commissioner Bragg does not rely upon the NMFS crabmeat production data, she does not join this statement. She does agree, however, that live crabs caught by watermen are not solely dedicated to the production of crabmeat. Tr. at 113-115 (Brooks, W. Phillips, and Rich).

⁴¹ Report at II-9 to II-10.

⁴² Because Commissioner Bragg does not rely upon the NMFS crabmeat production data, she does not join this statement. However, she agrees that a substantial percentage of live crabs are sold into the bushel market. Tr. at 113-115 (Brooks, W. Phillips, and Rich).

⁴³ Because we find that there is not a single continuous line of production from the raw product to the processed product, we do not reach the question of whether there is a substantial coincidence of economic interest between the watermen and the crabmeat processors.

⁴⁴ 19 U.S.C. § 2252(c)(1)(C).

⁴⁵ Report at II-18, Table 4.

examined, from 37.1 percent in 1995 to 246.6 percent in 1999.⁴⁶

In view of the above, we conclude that imports are in increased quantities.

Serious Injury or Threat of Serious Injury

Statutory framework. The second of the three statutory criteria concerns whether the domestic industry is seriously injured or threatened with serious injury. The statute defines “serious injury” to mean “a significant overall impairment in the position of a domestic industry,”⁴⁷ and “threat of serious injury” to mean “serious injury that is clearly imminent.”⁴⁸

The statute sets out a list of economic factors that the Commission must consider. With respect to serious injury, the Commission must take into account all economic factors it considers relevant, including but not limited to (1) the significant idling of productive facilities in the domestic industry, (2) the inability of a significant number of firms in the industry to carry out domestic production operations at a reasonable level of profit, and (3) significant unemployment or underemployment within the domestic industry.⁴⁹

With respect to the threat of serious injury, these factors include: (1) a decline in sales or market share, a higher and growing inventory (whether maintained by domestic producers, importers, wholesalers, or retailers), and a downward trend in production, profits, wages, productivity, or employment (or increasing underemployment) in the domestic industry; (2) the extent to which firms in the domestic industry are unable to generate adequate capital to finance the modernization of their domestic plants and equipment, or are unable to maintain existing levels of expenditures for research and development; and (3) the extent to which the United States market is the focal point for the diversion of exports of the article concerned by reason of restraints on exports of such article to, or on imports of such article into, third country markets.⁵⁰ The Commission is not limited to consideration of these factors, and it considers all economic factors that it finds relevant. The statute states that the presence or absence of any of these statutory factors is “not necessarily dispositive” of whether there is serious injury or threat of serious injury.⁵¹

Finding. For the reasons set forth below, we find that the domestic industry is not seriously injured and is not threatened with serious injury. That is, we do not find “a significant overall impairment in the position” of the industry, nor do we find that serious injury is “clearly imminent.”

Information in the investigation

Before considering serious injury or threat of serious injury to the domestic industry, we first address the issues of the various data sources in this investigation. Petitioner argued that the Commission should rely on data from the National Marine Fisheries Service (NMFS), citing the Commission’s use of U.S. Department of Agriculture (USDA) data in the *Lamb Meat* section 201 case. Petitioner argued that

⁴⁶ The ratio of U.S. imports to U.S. production was 37.1 percent in 1995, 57.2 percent in 1996, 89.9 percent in 1997, 161.7 percent in 1998, and 246.6 percent in 1999. Report at II-22, Table 6.

⁴⁷ 19 U.S.C. § 2252(c)(6)(C).

⁴⁸ 19 U.S.C. § 2252(c)(6)(D).

⁴⁹ 19 U.S.C. § 2252(c)(1)(A).

⁵⁰ 19 U.S.C. § 2252(c)(1)(B).

⁵¹ 19 U.S.C. § 2252(c)(3).

the Commission's questionnaire data contain a "survivorship bias," in that domestic firms that went out of business during the period examined did not respond to the Commission's questionnaire, and their production is not included in the questionnaire data. Thus, petitioner argued that the questionnaire data understate production for the earlier years in the period examined, and therefore understate what petitioner contended was a significant decline in domestic production. Petitioner argued that to eliminate this survivorship bias, the Commission should rely on NMFS data where available. For the reasons stated below, we have relied primarily on Commission questionnaire data in reaching our determination in this investigation. We have also taken into account the NMFS data where appropriate.

The Commission received questionnaire responses from 74 firms estimated to represent approximately 86 percent of 1998 U.S. production of crabmeat from swimming crabs.⁵² These responses included domestic producers of crabmeat from all crabmeat-producing regions and from firms of all different sizes.⁵³ Moreover, given the relatively broad coverage and comprehensiveness of our questionnaire data here, we find no reason to depart from the Commission's usual practice of relying primarily on Commission questionnaire data.

The scope of the NMFS data is limited, because the NMFS data report only the quantity and value of production, and the monthly number of employees. Also, NMFS data were only available through 1998, while the Commission questionnaires collected data through 1999. It is clear that some domestic producers exited the industry during the period examined, and did not respond to the Commission's questionnaire. At the same time, a number of current domestic producers also failed to respond to the Commission's questionnaire, including nine of the twenty-eight members of the petitioning Blue Crab Coalition. Thus, the available facts do not cause us to conclude that the Commission data are not acceptable in their industry coverage. Moreover, the Commission questionnaires are tailored to address all statutory factors, and therefore provide a more comprehensive basis than the NMFS data to assess the condition of the domestic industry.⁵⁴ Petitioner further argued that the Commission should use NMFS data for the 1995-98 period and questionnaire data for 1999.⁵⁵ However, comparisons of NMFS data for earlier years with questionnaire data for 1999 could be misleading, given the different firms responding and possibly different methodologies used in collecting the data.⁵⁶

⁵² Report at II-14. The 86 percent figure was arrived at by dividing questionnaire reported 1998 production by NMFS reported 1998 production. *Id.* at II-14, n.50. The corresponding production coverage figures for the earlier years were 62 percent for 1995, 66 percent for 1996, and 74 percent for 1997. *Id.*

⁵³ By contrast, in *Lamb Meat*, the Commission received usable questionnaire data from firms or individuals accounting for only 6 percent of domestic lamb production, and the Commission noted that it had been unable to develop a statistically valid sample of the industry. Accordingly, the Commission drew substantially on the more comprehensive published USDA data on the domestic lamb meat industry in addition to questionnaire data. *Lamb Meat* at I-16 to I-17.

⁵⁴ Respondents' Posthearing Brief, Exh. 8. The Commission did not have access here to the NMFS survey responses or any other underlying NMFS data, only the NMFS summary data.

⁵⁵ Petitioner's Prehearing Brief at 26-27.

⁵⁶ Compliance with NMFS surveys is voluntary, and there is evidence that the industry cooperation with NMFS surveys declined between 1995 and 1999. Report at II-10 n.37. Moreover, the record shows that a number of domestic producers who responded to the Commission's questionnaire had not responded to the NMFS surveys. For example, while 28 Maryland processors responded to the Commission's questionnaire, NMFS received survey responses from no more than 16 Maryland processors in 1998 (and from no more than 24 Maryland processors in 1995). See Coalition Respondents' Posthearing Brief at 12. In addition, approximately 12 percent of the NMFS reported production is not derived from actual survey responses, but is rather an estimate by NMFS of non-reported

Accordingly, we place principal reliance on Commission questionnaire data, and take into account NMFS data where appropriate.⁵⁷

Overview of the Domestic Industry

The U.S. crabmeat industry is primarily composed of a large number of small, privately-held businesses, many of which are family owned and operated. The states of Alabama, Florida, Georgia, Louisiana, Maryland, Mississippi, North Carolina, South Carolina, Texas, and Virginia account for all significant commercial production of crabmeat in the United States. Twelve large producers of crabmeat accounted for an estimated 37 percent of domestic production in 1998.⁵⁸ Many crabmeat processors produce other seafood products in addition to crabmeat, such as oysters and various types of fish.⁵⁹

Domestic crabmeat processors have focused on the production of fresh crabmeat, accounting for over 71 percent of U.S. shipments in 1999, which has a traditional and seasonal market along the east and Gulf coasts of the United States.⁶⁰ In contrast, in 1999, imported crabmeat was made up primarily of pasteurized product distributed on a nationwide basis.⁶¹ Indonesia, Thailand, Mexico and Venezuela were the principal import suppliers in 1999.⁶² This represented a shift from the earlier part of the period when imports were mostly from Mexico and Venezuela, which largely supplied fresh crabmeat, and those imports were generally considered to be complementary to the U.S. harvesting season.⁶³

The domestic industry has faced a number of challenges in recent years in addition to the increased imports. While the domestic crab supply has essentially remained steady, the number of crabs sold to the bushel market has increased, leaving less supply for processing.⁶⁴ Further, harvested live crabs are described as being increasingly smaller, yielding less meat.⁶⁵ Also, much of the growth in demand has been for pasteurized crabmeat, which offers a significantly longer shelf life than the fresh product, and is widely

production. Staff phone notes of July 10, 2000 conversation with *** of NMFS.

⁵⁷ Commissioners Miller and Hillman accept the NMFS data as reasonable indicators of trends for those factors covered by the survey. Contrary to petitioner's arguments, however, we believe that the NMFS data further support the negative determination in showing that declines in important industry performance indicators began prior to the significant increase in imports. Thus, we find no substantial causal nexus between the volume of imports during the period examined and any injury to the domestic crabmeat industry.

⁵⁸ Report at II-14.

⁵⁹ Report at II-14.

⁶⁰ Report at II-51, Table 29.

⁶¹ Report at II-51, Table 29.

⁶² Report at II-18, Table 4.

⁶³ Report at II-18, Table 4, II-49; Tr. at 97-98 (Taylor, Johnson).

⁶⁴ Report at II-10, II-60 to II-62.

⁶⁵ Tr. at 133-134 (Rich); 161 S. Phillips); 164 (Strand); Coalition Respondents' Prehearing Brief, Exh. 4(E) at 400.

preferred by the food service sector.⁶⁶

The Domestic Industry is Not Seriously Injured

In determining that the domestic industry is not seriously injured, we considered evidence relating to the specifically enumerated statutory factors, as well as evidence relating to domestic production and shipments, inventories, productivity, capital expenditures, and research and development (R&D) expenditures. Considered in their entirety, these factors do not show a significant overall impairment in the condition of the industry constituting “serious injury” within the meaning of section 202 of the Trade Act.⁶⁷

No significant idling of productive facilities. Although domestic production of crabmeat was somewhat flat over the period examined, declining slightly by 0.8 percent,⁶⁸ domestic shipments actually increased slightly by 2.5 percent from 1995 to 1999.⁶⁹ Domestic shipments increased in 1996 and 1997, declined in 1998 and rose slightly in 1999, but remained higher than in 1995. These data do not indicate a significant reduction in domestic production.

Capacity utilization declined during the period examined, but we find that this was largely a result of an increase in production capacity. Capacity utilization declined from 69.0 percent in 1995 to 58.8 percent in 1999.⁷⁰ However, production capacity increased by 15.6 percent from 11,669,000 pounds in 1995 to 13,492,000 pounds in 1999.⁷¹ The sharpest decline in capacity utilization during the period examined, from 1998 to 1999, occurred at the same time as the largest increase in capacity (almost 1 million pounds). Thus, we find that the data relating to production, capacity, and capacity utilization do not provide evidence of serious injury, given the industry’s flat production and increased capacity over the period examined.

While the NMFS data show a decline in reported U.S. production each year during the period 1995 to 1998, the data reflect much larger declines in reported production between 1990 and 1995, long before the recent surge in imports.⁷² Moreover, the declines in production suggested by the NMFS data are

⁶⁶ Report at II-10 to II-11; Tr. at 171-175 (Coffman).

⁶⁷ We note again that the statute requires demonstration of not merely injury, but *serious* injury, and not merely impairment, but a *significant* overall impairment of the position of the domestic industry.

⁶⁸ Domestic production was 8,547,000 pounds in 1995, 8,778,000 pounds in 1996, 9,199,000 pounds in 1997, 8,619,000 pounds in 1998, and 8,482,000 pounds in 1999. Report at II-25, Table 8.

⁶⁹ The volume of U.S. producers’ U.S. shipments was 8,277,000 pounds in 1995, 8,539,000 pounds in 1996, 9,026,000 pounds in 1997, 8,421,000 pounds in 1998, and 8,481,000 pounds in 1999. The value of U.S. producers’ U.S. shipments was \$72,679,000 in 1995, \$73,646,000 in 1996, \$79,691,000 in 1997, \$75,321,000 in 1998 and \$73,350,000 in 1999. Report at II-26, Table 9.

⁷⁰ Capacity utilization was 69.0 percent in 1995, 69.2 percent in 1996, 69.8 percent in 1997, 65.7 percent in 1998, and 58.8 percent in 1999. Report at II-25, Table 8.

⁷¹ Production capacity was 11,669,000 pounds in 1995, 12,069,000 pounds in 1996, 12,555,000 pounds in 1997, 12,529,000 pounds in 1998, and 13,492,000 pounds in 1999. Report at II-25, Table 8.

⁷² The NMFS data show reported U.S. production of 19,974,000 pounds in 1990; 27,181,000 pounds in 1991; 16,198,000 pounds in 1992; 18,170,000 pounds in 1993; 18,600,000 pounds in 1994; 13,866,000 pounds in 1995; 13,241,000 pounds in 1996; 12,456,000 pounds in 1997; and 10,052,000 pounds in 1998. Report at II-25.

consistent with the decline in live crab landings destined for the processor market as opposed to the bushel market.⁷³ We do not find the NMFS data indicate a significant idling of productive facilities.

NMFS data show that the number of firms responding to the survey fell from 172 firms in 1990 to 147 firms in 1995, and further declined to 119 firms in 1998.⁷⁴ However, for the reasons previously stated, we do not conclude that a reduction in the number of firms responding to the NMFS survey necessarily represents actual exit of all of these firms from the industry. Since many firms also produce other seafood products at their processing facilities, there is some indication that some exiting firms may not have closed down, but rather chose to concentrate on producing products other than crabmeat.⁷⁵

Both Commission and NMFS data suggest that there were some plant closures and production curtailment during the period examined.⁷⁶ It is also undisputed that some crabmeat processors entered the market during the period as well.⁷⁷ Given that the crabmeat industry contains many small family-operated businesses,⁷⁸ it is not surprising that the record reflects such exit and entry during the period, but given the flat production trend and the increase in production capacity, we do not find that the plant closures and production slowdowns during the period demonstrate a significant idling of productive facilities.

No inability of a significant number of firms to operate at a reasonable level of profit. The domestic industry as a whole reported positive operating income in each of the five years of the period examined. Operating income increased in 1996, then declined in 1997, 1998, and 1999. Overall, operating income declined by 14.5 percent over the period from \$2,876,000 in 1995 to \$2,458,000 in 1999.⁷⁹ However, the ratio of operating income to net sales fluctuated within a relatively small range, declining only slightly overall from 4.6 percent in 1995 to 4.2 percent in 1999.⁸⁰ In addition, net sales value and gross profit on a per pound basis both increased from 1995 to 1999.⁸¹ While the decline in operating income suggests that the industry may be experiencing difficulties, the increases in these ratios, and the modest decline in the operating margin, demonstrate that the industry's difficulties do not rise to the level of "serious" injury and "significant" overall impairment.

With respect to the financial performance of individual firms, in 1999, 37 percent (16 of 43) of the

⁷³ See Report at II-45, Table 26.

⁷⁴ NMFS data show 172 firms in 1990, 186 firms in 1991, 181 firms in 1992, 171 firms in 1993, 162 firms in 1994, 147 firms in 1995, 139 firms in 1996, 137 firms in 1997, and 119 firms in 1998. Report at II-13.

⁷⁵ Report at II-14, II-14 to II-15; Tr. at 33 (Rich).

⁷⁶ Report at II-21, II-24. The record reflects a number of different reasons cited by domestic producers for these closures and production shutdowns, including shortages of raw materials and labor, and adverse weather conditions, as well as increased imports. *Id.*; see Coalition Respondents' Posthearing Brief at 19 (citing questionnaire responses).

⁷⁷ Report at II-21, II-24.

⁷⁸ Report at II-13.

⁷⁹ Overall industry operating income was \$2,876,000 in 1995, \$4,690,000 in 1996, \$4,372,000 in 1997, \$3,290,000 in 1998 and \$2,458,000 in 1999. Report at II-30, Table 12.

⁸⁰ The ratio of operating income to sales was 4.6 percent in 1995, 7.2 percent in 1996, 6.4 percent in 1997, 5.1 percent in 1998, and 4.2 percent in 1999. Report at II-30, Table 12.

⁸¹ Net sales value per pound was \$9.67 in 1995, \$9.86 in 1996, \$9.94 in 1997, \$9.92 in 1998, and \$9.78 in 1999. Gross profit per pound was \$1.68 in 1995, \$1.98 in 1996, \$2.00 in 1997, \$1.80 in 1998, and \$1.74 in 1999.

firms reporting financial data in response to Commission questionnaires reported operating losses, as compared to 30 percent (11 of 37) in 1995.⁸² However, we note that the vast majority (13 of 16) of the firms reporting operating losses in 1999 were smaller volume firms with revenues below \$1 million dollars.⁸³ Thirteen of 26 firms with revenues below \$1 million reported operating losses in 1999, while only 3 of 17 firms with revenues of \$1 million and above reported operating losses. Firms with revenues between \$1 million and \$2 million were the most profitable, with an overall operating margin of 8.6 percent, and only 1 of 9 of these producers reporting operating losses. Firms with revenues of over \$2 million were also profitable, with 2 of 8 of these producers reporting operating losses.⁸⁴ These data confirm that the domestic crabmeat industry has always been characterized by a large percentage of small volume, family owned and operated operations that may be marginally profitable during periods of strong demand. Thus, we find that the domestic industry, as a whole, is operating at a reasonable level of profit.

No significant unemployment or underemployment. Similarly, we do not find evidence of significant unemployment or underemployment in the industry. According to the record, all of the relevant indicators with respect to employment and wages increased during the period examined. The number of production and related workers (PRWs) increased in 1996 and 1997, declined in 1998, then increased in 1999, with an overall increase from 2,236 in 1995 to 2,388 in 1999.⁸⁵ The number of hours worked increased in a similar trend from 2,484,000 in 1995 to 2,848,000 in 1999.⁸⁶ Total wages paid increased from \$15,516,000 in 1995 to \$19,782,000 in 1999.⁸⁷ Average hourly wages increased from \$6.10 per hour in 1995 to \$6.95 in 1999.⁸⁸ Thus, none of these employment indicators in the Commission's questionnaire data show significant unemployment or underemployment, or support a finding that the industry is seriously injured. Moreover, there is evidence that the industry has long had a difficulty in attracting and retaining reliable workers, and has experienced labor shortages.⁸⁹ Industry productivity declined somewhat during the period examined from 3.3 pounds per hour in 1995 to 2.8 pounds per hour in 1999, with the largest decline from 1995 to 1996.⁹⁰

The NMFS data show a decline in the reported average number of employees from 4,582 in 1990

⁸² Eleven of 37 firms reported operating losses in 1995, 7 of 40 firms reported operating losses in 1996, 8 of 41 firms reported operating losses in 1997, 16 of 42 firms reported operating losses in 1998, and 16 of 43 firms reported operating losses in 1999. Report at II-30, Table 12.

⁸³ Report at II-31, Table 14.

⁸⁴ Report at II-31, Table 14.

⁸⁵ The number of production and related workers was 2,236 in 1995, 2,339 in 1996, 2,530 in 1997, 2,339 in 1998 and 2,388 in 1999. Report at II-31, Table 11.

⁸⁶ The number of hours worked was 2,484,000 in 1995, 2,725,000 in 1996, 2,911,000 in 1997, 2,763,000 in 1998 and 2,848,000 in 1999. Report at II-31, Table 11.

⁸⁷ Total wages paid were \$15,516,000 in 1995, \$17,026,000 in 1996, \$19,179,000 in 1997, \$18,935,000 in 1998 and \$19,782,000 in 1999. Report at II-31, Table 11.

⁸⁸ Average hourly wages were \$6.10 in 1995, \$6.13 in 1996, \$6.47 in 1997, \$6.73 in 1998 and \$6.95 in 1999. Report at II-28, Table 11.

⁸⁹ Petitioner's Prehearing Brief at 51-53; Report at II-27, II-61, Table 34.

⁹⁰ Industry productivity was 3.3 pounds per hour in 1995, 3.0 pounds per hour in 1996, 3.0 pounds per hour in 1997, 2.9 pounds per hour in 1998, and 2.8 pounds per hour in 1999. Report at II-28, Table 11.

to 3,459 in 1995, and a further decline to 2,941 in 1998.⁹¹ The data reflect a decline in reported employees in 1996, an increase in 1997, and a decline in 1998, but these declines in 1996 and 1998 were smaller than the declines in reported employees in 1994 and 1995 before imports had increased significantly. However, given the absence of any indication of significant unemployment or underemployment in the Commission's questionnaire data, we do not attach much weight to the NMFS data on employment. Thus, we do not find significant unemployment or underemployment within the domestic industry.

No indication of serious injury based on other relevant economic factors. In evaluating the question of serious injury, we have taken into account all relevant economic factors, including inventories, productivity, levels of capital investment, and R&D expenses. While some of these factors showed modest declines, we do not find that they demonstrate serious injury.

As noted earlier, over 70 percent of U.S. crabmeat production is of fresh crabmeat,⁹² and producers do not maintain inventories of fresh crabmeat because of its perishable nature.⁹³ U.S. producers of pasteurized and frozen crabmeat did report a minor amount of inventories.⁹⁴ The ratio of U.S. producers' inventories to production fluctuated within a narrow range between 8.2 percent in 1995 to 10.6 percent in 1998, declining slightly to 9.8 percent in 1999.⁹⁵ U.S. producers' inventories increased from 1995 to 1998, but declined by 9 percent in 1999, with an overall increase of 19.1 percent from 1995 to 1999.⁹⁶ Based on the generally low level of crabmeat inventories during the period, we do not find that this increase demonstrates serious injury, particularly given the decline in inventories in 1999.

The crabmeat industry is a labor-intensive industry, not a capital-intensive industry, and industry capital expenditures were not large during the period examined. Capital expenditures declined during the period examined from \$866,000 in 1995 to \$585,000 in 1999.⁹⁷ The crabmeat industry is likewise not an R&D intensive industry and only five domestic producers reported any R&D expenses during the reporting period examined.⁹⁸ R&D expenditures were likewise not large during the period examined, declining from a high of \$146,000 in 1995 to a low of \$17,000 in 1999.⁹⁹ Given the low levels of capital expenditures and R&D expenditures at the beginning of the period examined, we do not attach much significance to the declines in these indicators during the period, and do not find those declines to evidence serious injury.

In sum, the evidence does not show "significant overall impairment" in the position of the domestic

⁹¹ NMFS data show that the reported number of employees was 4,582 in 1990; 5,016 in 1991; 4,872 in 1992; 4,713 in 1993; 3,971 in 1994; 3,459 in 1995; 3,056 in 1996; 3,197 in 1997; and 2,941 in 1998. Report at II-28.

⁹² Report at II-49.

⁹³ Report at II-27.

⁹⁴ Report at II-27.

⁹⁵ The ratio of U.S. producers' end-of-period inventories to production was 8.2 percent in 1995, 9.6 percent in 1995, 9.0 percent in 1997, 10.6 percent in 1998, and 9.8 percent in 1999. Report at II-27, Table 10.

⁹⁶ U.S. producers' end-of-period inventories were 698,000 pounds in 1995, 841,000 pounds in 1996, 827,000 pounds in 1997, 911,000 pounds in 1998, and 831,000 pounds in 1999. Report at II-27, Table 10.

⁹⁷ Capital expenditures were \$866,000 in 1995, \$892,000 in 1996, \$1,003,000 in 1997, \$548,000 in 1998, and \$585,000 in 1999. Report at II-33, Table 16.

⁹⁸ Report at II-29, II-33.

⁹⁹ R&D expenses were \$146,000 in 1995, \$75,000 in 1996, \$56,000 in 1997, \$38,000 in 1998, and \$17,000 in 1999. Report at II-33, Table 16.

industry. As a result, and consistent with the overall record, we do not find that the industry is seriously injured.

The Domestic Industry Is Not Threatened With Serious Injury

In considering whether the industry is threatened with serious injury, we considered all relevant economic factors, including the statutory threat factors:

(i) a decline in sales or market share, a higher and growing inventory (whether maintained by domestic producers, importers, wholesalers, or retailers), and a downward trend in production, profits, wages, productivity, or employment (or increasing underemployment) in the domestic industry,

(ii) the extent to which firms in the domestic industry are unable to generate adequate capital to finance the modernization of their domestic plants and equipment, or are unable to maintain existing levels of expenditures for research and development,

(iii) the extent to which the United States market is the focal point for the diversion of exports of the article concerned by reason of restraints on exports of such article to, or on imports of such article into, third country markets.¹⁰⁰

No decline in sales sufficient to support a finding of threat of serious injury. The domestic industry experienced a decline in sales in the period examined. Net sales declined by 7.2 percent in volume, from 6,419,460 pounds in 1995 to 5,958,399 pounds in 1999,¹⁰¹ and by 6.1 percent in value, from \$62,047,000 in 1995 to \$58,266,000 in 1999.¹⁰² However, the quantity of domestic shipments increased by 2.5 percent from 8,277,000 pounds in 1995 to 8,481,000 pounds in 1999, and the value of domestic shipments likewise increased by 0.9 percent from \$72,679,000 to \$73,350,000 in 1999.¹⁰³ Given the increase in domestic shipments, we do not find that the relatively modest decline in net sales supports a finding of threat of serious injury.

No decline in market share sufficient to support a finding of threat of serious injury. It is undisputed that the domestic industry experienced a large decline in market share. Its share of U.S. consumption by volume declined from 73.2 percent in 1995 to 29.9 percent in 1999, and its share of U.S. consumption by value declined from 77.2 percent in 1995 to 32.1 percent in 1999.¹⁰⁴

However, the Commission record indicates that the decline in import market share occurred as

¹⁰⁰ 19 U.S.C. § 2252(c)(1)(B).

¹⁰¹ By volume, net sales were 6,419,460 pounds in 1995, 6,624,536 pounds in 1996, 6,862,998 pounds in 1997, 6,504,644 pounds in 1998, and 5,958,399 pounds in 1999. Report at II-30, Table 12.

¹⁰² By value, net sales were \$62,047,000 in 1995, \$65,297,000 in 1996, \$68,249,000 in 1997, \$64,543,000 in 1998 and \$58,266,000 in 1999. Report at II-30, Table 12.

¹⁰³ Report at II-26, Table 9.

¹⁰⁴ The domestic industry's share of U.S. consumption by volume was 73.2 percent in 1995, 65.2 percent in 1996, 54.9 percent in 1997, 41.5 percent in 1998, and 29.9 percent in 1999. The domestic industry's share of U.S. consumption by value was 77.2 percent in 1995, 73.9 percent in 1996, 60.9 percent in 1997, 46.3 percent in 1998, and 32.1 percent in 1999. Report at C-3, Table C-1.

domestic demand dramatically increased, and that the surge in imports largely supplied that increased demand, rather than significantly affecting domestic production, shipments, or sales. Domestic apparent consumption increased by 151.1 percent in volume from 11,313,000 pounds in 1995 to 28,404,000 pounds in 1999, and by 142.8 percent in value, from \$94,204,000 in 1995 to \$228,762,000 in 1999.¹⁰⁵ U.S. shipments of imports increased by 556.2 percent from 3,036,000 pounds in 1995 to 19,923,000 pounds in 1999.¹⁰⁶ Thus, import shipments increased by 16.9 million pounds, while domestic consumption increased by 17.1 million pounds, demonstrating that the increase in import shipments went to supply increased U.S. demand.

As noted earlier, from 1995 to 1999, domestic production declined slightly by 0.8 percent (65,000 pounds), the quantity of domestic shipments increased by 2.5 percent (204,000 pounds), and net sales declined by 7.2 percent (461,000 pounds).¹⁰⁷ These modest changes, including an increase in domestic shipments, confirm that the large increase in imports did not significantly affect domestic production, shipments, or sales, but rather went to supply the equally large increase in U.S. demand. Accordingly, since we find that increased imports effectively expanded the U.S. market rather than supplanting domestic production, we find that the decline in the domestic industry's market share does not support a finding of threat of serious injury,

No higher and growing inventory sufficient to support a finding of threat of serious injury. As noted earlier, U.S. producers do not maintain inventories on fresh crabmeat, but only of pasteurized and frozen crabmeat, which comprise a relatively small percentage of their production. The ratio of inventories to production fluctuated within a narrow range between 8.2 percent in 1995 to 10.6 percent in 1998, declining slightly to 9.8 percent in 1999.¹⁰⁸ Inventories increased from 1995 to 1998, but declined by 9 percent in 1999, with an overall increase of 19.1 percent from 1995 to 1999.¹⁰⁹ We find that this increase in domestic producers' inventories does not support a threat finding, given the generally low levels of inventories, the relatively stable ratio of inventories to production, and the decline in inventories in 1999.

There was a very large increase in U.S. importers' end-of-period inventories from 237,000 pounds in 1995 to 4,594,000 pounds in 1999.¹¹⁰ However, this 4.3 million pound increase in importers' inventories is much less significant when set against the much larger increases of 16.9 million pounds in import

¹⁰⁵ By volume, domestic apparent consumption was 11,313,000 pounds in 1995, 13,098,000 pounds in 1996, 16,431,000 pounds in 1997, 20,271,000 pounds in 1998, and 28,404,000 pounds in 1999. By value, domestic apparent consumption was \$94,204,000 in 1995, \$99,624,000 in 1996, \$130,915,000 in 1997, \$162,854,000 in 1998, and \$228,762,000 in 1999. Report at C-3, Table C-1.

¹⁰⁶ U.S. shipments of imports were 3,036,000 pounds in 1995, 4,559,000 pounds in 1996, 7,405,000 pounds in 1997, 11,850,000 pounds in 1998, and 19,923,000 pounds in 1999. Report at C-5, Table C-1.

¹⁰⁷ Report at II-25, Table 8; II-26, Table 9; and II-30, Table 12.

¹⁰⁸ The ratio of U.S. producers' end-of-period inventories to production was 8.2 percent in 1995, 9.6 percent in 1995, 9.0 percent in 1997, 10.6 percent in 1998, and 9.8 percent in 1999. Report at II-27, Table 10.

¹⁰⁹ U.S. producers' end-of-period inventories were 698,000 pounds in 1995, 841,000 pounds in 1996, 827,000 pounds in 1997, 911,000 pounds in 1998, and 831,000 pounds in 1999. Report at II-27, Table 10.

¹¹⁰ U.S. importers' end-of-period inventories were 237,000 pounds in 1995, 694,000 pounds in 1996, 1,555,000 pounds in 1997, 3,588,000 pounds in 1998, and 4,594,000 pounds in 1999. Report at II-43, Table 25. However, these figures are probably significantly overstated due to Phillips Foods' inclusion of product in transit on the ocean as U.S. inventory in its questionnaire response. See Report at II-44.

shipments and 17.1 million pounds in domestic consumption in the same period.¹¹¹

Moreover, despite the seemingly high level of importer inventories, there is evidence of domestic crabmeat supply shortages in the United States, particularly with respect to pasteurized crabmeat. Phillips Foods, the largest volume importer of crabmeat, stated that it is currently desperately short of product and cannot fill all customer orders, that its inventories have declined substantially from December 1999 to May 2000, and that as soon it receives shipments of imported crabmeat, it ships the crabmeat to its customers.¹¹² Thus, such importer inventories are designated for existing customer orders, and do not constitute an overhang on the market. Domestic producers have also experienced product shortages, and have purchased crabmeat from other sources, including imported crabmeat, to fill customer orders.¹¹³ Purchasers such as food service distributors and wholesalers reported that they have experienced crabmeat product shortages or have been placed on allocation, and are unable to purchase all the crabmeat they require.¹¹⁴ Thus, we find that the level of U.S. importers' inventories does not support a finding of threat of serious injury. Similarly, given the rapidly increasing demand in the United States for crabmeat, and the current product shortages, we do not find that projections of future increases in shipment by importers and foreign producers support a finding of threat of serious injury.

No indication of a threat of serious injury based on trends in other statutory factors. We have examined the trends in all other relevant factors, and found that in none of these factors do the trends demonstrate threat of serious injury. All of the relevant indicators with respect to employment and wages increased during the period examined. There were increases in the numbers of production and related workers, in the number of hours worked, in total wages paid, and in average hourly wages. Moreover, average hourly wages increased every year during the period, and, except for declines in 1998, the number of PRWs, the number of hours worked and total wages paid also increased each year, including increases in 1999. Both hourly wages and the total wages paid were at their highest levels in the period examined in 1999.¹¹⁵ Thus, trends in the employment and wages indicators do not support a finding that the industry is threatened with serious injury.

While there were slight declines in other factors during the period examined, these declines are insufficient to establish threat of serious injury. For example, industry production declined by 0.8 percent from 1995 to 1999, and industry productivity declined somewhat from 3.3 pounds per hour in 1995 to 2.8 pounds per hour in 1999.¹¹⁶

With respect to profitability, the domestic industry as a whole reported positive operating income in each of the five years of the period examined. Overall, operating income declined by 14.5 percent from 1995 to 1999, and the ratio of operating income to net sales declined from 4.6 percent in 1995 to 4.2

¹¹¹ The ratio of importers' inventories to imports was 7.5 percent in 1995, 13.8 percent in 1996, 18.8 percent in 1997, 25.7 percent in 1998, and 22.0 percent in 1999. Report at II-43, Table 25. As noted earlier, these ratios are somewhat overstated given the overstatement of Phillips Foods' inventories because of the inclusion of product in transit on the ocean. See Report at II-44.

¹¹² Report at II-44; Tr. at 191-192 (Sneed). Phillips Foods reported that its inventory of crabmeat located in its U.S. warehouses declined by 67 percent from *** pounds on December 31, 1999 to *** pounds on May 31, 2000. Coalition Respondents' Posthearing Brief at 28 and Exh. 13.

¹¹³ Coalition Respondents' Posthearing Brief, Part B, at 2 (summarizing questionnaire responses).

¹¹⁴ Tr. at 176 (Coffman); 219-220 (Hoppenjans); Coalition Respondents' Posthearing Brief, Part B, at 2-3.

¹¹⁵ Report at II-28, Table 11.

¹¹⁶ Report at II-25, Table 8, and II-28, Table 11.

percent in 1999.¹¹⁷ These overall declines are not sufficient to demonstrate threat of serious injury.

Operating income increased from 1995 to 1996, and then declined by 6.7 percent in 1997, by 24.8 percent in 1998, and by 25.2 percent in 1999.¹¹⁸ While the declines in operating income in 1998 and 1999 are much steeper than the overall decline during the period examined, we find that they are not sufficient to establish threat of serious injury, given that trends in production and productivity in 1998 and 1999 showed much more modest declines, and employment and wages paid both increased in 1999.¹¹⁹ Thus, the trends in 1998 and 1999 do not support a finding of threat of serious injury.

No evidence of inability to generate adequate capital or maintain R&D expenditures. As noted earlier, the crabmeat industry is a labor-intensive industry, not a capital-intensive industry, and industry capital expenditures were not large during the period examined. Capital expenditures declined during the period examined from \$866,000 in 1995 to \$585,000 in 1999.¹²⁰ The crabmeat industry is likewise not an R&D-intensive industry, and only five domestic producers reported any R&D expenses during the reporting period examined.¹²¹ Overall R&D expenditures were likewise not large during the period examined, declining from a high of \$146,000 in 1995 to a low of \$17,000 in 1999.¹²² Given the low levels of capital expenditures and R&D expenditures at the beginning of the period examined, we do not attach much significance to the declines in these indicators during the period, and do not find those declines to evidence serious injury.

No indication that U.S. market is the focal point for diverted exports. Finally, we do not find evidence that the U.S. market is the focal point for diversion of exports by reason of restraints on exports to or imports in third country markets. There is no allegation or evidence of diversion of exports to the United States, given that the United States has been the primary market for crabmeat produced by foreign producers throughout the period examined. Over 97 percent of all shipments by foreign crabmeat producers were exports to the United States during the period examined.¹²³ Petitioners have cited no restraints on exports or imports in any third country markets, and we have no evidence in the record of any such restraints. Based on the foregoing discussion, we conclude that the domestic industry is not threatened with serious injury.

SUBSTANTIAL CAUSE OF SERIOUS INJURY

Because we have found that the domestic industry producing crabmeat from swimming crabs is not seriously injured or threatened with serious injury, we do not make any findings as to whether increased imports are an important cause of any such injury, or the threat thereof, to the domestic industry, nor as to

¹¹⁷ Report at II-30, Table 12.

¹¹⁸ Report at II-30, Table 12.

¹¹⁹ Domestic production declined by 6.3 percent in 1998 and by 1.6 percent in 1999, while productivity declined by 0.6 percent in 1998 and by 4.7 percent in 1999. Employment declined by 7.6 percent in 1998, but then increased by 2.1 percent in 1999. Wages paid declined by 1.3 percent in 1998, but then increased by 4.5 percent in 1999. Report at C-5, Table C-1.

¹²⁰ Report at II-33, Table 16.

¹²¹ Report at II-33.

¹²² Report at II-33, Table 16.

¹²³ Report at II-34.

whether any other cause is a greater cause of such injury to the domestic industry than is increased imports. We do, however, address some of the issues and arguments relating to causation, since they are pertinent to our finding that the domestic industry is not seriously injured or threatened with serious injury by reason of imports of crabmeat from swimming crabs. We note that the record shows that many of the domestic industry's present difficulties are unrelated to imports.

As noted earlier, the surge in pasteurized imports corresponds to a huge increase in U.S. demand for crabmeat. As noted earlier, U.S. crabmeat import shipments increased by 16.9 million pounds from 1995 to 1999, while U.S. apparent consumption of crabmeat increased by 17.1 million pounds.¹²⁴ Much of this increase is attributable to growth in demand for crabmeat in new geographical markets in the United States (such as in the Midwest and West) and for different crabmeat-derived products (such as crab cakes, crab soup, and other value-added products).¹²⁵ Recent restaurant industry trade journal surveys show crab cakes moving onto the list of the top 10 appetizers for the first time.¹²⁶

Ordinarily, a huge increase in U.S. demand for crabmeat would be expected to provide the domestic industry with a significant opportunity to increase its production and sales.¹²⁷ The domestic industry's ability to take advantage of the large growth in U.S. demand for crabmeat depends in large part on (1) its level of production of pasteurized crabmeat; and (2) the availability of live crabs for processing.¹²⁸

The vast majority of domestic crabmeat production is fresh, while the vast majority of crabmeat imports are pasteurized. Domestic producers reported that 71.2 percent of their 1999 shipments were fresh, and only 14.9 percent were pasteurized. However, only 13.6 percent of imported shipments were fresh and 76.3 percent were pasteurized.¹²⁹ Furthermore, purchasers reported that 89 percent of their purchases of domestic crabmeat were of fresh product, while 85 percent of their purchases of imported crabmeat were of pasteurized product.¹³⁰ The large increase in imports, particularly in 1998 and 1999, came primarily from imports of pasteurized crabmeat from Asia (principally from Indonesia, Thailand, and the Philippines).¹³¹

Due to its perishable nature, fresh crabmeat has always been a product available in limited seasons (particularly in summer and fall) and in limited regions (particularly the mid-Atlantic Coast and Gulf Coast) in the United States. Many purchasers believe that the taste of fresh crabmeat is superior to the

¹²⁴ Report at C-3 to C-5, Table C-1.

¹²⁵ Tr. at 156, 160 (S. Phillips); 178, 220-221 (Hoppenjans); 186-188, 232-233 (Sneed); Coalition Respondents' Prehearing Brief, Exh. 18.

¹²⁶ Report at II-47; Tr. at 187 (Sneed).

¹²⁷ Petitioner contended that there are no significant technical, financial or operational barriers to U.S. processors producing pasteurized crabmeat. Petitioner stated the total cost of setting up a plant for pasteurization is less than \$20,000, which is not expensive, even for a small, family-owned crabmeat processor. Petitioner's Posthearing Brief at Q-6 to Q-7.

¹²⁸ Report at II-44.

¹²⁹ Report at II-49 to II-51, Table 29.

¹³⁰ Report at II-49.

¹³¹ Report at II-16, II-49.

taste of pasteurized crabmeat.¹³² Thus, fresh crabmeat still retains an advantage over pasteurized crabmeat in many traditional seasonal and regional markets in the United States, where taste is a principal criterion for purchasers.¹³³

However, since pasteurized crabmeat has a much longer shelf life than perishable fresh crabmeat, pasteurized crabmeat is preferred for uses requiring a long shelf life.¹³⁴ Thus, pasteurized crabmeat is preferred by purchasers such as large food service distributors, and national restaurant and grocery chains, which require a reliable year round supply of crabmeat with a long shelf life that can be shipped long distances and be put on retail shelves without risk of spoilage.¹³⁵ Fresh crabmeat does not meet these purchasers' requirements, because of its perishable quality, its limited seasonal availability, and the large fluctuations in its price due to its limited availability.¹³⁶ Pasteurized crabmeat can be used in many value-added products such as crab cakes, crab imperial, crab soup, and in the rapidly growing market for convenience foods, in which differences in taste between fresh and pasteurized crabmeat become much less distinguishable.¹³⁷ Furthermore, U.S. importers such as Phillips Foods and Byrd International, Inc. market pasteurized imported crabmeat as a premium product, emphasizing not only its longer shelf life, but also its shell-free content, consistent grading, and packaging in clear plastic containers, which many purchasers find provide significant advantages over domestic fresh crabmeat.¹³⁸ Given these significant differences, and the different markets served by fresh and pasteurized crabmeat, the record shows that competition in the United States between domestic fresh crabmeat and imported pasteurized crabmeat is limited.¹³⁹ Moreover, the Commission's pricing data reflect attenuated competition between the pasteurized imports from Asia and domestic crabmeat, whether fresh or pasteurized. The Commission's pricing data for Products 1 and 3 show that in a majority of cases the price of imported pasteurized crabmeat from Asia oversold domestic pasteurized crabmeat in 1998 and 1999, when the increase in import volumes was greatest.¹⁴⁰ In addition, the trends in price of imported pasteurized backfin from Asia (Product 1) were very different from those for the price of domestic fresh backfin (Product 2).¹⁴¹

With regard to live crabs, the domestic industry faces two significant supply difficulties, both essentially unrelated to imports: a relatively flat trend in the harvests of live crabs, and a significant decline

¹³² Report at II-11, II-51.

¹³³ Tr. at 36-37 (Bufano); 72-73 (Johnson); 193 (S. Phillips).

¹³⁴ As noted earlier, pasteurized crabmeat has a shelf life of a year or more, while fresh crabmeat has an average shelf life of 7 to 10 days. Report at II-10 to II-11.

¹³⁵ Tr. at 172-175 (Coffman); 178, 220 (Hoppenjans); 196-197 (S. Phillips); 233 (Sneed). In order for pasteurized crabmeat in airtight containers to retain its long shelf life, the containers must remain chilled, and thus are typically displayed on a bed of ice in a retail outlet. Report at II-10.

¹³⁶ Tr. at 174-175 (Coffman); 182-184 (Catanzaro).

¹³⁷ Tr. at 178-179 (Hoppenjans); 187-188 (Sneed); 236 (S. Phillips); Report at II-10 to II-11.

¹³⁸ Tr. at 167-171 (Byrd); 173-176 (Coffman); 178-180 (Hoppenjans); 182-183 (Catanzaro); 185-187 (Sneed); Report at II-10 to II-11, II-48 to II-50.

¹³⁹ See Tr. at 182 (Catanzaro).

¹⁴⁰ Report at II-58.

¹⁴¹ Report at Tables G-1, G-2; see Coalition Respondents' Posthearing Brief at 27.

in the percentage of live crabs going for processing. While demand for crabmeat has been dramatically increasing, the supply of live swimming crabs has been relatively stable, declining slightly over the last eight years, leaving the domestic industry with a limited ability to expand production to take advantage of the increased demand. NMFS data show live blue crab landings declining from 222,708,000 pounds in 1990 to 217,946,000 pounds in 1994 to 217,505,000 pounds in 1998.¹⁴² Petitioner acknowledges a decline in landings and a current scarcity of crabs in the Chesapeake Bay area.¹⁴³

Moreover, there is evidence that the relatively stable overall catch has been achieved only by the watermen expending a great deal more effort, with possible adverse consequences to the long term viability of blue crab stocks. Evidence in the record shows that the watermen's catch per unit effort has declined significantly during the past decade.¹⁴⁴ The Coalition respondents presented evidence that the blue crab has reached its limits of production, and that greater harvests are not possible under current conditions.¹⁴⁵ There is evidence that the average size of live crabs harvested has been declining in recent years.¹⁴⁶ A number of states, including Maryland, Virginia, and North Carolina, have imposed regulations limiting the efforts by watermen to harvest live crabs.¹⁴⁷ While lower crab harvests in areas such as the Chesapeake Bay may be offset in particular years by increased harvests elsewhere in the United States, it is clear that the ability of the domestic industry to expand production of crabmeat to meet increased demand is significantly constrained by the flat or slightly declining live crab harvests.

Another source of the domestic industry's difficulties is the increasing diversion of live crabs from the picking crab market for the processing of crabmeat to the live bushel crab market, which involves no commercial processing. In general, the percentage of crabs sold into the bushel market varies with the seasons, with the largest demand for bushel crabs in the summer, although Louisiana has a year round bushel market.¹⁴⁸ NMFS data suggest that the percentage of crabmeat processed has declined from 64 percent in 1990 to 61 percent in 1994 to 33 percent in 1998.¹⁴⁹ Not only has there been an increasing percentage going to the bushel market without processing, but the largest crabs with the most meat have

¹⁴² NMFS data show blue crab landings of 222,708,000 pounds in 1990; 228,214,000 pounds in 1991; 196,236,000 pounds in 1992; 252,746,000 pounds in 1993; 217,946,000 pounds in 1994; 208,105,000 pounds in 1995; 224,500,000 pounds in 1996; 227,335,000 pounds in 1997; and 217,505,000 pounds in 1998. Report at II-45, Table 26.

¹⁴³ Tr. at 109 (Brooks); Petitioner's Posthearing Brief at 47.

¹⁴⁴ Tr. at 161, 208 (S. Phillips); 164 (Strand); Coalition Respondents' Prehearing Brief, Exh. 4(A) at 369. The domestic harvests of live crabs has also been adversely affected by weather conditions, such as hurricanes, and by environmental problems, such as parasites. See Tr. at 30 (Johnson); Coalition Respondents' Prehearing Brief, Exhs. 6(A), 6(J), 6(K).

¹⁴⁵ Tr. at 163-164 (Strand). We make no finding on this issue.

¹⁴⁶ Tr. at 133-134; 161 (S. Phillips); 164 (Strand); Coalition Respondents' Prehearing Brief, Exh. 4(E) at 400.

¹⁴⁷ See, e.g., Coalition Respondents' Prehearing Brief, Exhs. 6(L), 6(M), 6(N), 6(O), 6(P), 6(Q); Report at II-11 to II-13.

¹⁴⁸ Report at II-9; Tr. at 112 (Rich).

¹⁴⁹ NMFS data suggest that the percentage of crabmeat processed was 64 percent in 1990; 85 percent in 1991; 59 percent in 1992; 51 percent in 1993; 61 percent in 1994; 48 percent in 1995; 42 percent in 1996; 39 percent in 1997; and 33 percent in 1998. Report at II-45, Table 26. The NMFS data show that the decline in this percentage predates the surge in imports in 1998 and 1999.

also been going to the bushel market, leaving crabmeat processors with not only fewer crabs to process, but also smaller crabs with less meat to pick.¹⁵⁰ Watermen generally receive a higher price for their crabs in the bushel market than they do in the picking crab market, and regard the bushel market as the high end market.¹⁵¹ Thus, crabmeat processors have faced increasing competition with the bushel market. As the percentage of crabs going into the bushel market has increased in recent years, crabmeat processors have complained that they have been left with the leftover crabs, which are smaller, contain less meat, and are of inferior quality.¹⁵² Accordingly, the ability of the domestic industry to expand production of crabmeat to meet the increase in demand is also limited by the declining percentage of high quality crabs that go to the picking crab market for processing.¹⁵³

Thus, given the supply difficulties surrounding live crabs, and the limited competition from imports due to the domestic industry's focus on fresh crabmeat, we believe the record demonstrates that increased imports of crabmeat are not the principal cause of the domestic industry's present difficulties.

CONCLUSION

For the reasons stated herein, we find that the domestic industry is not seriously injured or threatened with serious injury.

¹⁵⁰ Consumers in the bushel market prefer the large male crabs (jimmys) which contain the most meat, while female crabs (sooks) and small male crabs are sold into the picking market. Report at II-9.

¹⁵¹ Tr. at 115 (Rich), 116 (Gault).

¹⁵² Tr. at 115, 133 (Rich); 133-134; Coalition Respondents' Prehearing Brief, Exh 6(R) at 2.

¹⁵³ We make no findings as to whether the domestic industry's operating costs have increased as a result of increased labor costs, increased raw material costs, or compliance with governmental regulations such as the Hazard Analysis Critical Control Point Program, nor as to the extent to which any such increased operating costs are a cause of the domestic industry's difficulties.

SEPARATE VIEWS OF COMMISSIONER LYNN M. BRAGG

Crabmeat from Swimming Crabs

Inv. No. TA-201-71

For the reasons set forth below, I determine that increased subject imports are not a substantial cause of serious injury or the threat of serious injury to the domestic industry producing crabmeat from swimming crabs (“crabmeat”).

I join all of my colleagues with respect to our discussion of what constitutes the domestic like product, the domestic industry, and increased imports. Although I concur with certain of my colleagues in determining that increased imports are neither a substantial cause of serious injury nor a substantial cause of the threat of serious injury to the domestic industry, the basis for my determination differs somewhat, particularly with regard to my decision not to rely upon crabmeat production data obtained from the National Marine Fisheries Service (“NMFS”).¹⁵⁴ I therefore find it necessary to issue these separate views. As discussed below, my analysis is based upon the extensive data set received from domestic industry questionnaire responses, which I find to be a reliable and probative indicator of the experience of the domestic industry over the period of investigation (“POI”).

While at first glance it may appear that domestic crabmeat producers are injured by the evident and considerable increase in the volume of crabmeat imports over the POI, close scrutiny of the record indicates that domestic producers are not seriously injured or threatened with serious injury. I recognize that over the POI the domestic industry lost U.S. market share and was not able to improve its operating performance in a growing market. However, the record indicates that the domestic industry was constrained in its ability to take advantage of increased U.S. crabmeat consumption by factors entirely unrelated to subject imports, factors which include: (1) increased demand for higher-value bushel crabs, resulting in a reduction in the size of crabs available for picking which then leads to smaller grade yields, particularly in the higher-value grade categories jumbo lump and backfin, increased costs to obtain those smaller grade yields, and decreased productivity;¹⁵⁵ and (2) static or declining domestic live crab harvests. As I elaborate upon below, the record also indicates that the single most important limitation on the domestic industry’s profitability over the POI was increased demand for bushel crabs.

No Serious Injury or Threat of Serious Injury

Statutory framework. Having joined in the Commission’s finding of increased imports, I now turn to the second of the three statutory criteria: that is, whether the domestic industry is seriously injured or threatened with serious injury. The term “serious injury” is defined in the statute to mean “a significant overall impairment in the position of a domestic industry,”¹⁵⁶ and the term “threat of serious injury” is

¹⁵⁴ I note that I did rely upon the NMFS data regarding live crab landings. Importantly, the NMFS live crab landings data were based upon mandatory reporting whereas the NMFS crabmeat production data were based upon voluntary reporting. As discussed in detail below, I find, in this investigation, inherent problems with the voluntarily reported NMFS data and therefore elect not to rely upon such data. Conversely, there is no record evidence which calls into question the NMFS data based upon mandatory reporting. Accordingly, I find the data based upon mandatory reporting requirements probative.

¹⁵⁵ Crabs sold into the bushel market for eventual sale to the final end-user/consumer, generally as steamed crabs in restaurants, are known as bushel crabs. In contrast, crabs sold for use in the production of processed crabmeat are known as picking crabs.

¹⁵⁶ Section 202(c)(6)(B).

defined to mean “serious injury that is clearly imminent.”¹⁵⁷

The statute sets out certain economic factors that must be taken into account. With respect to serious injury, these factors are: (1) the significant idling of productive facilities in the domestic industry;¹⁵⁸ (2) the inability of a significant number of firms to carry out domestic production operations at a reasonable level of profit; and (3) significant unemployment or underemployment within the domestic industry.

With respect to threat of serious injury, these factors are: (1) a decline in sales or market share, a higher and growing inventory (whether maintained by domestic producers, importers, wholesalers, or retailers), and a downward trend in production, profits, wages, productivity, or employment (or increasing underemployment) in the domestic industry; (2) the extent to which firms in the domestic industry are unable to generate adequate capital to finance the modernization of their domestic plants and equipment, or are unable to maintain existing levels of expenditures for research and development; and (3) the extent to which the United States market is the focal point for the diversion of exports of the article concerned by reason of restraints on exports of such article to, or on imports of such article into, third country markets.¹⁵⁹ These factors are not exclusive; the statute instead directs consideration of all economic factors that are found to be relevant, including the listed factors. Also, the statute directs that the presence or absence of any of these factors shall not be considered “necessarily dispositive.”¹⁶⁰

The Commission has developed no set formula for determining whether an industry is seriously injured or threatened with serious injury, but instead has examined the relevant facts in the record of each investigation and made its determination on the basis of the totality of these facts.

- Data relied upon in reaching my determination

As a starting point in my analysis, and as noted above, I have elected not to rely upon the domestic crabmeat production data obtained from NMFS. Instead, I have based my determination on the extensive data received from questionnaire responses, upon finding the questionnaire data set a reliable and probative indicator of the experience of the domestic industry over the POI.

I again point out that the NMFS domestic crabmeat production data are based on a voluntary survey. The reliability of such data is therefore closely linked to the level of participation by domestic processors. Importantly, it is evident that domestic processors’ cooperation with the NMFS survey has declined over time.¹⁶¹ This conclusion is supported by comparing the NMFS data to domestic producers’ responses to the Commission’s questionnaires in this investigation.

The NMFS data indicate that both the number of domestic producers and domestic production

¹⁵⁷ Section 202(c)(6)(D). This definition is also consistent with the legislative history, which defines a “threat” of serious injury to exist “when serious injury, although not yet existing, is clearly imminent if imports [sic] trends continued unabated.” *Trade Reform Act of 1974, Report of the Committee on Finance . . . on H.R. 10710*, S. Rep. 93-1298, 93d Cong., 2d Sess. (1974), at 121.

¹⁵⁸ The statute further provides that the term “significant idling of productive facilities” includes the closing of plants or the underutilization of production capacity.

¹⁵⁹ Section 202(c)(1).

¹⁶⁰ Section 202(c)(3).

¹⁶¹ Commission Report (“Report”) at II-10.

declined considerably over the POI.¹⁶² This would appear to be supported by additional record evidence which indicates that some domestic producers closed their facilities over the POI.¹⁶³ However, questionnaire responses indicate that domestic production remained relatively stable over the POI while domestic capacity actually increased.¹⁶⁴ The questionnaire data thus suggest that although there were plant closures over the POI, such closings were in part the result of increased consolidation within the industry and are not indicative of a general downward trend in the health of the domestic industry.

More specifically, in 1995, NMFS received survey responses from 24 Maryland processors, but received only 16 responses from Maryland processors in 1998.¹⁶⁵ Based upon that data set alone, it would appear that from 1995 to 1998 the total number of Maryland crabmeat processors declined. However, the Commission received questionnaire responses from 29 Maryland crabmeat processors, of which 20 provided useable data. The questionnaire data thus indicate that there were considerably more Maryland crabmeat processors in 1998 than the number accounted for in the NMFS data.

In addition, the NMFS data indicate that in 1998 Maryland crabmeat production totaled approximately 1 million pounds.¹⁶⁶ However, the reliability of the NMFS data set is again called into question by questionnaire responses which indicate that Maryland crabmeat production was at least *** million pounds in 1998.¹⁶⁷ Actual production was likely even higher considering that additional responding producers from Maryland did not provide useable data.

Based upon all of the foregoing, I conclude that the NMFS crabmeat production data set is not a sufficiently reliable indicator of the experience of the domestic industry over the POI. Accordingly, I exclude the NMFS crabmeat production data from my analysis and rely primarily upon the extensive domestic industry data received from questionnaire responses.¹⁶⁸

- Overview of the domestic crabmeat industry & relevant conditions of competition

Over the POI (1995-1999), annual U.S. crabmeat consumption increased from 11.3 million pounds to 28.4 million pounds.¹⁶⁹ During this period, U.S. producers' production and shipments remained constant

¹⁶² Report at II-13.

¹⁶³ Hearing Transcript ("Tr.") at 17-18 (Gault); Tr. at 20 (Purvis).

¹⁶⁴ Report at II-25. For example, questionnaire data indicate that domestic production capacity increased from approximately 11.67 million pounds in 1995 to 13.49 million pounds in 1999, an increase of over 15 percent. *Id.*

¹⁶⁵ Table 1, Report at II-15. Importantly, more than one third of the original petitioners in this investigation were comprised of Maryland processors. In addition, Maryland crabmeat processors account for over *** percent of the questionnaire responses received by the Commission in this investigation. Accordingly, I find the discrepancies between the NMFS data and the data received from Maryland questionnaire responses to be of particular significance.

¹⁶⁶ Table 1, Report at II-15.

¹⁶⁷ Domestic Producers' Questionnaire Responses.

¹⁶⁸ As noted, I do rely upon the NMFS live crab landings data for the reasons stated previously. *See supra* n.1.

¹⁶⁹ Report at II-23.

while the volume of crabmeat imports surged.¹⁷⁰ As a result, U.S. producers' market share decreased from 73.2 percent in 1995 to 29.9 percent in 1999, while subject imports' market share increased from 26.8 percent in 1995 to 70.1 percent in 1999.¹⁷¹

Primary sources of subject imports include, in order of 1999 U.S. market share, Indonesia (***) percent), Thailand (***) percent), Mexico (***) percent), Venezuela (***) percent), China (***) percent), and the Philippines (***) percent).¹⁷² Nearly all crabmeat production in these countries is exported to the United States.

The record also indicates that the overwhelming majority of subject imports were of pasteurized crabmeat, particularly with respect to the larger volume crabmeat exporting countries, including Indonesia and Thailand.¹⁷³ In contrast, domestic producers primarily focus on the production of fresh crabmeat.¹⁷⁴ This is an important distinction because the increased demand for crabmeat in the United States appears to be primarily related to the increased availability of pasteurized crabmeat. Several large volume food distributors and purchasers indicated that the relatively long shelf life of pasteurized crabmeat, one year or more if chilled, versus fresh crabmeat's average shelf life of 7 to 10 days, has led to increased demand for pasteurized crabmeat and static demand for fresh crabmeat.¹⁷⁵

In addition, and most importantly, domestic demand for higher-value bushel crabs increased over the POI,¹⁷⁶ resulting in a reduction in the size of live crabs available for picking.¹⁷⁷ The reduction in the size of picking crabs resulted in a concomitant decline in the size of domestic producers' crabmeat grade yields,¹⁷⁸ as well as increased costs to obtain those smaller grade yields¹⁷⁹ and decreased productivity.¹⁸⁰ The record further indicates that live crab harvests appear to have reached their peak in the United States.¹⁸¹

¹⁷⁰ Table C-1, Report at C-3-C-5. U.S. crabmeat production was 8,547,000 pounds in 1995 and 8,482,000 pounds in 1999. Table C-1, Report at C-5.

¹⁷¹ Table C-1, Report at C-3.

¹⁷² Table C-1, Report at C-3.

¹⁷³ Report at II-50.

¹⁷⁴ Table 29, Report at II-51. Domestic producers report that in 1999 71.2 percent of their shipments was of fresh crabmeat, 14.9 percent was pasteurized, and 13.9 percent was frozen. Id.

¹⁷⁵ Report at II-10-II-11; Report at II-52; Tr. at 196-197 (Phillips); Tr. at 199-200 (Byrd).

¹⁷⁶ Tr. at 113 (Brooks).

¹⁷⁷ Tr. at 133 (Rich and Johnson).

¹⁷⁸ Tr. at 133 (Rich).

¹⁷⁹ Tr. at 133 (Rich); Table C-1, Report at C-5. Domestic unit labor costs increased from \$1.88 per pound in 1995 to \$2.46 per pound in 1999, an increase of over 30 percent. Table C-1, Report at C-5. Tr. at 133 (Johnson). Domestic producers acknowledge that smaller crabs result in smaller crabmeat grade yields. Tr. at 133 (Rich).

¹⁸⁰ Tr. at 130 (Reilly).

¹⁸¹ Posthearing Brief of the Coalition for Free Trade of Crabmeat at Exhibits 1-5.

- The domestic industry is not seriously injured

The record does not show significant idling of productive facilities in the domestic industry. The questionnaire data indicate that although there were plant closures over the POI,¹⁸² such closings were in part the result of increased consolidation within the industry and are not indicative of a general downward trend in the health of the domestic industry.¹⁸³ Moreover, the record indicates that over the POI, domestic producers' production capacity actually increased from 11.67 million pounds in 1995 to 13.49 million pounds in 1999.¹⁸⁴ In addition, the record indicates that while domestic capacity utilization decreased by 10.2 percent over the POI, total production in 1999 was virtually unchanged from 1995, declining by only 65,000 pounds over the POI.¹⁸⁵

With respect to the number of domestic firms able to carry out domestic production operations at a reasonable level of profit, the record indicates that approximately 37 percent of domestic firms reporting operating performance indicated that they sustained operating losses in 1999.¹⁸⁶ However, the percentage of domestic firms reporting losses in 1999 is not substantially different from the percentage of firms reporting operating performance at the beginning of the period of investigation, in 1995, when approximately 30 percent of domestic firms reporting operating performance indicated that they had sustained operating losses. In addition, domestic operating margins were 4.6 percent in 1995; 7.2 percent in 1996; 6.4 percent in 1997; 5.1 percent in 1998; and 4.2 percent in 1999.¹⁸⁷ Thus, over the course of the POI, operating margins decreased by only 0.4 percent. Importantly, the relative stability of operating margins coincided with steadily increasing unit labor costs, which increased from \$1.88 per pound in 1995 to \$2.46 per pound in 1999.¹⁸⁸ The record therefore does not evidence an inability of a significant number of firms to carry out domestic production at a reasonable level of profit.

With respect to significant unemployment or underemployment within the domestic industry, the record indicates that employment increased by 6.8 percent over the POI, from 2,236 production and related workers ("PRWs") in 1995 to 2,388 PRWs in 1999.¹⁸⁹ In addition, hours worked increased by 14.6

¹⁸² Tr. at 17-18 (Gault); Tr. at 20 (Purvis).

¹⁸³ I note that petitioners argue that the Commission's questionnaire data reflect a survivor bias, and therefore, such data do not reflect the condition of those firms that exited the industry over the POI. I find, however, that the only record evidence which may support this contention is the NMFS crabmeat production data. And as a result of my decision not to rely upon the NMFS crabmeat production data, as discussed earlier, I find no record evidence which supports petitioners' survivor bias contention. I therefore conclude that the questionnaire data set is a sufficiently reliable and probative indicator of the condition of the domestic industry over the POI. Accordingly, I reject petitioners' claim that the Commission's data reflect a survivor bias.

¹⁸⁴ Table C-1, Report at C-5.

¹⁸⁵ Table C-1, Report at C-5.

¹⁸⁶ Table 14, Report at II-31.

¹⁸⁷ Table C-1, Report at C-6. I note that some fluctuations in industry profits would not be unexpected over the POI considering the fluctuations in live crab harvests over the same period.

¹⁸⁸ Table C-1, Report at C-4.

¹⁸⁹ Table C-1, Report at C-5.

percent and wages paid increased by 27.5 percent¹⁹⁰ It is therefore apparent that there is no significant unemployment or underemployment within this industry.

Finally, there is no additional record evidence which indicates that the domestic industry is seriously injured as a result of any other relevant economic factors. Accordingly, and based upon all of the foregoing, I find that the domestic crabmeat industry is not seriously injured.

- The domestic industry is not threatened with serious injury

Examination of the statutory threat factors indicates that the domestic industry is not threatened with serious injury. Over the POI, domestic crabmeat production capacity, shipments, and wages and employment all increased. Domestic producers have not faced an appreciable growth in inventories and did not face measurable downward trends in production during a period of sharp growth in the volume of crabmeat imports. And although domestic industry profits declined slightly over the POI, the decline, at 0.4 percent, was not significant and in fact profitability remained relatively stable notwithstanding increased labor costs and declining productivity. I therefore find that the domestic industry is neither vulnerable nor threatened with serious injury.

First, with regard to market share, over the POI, the domestic producers' share of U.S. apparent consumption declined. This occurred even as domestic production capacity increased over the POI. In sum, the domestic producers failed to garner a share of the increasing domestic demand for crabmeat.¹⁹¹ However, because domestic producers do not have the ability to take advantage of increasing domestic consumption, these market share trends do not support a threat of serious injury finding.

Second, with regard to domestic producers' U.S. shipments, the record indicates that domestic shipments were approximately 8.28 million pounds in 1995; 8.54 million pounds in 1996; 9.03 million pounds in 1997; 8.42 million pounds in 1998; and 8.48 million pounds in 1999.¹⁹² These relatively flat shipment trends do not support a threat of serious injury finding.

Third, with regard to inventories, domestic producers' end of period inventories increased by 19.1 percent over the POI.¹⁹³ However, the ratio of inventories to shipments increased by only 1.4 percent during the same period.¹⁹⁴ The record thus indicates that there was no meaningful imbalance between domestic production and domestic shipments.

Regarding importers' inventories of the subject merchandise, the record evidences a similar trend; while the total volume of importers' inventories increased substantially over the POI, the ratio of importers' inventories to U.S. shipments of imports increased by only 15.3 percentage points.¹⁹⁵ While I recognize that even a 15.3 percentage point increase could be considered sizeable, the record indicates that importers'

¹⁹⁰ Table C-1, Report at C-5.

¹⁹¹ As discussed in the following causation analysis, it is apparent that the domestic industry's ability to take advantage of growing U.S. apparent consumption is limited by several factors entirely unrelated to increased imports, chief of which is the domestic industry's inability to supply growing demand for pasteurized crabmeat.

¹⁹² Table C-1, Report at C-5. I note that fluctuations in yearly live crab harvests over the POI would be expected to lead to some fluctuations in domestic crabmeat production during the same period.

¹⁹³ Table C-1, Report at C-5.

¹⁹⁴ Table C-1, Report at C-5.

¹⁹⁵ Table C-1, Report at C-5. The ratios of importers' inventories to U.S. shipments were 7.8 percent in 1995, 15.2 percent in 1996, 21.0 percent in 1997, 30.3 percent in 1998, and 23.1 percent in 1999. Report at II-43.

inventories were overstated by *** pounds in 1997, *** pounds in 1998, and *** pounds in 1999.¹⁹⁶ Thus, the actual increase in both importers' inventories and the ratio of such inventories to import shipments are somewhat overstated. Additionally, the impact or significance of any increase in importers' inventories is further offset by record evidence indicating a domestic supply shortfall for pasteurized crabmeat in the U.S. market, particularly at the end of the POI when importers' inventories were at their highest levels.¹⁹⁷ Accordingly, inventory trends over the POI are not indicative of a threat of serious injury.

Fourth, with regard to production, domestic crabmeat production was relatively static over the POI, decreasing by only 0.8 percent. However, as noted above, while domestic production remained stable over the POI, domestic shipments actually increased slightly, from approximately 8.28 million pounds in 1995 to 8.48 million pounds in 1999.¹⁹⁸ The trends in production, therefore, do not support a threat of serious injury finding.

Fifth, with regard to profits, domestic industry operating margins were also relatively stable over the POI, decreasing by 0.4 percent from 1995 to 1999. Domestic industry operating margins over the POI therefore do not indicate that the domestic industry is threatened with serious injury.

Sixth, with regard to wages, productivity, and employment in the domestic industry, the record indicates that wages and hours worked increased by 27.5 percent and 14.6 percent, respectively. And while productivity declined by 13.8 percent from 1995 to 1999, as discussed above, this would be expected considering that live crabs available for picking were becoming smaller over the POI, thus leading to smaller grade yields and increased costs to obtain such yields. In this context, these changes in wages, productivity, and employment do not indicate a threat of serious injury.

Seventh, with regard to capital expenditures for plant and equipment, as well as research and development expenses, domestic producers' investments declined over the POI, from capital expenditures of \$866,000 in 1995 to \$585,000 in 1999. Research and development costs appear to be a relatively minor area of investment for domestic producers as only 5 of 93 responding domestic producers reported any research and development costs over the entire POI. However, those that did report indicated that their research and development costs declined from \$146,000 in 1995 to \$17,000 in 1999.¹⁹⁹ While the decrease in capital expenditures and research and developments costs may indicate a threat of serious injury, standing alone, these factors are an insufficient basis for such a finding.

Eighth, the record contains no evidence that the U.S. market is a focal point for the diversion of any exports by reason of restraints on such exports to third country markets. The record, in fact, indicates that the U.S. market is the only large volume market for crabmeat in the world. Thus, the ability of foreign crabmeat producers to increase imports into the United States by redirecting shipments from other, non-U.S. markets is limited at best.

The record therefore indicates that although the domestic industry experienced declines in market share, productivity, capital expenditures, and research and development over the POI, there were no

¹⁹⁶ Report at II-44. The overstatement is a result of Phillips having included in its importers' inventory data the amount of crabmeat that was shipped from overseas but which was still on the water and not yet in a U.S. warehouse. According to Phillips, counting the product on the water as U.S. inventory is normal accounting practice for the firm. *Id.*

¹⁹⁷ For example, a representative from a large volume crabmeat purchaser indicated that domestic pasteurized crabmeat was not available from any source at the time of the hearing in these proceedings. Tr. at 219-220 (Hoppenjans). The record thus indicates that there was no meaningful imbalance between importers' inventories and U.S. shipments of imports.

¹⁹⁸ Table C-1, Report at C-5.

¹⁹⁹ Table 16, Report at II-33.

measurable adverse trends in inventories (whether domestic producers', importers', wholesalers', or retailers'), production, profits, wages, or employment. In addition, because the United States is already the focal point of crabmeat exports by all major foreign crabmeat producers, there is little foreign crabmeat currently sold in third country markets which could potentially be diverted to the United States. There is also no indication that any of the above factors are likely to change appreciably in the future so as to evidence a threat of material injury to the domestic industry. Accordingly, I conclude that, on the whole, the record indicates the domestic industry is not threatened with serious injury.

Causation

Statutory framework. The third statutory criterion concerns whether the subject article is being imported in such increased quantities as to be a “substantial cause” of serious injury or threat thereof. The term “substantial cause” is defined in section 202(b)(1)(B) to mean “a cause which is important and not less than any other cause.”²⁰⁰ Thus, increased imports must be both an important cause of the serious injury or threat thereof *and* a cause that is equal to or greater than any other cause.

In determining whether increased imports are a substantial cause of serious injury or threat thereof, the statute instructs that all relevant economic factors be taken into account, including but not limited to “an increase in imports (either actual or relative to domestic production) and a decline in the proportion of the domestic market supplied by domestic producers.”²⁰¹ In addition, the statute directs that the condition of the domestic industry be considered over the course of the relevant business cycle.²⁰² The statute further directs the Commission to “examine factors other than imports” that may be a cause of serious injury or threat to the domestic industry, and to include such findings in the Commission’s report.²⁰³

- Analysis of causation

Even if I were to assume, *arguendo*, that the domestic industry is seriously injured or threatened with serious injury, the record indicates that increased imports of crabmeat are not a “substantial cause” of serious injury or the threat of serious injury to the domestic crabmeat industry under section 202(b)(1)(B). Rather, any indication of serious injury or the threat of serious injury is only discernible from the record evidence which indicates that the domestic industry was constrained in its ability to take advantage of increased U.S. crabmeat consumption by factors unrelated to subject imports, factors which include: (1) increased demand for higher-value bushel crabs, resulting in a reduction in the size of crabs available for picking which then led to smaller crabmeat grade yields and increased costs to obtain those smaller grade

²⁰⁰ Section 202(b)(1)(B).

²⁰¹ Section 202(c)(1)(C).

²⁰² Section 202(c)(2)(A).

²⁰³ Section 202(c)(2)(B). The legislative history of the Trade Act includes examples of other causes “such as changes in technology or in consumer tastes, domestic competition from substitute products, plant obsolescence, or poor management,” which, if found to be more important causes of injury than increased imports, would require a negative determination. *Trade Reform Act of 1974, Report of the Committee on Finance . . . on H.R. 10710*, S. Rep. 93-1298, 93d Cong., 2d Sess. (1974), at 121.

yields;²⁰⁴ and (2) static or declining domestic live crab harvests.²⁰⁵

- in the context of serious injury

The record indicates that the volume of live crabs harvested in the United States over the POI was relatively static while the proportion of live crabs shipped to the bushel market increased.²⁰⁶ In addition, it appears that live crab harvests have reached their peak in the United States.²⁰⁷ Therefore, even if domestic producers had wanted to increase their production in response to increased demand, it is evident that they were constrained in doing so by factors entirely unrelated to subject imports. As further evidence of domestic producers having neared the ceiling of their production capabilities, many domestic producers were forced to purchase crabmeat from other sources in order to meet supply contract requirements.²⁰⁸

In fact, the most important factor which in my view explains any injury to the domestic industry is the increased demand for higher-value bushel crabs, which resulted in a reduction in the size of crabs available for picking, which in turn led to smaller crabmeat grade yields and a decline in domestic crabmeat prices. The parties agree that the size of domestic picking crabs declined over the POI and that smaller picking crabs result in smaller crabmeat grade yields, particularly with respect to the higher-value grade categories jumbo lump and backfin.²⁰⁹ The record therefore indicates that, more than any other factor, increased reliance on smaller picking crabs was largely responsible for the small reduction in prices for domestic crabmeat.

The record also indicates that domestic producers focus on production of fresh crabmeat whereas increased imports are comprised primarily of pasteurized crabmeat.²¹⁰ Importantly, any measurable evidence of underselling by imports exists only with respect to Mexican fresh crabmeat.²¹¹ However, although the volume of Mexican crabmeat increased significantly from 1995 to 1996, from 1996 to 1999, the volume of crabmeat imports from Mexico was relatively unchanged.²¹²

Finally, domestic producers contend that they are primarily injured by pasteurized crabmeat

²⁰⁴ See *supra* n.2.

²⁰⁵ Although, as noted in the above no serious injury and threat of serious injury discussion, I find that even these constraints unrelated to subject imports did not cause serious injury or the threat of serious injury to the domestic industry.

²⁰⁶ Tr. at 113 (Brooks).

²⁰⁷ Posthearing Brief of the Coalition for Free Trade of Crabmeat at Exhibits 1-5.

²⁰⁸ In their questionnaire responses, nineteen domestic producers indicated that they purchased, in the aggregate, over 1.2 million pounds of crabmeat from other sources in 1999 to fill orders, equivalent to approximately 4 percent of 1999 U.S. crabmeat consumption. Domestic Producers' Questionnaire Responses.

²⁰⁹ Tr. at 133 (Rich and Johnson); Posthearing Brief of the Coalition for Free Trade of Crabmeat at 7-8; Tr. at 133 (Rich).

²¹⁰ Report at II-50.

²¹¹ Table G-1, Report at G-3-G-12.

²¹² Table 4, Report at II-18. In addition, Mexican crabmeat is alleged to be perceived by the U.S. consumer as somewhat less valuable than domestic crabmeat because it is "less fresh." Report at II-39.

imports, not imports of fresh crabmeat.²¹³ The record information regarding this argument is rather important because the pricing data for pasteurized crabmeat indicates that, particularly with respect to imports from the large volume countries (Indonesia, Thailand, and the Philippines), imports generally oversold the domestic product, especially towards the end of the POI when the volume of such imports were at their peak.²¹⁴ In sum, I find that there is no causal connection between prices for imports and prices for the domestic like product evidenced on the record, and thus no connection with serious injury.

- in the context of threat of serious injury

There is no indication in the record that imports will threaten serious injury. As discussed above, over the POI, the performance of the domestic crabmeat industry was, and will continue to be in the future, largely determined by the increased demand for bushel crabs in the U.S. market and the decreasing size of crabs available for picking, resulting in smaller crabmeat grade yields. Domestic performance will also continue to be affected by the shift of consumer preference for pasteurized crabmeat, particularly with respect to large volume purchasers, and static live crab harvests. Given these production constraints, domestic producers will not be able to capture greater market share in the United States.

Even if the domestic industry continues to harvest increasing volumes of smaller crabs at higher production costs, there is no threat of serious injury by reason of subject imports because: (1) subject imports did not have a negative effect on prices for the domestic product over the POI (in fact, prices for imports from large volume sources increased steadily over the POI) and there is not likely to be a connection in the future, particularly given robust and increasing U.S. demand; (2) there is minimal evidence of lost sales by domestic producers to imports over the POI and no evidence that future lost sales are likely; and (3) even if domestic producers were able to shift the focus of their production away from fresh crabmeat to pasteurized crabmeat, thereby competing more directly with imports, the continuing increase in U.S. pasteurized crabmeat demand²¹⁵ will provide increased sales opportunities for domestic producers of the pasteurized product. I therefore find that there is no causal connection between increased imports and any threat of serious injury to the domestic industry.²¹⁶

Conclusion

Based upon all of the foregoing, I determine that imports, although entering the United States in increased quantities, are not a substantial cause of serious injury or the threat of serious injury to the domestic industry producing crabmeat from swimming crabs.

²¹³ Prehearing Brief of the Blue Crab Coalition at 19-21; Tr. at 48 (Gordon).

²¹⁴ Table G-1, Report at G-3-G-12.

²¹⁵ Tr. at 171 (Byrd); Tr. at 178 (Hoppenjans); Tr. at 183 (Catanzaro); Tr. at 192 (Sneed); Tr. at 206 (Phillips).

²¹⁶ I also point out that the limits on domestic producers' production, which I have found to be unrelated to subject imports, are not likely to change in the future, thus indicating that domestic producers will not be able to share measurably in any future demand increases.

**DISSENTING VIEWS OF CHAIRMAN STEPHEN KOPLAN
AND VICE CHAIRMAN DEANNA TANNER OKUN**

As noted, we join with our colleagues in the background discussion for this investigation, as well as the domestic industry analysis. However, because we find that the crabmeat is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury to the domestic crabmeat industry, and because we find that imports from Mexico both account for a substantial share of total imports and contribute importantly to serious injury, we set forth our dissenting views below.

Legal Standard

In determining whether the domestic industry has been seriously injured or threatened with serious injury under section 202, we analyze the three criteria set forth in the statute. Specifically, we must consider whether -

- (1) imports of the subject article are in *increased quantities* (either actual or relative to domestic production);
- (2) the domestic industry producing an article that is likely or directly competitive with the imported article is *seriously injured or threatened with serious injury*; and
- (3) the article is being imported in such increased quantities as to be a *substantial cause of serious injury or threat of serious injury* to the domestic industry.

We must find that all three criteria are satisfied in order to make an affirmative determination. We discuss each of these three criteria below.

Increased Imports

Statutory Framework: The first of the three statutory criteria is that imports must be in “increased quantities.” Under section 202 of the Trade Act, imports have increased when the increase is “either actual or relative to domestic production.”²¹⁷ Because section 202 is a global safeguard law, we consider imports from all sources in determining whether imports have increased. We have traditionally considered import trends over the most recent 5-year period as a framework for our analysis, but can consider longer or shorter periods as we deem appropriate, focusing on the most recent period.

Finding: Imports of crabmeat increased dramatically over the period of investigation, rising over 560 percent, from 3.2 million pounds in 1995 to 20.9 million pounds in 1999.²¹⁸ The value of such imports also increased significantly, rising from \$14.3 million in 1995 to \$117.5 million in 1999.²¹⁹ This increase was large both in absolute terms and relative to domestic production. The ratio of the volume of total U.S. imports of crabmeat to total U.S. production of crabmeat increased from a low of 37 percent in 1995 to a

²¹⁷ Section 202(c)(1)(C), 19 U.S.C. § 2252(c)(1)(C).

²¹⁸ Report at II-16; II-18, Table 4.

²¹⁹ Report at II-18, Table 4.

high of 247 percent in 1999.²²⁰ In light of the above, we find that imports are in increased quantities under the statute.

Serious Injury or Threat of Serious Injury

Statutory Framework: The second of the three statutory criteria is whether the domestic industry is either seriously injured or threatened with serious injury. Section 202(c) of the Trade Act defines “serious injury” as “a significant overall impairment in the position of a domestic industry,”²²¹ and “threat of serious injury” as “serious injury that is clearly imminent.”²²²

The statute sets out the economic factors that we are required to take into account. With respect to serious injury we must consider (1) a significant idling of productive facilities in the domestic industry, (2) the inability of a significant number of firms in the domestic industry to carry out domestic production operations at a reasonable level of profit, and (3) significant unemployment or underemployment within the domestic industry. Similarly, with respect to threat of injury, we must consider (1) a decline in sales or market share, a higher and growing inventory (whether maintained by domestic producers, importers, wholesalers, or retailers), and a downward trend in production, profits, wages, productivity, or employment (or increasing underemployment) in the domestic industry, (2) the extent to which firms in the domestic industry are unable to generate adequate capital to finance the modernization of their domestic plants and equipment, or are unable to maintain existing levels of expenditures for research and development, and (3) the extent to which the United States market is the focal point for the diversion of exports of the article concerned by reason of restraints on exports of such article to, or on imports of such article into, third country markets.²²³

We are not limited, however, to consideration of these factors, and must consider all economic factors that are relevant. The presence or absence of any of the statutory factors is not “necessarily dispositive” of whether there is serious injury or threat of serious injury.²²⁴

Finding: For the reasons set forth below, we find that the domestic industry is seriously injured.

- *Analysis of factors*

U.S. producers’ share of domestic consumption declined significantly throughout the period of investigation. As measured by quantity, the share of U.S. apparent consumption held by domestic producers declined from 73.2 percent in 1995 to 29.9 percent in 1999; commensurately, total import market share increased from 26.8 percent to 70.1 percent.²²⁵ Similarly, in terms of value, the share of U.S. apparent consumption held by domestic producers declined from 77.2 percent in 1995 to 32.1 percent in 1999, while total import market share increased from 22.8 percent to 67.9 percent during the same period.²²⁶

²²⁰ Report at II-22, Table 6.

²²¹ Section 202(c)(6)(C), 19 U.S.C. § 2252(c)(6)(C).

²²² Section 202(c)(6)(D), 19 U.S.C. § 2252(c)(6)(D).

²²³ Section 202(c)(1), 19 U.S.C. § 2252(c)(1).

²²⁴ Section 202(c)(3), 19 U.S.C. § 2252(c)(3).

²²⁵ Report at II-23, Table 7.

²²⁶ *Id.*

Despite significant increases in U.S. consumption, domestic production of crabmeat declined overall during the period of investigation, particularly in 1998 and 1999. Domestic production increased from 8.547 million pounds in 1995 to 9.199 million pounds in 1997, but then declined to 8.619 million pounds in 1998, and further declined to 8.482 million pounds in 1999.²²⁷

Capacity increased overall during the period of investigation, from 11.669 million pounds in 1995 to 13.492 million pounds in 1999. However, capacity utilization declined overall from 69.0 percent in 1995 to 58.8 percent in 1999. The most significant declines were observed in the second half of the period, *i.e.*, from 1997 to 1999, when capacity declined from a high of 69.8 percent in 1997 to 58.8 percent in 1999.²²⁸ In addition, 45 firms responded in the affirmative when asked if they had experienced any plant openings, relocations, expansions, modernizations, acquisitions, consolidations, closures, shutdowns, outages, or curtailment of production during the period of investigation. Of those responding, only three reported opening of production facilities during the period of investigation, while the majority of producers indicated that their firms had experienced closures or curtailment of production.²²⁹ Statistics published by the National Marine Fisheries Service (NMFS)²³⁰ confirm that there were closures or a curtailment of production during the period of investigation. In 1995, 147 crabmeat processors reported data to the NMFS, but only 119 firms reported data in 1998, the last year for which NMFS data was available. The NMFS data indicate that there was a net decline of 29 producers between 1996 and 1998.²³¹

A significant number of domestic crab processors have not been able to operate at a reasonable level of profit. Operating income as a ratio to net sales increased from 4.6 percent in 1995 to 7.2 percent in 1996, and then declined steadily to 4.2 percent in 1999.²³² Significantly, by 1999, 16 of 43 firms, or 37 percent, reported operating losses.²³³ Similarly, net sales increased from 1995 to 1997, and then steadily declined. By 1999, net sales were below 1995 levels.²³⁴ Capital expenditures also declined significantly over the period of investigation, initially increasing from 1995 to 1997, then declining significantly in 1998,

²²⁷ Report at II-25, Table 8.

²²⁸ *Id.*

²²⁹ Report at II-21.

²³⁰ The National Marine Fisheries Service (NMFS) collects statistical data on the U.S. crabmeat industry. Report at II-4. While respondents dispute the usefulness of NMFS data, Posthearing Brief of Respondent the Coalition for the Free Trade of Crabmeat, we do not consider the NMFS data to replace the information collected in this investigation. However, the fact is that this data confirm information received in our investigation. We recognize that the NMFS data has some limitations because participation in the NMFS survey is voluntary. It is probable that not all producers that responded to the Commission questionnaires participated in NMFS, and vice versa. Further, the latest data available for NMFS is 1998, but our investigation included 1999 data. However, NMFS data confirmed both closures and curtailments of production in the domestic crabmeat industry. It also provides useful historical information, particularly with respect to the number of crab landings and prices for live crabs.

²³¹ Report at II-24.

²³² Report at II-30, Table 12.

²³³ Report at II-31, Table 14.

²³⁴ Report at II-30, Table 12.

followed by a slight increase in 1999. However, 1999 levels were significantly less than 1995 levels.²³⁵

The number of production and related workers employed by crabmeat producers increased by 13 percent from 1995 to 1997, but fell overall by 6 percent from 1997 to 1999. The number of hours worked also increased from 1995 to 1997, but were lower in 1998 and 1999 than 1997.²³⁶ Productivity declined throughout the period of investigation.²³⁷

Because of the perishable nature of fresh crabmeat, producers do not maintain year-end inventories; however, 21 producers of pasteurized and frozen crabmeat reported minor amounts of inventory. The ratio of inventories to production fluctuated during the period of investigation, with a low of 8.2 percent in 1995 to a high of 10.6 percent in 1998. The ratio of inventories to production was 9.8 percent in 1999.²³⁸

In sum, the record reflects broad declines over the course of the period of investigation in most industry indicators. Moreover, an examination of the latter part of the period of investigation in particular indicates that between 1997 and 1999, there were significant declines in U.S. producers market share, (as measured by quantity and value), production, shipments, profitability, net sales, the number of production and related workers, and productivity. In view of these declines, we find the domestic crabmeat processing industry to be seriously injured.

Causation

Statutory Framework. Under the third criterion, we must determine whether the subject articles are being imported in such increased quantities as to be a “substantial cause” of serious injury or threat of serious injury. The term “substantial cause” is defined in section 202(b)(1)(B) to mean “a cause which is important and not less than any other cause.”²³⁹ Thus, the increased imports must be both an important cause of the serious injury or threat of serious injury *and* a cause that is not less than any other cause.

In determining whether increased imports are a substantial cause of serious injury or threat of serious injury, the statute directs that we take into account all relevant economic factors, including but not limited to “. . . an increase in imports (either actual or relative to domestic production) and a decline in the proportion of the domestic market supplied by domestic producers.”²⁴⁰ The statute also directs that we consider “the condition of the domestic industry over the course of the relevant business cycle.” We may not aggregate the causes of declining demand associated with a recession or economic downturn in the U.S. economy into a single cause of serious injury or threat of serious injury.²⁴¹ Also, the statute directs that we examine factors other than imports that may be a cause of serious injury or threat of serious injury to the domestic industry and include such findings in our report. Neither the statute nor the legislative history

²³⁵ Report at II-33, Table 16.

²³⁶ Report at II-28, Table 11.

²³⁷ *Id.*

²³⁸ Report at II-27, Table 10.

²³⁹ Section 202(b)(1)(B), 19 U.S.C. § 2252(b)(1)(B).

²⁴⁰ Section 202(c)(1)(C), 19 U.S.C. § 2252(c)(1)(C).

²⁴¹ Section 202(c)(2)(A), 19 U.S.C. § 2252(c)(2)(A).

rules out consideration of any other possible causes of injury.²⁴²

Finding. For the reasons set forth below, we determine that increased imports are both an important cause of the serious injury and not less important than any other cause. We find therefore that increased imports are a “substantial cause” of serious injury to the domestic industry.



²⁴² Section 202(c)(2)(B), 19 U.S.C. § 2252(c)(2)(B). The legislative history of the Trade Act includes examples of other causes “such as changes in technology or in consumer tastes, domestic competition from substitute products, plant obsolescence, or poor management,” which, if found to be more important causes of injury than increased imports, would require a negative determination. *Trade Reform Act of 1974, Report of the Committee on Finance on H.R. 10710*, S. Rept. 93-1298, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), at 121.

Conditions of Competition

Picked crabmeat may be marketed in three basic forms: fresh, pasteurized, or frozen. Crabmeat may be sold fresh in plastic containers. As a fresh product, crabmeat is sold in plastic containers and has a shelf life of 6 to 20 days. At the hearing there was testimony that, depending on the storage conditions, the shelf life of fresh crabmeat varied from 7 to 20 days with an average falling around 7 to 10 days. In this form, it must remain refrigerated or chilled.²⁴³ Crabmeat is also marketed pasteurized in airtight containers. Pasteurized crabmeat in airtight containers has a shelf life of 1 year or more, but the containers must remain chilled.²⁴⁴ Crabmeat is also marketed as a frozen product. However, many customers object to this form, contending that freezing imparts a “cottony” consistency to the product.^{245 246}

Domestic producers reported that about 71 percent of their crabmeat production was fresh, whereas 15 percent was packed in airtight containers and pasteurized. Conversely, importers reported that only about 14 percent of their imports were fresh, whereas 76 percent of their imports were packed in airtight containers and pasteurized.²⁴⁷ The remainder was frozen. Imports of crabmeat from Asian countries are almost all pasteurized, whereas imports of fresh crabmeat originate in such countries as Mexico and Venezuela. During 1999, 64 percent of crabmeat imports from Mexico and 27 percent of imports from Venezuela were of fresh product.²⁴⁸

Almost 90 percent of producers and 80 percent of importers indicated that imported and domestic crabmeat could be used interchangeably.²⁴⁹ Moreover, close to half of producers, importers, and purchasers reported that different forms of crabmeat could be substituted for each other. While a number of producers, importers, and purchasers claim that fresh crabmeat tastes better than pasteurized crabmeat, pasteurized has a much longer shelf life than fresh crabmeat.²⁵⁰

The U.S. market for crabmeat expanded rapidly during the period of investigation, with overall consumption of crabmeat increasing from 11.3 million pounds in 1995 to 28.4 million pounds in 1999.²⁵¹ The U.S. market is a large consumer of crabmeat and has been a focal point for exports from other countries. During the period of investigation, over 97 percent of all shipments by the foreign crabmeat

²⁴³ Report at II-10.

²⁴⁴ Report at II-11.

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ A small amount of crabmeat is also sold sterilized in airtight metal containers. Such products are shelf-stable, and thus do not require refrigeration, and have an indefinite shelf life. Domestic shelf-stable crabmeat is generally produced from dungeness crabs, whereas imported shelf-stable crabmeat is derived from swimming crabs. Report at II-11. Shelf-stable crabmeat is not included in the scope of this investigation. Report at II-3, n.2.

²⁴⁷ Report at II-50.

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ Report at II-48.

²⁵⁰ Report at II-48-49.

²⁵¹ Report at II-15.

producers responding to the Commission's questionnaires were exported to the United States.²⁵² Projections indicate that the United States will remain the primary market for at least the next two years (the only time period for which projections were available).²⁵³ Foreign capacity increased from 6.3 million pounds in 1995 to 21.6 million pounds in 1999. Likewise, foreign production increased from 3.8 million pounds in 1995 to 16.4 million pounds in 1999. Further increases in foreign capacity and production are expected in 2000 and 2001.²⁵⁴

Analysis of causation

In determining that increased imports of crabmeat are an important cause of "serious injury," we considered the amount of the increase in imports over the period of investigation, both in actual terms and relative to U.S. production.

Imports of crabmeat increased dramatically over the period of investigation, rising over 560 percent, from 3.2 million pounds in 1995 to 20.9 million pounds in 1999.²⁵⁵ The value of such imports also increased significantly, rising from \$14.3 million in 1995 to \$117.5 million in 1999.²⁵⁶ This increase was large both in absolute terms and relative to domestic production. The ratio of the volume of total U.S. imports of crabmeat to total U.S. production of crabmeat increased from a low of 37 percent in 1995 to a high of 247 percent in 1999.²⁵⁷

While this massive increase in imports was being absorbed into a growing U.S. market for crabmeat, domestic producers lost considerable market share as they were unable to capture any significant portion of this growing market. U.S. producers' share of the U.S. market for crabmeat fell from 73.2 percent in 1995 to 29.9 percent in 1999; on a value basis, U.S. producers market share fell from 77.2 percent in 1995 to 32.1 percent in 1999. Conversely, imports share of domestic consumption increased from 26.8 percent in 1995 to 70.1 percent in 1999.²⁵⁸

It is noteworthy that the increase in the volume of imports was significantly higher in absolute terms during the second half of the period, *i.e.*, from 1997 to 1999. Specifically, the volume of imports increased by 5.1 million pounds from 1995 to 1997, and then increased an additional 12.6 million pounds between 1997 and 1999.²⁵⁹ The greater increase in imports during the second half of the period is also reflected in the market share held by imports, which increased from 26.8 percent to 45.1 percent, or 18.3 percentage points from 1995 to 1997, and then increased from 45.1 percent to 70.1 percent, or 25.0

²⁵² Report at II-34.

²⁵³ *Id.*

²⁵⁴ *Id.*

²⁵⁵ Report at II-16; II-18, Table 4.

²⁵⁶ Report at II-18, Table 4.

²⁵⁷ Report at II-22, Table 6.

²⁵⁸ Report at II-23, Table 7. The market share held by imports on a value basis rose from 22.8 percent in 1995 to 67.9 percent in 1999. *Id.*

²⁵⁹ Report at II-22, Table 6.

percentage points from 1997 to 1999.²⁶⁰ This significant increase in imports during the second half of the period coincided with the decline in the condition of the domestic industry. From 1997 to 1999, when imports were increasing at a greater rate both absolutely and as a percentage of domestic consumption, U.S. production of crabmeat fell 7.8 percent from 9.199 million pounds to 8.482 million pounds, a level lower than that of 1995.²⁶¹ Similarly, domestic producers' shipments, net sales, employment, and operating income declined from 1997 to 1999 coincident with the greatest increase in imports.²⁶² This reflects the fact that increased imports are an important cause of serious injury to the domestic crabmeat industry.

The pricing data confirms that imports are an important cause of serious injury to the domestic crabmeat industry. The Commission collected pricing data from U.S. producers and importers for three specific crabmeat products. These data reflect the fact that prices for domestic crabmeat, both fresh and pasteurized, declined over the period of investigation;²⁶³ coincident with the increase in imports. Moreover, prices for imported crabmeat were lower than those for domestic crabmeat in a majority of instances.²⁶⁴

We also considered other possible causes of serious injury to the domestic industry, including respondents' claims that any injury that the domestic crabmeat industry may be experiencing is due to customer preference for imported product, a lack of availability of crabs, increased raw material costs, and the inability of U.S. producers to satisfy a growing market with the product demanded by the market. However, as discussed below, we do not view any of these other possible causes of serious injury, either individually or collectively, as a more important cause than the increase in imports.

First, we find that the record does not support respondents' argument that imports have increased the overall demand for crabmeat in the United States without taking sales from domestic producers. The record reflects the fact that domestic consumption of crabmeat increased significantly during the period of investigation. However, while U.S. producers enjoyed an increase in production and shipments during the first half of the period of investigation, domestic production declined significantly in the second half of the period. By 1999, domestic production of crabmeat had declined to levels below that in 1995. Further, the domestic product was displaced over the period by often lower-priced imported product.²⁶⁵ In addition, the increase in the quantity of imports was greater than the increase in consumption. Indeed, the overall effect of the increase in imports was to increase the *supply* of crabmeat, resulting in lower prices for crabmeat in the U.S. market. Thus, the domestic industry did not benefit from the increased consumption and experienced declines in production and prices due to the significant increase in imports in quantities greater than the increase in U.S. consumption.

²⁶⁰ Report at II-23, Table 7.

²⁶¹ Report at II-25, Table 8.

²⁶² Report at II-27-30.

²⁶³ There appears to be some seasonality in the price data as prices decline during a given year and are then higher at the beginning of the next year (compared with the ending price of the previous year). The reported price data for U.S. producers indicate that the third quarter of each year tends to have the lowest price within a given year. Thus, to account for any seasonality in the price data, trends in prices should compare the same quarter for one year to another. Data reported by U.S. producers for all three of the requested products show lower prices in every quarter of 1999 compared to the corresponding quarter of 1995. Report at G-3 to G-12, Tables G-1-G-3.

²⁶⁴ Of the 348 instances where prices for domestic crabmeat and imported crabmeat could be compared, the imported product undersold the domestic product in 195 instances, or 56 percent. Report at II-58.

²⁶⁵ Numerous domestic producers reported losing sales to the imported product on the basis of price. Report at II-48, n.78; E-3-4.

The record also does not support respondents' argument that customers prefer the imported pasteurized product to the domestic product.²⁶⁶ Almost 90 percent of producers and 80 percent of importers indicated that imported and domestic crabmeat could be used interchangeably.²⁶⁷ Less than half of responding U.S. producers reported that factors such as shell content, taste, and availability differentiate the imported and domestic product. Some producers indicated the domestic crabmeat had less shell content, while others indicated that the imported crabmeat had less shell content.²⁶⁸ While the majority of imported product was pasteurized, and the majority of domestic product is fresh crabmeat, the record does not indicate that customers prefer pasteurized over fresh product. Each has its benefits, inasmuch as a number of U.S. producers, importers, and purchasers claim that fresh crabmeat tastes better than pasteurized crabmeat, but indicated that the latter has a much longer shelf life.²⁶⁹ Therefore, we find no clear indication that the imported product was perceived to be of a higher quality.

We have also considered respondents' argument that any inability of the domestic crabmeat industry to gain sales in the growing market was due to its own inadequacy to provide a consistent year-round supply of pasteurized product. Respondents argue that some customers have a preference for pasteurized crabmeat and that the growth in the U.S. crabmeat market is due to the availability of imported pasteurized crabmeat.²⁷⁰

While a majority of domestic crabmeat sold in the U.S. market is fresh crabmeat, the domestic industry has both the capability and the capacity to produce pasteurized crabmeat. In fact, 17 out of 91 responding domestic producers indicated that improvements that they have made since 1995 include the installation of pasteurization equipment.²⁷¹ However, the influx of imported crabmeat during the period of investigation forced numerous crabmeat producers to reduce production of pasteurized crabmeat and to cut back on expansion projects and capital investments.²⁷² While prices for U.S.-produced pasteurized product were higher than the domestic fresh product over the period, the gap was smaller in 1997-99 as compared with 1995, indicating that U.S. producers may have difficulty obtaining the necessary premium for domestic pasteurized crabmeat as increased amounts of often lower-priced imported pasteurized crabmeat enter the U.S. market.²⁷³ One domestic crabmeat producer, ***, indicated that ***. ***.²⁷⁴ Similarly, ***.²⁷⁵

We have also considered respondents' argument that a shortage of crabs in the U.S. market was a more important cause of serious injury. The record does not support this argument. The available data

²⁶⁶ *E.g.*, Posthearing Brief of the Coalition for the Free Trade of Crabmeat at 34-36.

²⁶⁷ Report at II-48.

²⁶⁸ Report at II-49.

²⁶⁹ Report at II-51.

²⁷⁰ *E.g.*, Posthearing Brief of the Coalition for the Free Trade of Crabmeat at 31-32, 34-36.

²⁷¹ Table 35, Report at II-64.

²⁷² Report at E-5-E-11.

²⁷³ Report at G-3-G-8, Tables G-1 and G-2 (comparing prices for pasteurized backfin crabmeat (product 1) with prices for fresh backfin crabmeat (product 2)).

²⁷⁴ Report at E-4-5, E-10 (Response of ***).

²⁷⁵ Report at E-3-4 (Response of ***).

indicate that during the period of investigation, blue crab landings actually increased from 208.1 million pounds in 1995 to 217.5 million pounds in 1998, the last year for which data were available.²⁷⁶ Conversely, domestic producers' reported data reflect declining production from 1997 onward.²⁷⁷ Thus, the decline in production was not coincident with a decline in crab landings, but rather with a dramatic increase in imports.²⁷⁸

The reported raw materials costs gathered in this investigation also do not reflect a shortage of live crabs over the period of investigation. If the domestic industry was experiencing a significant shortage of live crabs for processing, it would presumably be reflected in increased live crab prices. However, U.S. producers reported overall declining raw materials costs during the period of investigation.²⁷⁹ Similarly, respondents' assertion that increasing operating costs, (due to such factors as increased labor costs, the implementation and maintenance of Hazard Analysis Critical Control Point Programs (HACCPs), increased operating costs due to the crab harvest, diversion to the bushel market, fall in crab size, etc.) individually caused more injury to the domestic industry than increased imports is contradicted by the questionnaire data gathered in this investigation. That data indicate that unit cost of goods sold and total unit cost of goods sold and SG&A expenses combined did not change significantly over the period of investigation.²⁸⁰

We also have considered respondents' argument that supply problems in the U.S. crabmeat market have been compounded by a diversion of an increasing number of live crabs to the bushel market. While there has been a long-term trend for a larger share of crabs to be sold in the bushel market,²⁸¹ as discussed above, the record does not reflect significant supply problems in the U.S. market. Further, the share of crabs sold into the bushel market or for picking tends to vary with the season. For example, peak crab availability in the Chesapeake Bay is usually in the fall, whereas the bushel market tends to decline with the decline of vacationers to the bay.²⁸² Therefore, the degree to which diversion to the bushel market affects the total amount of crabs available for the picking market is inherently limited.

In view of the foregoing, we find that increased imports of crabmeat are a substantial cause, and a cause no less than any other cause, either individually or collectively, of serious injury to the domestic crabmeat industry. Our finding is based on the significant increase in imports and the corresponding increasing share of the domestic market held by imports, accompanied by the declines in domestic production, net sales, shipments, capacity utilization, profitability, employment, and number of firms in the industry.

Finding With Respect to NAFTA Country Imports

²⁷⁶ Table 26, Report at II-45.

²⁷⁷ Report at II-25, Table 8.

²⁷⁸ Questionnaire responses from domestic crab producers also support the finding that the alleged shortage of live crab was not a cause of serious injury to the domestic industry. Numerous domestic producers indicated that their production declined because they could not process the crab profitably due to competition with imports, not because of any actual shortage of crabmeat. *See, e.g.*, Responses of ***, Report at E-3-4.

²⁷⁹ Report at II-31, Table 13.

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ Report at II-10.

²⁸² Report at II-9.

Statutory Framework: Section 311(a) of the NAFTA Implementation Act²⁸³ provides that if the Commission makes an affirmative injury determination in an investigation under section 202 of the Trade Act, or if the Commission is equally divided, the Commission must also find whether-

- (1) imports of the article from a NAFTA country, considered individually, account for a substantial share of total imports; and
- (2) imports of the article from a NAFTA country, considered individually or in exceptional circumstances, imports from NAFTA countries considered collectively, contribute importantly to the serious injury, or threat thereof, caused by imports.

Section 311(b)(1) states that imports from a NAFTA country “normally” will not be considered to account for a substantial share of total imports if that country is not among “the top 5 suppliers of the articles subject to the investigation, measured in terms of import share during the most recent 3-year period.”²⁸⁴ Section 311(c) defines “contribute importantly” to mean “an important cause, but not necessarily the most important cause.”²⁸⁵ In determining whether imports have contributed importantly to the serious injury or threat of serious injury, we are directed to consider “such factors as the change in import share of the NAFTA country or countries, and the level and change in the level of imports from a NAFTA country or countries.”²⁸⁶ Imports from a NAFTA country or countries “normally” will not be considered to contribute importantly to the serious injury or threat “if the growth rate of imports from such country or countries during the period in which an injurious increase in imports occurred is appreciably lower than the growth rate of total imports from all sources over the same period.”²⁸⁷

Finding: We make a negative finding with respect to imports of crabmeat from Canada, and an affirmative finding with respect to imports of crabmeat from Mexico. Canada is not a known supplier of crabmeat from swimming crabs, and therefore has not been among the top five suppliers of crabmeat during the most recent 3-year period. Based on this fact, we find that imports from Canada do not account for a substantial share of total imports and imports from Canada do not contribute importantly to the serious injury.

Mexico, however, was among the top five suppliers of subject crabmeat imports in each of the last three years of the investigation. It was the largest individual source of imports in 1997, accounting for 30.9 percent of total imports by quantity, and the third largest source in 1998 and 1999, accounting for 16.0 percent in 1998 and 12.8 percent in 1999.²⁸⁸ Accordingly, we find that imports from Mexico account for a substantial share of total imports.

We further note that, pursuant to the NAFTA Implementation Act, imports from a NAFTA country “normally” will not be considered to contribute to serious injury or the threat thereof if the growth rate of imports from that country during which an injurious increase in imports occurred is appreciably lower than the growth rate of total imports from all sources over the same period. Imports from Mexico

²⁸³ 19 U.S.C. § 1371(a).

²⁸⁴ 19 U.S.C. § 1371(b)(1).

²⁸⁵ 19 U.S.C. § 1371(c).

²⁸⁶ 19 U.S.C. § 1371(b)(2).

²⁸⁷ *Id.*

²⁸⁸ Report at II-18, Table 4.

declined from 2.556 million pounds from 1997 to 1998, then increased to 2.673 million pounds in 1999, for an overall increase of 4.57 percent.²⁸⁹ Such a divergence of import trends “normally” would indicate that imports from Mexico do not contribute importantly to the serious injury; in our view, however, the instant investigation presents a clear example for when departure from this “normal” outcome is warranted.

Specifically, notwithstanding the difference in growth rates, Mexico remained the third largest supplier of crabmeat to the United States, and Mexican imports increased overall during the last three years of the investigation. Additionally, projections for 2000 and 2001 indicate that further increases in exports from Mexico are expected during that time. In fact, ***.²⁹⁰ Furthermore, the Commission’s pricing data support a finding that imports from Mexico are contributing importantly to the serious injury. Mexico is a relatively low-priced supplier in the U.S. market. During the period of investigation, Mexican imports undersold the domestic product in 48 instances at margins of between 1.0 percent and 36.3 percent, with an average margin of 19.4 percent. Conversely, Mexican imports oversold the domestic product in only 6 reported instances, at margins of between 1.5 percent and 22.6 percent, with an average margin of 8.9 percent.²⁹¹ The results were similar from 1997 to 1999. Mexican imports ***.²⁹² Significantly, during 1999, 64 percent of imports from Mexico were of the fresh product, whereas imports of crabmeat from Asian countries were almost all pasteurized product.²⁹³ Thus, the domestic industry was facing significant competition from underpriced Mexican fresh product, while also being inundated with imports of pasteurized product from other sources.

Based on this evidence, we find that crabmeat imports from Mexico contributed importantly to the serious injury suffered by the domestic industry, notwithstanding any difference in the growth rate of Mexican imports and imports from other sources.

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ Report at II-37.

²⁹¹ Report at II-59, Table 32.

²⁹² Report at G-3-12, Tables G-1-G-3.

²⁹³ Report at II-50.

UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION

EXTRUDED RUBBER THREAD

Investigation No. TA-201-72

DETERMINATION AND VIEWS OF THE COMMISSION
(USITC Publication No. 3375, December 2000)



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION

Investigation No. TA-201-72

EXTRUDED RUBBER THREAD

DETERMINATION

On the basis of the information in the investigation, the Commission determines, pursuant to section 202(b) of the Trade Act of 1974, that extruded rubber thread¹ is not being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury or the threat of serious injury to the domestic industry producing an article like or directly competitive with the imported article.

BACKGROUND

Following receipt of a properly filed petition on June 5, 2000, by counsel on behalf of North American Rubber Thread, Fall River, MA, the Commission instituted investigation No. TA-201-72, *Extruded Rubber Thread*, under section 202 of the Trade Act of 1974 to determine whether extruded rubber thread is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat thereof, to the domestic industry producing an article like or directly competitive with the imported article

Notice of the institution of the Commission's investigation and of the scheduling of public hearings to be held in connection therewith was given by posting copies of the notice in the Office of the Secretary, U.S. International Trade Commission, Washington, DC, and by publishing the notice in the *Federal Register* of June 22, 2000 (65 FR 38856). The hearing in connection with the injury phase of the investigation was held on September 6, 2000, in Washington, DC; all persons who requested the opportunity were permitted to appear in person or by counsel.

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ For purposes of this investigation, extruded rubber thread is defined as vulcanized rubber thread, obtained by extrusion of stable or concentrated natural rubber latex of any cross sectional shape, measuring from 0.18 mm (which is 0.007 inch or 140 gauge) to 1.42 mm (which is 0.056 inch or 18 gauge) in diameter. Such extruded rubber thread is classified in heading 4007.00 of the Harmonized Tariff Schedule of the United States (HTS). Although the HTS category is provided for convenience and Customs purposes, the written description of the merchandise is dispositive.

VIEWS OF THE COMMISSION

I. INTRODUCTION

Pursuant to section 202(b) of the Trade Act of 1974 (“Trade Act”) (19 U.S.C. § 2252(b)), we determine that extruded rubber thread (“ERT”) is not being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat thereof, to the domestic industry producing ERT.²

In making determinations under section 202, the Commission analyzes the three criteria set forth in the statute. Specifically, the Commission must find that –

- (1) imports of the subject article are in *increased quantities* (either actual or relative to domestic production);
- (2) the domestic industry producing an article that is like or directly competitive with the imported article is *seriously injured or threatened with serious injury*; and
- (3) the article is being imported in such increased quantities as to be a *substantial cause of serious injury or threat of serious injury* to the domestic industry.

The Commission must find that all three criteria are satisfied to make an affirmative determination.

II. BACKGROUND

The Commission instituted this investigation effective June 22, 2000, following receipt of a petition filed by North American Rubber Thread Co., Inc. (“North American”). The petition alleged that ERT is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat of serious injury, to the domestic ERT industry.³

The imported article that is the subject of this investigation is vulcanized rubber thread, obtained by extrusion of stabilized or concentrated natural rubber latex of any cross sectional shape, measuring from 0.18 mm (0.007 inch or 140 gauge) to 1.42 mm (0.056 inch or 18 gauge) in diameter. Such merchandise is provided for in heading 4007.00.00 of the Harmonized Tariff Schedule of the United States.

During the period examined, two companies produced ERT in the United States: North American and Globe Manufacturing Co. (“Globe”), both of Fall River, Massachusetts.⁴ Globe announced its exit

² Chairman Koplan did not find the domestic industry to be seriously injured. His dissenting views on serious injury follow. He joins in the portions of the views of the Commission relating to the domestic industry, increased imports, and threat of serious injury.

Commissioner Bragg renders separate determinations with regard to defining the domestic like product and the domestic industry. *See* n.13.

³ Petition at 2.

⁴ Petition at 3.

from the ERT business on March 17, 2000,⁵ leaving North American as the sole U.S. producer.⁶ By July 30, 2000, North American had purchased all five of Globe's ERT lines, plus Globe's fine-gauge winding department.⁷ The Commission collected data from both Globe and North American.

Malaysian, Indonesian, and Thai ERT producers accounted for most of the ERT imported into the United States between 1995 and 1999. More than 70 percent of all ERT imported into the United States during the period was sourced from Malaysia and Indonesia alone, while Thailand supplied between 1 and 10 percent of imports.⁸

The Commission has investigated imports of ERT on several prior occasions. In September 1992, in an investigation under the U.S. antidumping law, the Commission determined that an industry in the United States was materially injured by reason of imports from Malaysia of ERT that were found by the U.S. Department of Commerce ("Commerce") to be sold in the United States at less than fair value.⁹ Later that same year, in an investigation under the U.S. safeguard law, the Commission was equally divided as to whether ERT was being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat thereof, to the domestic industry producing ERT.¹⁰ The President provided no relief at that time. In May 1999, in another antidumping investigation, the Commission determined that an industry in the United States was not materially injured, but was threatened with material injury, by reason of imports from Indonesia of ERT that were found by Commerce to be sold in the United States at less than fair value.^{11 12} As a result of the two affirmative

⁵ Confidential Staff Report ("CR") at II-7 and II-13, Public Report ("PR") at II-5 and II-8.

⁶ CR at II-7, PR at II-5.

⁷ CR at II-7-8, PR at II-5.

⁸ Table 2, CR at II-11, PR at II-7.

⁹ See *Extruded Rubber Thread From Malaysia*, Inv. No. 731-TA-527 (Final), USITC Pub. 2559 (Sept. 1992). Commerce issued the antidumping duty order on ERT imports from Malaysia on Oct. 7, 1992. 57 Fed. Reg. 46150 (Oct. 7, 1992). Commerce also issued a countervailing duty order on ERT from Malaysia on Aug. 25, 1992. 57 Fed. Reg. 38472 (Aug. 25, 1992). The countervailing duty order was revoked on July 28, 1998. 63 Fed. Reg. 41544 (Aug. 4, 1998).

¹⁰ *Extruded Rubber Thread*, Inv. No. TA-201-63, USITC Pub. 2563 (Dec. 1992).

¹¹ The Commission excluded Globe from the domestic industry in the 1999 antidumping duty investigation because "Globe imported a substantial volume of ERT from Indonesia during the period of investigation." The Commission determined that Globe had restructured its operations to focus on producing high-value products in the United States, such as fine-gauge and heat resistant ERT, and to substitute imports from Indonesia for its production of standard grades of ERT, which were competing head-to-head with North American's domestic product. As a result, Globe significantly reduced its domestic production while significantly increasing the volume of its imports. The Commission found that these facts suggested that Globe's primary interest lay in importation and consequently determined that appropriate circumstances existed to exclude Globe and to define the domestic industry as consisting of only North American. *Extruded Rubber Thread From Indonesia*, Inv. No. 731-TA-787 (Final), USITC Pub. 3191 (May 1999) at 5-6. Commissioner Askey did not find that appropriate circumstances existed to exclude Globe from the industry. *Id.* at 25-26.

¹² Commerce issued an antidumping duty order on imports from Indonesia on May 21, 1999. 64 Fed. Reg. 27755 (May 21, 1999).

determinations under the antidumping law, imports of ERT from both Malaysia and Indonesia remain subject to antidumping duty orders.¹³

III. DOMESTIC INDUSTRY¹⁴

Like or Directly Competitive Product

Statutory Framework and Commission Practice. Section 202(b)(1)(A) of the Trade Act requires that we determine whether an article is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat thereof, to “the domestic industry producing an article like or directly competitive with the imported article.”¹⁵

The legislative history of the Trade Act defines the term “like” to mean those articles which are “substantially identical in inherent or intrinsic characteristics (*i.e.*, materials from which made, appearance, quality, texture, etc.)” and the term “directly competitive” to mean those articles which are “substantially equivalent for commercial purposes, that is, are adapted to the same uses and are essentially interchangeable therefor.”¹⁶ The decision regarding like or directly competitive product is a factual determination.¹⁷

¹³ The antidumping duty order with respect to Malaysia was continued pursuant to a full five-year review in July 2000. *Extruded Rubber Thread from Malaysia*, Inv. No. 731-TA-527 (Review), USITC Pub. 3327 (July 2000).

¹⁴ Commissioner Bragg notes that, in this investigation, the record indicates that over the POI there was no domestic commercial production of food-grade ERT. CR at II-36, PR at II-15. Importantly, in the recent sunset review of ERT from Malaysia, the Commission, upon finding that there was no domestic commercial production of food-grade ERT, determined that food-grade ERT was not an appropriate candidate for a separate like product determination. *Extruded Rubber Thread from Malaysia*, USITC Pub. 3327 (July 2000) at 5. The Commission then considered whether food-grade ERT was a product that was “most similar in characteristics and uses with” the subject merchandise (and concluded that it was). *Id.* In contrast, in section 201 investigations, the Commission applies a different like product standard, *i.e.*, whether the domestic product is “like or directly competitive with the imported article.” 19 U.S.C. § 2252(b)(1)(A). Applying the “directly competitive” standard to the facts of this investigation, and in the absence of any domestic commercial production of food-grade ERT, Commissioner Bragg renders a negative determination with regard to food-grade ERT. She notes, however, that as a practical matter, the industry which she finds to be seriously injured is the same whether defined as domestic producers of all ERT or only of non-food grade ERT.

¹⁵ 19 U.S.C. § 2252(b)(1)(A).

¹⁶ *Trade Reform Act of 1973; Report of the Committee on Ways and Means, House of Representatives, To Accompany H.R. 10710*, H.R. Rep. No. 571, 93rd Cong., 1st Sess., at 45 (1973); and *Trade Reform Act of 1974, Report of the Committee on Finance, United States Senate, Together With Additional Views on H.R. 10710*, S. Rep. No. 1298, 93rd Cong., 2d Sess., at 121-122 (1974).

¹⁷ See, e.g., *Crabmeat from Swimming Crabs*, Inv. No. TA-201-71, USITC Pub. 3349 (Aug. 2000) at I-6; *Circular Welded Carbon Quality Line Pipe*, Inv. No. TA-201-70, USITC Pub. 3261 (Dec. 1999) at I-10; *Certain Steel Wire Rod*, Inv. No. TA-201-69, USITC Pub. 3207 (July 1999) at I-9; *Lamb Meat*, Inv. No. TA-201-68, USITC Pub. 3176 (Apr. 1999) at I-10; *Wheat Gluten*, Inv. No. TA-201-67, USITC Pub. 3088 (Mar. 1998) at I-9.

In determining what constitutes the like or directly competitive domestic product, the Commission traditionally has taken into account such factors as the physical properties of the product, its customs treatment, where and how it is made (*e.g.*, whether products are manufactured in separate facilities), its uses, and the marketing channels through which the product is sold. Each of the factors is relevant, but the weight given to each individual factor will depend upon the facts in the particular case. The Commission traditionally has looked for clear dividing lines among possible products and has disregarded minor variations.¹⁸

Arguments of the Parties. Petitioner argues that all domestically produced ERT is “like or directly competitive” with imported ERT.¹⁹ With respect to physical properties, petitioner states that both the imported and domestic articles are produced from natural rubber latex and share the same inherent physical characteristic of elasticity. Petitioner also asserts that the quality, manufacturing processes and uses are the same for both domestic and imported ERT. With respect to substitutability, petitioner argues that imported and domestic ERT are interchangeable.²⁰

Petitioner asserts that there is one imported and domestic product consisting of all grades of ERT. Although petitioner acknowledges that the imports include food and non-food grade ERT, and that there is no domestic commercial production of food grade ERT, petitioner urges that the Commission not find that food grade and non-food grade ERT are separate products. Petitioner argues that food grade ERT can be used interchangeably with non-food grade ERT in any application “from the standpoint of mechanical compatibility.” Petitioner asserts that it is made on the same equipment as non-food grade ERT, the essential characteristic of food grade (elasticity) is the same as non-food grade ERT, and the prices of food grade and non-food grade ERT are about the same.²¹

Respondents argue that the Commission should distinguish food grade ERT from non-food grade ERT. They contend that food and non-food grade ERT are significantly different products based on differing physical characteristics, end uses, U.S. Food and Drug Administration (“FDA”) regulations, and producer/consumer perceptions. They assert that food grade and non-food grade ERT are not interchangeable, primarily because food grade ERT requires FDA approval to be utilized in netting that is used to wrap meat. Respondents also argue that the purchasers of food grade and non-food grade ERT differ, since the main customers of food-grade ERT are manufacturers of meat netting, while non-food grade ERT is primarily sold to the textile industry.²² Some respondents assert that since the FDA has not approved any domestic producer to manufacture food grade ERT, “no ‘like or direct competition’ for food

¹⁸ See, *e.g.*, *Crabmeat from Swimming Crabs*, at I-6; *Circular Welded Carbon Quality Line Pipe* at I-10; *Certain Steel Wire Rod* at I-9; *Lamb Meat* at I-10; *Wheat Gluten* at I-9.

¹⁹ Petitioner states that “only relatively small quantities” of under 18 gauge ERT are made domestically. See Petition at 2.

²⁰ See Petitioner’s Posthearing Br. at 22-26, and Petition at 2. Petitioner notes that the Commission found one like product in the investigations that led to the antidumping duties on imports of ERT from Malaysia and Indonesia, and that three of the six Commissioners reached a comparable result in the 1992 ERT safeguard investigation.

²¹ Petitioner’s Posthearing Br. at 26.

²² Rubberflex and Flexfil Posthearing Br. at 4-5, Heveafil and Filati Prehearing Br. at 6, and Exh. 1, and Posthearing Br. at 14.

grade ERT exists, and it should be considered to be a separate like product.”²³ Other respondents assert that the Commission should exclude the product from the investigation or, if it includes food grade ERT, make a negative determination with respect to food grade ERT.²⁴

Finding. We find that domestic ERT is “like” the imported ERT that is the subject of this investigation and that there is one like product. The facts in this investigation support a finding that domestic ERT is substantially identical to imported ERT in its inherent and intrinsic characteristics. In terms of physical properties, all foreign and domestic ERT is vulcanized and produced by low-pressure extrusion of compounded natural rubber latex to which certain chemicals are added to ensure homogeneity.²⁵ Properties of any given type of ERT are standardized worldwide.²⁶ Moreover, all ERT is generally manufactured on similar equipment and sold by both U.S. and foreign manufacturers in standard sizes.²⁷ The parties agree that imported and domestic ERT are basically identical in appearance, meaning typically black or white, although the product is also available from U.S. sources in colors such as blue, red and cream. The specialty products produced by both U.S. and foreign manufacturers are also similar, in that they are produced according to certain specifications for specific end uses, such as fine-gauge ERT, which is normally used for hosiery, and heat-resistant ERT, which is manufactured for use primarily in underwear waistbands, where its resistance to heat retards degradation when laundered.²⁸

For the most part, U.S.-produced and imported ERT are used interchangeably²⁹ and are sold through similar channels of distribution. All ERT is sold directly to unrelated manufacturers of the final products in which the ERT is used.³⁰ Both domestic and imported ERT are primarily used in the textile industry, where such ERT is processed into panty hose, women’s apparel, underwear waistbands, sock tops, jogging suits, disposable diapers, furniture webbing, and toys or “koosh” balls.³¹ Overall, there is a moderate to high degree of substitutability between domestic and imported ERT, depending on such factors as relative prices and the extent of product differentiation between articles from other countries.³²

The evidence in the Commission’s record thus indicates that domestic and imported ERT share the same basic physical characteristics, manufacturing processes, channels of distribution, and uses, and are

²³ Rubberflex and Flexfil Posthearing Br. at 5.

²⁴ Heveafil and Filati Posthearing Br. at 15.

²⁵ CR at II-4-6, PR at II-3-4.

²⁶ CR at II-5, PR at II-3.

²⁷ CR at II-4 and I-7, PR at II-3 and II-5.

²⁸ CR at II-5, PR at II-4.

²⁹ CR at II-54, PR at II-25, noting that this response from both U.S. producers and importers echoed those of purchasers of ERT in the 2000 Malaysian antidumping review.

³⁰ CR at II-7, PR at II-5.

³¹ CR at II-5, PR at II-4.

³² CR at II-51, PR at II-23.

viewed by both U.S. producers and importers as being interchangeable.³³ While we recognize there are some differences in interchangeability and uses between different gauges and certain types of ERT such as food grade, fine-gauge and heat-resistant ERT, we do not view these different gauges or types of ERT to be separate like products.³⁴ Rather we find all gauges and types of ERT to be part of a broad continuum of product, within which there are no clear dividing lines.³⁵ The evidence indicates that producers can manufacture a range of ERT products in the same facilities, on the same equipment, and sell them through similar channels of distribution³⁶ to unrelated end users.³⁷ All ERT receives the same tariff treatment and is classified in heading 4007.00.00 of the HTS.³⁸ Moreover, although there is a range of prices for ERT (often based on gauge), even food grade ERT is believed to be priced at approximately the same levels as other forms of ERT.³⁹ Consequently, based on the significant similarities among all gauges and types of ERT, we find that all domestically produced ERT is “like” imported ERT.⁴⁰

Domestic Industry

Statutory framework and Commission practice. The Trade Act defines the term “domestic industry” to mean “the producers as a whole of the like or directly competitive article or those producers whose collective production of the like or directly competitive article constitutes a major proportion of the total domestic production of such article.”⁴¹

The focus of this inquiry is on which firms produce the like or directly competitive product. If the Commission has found that there is domestic production of one like or directly competitive product, it will find a single domestic industry and evaluate the impact of the pertinent imports on the facilities and

³³ CR at II-4-7 and 54, PR at II-3-5 and II-25.

³⁴ Only insignificant quantities of food-grade ERT and under 18 gauge rubber thread are sold in the United States. Petition at 2; CR at II-7, PR at II-5, Table 15, CR at II-38, PR at II-16.

³⁵ In deciding what constitutes the like or directly competitive product, the Commission traditionally has looked for clear dividing lines among possible products and has disregarded minor variations. *See Circular Welded Carbon Quality Line Pipe*, Inv. No. TA-201-70, USITC Pub. 3261 (Dec. 1999) at I-11 (Commission found that “the various grades and sizes of line pipe are [part] of a continuum, with no clear dividing line between any particular products within the continuum.”).

³⁶ CR at II-4, II-6-7, PR at II-3-4-5.

³⁷ CR at II-7, PR at II-5.

³⁸ CR at II-7, PR at II-5.

³⁹ CR at II-36, at PR II-15.

⁴⁰ Commissioner Askey notes that no parties argued that there are directly competitive products in this proceeding. She finds that the record does not indicate that any non-ERT products are directly competitive with ERT.

⁴¹ 19 U.S.C. § 2252(c)(6)(A)(i).

workers producing that product.⁴² We find that the domestic ERT industry consists of all domestic producers of ERT.

IV. INCREASED IMPORTS⁴³

Statutory Framework and Commission Practice. The first of the three statutory criteria for an affirmative determination under section 201 is that imports must be in “increased quantities.” Under section 202 of the Trade Act, imports are considered to have increased when the increase is “either actual or relative to domestic production.”⁴⁴ In determining whether imports have increased the Commission considers imports from all sources. The Commission traditionally has considered import trends over the most recent 5-year period as a framework for its analysis, but can consider longer or shorter periods and may focus on the most recent period as it deems appropriate. A simple increase in imports is sufficient to satisfy this statutory requirement.

Finding. Imports of ERT increased from 16.2 million pounds in 1995 to 17.3 million pounds in 1996, 19.6 million pounds in 1997, and 20.8 million pounds in 1998, but then declined to 18.6 million pounds in 1999, a level below that in 1997 and 1998.⁴⁵ This decline continued in interim 2000, with imports in January-June 2000 at 8.5 million pounds, as compared to 8.9 million pounds in January-June 1999.⁴⁶ In actual terms, imports increased by 28 percent from 1995 to 1998, but then declined by 11 percent in 1999.^{47 48}

The ratio of imports to domestic production also increased from 1995 to 1999, rising in each year between 1995 and 1998, but then declining in 1999. The ratio increased from *** percent in 1995 to *** percent in 1996, *** percent in 1997, and *** percent in 1998 (an increase of *** percentage points over the 1995 level). However, the ratio of imports to domestic production then declined to *** percent in 1999, a level significantly lower than that in 1998. The ratio was *** percent in January-June 2000, as compared to *** percent in January-June 1999.⁴⁹

In view of the above, we find that imports are in increased quantities. We take into account in our causation analysis below the fact that the quantity of imports decreased in absolute and relative terms in

⁴² See, e.g., *Crabmeat from Swimming Crabs* at I-8-9; *Circular Welded Carbon Quality Line Pipe* at I-12-13; *Certain Steel Wire Rod* at I-10, I-36.

⁴³ Commissioner Bragg joins the remainder of this opinion.

⁴⁴ 19 U.S.C. § 2252(c)(1)(C).

⁴⁵ Table 1, CR at II-9, PR at II-6, Table 2, CR at II-11, PR at II-7, Table 3, CR at II-13, PR at II-9.

⁴⁶ Table C-2, CR at C-5, Table D-1, CR at D-3.

⁴⁷ Table C-1, CR at C-3, PR at C-3, CR at II-9, PR at II-6. Respondents attribute the 1999 ***. See 57 Fed. Reg. 46150 (Oct. 7, 1992). *Heveafil and Filati Prehearing Br.* at 20-21.

⁴⁸ The bulk of the increase occurred through 1998, prior to the issuance of the U.S. antidumping duty order on ERT from Indonesia in May 1999. Table 1, CR at II-9, PR at II-6, Table 2, CR at II-11, PR at II-7, Table 3, CR at II-13, PR at II-9. ERT imports from Indonesia increased by over 60 percent between 1996 and 1998, from 5.9 million pounds to 9.5 million pounds. Table 2, CR at II-11, PR at II-7, Table C-1, CR at C-3, PR at C-3.

⁴⁹ Table 3, CR at II-13, PR at II-9.

1999 (to below 1997 levels in absolute terms).⁵⁰

V. SERIOUS INJURY

Statutory framework. The second of the three statutory criteria concerns whether the domestic industry is seriously injured or threatened with serious injury. The statute, which defines “serious injury” to mean “a significant overall impairment in the position of a domestic industry,”⁵¹ identifies specific economic factors that the Commission must consider, including: (1) the significant idling of productive facilities in the domestic industry; (2) the inability of a significant number of firms in the industry to carry out domestic production operations at a reasonable level of profit; and (3) significant unemployment or underemployment within the domestic industry.⁵² The Commission is not limited to consideration of these factors, and it considers all economic factors that it finds relevant. The presence or absence of any of the statutory factors is not “necessarily dispositive” of whether there is serious injury or threat of serious injury.⁵³ We discuss threat of serious injury in Section VII below.

Finding. For the reasons set forth below, we find that the domestic industry is seriously injured; that is, we find “a significant overall impairment in the position” of the domestic industry.⁵⁴ In finding that the domestic industry is seriously injured, we have considered carefully evidence in the record relating to the enumerated statutory factors, as well as evidence relating to domestic production, capacity, capacity utilization, shipments, market share, profit and loss data, plant closings, wages and other employment-related data, productivity, inventories, capital expenditures, and research and development (“R&D”) expenditures. Considered in their entirety, these factors reflect a significant overall impairment in the condition of the industry which constitutes “serious injury” within the meaning of section 202 of the Trade Act.

Overview of the Domestic ERT Industry

Two firms produced ERT in the United States during the period examined, North American and

⁵⁰ In general, Commissioner Askey concurs with the Commission’s finding with respect to increased imports and accordingly joins the analysis set forth above. However, she notes that, while it is true that the volume of imports increased absolutely and relative to domestic production during the Commission’s traditional five year period of review, the record also establishes that there has been a decline in the absolute level of imports during the last three years of the period, with import levels falling from 19.6 million pounds in 1997 to 18.621 million pounds in 1999, and that this decline has continued during interim 2000. Similarly, she notes that the record indicates the ratio of imports to domestic production declined between the last two full years of the period, falling from *** percent of domestic production in 1998 to *** percent in 1999, when an antidumping order on ERT from Indonesia was imposed. Given the foregoing, she believes that it is not entirely clear that the trends in import volumes reflect a sufficient increase during the period of investigation to satisfy the first criteria of the Commission’s statutory analysis in a safeguard action.

⁵¹ 19 U.S.C. § 2252(c)(6)(C).

⁵² 19 U.S.C. § 2252(c)(1)(A).

⁵³ 19 U.S.C. § 2252(c)(3).

⁵⁴ Based on evidence in the record of this investigation, Chairman Koplan finds that the domestic industry is not seriously injured. See Dissenting Views on Serious Injury of Chairman Koplan. Chairman Koplan does not join the remainder of this section.

Globe.⁵⁵ Globe was the larger U.S. producer of ERT before ceasing production in March 2000.⁵⁶ Prior to the imposition of antidumping duties on imports of ERT from Indonesia in May 1999, Globe had focused increasingly on the manufacture of tubed fine-gauge and heat-resistant ERT⁵⁷ while importing low-cost, commodity-grade ERT from Indonesia.⁵⁸ The company continued to offer commodity-grade ERT, as well as fine gauge and heat-resistant ERT, because of customer demand for a full product line.⁵⁹ According to petitioner, Globe was the only U.S. producer of fine-gauge ERT⁶⁰ and historically operated at a profit on the fine gauge product because it did not face significant competition in that segment of the market.⁶¹ Globe also manufactured spandex, a product that, in recent years, ***.⁶²

On May 21, 1999, Commerce issued the antidumping duty order on imports of ERT from Indonesia as a result of a petition filed by North American. On March 17, 2000, Globe announced its exit from the ERT business due to ***.⁶³ Within approximately four months, North American had purchased all of Globe's ERT lines as well as its fine-gauge winding department.⁶⁴

Analysis of Factors

Domestic production of ERT was at its highest point in 1995 but declined by *** percent in 1996, then remained relatively stable until Globe halted production in 2000.⁶⁵ Overall, domestic production declined between 1995 and 1999 by *** percent.⁶⁶

⁵⁵ CR at II-7, PR at II-5.

⁵⁶ CR at II-14, PR at II-8.

⁵⁷ Tr. at 37-40, 75, 104-105.

⁵⁸ See Petitioner's Prehearing Br. at 11; *Extruded Rubber Thread from Indonesia*, USITC Pub. 3191 at 7, 11 (May 1999).

⁵⁹ Tr. at 147.

⁶⁰ Petition at 8; Petitioner's Prehearing Br. at 7.

⁶¹ Petition at 8; Petitioner's Prehearing Br. at 7.

⁶² CR at II-14, PR at II-8.

⁶³ CR at II-13, PR at II-8.

⁶⁴ CR at II-7, PR at II-5.

⁶⁵ Production declined from *** pounds in 1995, to *** pounds in 1996, increased slightly to *** pounds in 1997, and fell to *** pounds in 1998, before rising again to *** pounds in 1999. Table 4, CR at II-16, PR at II-10. The domestic industry's production in interim 2000 of *** pounds was markedly lower than its production level of *** pounds in interim 1999. Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

⁶⁶ CR at II-14, PR at II-9. Table 4, CR at II-16, PR at II-10.

Total domestic capacity was *** pounds in 1995.⁶⁷ Capacity increased slightly to *** pounds in 1996 and stayed at that same level each year from 1997 through 1999.⁶⁸ Similarly, domestic capacity remained steady at *** pounds both in interim 1999 and in interim 2000.⁶⁹ After exiting the ERT business on March 17, 2000, Globe sold all of its ERT lines and its fine-gauge winding department to North American, which increased North American's capacity to *** pounds a week.⁷⁰

Capacity utilization fell sharply between 1995 and 1996, then fluctuated throughout the remainder of the period. Capacity utilization declined from *** percent in 1995 to *** percent in 1996. It then rose to *** percent in 1997, fell to *** percent in 1998, and increased to *** percent in 1999,⁷¹ reflecting an overall decline of *** percentage points between 1995 and 1999.⁷² Capacity utilization declined in the first half of 2000 to *** percent as compared to *** percent in the first half of 1999.⁷³ In view of this information, we find a significant idling of productive facilities in the industry resulting in significant part from the departure of Globe from the industry. However, as we have indicated previously, North American purchased Globe's facilities in the first half of 2000 and has begun production of ERT on those lines, which indicates that the idling of Globe's facilities may be only temporary.

The quantity and value of U.S. shipments fluctuated during the period examined but fell overall between 1995 and 1999.⁷⁴ ⁷⁵ The share of the domestic market held by U.S. producers (as measured by quantity of shipments) was *** percent in 1995, *** percent in 1996, *** percent in 1997, *** percent in 1998, and *** percent in 1999.⁷⁶ U.S. producers' market share increased slightly from *** percent in

⁶⁷ CR at II-14, PR at II-9.

⁶⁸ Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

⁶⁹ Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

⁷⁰ CR at II-8, PR at II-5.

⁷¹ Table 4, CR at II-16, PR at II-10.

⁷² Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

⁷³ Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

⁷⁴ U.S. shipments fell from *** pounds in 1995 to *** pounds in 1996, rising to *** pounds in 1997, and falling sharply again to *** pounds in 1998, and remained at that level in 1999. Table C-1, CR at C-4, PR at C-4. U.S. shipments in interim 1999 and 2000 were nearly identical, measuring *** pounds in interim 1999 and *** pounds in interim 2000. Table C-2, CR at C-6, PR at C-6. The value of U.S. shipments fell from \$*** in 1995 to \$*** in 1996. Table C-1, CR at C-4, PR at C-4. U.S. shipments' value then increased to \$*** in 1997, but fell to \$*** in 1998 and declined further to \$*** in 1999. Table C-1, CR at C-4, PR at C-4. The value of U.S. shipments in interim 2000 (\$***) was *** percent lower than the value in interim 1999 (\$***). Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

⁷⁵ Net sales of ERT were highest in 1995 at *** pounds, but fell to *** pounds in 1996, rose to *** pounds in 1997, fell again to *** pounds in 1998, and rebounded to *** pounds in 1999. Table 5, CR at II-18, PR at II-11, Table C-1, CR at C-4, PR at C-4. Sales in interim 2000 were *** pounds as compared to *** in interim 1999. Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

⁷⁶ Table 13, CR at II-33, PR at II-14, Table C-1, CR at C-3, PR at C-3.

interim 1999, to *** percent in interim 2000,⁷⁷ but never returned to its level at the beginning of the investigation period.

We also examined profit and loss data for domestic producers on their ERT operations. Operating income as a ratio to net sales increased from a *** of *** percent in 1995 to an operating *** of *** percent in 1997, but fell thereafter, exhibiting a *** of *** percent in 1999. Operating *** as a ratio to net sales grew *** percentage points between interim 1999 and interim 2000.⁷⁸ On the basis of this information, we find that the industry was unable to carry out its domestic ERT operations at a reasonable level of profit.⁷⁹

Employment, hours worked, and total wages paid decreased over the period examined. The average number of production and related workers (PRWs) employed by ERT producers ranged from a high of *** in 1995 to a low of *** in 1998.⁸⁰

Industry productivity as measured in pounds per hour stayed fairly constant between 1995 and 1998, fluctuating between *** pounds per hour in 1996 and *** pounds per hour in 1997, but fell to *** pounds per hour in 1999.⁸¹ Productivity was *** percent lower in interim 2000 than in interim 1999.⁸²

In evaluating the question of serious injury, we also considered inventories, levels of capital investment, and R&D expenses. The U.S. producers' end of period inventories increased by nearly *** percent between 1995 and 1999, while the ratio of domestic producer inventories to total shipments

⁷⁷ Table C-2, CR at C-5, PR at C-5.

⁷⁸ Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

⁷⁹ While the industry's gross profits increased from \$*** in 1995 to \$*** in 1997, they fell sharply to \$*** in 1998, and declined further to \$*** in 1999. Table 5, CR at II-18, PR at II-11. Operating income, which exhibited a *** of \$*** in 1995 and \$*** in 1996, rose in 1997 to a *** of \$*** but fell thereafter, to a *** of \$*** in 1998, with the industry recording a significant *** of \$*** in 1999. Table 5, CR at II-18, PR at II-11. The industry experienced an operating *** of \$*** in interim 1999, compared to an operating *** of \$*** in interim 2000. Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

⁸⁰ CR at II-15, PR at II-10. There were *** workers in 1996, *** workers in 1997, and *** workers in 1999. Table C-1, CR at C-4, PR at C-4. Workers in interim 1999 totaled ***, compared to *** in interim 2000. Table C-2, CR at C-6, PR at C-6. The number of hours worked in 1995 was ***, and in 1996 was ***. Table C-1, CR at C-4, PR at C-4. In 1997, the number increased to ***, but fell to *** in 1998. Table C-1, CR at C-4, PR at C-4. In 1999, it rose to ***. Table C-1, CR at C-4, PR at C-4. ERT employees worked *** hours in interim 1999, compared with *** in interim 2000. Table C-2, CR at C-6, PR at C-6. Hours worked were therefore *** percent lower in interim 2000 than in interim 1999. Table C-2, CR at C-6, PR at C-6. Total wages paid in 1995 were \$***, but fell to \$*** in 1996, increasing to \$*** in 1997, before falling again to \$*** in 1998. Table C-1, CR at C-4, PR at C-4. In 1999, wages paid increased to \$***. Table C-1, CR at C-4, PR at C-4. Wages were *** percent less in interim 2000 than during the same period in 1999. Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

⁸¹ Table 4, CR at II-16, PR at II-10, Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

⁸² Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

increased by *** percentage points between 1995 and 1999.⁸³ The industry's capital expenditures fluctuated between 1995 and 1999,⁸⁴ while its research and development expenditures fluctuated between 1995 and 1998 before declining sharply in 1999.⁸⁵

In summary, there has been a deterioration in the condition of the domestic industry during the period examined. Production, shipments, and capacity utilization declined significantly, end-of-period inventories increased markedly, and the industry went from *** to ***. Consequently, the evidence demonstrates a "significant overall impairment" in the position of the domestic industry. As a result, and consistent with the overall record, we find that the domestic industry is seriously injured.

Although we find that the industry as a whole is suffering serious injury, we note that the record shows a significant divergence in the performance of the two domestic producers. The *** sustained by the industry at the end of the period are attributable entirely to the financial condition of Globe. By contrast, North American was *** in each year examined. North American's operating ratio in interim 2000 exceeded its ratio in each of the previous full years examined. Similarly, the idling of facilities and employee reductions that occurred in 2000 reflect the idling of the Globe facilities.^{86 87} We discuss the circumstances pertaining specifically to Globe in the following section on causation.

⁸³ CR at II-15, PR at II-10. Table 4, CR at II-16, PR at II-10. End of period inventories increased from *** pounds in 1995 to *** in 1999. The ratio of domestic inventories to total shipments rose from *** percent in 1995 to *** percent in 1999. Table 4, CR at II-16, PR at II-10, Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

⁸⁴ The industry spent \$*** on capital expenditures in 1995, \$*** in 1996, \$*** in 1997, \$*** in 1998, and \$*** in 1999. Table 9, CR at II-25, PR at II-12.

⁸⁵ R&D expenditures declined from \$*** in 1995 to \$*** in 1996, and then rose to \$*** in 1997. While these expenditures then increased in 1998 to \$***, they fell sharply to \$*** in 1999. Table 9, CR at II-25, PR at II-12.

⁸⁶ We again note that the idling of these facilities may be temporary.

⁸⁷ Although Commissioner Askey concurs in the Commission's finding with respect to serious injury and joins in the discussion outlined above, she notes there is conflicting evidence as to whether the industry is suffering serious injury. While the record does establish that there has been a decline in many of the trade and financial indicators of the industry (such as production, shipments, capacity utilization, market share, and operating income) during the Commission's traditional five-year period of investigation, the bulk of these declines occurred between 1995 and 1996. During the last four years of the period (1996 to 1999), the industry's production, shipments, sales, market share, employment, and capacity utilization levels remained relatively stable. Moreover, although the industry's operating income ratio dropped from *** percent in 1998 to *** percent in 1999, the industry's operating *** in 1999 is not significantly below its operating *** level of *** percent in 1995, the first year of the period of investigation. In addition, of the two domestic producers, only Globe experienced *** during the period. Globe contends that it was not suffering serious injury at the time of its exit from the industry in March 2000.

VI. SUBSTANTIAL CAUSE OF SERIOUS INJURY

Statutory Framework. The third statutory criterion concerns whether the subject article is being imported in such increased quantities as to be a “substantial cause” of serious injury or threat thereof. The term “substantial cause” is defined in section 202(b)(1)(B) to mean “a cause which is important and not less than any other cause.”⁸⁸ Thus, increased quantities of imports must be both an important cause of the serious injury or threat thereof *and* a cause that is equal to or greater than any other cause.

In determining whether increased imports are a substantial cause of serious injury or threat of serious injury, the statute directs that we take into account all relevant economic factors, including but not limited to “. . . an increase in imports (either actual or relative to domestic production) and a decline in the proportion of the domestic market supplied by domestic producers.”⁸⁹ The statute also directs that we consider “the condition of the domestic industry over the course of the relevant business cycle.” We may not aggregate the causes of declining demand associated with a recession or economic downturn in the U.S. economy into a single cause of serious injury or threat of serious injury.⁹⁰ Also, the statute directs that we examine factors other than imports that may be a cause of serious injury or threat of serious injury to the domestic industry and include such findings in our report.⁹¹ Neither the statute nor the legislative history rules out consideration of any other possible causes of injury.⁹²

Arguments of the Parties. Petitioner argues that imports are a substantial cause of serious injury and threat of serious injury to the domestic industry, and that massive and increasing imports are significantly underselling the U.S. product. Petitioner asserts that ERT is a commodity product and that, although quality is an important purchase factor, U.S. and imported ERT are generally comparable in quality, making price, therefore, the most important purchasing factor. The import surge, according to petitioner, has consequently resulted in massive underselling of the U.S. product.⁹³

⁸⁸ 19 U.S.C. § 2252(b)(1)(B).

⁸⁹ Section 202(c)(1)(C), 19 U.S.C. § 2252(c)(1)(C).

⁹⁰ Section 202(c)(2)(A), 19 U.S.C. § 2252(c)(2)(A).

⁹¹ As we have found the domestic industry to be seriously injured, we discuss causation in the context of present injury in this section. See Section VII for a discussion of causation in the context of threat.

⁹² Section 202(c)(2)(B), 19 U.S.C. § 2252(c)(2)(B). The legislative history of the Trade Act includes examples of other causes “such as changes in technology or in consumer tastes, domestic competition from substitute products, plant obsolescence, or poor management,” which, if found to be more important causes of injury than increased imports, would require a negative determination. *Trade Reform Act of 1974, Report of the Committee on Finance on H.R. 10710*, S. Rept. 93-1298, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), at 121.

⁹³ In response to a question posed at the hearing on alleged alternative causes of serious injury, petitioner further argued that U.S. demand for ERT is not falling significantly and that, in fact, apparent U.S. consumption is higher than it was 10 years ago. With respect to whether U.S. customers prefer Globe’s (now North American’s) tubed fine gauge ERT over imported ribboned fine gauge, petitioner points to evidence on the record that U.S. end-users are willing to pay a *** premium for tubed ERT. Petitioner also cites evidence that end-users regard the Globe/North American product and imported ERT as at least comparable in quality, and asserts that charges that Globe’s quality started to deteriorate as it began to exit the business are a sign of the serious injury caused by imports. Petitioner does not agree that spandex is becoming an important substitute for ERT. Petitioner’s Posthearing Br. at 19-23.

The respondents argue that imports are not a substantial cause of serious injury or threat of serious injury, asserting that both Globe and North American benefitted from imports over the investigation period. They argue that Globe imported because it ***, and that imports contributed positively to Globe's operations during the five-year period. They point out that Globe imported commodity grade ERT to complement its U.S. production of fine gauge and heat-resistant ERT, and that imports enabled Globe to ***.⁹⁴ The respondents also point to alternative, more important causes of injury to the domestic industry, including reduced U.S. demand for ERT due to substitution by spandex and other synthetic elastics, concerns about allergic reactions to the latex protein that is contained in end products made from ERT (particularly those used in medical applications), and the movement of ERT end-users abroad to take advantage of trade preferences and low-cost labor. Respondents argue that declines in U.S. ERT prices were due to the declining cost of latex and note that U.S. producers are at a comparative disadvantage compared to foreign producers. They describe Globe's decision to exit the ERT market as unrelated to increased imports but a business decision to increase efficiency and competitiveness by focusing on the spandex market. They argue that the U.S. industry's problems have been largely self-inflicted because North American has chosen to purchase obsolete facilities, has never been adequately capitalized, and has continued to offer a limited product range, focusing almost exclusively on standard gauge ERT.⁹⁵

Finding. Based on the evidence before us, we find that increased imports of ERT are not a "substantial cause" of serious injury to the domestic ERT industry. Specifically, we find that increased imports are neither an important cause of such injury to the domestic industry, nor a cause that is equal to or greater than any other cause. Our findings with respect to threat of serious injury, including causation, are provided in Section VII below.

Conditions of Competition

In making our finding, we considered the following conditions of competition that affected the competitiveness of domestic and imported ERT in the U.S. market.⁹⁶

Demand for ERT is principally derived from demand for the products in which ERT is used, such as women's apparel, underwear waistbands, sock tops, netting used to wrap meat as well as other non-food items, hospital garments, bandages and other medical supplies, disposable diapers, furniture webbing, and shock cords.⁹⁷ Primary consumers of ERT include a large number of small purchasers for which the cost of ERT can be a relatively large share of the total cost of their products.⁹⁸

Apparent U.S. consumption of ERT increased markedly prior to the period examined in this investigation, rising by 55 percent between 1989 and 1994.⁹⁹ Indeed, 1993 and 1994 were the peak years

⁹⁴ Heveafil and Filati Prehearing Br. at 19-22.

⁹⁵ Heveafil and Filati Prehearing Br. at 28-40; Rubberflex and Flexfil Posthearing Br. at 9-13.

⁹⁶ See 19 U.S.C. § 2252(c)(2)(A).

⁹⁷ CR at II-5, PR at II-4.

⁹⁸ CR at II-45, PR at II-20.

⁹⁹ CR at II-45, n.51, PR at II-20.

in apparent U.S. consumption of ERT since 1989.¹⁰⁰ Between 1995 and 1999, apparent U.S. consumption fluctuated between *** and *** pounds, reaching a high point in 1997 but declining by *** percent overall.¹⁰¹ Apparent U.S. consumption was also *** percent lower in the first half of 2000 than in the first half of 1999.¹⁰² This is reasonably consistent with the experiences of the purchasers that responded to the Commission's questionnaires, eight of which reported declining demand; six of which reported no change in demand; and four of which reported increasing demand. Most purchasers reporting declining demand attributed this trend to latex-related health concerns about ERT; a shift towards spandex and other synthetic products; and increasing imports of finished goods incorporating ERT.¹⁰³

Although substitutability between ERT and other products is somewhat limited,¹⁰⁴ some purchasers of end-use products have moved towards spandex in certain instances due to its finer gauge and other superior properties. Hosiery, underwear, and intimate apparel applications are end uses where the substitution to spandex has been most important.¹⁰⁵ ERT substitutes other than spandex, which is more expensive than ERT and most competitive in the fine-gauge applications previously mentioned, include neoprene and cut rubber tape.¹⁰⁶

The domestic industry was concentrated during the period examined and, with the departure of Globe, now consists of only one firm, North American. Before its exit from the market, Globe was the largest of the producers and accounted for *** percent of domestic production in 1999. However, in March 2000, Globe announced that it was exiting the business due to significant financial losses. North American has purchased Globe's assets and hired some of its work force.

The domestic industry lacked sufficient capacity to supply the entire U.S. ERT market during the period examined, given that its overall capacity of *** million pounds was substantially smaller than the average level of apparent U.S. consumption.¹⁰⁷ Apparent U.S. consumption ranged between *** and *** million pounds.¹⁰⁸ In 1995, U.S.-produced ERT accounted for *** percent of the U.S. market.¹⁰⁹ That share declined to *** percent in 1996, and continued to decline to *** percent in 1998 before rising to *** percent in 1999 and *** percent in the first half of 2000.¹¹⁰

¹⁰⁰ CR at II-45, n.51, PR at II-20.

¹⁰¹ Table 1, CR at II-9, PR at II-6, CR at II-8, PR at II-6.

¹⁰² Tables C-2 at C-5, PR at C-5.

¹⁰³ CR at II-46-47, PR at II-21.

¹⁰⁴ CR at II-48, II-50, PR at II-22-23.

¹⁰⁵ CR at II-48-49, PR at II-22-23.

¹⁰⁶ CR at II-48-49, PR at II-22-23.

¹⁰⁷ Table 1, CR at II-9, PR at II-6.

¹⁰⁸ Table 1, CR at II-9, PR at II-6.

¹⁰⁹ Table C-1, CR at C-3, PR at C-3.

¹¹⁰ Table C-2, CR at C-5, PR at C-5.

In addition to the domestic producers, the primary sources of supply of ERT in the U.S. market have been Malaysia and Indonesia, which accounted for more than 70 percent of all imports of ERT during 1995-99.¹¹¹ Thailand is a growing source of ERT, while Italy and India have supplied substantial quantities of ERT to the United States on a sporadic basis.¹¹² The domestic industry has been responsible for a reasonably significant percentage of imports during the period examined. Globe's imports from Indonesia accounted for *** percent to *** percent of the volume of total imports during

1995-99.¹¹³ North American accounted for a much smaller share -- its imports from *** accounted for *** percent to *** percent of the volume of total imports during 1997-99.¹¹⁴

ERT produced in the United States is regarded by producers, importers, and purchasers as being physically interchangeable with imported ERT.¹¹⁵ Purchase decisions typically are based on three primary factors: quality, price, and availability,¹¹⁶ with quality generally being rated the most important factor in the purchase decisions. Imported ERT is more likely to have an advantage in price, while the domestic product is more likely to have an advantage in availability. Views on quality are mixed, with many purchasers considering U.S.-produced ERT to be lower in quality than ERT from Indonesia, but higher than or comparable in quality to ERT from Malaysia.¹¹⁷

Both U.S.-produced and imported ERT compete in the commodity-grade market.¹¹⁸ Certain product niches, however, are dominated by either U.S.-produced ERT (*e.g.*, heat-resistant ERT) or by imported ERT (*e.g.*, food-grade ERT). However, U.S. producers have seen their fine-gauge ERT niche erode over time.¹¹⁹

The prices of both imported and domestic ERT are affected by the cost of raw materials, including rubber latex, which is the primary material input in the production of ERT and accounts for between *** and *** percent of the total cost of producing ERT.¹²⁰ The price of rubber latex fluctuated during the

¹¹¹ CR at II-9, PR at II-6.

¹¹² Table D-1, CR at D-3-4, PR at D-3-4.

¹¹³ CR at II-12, PR at II-8.

¹¹⁴ CR at II-12, PR at II-8.

¹¹⁵ CR at II-54, PR at II-25.

¹¹⁶ CR at II-52, PR at II-24, Table 17, CR at II-54, PR at II-26.

¹¹⁷ CR at II-56-57, PR at II-27, Table 18, CR at II-60, PR at II-29.

¹¹⁸ Tr. at 152. *See also* Petitioner's Prehearing Br. at 11; *ERT from Indonesia*, Inv. No. 731-TA-787 (Final) USITC Pub. 3191 at 7, 11 (May 1999).

¹¹⁹ Table 14, CR at II-35, PR at II-15. We reach no conclusion on whether tubed fine gauge ERT is superior to ribboned fine-gauge ERT. It is clear, however, that the increased level of quality offered by imported ERT has led to greater competitiveness of imported ERT. *See* CR at II-84 and II-86, PR at II-39, 40, identifying the importance of improved quality.

¹²⁰ CR at II-62, PR at II-30.

period examined but declined significantly between 1997 and 1999 for both U.S. and foreign producers.¹²¹ Unit raw material costs for both of the U.S. producers decreased continuously from 1995 to 1999 as their latex costs fell.¹²² ERT prices also declined between 1997 and 1999.¹²³

Finally, as noted above, antidumping and countervailing duty orders were imposed on imports of ERT from Malaysia in 1992,¹²⁴ and an antidumping duty order was imposed on imports of ERT from Indonesia in 1999. While the countervailing duty order was revoked in 1998,¹²⁵ the antidumping orders remain in effect.

Analysis of Causation as to Present Injury

Although we have determined that the evidence in the record indicates that the domestic industry is experiencing serious injury, we find that increased imports of ERT are neither an important cause of serious injury to the domestic industry, nor a cause that is equal to or greater than any other cause.

Imports of ERT did increase from 16.2 million pounds in 1995, to 20.8 million pounds in 1998, but declined to 18.6 million pounds in 1999, a level below that in 1997 and 1998.¹²⁶ This decline continued in interim 2000 with imports in January-June 2000 at 8.5 million pounds, as compared to 8.9 million pounds in January-June 1999.¹²⁷

In concluding that the increased imports are not an important cause of serious injury, we found no evidence of correlation between changes in the domestic ERT industry's financial condition during the period examined and import volume trends. Specifically, the record indicates that the industry experienced

¹²¹ Prices of rubber latex for domestic producers increased from around \$*** per pound in the latter part of 1994 to between \$*** and \$*** per pound by the third quarter of 1996. CR at II-62, PR at II-30-31. However, rubber latex prices then fell to under \$*** per pound in 1997, and then fell further ***. CR at II-62-63, PR at II-29. Prices of rubber latex for foreign producers fell from \$*** per pound in 1997, to \$*** per pound in 1998, and to \$*** per pound in 1999. CR at II-63, PR at II-29-31.

¹²² CR at II-19, PR at II-11, Table 7, CR at II-23, PR at II-11.

¹²³ CR at II-83, PR at II-39.

¹²⁴ In September 1992, the Commission determined under section 731(b) of the Tariff Act of 1930 ("the Act"), 19 U.S.C. § 1673d(b), that the domestic industry was materially injured by reason of less than fair value ("LTFV") imports of ERT from Malaysia. Commerce imposed an antidumping duty order on imports from Malaysia on October 7, 1992. In June 2000, the Commission, in a full five-year review of the order on Malaysia, determined under section 751(c) of the Act, 19 U.S.C. § 1675(c), that revocation of the antidumping duty order on ERT imports from Malaysia would be likely to lead to continuation or recurrence of material injury to an industry in the United States within a reasonably foreseeable time.

¹²⁵ In June 1998, the Commission determined under section 753 of the Act, 19 U.S.C. § 1575b(a)(1), (2), that an industry in the United States was not likely to be materially injured if the countervailing duty order on ERT imports from Malaysia were revoked. Subsequently, on July 28, 1998, Commerce revoked the countervailing duty order on ERT imports from Malaysia.

¹²⁶ Table 1, CR at II-9, PR at II-6, Table 2, CR at II-11, PR at II-7, Table 3, CR at II-13, PR at II-9.

¹²⁷ Table C-2, CR at C-5, Table D-1, CR at D-3.

its best performance when ERT imports were increasing. For example, U.S. import volumes of ERT reached their highest levels during 1997 and 1998.¹²⁸ Nonetheless, in 1997, U.S. production rose to *** pounds, and the U.S. industry's capacity utilization rate rose to its highest post-1995 level at *** percent. In addition, the industry's net sales, gross profits, and operating income were also at their highest points at this time. Indeed, Globe experienced its highest *** in 1997,¹²⁹ when it imported its greatest volume of Indonesian ERT.¹³⁰ North American experienced its greatest *** in 1998, when U.S. imports were at their zenith. The number of production and related workers also rose in 1997 to nearly the highest point during the period at ***, as did worker productivity.¹³¹

Although still somewhat robust compared to the rest of the period, in 1998, the industry's financial condition began to deteriorate following the filing by North American of an antidumping duty petition against imports of ERT from Indonesia. The industry experienced its most significant profitability declines in 1999 and interim 2000, despite the fact that imports decreased significantly in 1999 as compared to 1998, both absolutely and relative to domestic production, and fell slightly from interim 1999 to interim 2000. The lack of correlation between increased imports and serious injury indicates the lack of a causal nexus.

Moreover, we note that when the Commission requested information from U.S. producers regarding which factors they believed adversely affected the industry, Globe--the only producer experiencing *** during the period--responded by ***.¹³² Indeed, ***.¹³³

We have also considered petitioner's argument attributing the declining prices of ERT, particularly in 1998-1999, to increased quantities of low-priced imports. We conclude, to the contrary, that price declines reflect in part the declining raw material costs of latex, acknowledged to be the main raw material used in producing ERT. The cost of rubber latex fell between 1997 and 1999, resulting in a decline of \$*** per pound in the industry's raw material costs from 1997 to 1999.¹³⁴ This decline contributed to the domestic price decline from 1997 to 1999.¹³⁵ More ERT suppliers agreed that the decreased cost of rubber latex was a very important cause of the decline in ERT prices than agreed on the importance of any other cause.¹³⁶

¹²⁸ Table 3, CR at II-13, PR at II-9.

¹²⁹ Table 5, CR at II-18, PR at II-11.

¹³⁰ CR at II-12, PR at II-8. Globe imported *** pounds of ERT in 1997, valued at \$***.

¹³¹ Workers were producing *** pounds per hour in 1997, the highest level during the period. Table 4, CR at II-16, PR at II-10.

¹³² CR at II-82, PR at II-38.

¹³³ Globe Producers' Questionnaire Response at 2.

¹³⁴ Table 7, CR at II-23, PR at II-11.

¹³⁵ Table V-6, CR at II-83-84, PR at II-33-39.

¹³⁶ CR at II-84, PR at II-39.

In finding that increased imports are not an important cause of serious injury to the domestic industry nor a cause that is equal to or greater than any other cause, we also considered other evidence in the record of alternative causes. We note in this regard Globe's business decision to shift the focus of its production-related resources from commodity-grade ERT to more profitable spandex and fine-gauge ERT products. The decision caused Globe to rely principally on imports of ERT from Indonesia to supply its commodity-grade ERT customers.¹³⁷ When Indonesian imports declined after antidumping duties were imposed in 1999, Globe lost its assured source of low-cost commodity-grade ERT. In order to continue to supply a full product line to its customers, Globe then increased its commodity-grade production to levels *** than levels earlier in the period.¹³⁸ These levels proved unsustainable. Consequently, in March 2000, Globe announced its decision to withdraw from the ERT business altogether,¹³⁹ sold its ERT lines to North American, and began to concentrate solely on spandex production.

We also examined fluctuations in demand for ERT over the period examined due in part to substitution by spandex and other synthetic elastomers due to environmental and health considerations, and end users' relocation of their production facilities outside the United States to gain ready access to lower cost ERT.

In sum, given the lack of correlation between the U.S. industry's worsening condition and increased imports, as well as the evidence in the record of other factors that contributed importantly to the domestic industry's condition, we find that increased imports are not an important cause of serious injury, nor a cause that is equal to or greater than any other cause. We therefore conclude that increased imports are not a substantial cause of serious injury to the U.S. ERT industry.

VII. INCREASED IMPORTS ARE NOT A SUBSTANTIAL CAUSE OF THE THREAT OF SERIOUS INJURY

Statutory Framework. The statute defines "threat of serious injury" as "serious injury that is clearly imminent."¹⁴⁰ In considering whether the industry is threatened with serious injury, we considered all relevant economic factors, including the statutory threat factors:

- (i) a decline in sales or market share, a higher and growing inventory (whether maintained by domestic producers, importers, wholesalers, or retailers), and a downward trend in production, profits, wages, productivity, or employment (or increasing underemployment) in the domestic industry,
- (ii) the extent to which firms in the domestic industry are unable to generate adequate capital to finance the modernization of their domestic plants and equipment, or are unable to maintain existing levels of expenditures for research and development,
- (iii) the extent to which the United States market is the focal point for the diversion of exports of

¹³⁷ See *Extruded Rubber Thread from Indonesia*, USITC Pub. 3191at 7 (May 1999). See also Heveafil and Filati Prehearing Br. at 20, stating "***." See also Petitioner's Posthearing Br. at 11, which asserts "***."

¹³⁸ Table 21, CR at II-73, PR at II-36.

¹³⁹ CR at II-7, II-13, PR at II-5, II-8.

¹⁴⁰ 19 U.S.C. § 2252(c)(6)(D).

the article concerned by reason of restraints on exports of such article to, or on imports of such article into, third country markets.¹⁴¹

Some of the factors set out in the statute overlap with factors already discussed in our finding of serious injury. We summarize briefly the facts pertinent to those overlapping factors. We then discuss the other statutory factors as well as other economic factors that we find to be relevant in this investigation.

The domestic industry's market share declined from *** percent in 1995 to *** percent in 1998, before increasing to *** percent in 1999. Industry market share increased slightly from interim 1999 to interim 2000.¹⁴² U.S. capacity utilization also declined between 1995 and 1996, from *** percent to *** percent, and fluctuated thereafter.¹⁴³ The domestic industry's production, sales, and productivity also fluctuated during the period, ending at levels in 1999 that were below the levels recorded in 1995.¹⁴⁴ Further declines occurred in interim 2000, as compared to interim 1999, coinciding with the cessation of ERT production by Globe and the purchase of its assets by North American.¹⁴⁵ The industry's operating profitability moved from a *** in 1995, to a *** ratio in 1997 equal to *** percent of industry sales, to a *** ratio of *** percent in 1999.¹⁴⁶ The number of production workers fluctuated over the period but were at similar levels in both 1995 and 1999,¹⁴⁷ before dropping off significantly during the transitional period of 2000.¹⁴⁸ Wages paid were *** percent higher in 1999 than in 1995,¹⁴⁹ but, again, decreased (by *** percent) in interim 2000 as compared to interim 1999 as Globe reduced, and then halted, its ERT production.¹⁵⁰ Inventories held by domestic producers increased significantly from 1995 to 1999,¹⁵¹ but were more than *** percent lower in interim 2000 than in interim 1999.¹⁵²

These facts, among others, were sufficient for us to conclude that the domestic industry was seriously injured.¹⁵³ However, our analysis of the following factors leads us to the conclusion that imports

¹⁴¹ 19 U.S.C. § 2252(c)(1)(B).

¹⁴² Table C-2, CR at C-5, PR at C-5.

¹⁴³ Table 4, CR at II-16, PR at II-10.

¹⁴⁴ Table 4, CR at II-16, PR at II-10.

¹⁴⁵ Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

¹⁴⁶ Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

¹⁴⁷ Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

¹⁴⁸ Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

¹⁴⁹ Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

¹⁵⁰ Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

¹⁵¹ Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

¹⁵² Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

¹⁵³ Chairman Koplan did not find the domestic industry to be seriously injured.

do not pose the threat of serious injury to the domestic industry.

First, antidumping duties are being applied to imports of ERT from Malaysia and Indonesia to offset sales at less than fair value in the United States.¹⁵⁴ The order with respect to Malaysia recently was continued pursuant to a full five-year review in July 2000,¹⁵⁵ and the order issued with respect to ERT from Indonesia was initially imposed in May 1999.¹⁵⁶ Barring changed circumstances or unforeseen developments, the orders therefore will be in effect for approximately four more years and can be expected to constrain to some extent the behavior of the bulk of ERT imports entering the United States, particularly since ERT imports from Malaysia and Indonesia constitute 70 percent of all ERT imported into the United States.¹⁵⁷

Second, imports decreased in absolute terms both from 1998 to 1999, and again from interim 1999 to interim 2000. The decline in imports in the most recent periods strongly suggests that imports do not present a threat of serious injury to the domestic industry that is clearly imminent.

Third, North American has been able to generate adequate capital to finance the modernization of its operations, and those operations are already experiencing enhanced performance. Since March 21, 2000, North American has been operating Globe's facility under an informal rental agreement¹⁵⁸ and has now secured financing enabling it to complete its acquisition of all of Globe's ERT operations for \$***.¹⁵⁹ Petitioner states in its posthearing brief that North American would ***, and that the merger is already providing beneficial effects.¹⁶⁰ Petitioner further states that it plans to move *** soon to begin producing ***, "which will reduce its cost of production substantially"¹⁶¹ and will make North American

¹⁵⁴ *Extruded Rubber Thread from Malaysia*, USITC Pub. 3327 (July 2000) (revocation of antidumping order would likely result in adverse volume and price effects); *Extruded Rubber Thread from Malaysia*, Inv. No. 753-TA-34, USITC Pub. 3112 (Jun. 1998), USITC Pub. 3112 (Jun. 1998) at 10 ("The continued existence of the antidumping order on ERT from Malaysia is likely to constrain any increase in subject import volumes."). Malaysia exported 25.0 million pounds of ERT to the United States prior to 1992; 22.0 million pounds in 1992 (the year in which the antidumping duty order was issued); 10.4 million pounds in 1996; and 9.3 million pounds in 1999. Tr. at 173, CR at Table D-1, CR at D-3, PR at D-3. ERT imports from Indonesia fell from 9.5 million pounds in 1998 to 4.7 million pounds in 1999, and were 53 percent lower in interim 2000 than in interim 1999. Table C-2, CR at C-5, PR at C-5.

¹⁵⁵ *Extruded Rubber Thread from Malaysia*, USITC Pub. 3327 (July 2000).

¹⁵⁶ 64 Fed. Reg. 27755 (May 21, 1999).

¹⁵⁷ CR at II-9, PR at II-6.

¹⁵⁸ CR at II-14, PR at II-8.

¹⁵⁹ CR at II-14, PR at II-8.

¹⁶⁰ Petitioner's Posthearing Br. at 12-15.

¹⁶¹ Petitioner's Posthearing Br. at 13.

“***.”¹⁶² Petitioner confirms that none of the new lines acquired from Globe is surplus,¹⁶³ and that its acquisition of the company has already resulted in the following benefits: (1) North American’s combined cost per pound is now significantly lower relative to previous levels for each facility because the company’s general and administrative expenses are spread between the two locations; (2) the cross-fertilization of technology is proving helpful to the company in both the short- and long- term; and (3) the company is now selling a broader range of product.¹⁶⁴ North American indicates its acquisition of Globe has also caused it to incur the burden of managing two plants: the expense of maintaining the services of the two plants until they are consolidated; and the expense of consolidating them.¹⁶⁵ On balance, we find that North American’s ability to finance its acquisition of Globe supports a finding that increased imports do not pose a threat of serious injury to the domestic ERT industry.

Fourth, the domestic industry has maintained existing levels of expenditures for research and development. North American benefitted substantially from its purchase of Globe in this respect, since ***.¹⁶⁶ The two companies were able to maintain their existing R&D expenditure levels during the entire period except for a decrease in Globe’s expenditures in 1999. However, with the purchase of Globe’s assets by North American, we do not find this one-year decline to be indicative of a future threat of serious injury by imports.¹⁶⁷

Fifth, while there is significant aggregate productive capacity, and arguably significant excess capacity, in Indonesia, Malaysia, and Thailand, and some projections for increased capacity, these circumstances have existed throughout the period examined but have not led, as discussed previously, to increased imports being a substantial cause of serious injury. In fact, imports have decreased in the most recent periods. In light of all the factors discussed, we do not find that available foreign capacity alone is sufficient to indicate a clearly imminent threat of serious injury.

Sixth, inventories of ERT in the U.S. and foreign markets are declining. U.S. inventories were more than *** percent lower in interim 2000 than in interim 1999,¹⁶⁸ and foreign producers’ end-of-year inventories as a percentage of their production fell from *** percent in 1995 to *** percent in 1999.¹⁶⁹

¹⁶² Petitioner’s Posthearing Br. at 14.

¹⁶³ Petitioner’s Posthearing Br. at 14.

¹⁶⁴ Petitioner’s Posthearing Br. at 14.

¹⁶⁵ Petitioner’s Posthearing Br. at 14.

¹⁶⁶ Globe spent \$*** on research and development in 1995, \$*** in 1996, \$*** in 1997, \$*** in 1998, and \$*** in 1999. In contrast, North American spent \$*** in 1995, \$*** in 1996, \$*** in 1997, \$*** in 1998, and \$*** in 1999. Table 9, CR at II-25, PR at II-12.

¹⁶⁷ ***. Respondents point out that *** may relate more to Liberia’s troubled political condition than to the state of North American, and that North American made similar claims about its Liberian rubber plantation in the previous safeguard investigation of ERT in 1992. On balance, we do not find North American’s arguments concerning its Liberian plantation to be persuasive.

¹⁶⁸ Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

¹⁶⁹ CR at II-44, PR at II-19.

Projections indicate that inventories in Indonesia in particular are expected to decline in the near future.¹⁷⁰

Seventh, there is no evidence that other nations maintain restraints on exports of ERT to third country markets, or on imports of ERT into third country markets, that could cause ERT to be diverted to the United States. Furthermore, evidence in the record of the investigation indicates that foreign producers sell the bulk of their ERT in markets outside of Malaysia and the United States,¹⁷¹ primarily in Asia and Europe.¹⁷² Reported foreign shipments to the United States accounted for only *** percent of total shipments reported by foreign producers.¹⁷³

We therefore conclude that there is no causal connection between increased imports and any alleged threat of serious injury to the domestic industry, and that increased imports are therefore not a substantial cause of the threat of serious injury to the domestic industry.

VIII. CONCLUSION

For the reasons stated herein, we find that increased imports are not a substantial cause of serious injury, or the threat of serious injury, to the domestic industry producing ERT.



¹⁷⁰ CR at II-44, PR at II-19.

¹⁷¹ CR at II-43, PR at II-18.

¹⁷² CR at II-43, PR at II-18.

¹⁷³ CR at II-43, PR at II-18.

Dissenting Views on Serious Injury of Chairman Koplan

As noted above, I join the Views of the Commission concerning the domestic industry, increased imports, and no threat of serious injury. However, I dissent from the Views of the Commission concerning serious injury and find that the domestic industry is not seriously injured. In finding that the domestic industry is not seriously injured, I have considered the evidence in the record relating to the enumerated statutory factors, as well as evidence relating to domestic production, capacity, capacity utilization, shipments, market share, profit and loss data, plant closings, wages and other employment-related data, productivity, inventories, capital expenditures, and research and development expenditures. Considered in their entirety and in the context of the analysis discussed below, I do not find these factors reflect a significant overall impairment of the condition of the industry which constitutes “serious injury” within the meaning of section 202 of the Trade Act.¹⁷⁴

The domestic industry as a whole has experienced declines in several key factors over the years examined in this investigation, including a decline in domestic production¹⁷⁵, in capacity utilization¹⁷⁶, in the number of employees¹⁷⁷, hours worked¹⁷⁸, wages paid¹⁷⁹, and productivity¹⁸⁰. Over the period examined, the operating income fluctuated, with *** reported in 1995 and 1996, the most *** reported in 1997, and another *** in 1999.¹⁸¹ Viewed in isolation, the industry may appear to be seriously injured.

While I considered the data for the industry as a whole, and while these data suggest that the industry is seriously injured, a closer analysis of the condition of the industry, viewed in the context of the Commission’s recent decision in the antidumping investigation regarding Extruded Rubber Thread (“ERT”) from Indonesia and the Commission’s findings in that investigation regarding the domestic industry, lead me to find that the industry is not seriously injured.

Two firms, North American and Globe, produced ERT in the United States during the period examined.¹⁸² Prior to its departure from the domestic industry in March 2000, Globe was the larger U.S. producer of ERT; the domestic industry now consists of one firm.¹⁸³ Prior to the imposition of antidumping duties on imports of ERT from Indonesia in May 2000, Globe focused increasingly on the manufacture of

¹⁷⁴ 19 U.S.C. § 2252(c)(6)(C).

¹⁷⁵ Domestic ERT production declined by *** percent from 1995 to 1999. CR at I-14, PR at II-9.

¹⁷⁶ Capacity utilization fell by *** percentage points from 1995 to 1999. Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

¹⁷⁷ Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Table 6, CR at I-22, PR at II-11.

¹⁸² CR at I-7, PR at II-5.

¹⁸³ CR at I-14, PR at II-8.

tubed fine-gauge and heat-resistant ERT¹⁸⁴ and substituted imports from Indonesia for its production of standard grades of ERT. The volume of those imports of ERT from Indonesia were substantial and competed head-to-head with North American's product.¹⁸⁵ Due in part to those substantial imports, the Commission concluded in the antidumping investigation concerning Indonesia that Globe's

primary interest lay in importation, and the Commission found appropriate circumstances existed to exclude Globe from the domestic industry.¹⁸⁶

On May 21, 1999, Commerce issued an antidumping duty order on imports of ERT from Indonesia as a result of a petition filed by North American. On March 17, 2000, Globe announced its exit from the ERT business¹⁸⁷, and within approximately four months, North American had purchased all of Globe's ERT production lines plus its fine-gauge winding department.¹⁸⁸ North American has begun production on those lines, indicating that the idling of Globe's facilities may be temporary.

I find the divergence in the data of the two domestic firms to be significant, especially since the Commission, in a recent investigation of this industry, found that Globe's primary interest was in importation and excluded Globe from its analysis of the domestic industry.¹⁸⁹ For the industry as a whole, operating income as a percent of sales fell from *** percent in 1997 to *** percent in 1998, and to *** percent in 1999.¹⁹⁰ Between January-June 1999 ("interim 1999") and January-June 2000 ("interim 2000"), operating income as a percent of sales fell from *** percent to *** percent.¹⁹¹ However, ***. North American was *** in each year examined, and in the latter part of the period of investigation, as the profitability of the industry declined, North American's profitability ***. North American's operating income to sales ratio was *** percent in 1997, rose to *** percent in 1998, and then declined to *** percent in 1999.¹⁹² In the interim 2000, North American's operating income to sales ratio was *** percent, a level higher than in each of the previous full years examined in this investigation.¹⁹³ From 1998 to 1999 Globe's

¹⁸⁴ Tr. at 37-40, 75, 104-105.

¹⁸⁵ *Extruded Rubber Threat from Indonesia*, Inv. No. 731-TA-787 (Final), USITC Pub. 3191 (May 1999) at 5-6.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ CR at I-13, PR at II-8.

¹⁸⁸ CR at I-7, PR at II-5.

¹⁸⁹ *Extruded Rubber Threat from Indonesia*, Inv. No. 731-TA-787 (Final), USITC Pub. 3191 (May 1999) at 5.

¹⁹⁰ Table 6, CR at I-22, PR at II-11.

¹⁹¹ Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

¹⁹² Table 6, CR at I-22, PR at II-11.

¹⁹³ Calculated from data submitted by North American on September 15, 2000.

operating income to sales ratio fell from *** percent to ***.¹⁹⁴ In interim 2000, this ratio had ***.¹⁹⁵ Similarly, the idling of facilities and employee reductions that occurred in 2000 reflect the idling of Globe's facilities.

More importantly, the industry recently received relief from less than fair value imports of ERT from Indonesia that were threatening the domestic industry with material injury. As background, on March 31, 1998, North American filed a petition alleging ERT imports from Indonesia were being sold in the U.S. at less than fair value, and those imports were causing material injury to the domestic industry. On May 21, 1999, Commerce issued an antidumping duty order as a result of this investigation. Already at the time of its final determination in that investigation, the Commission stated that it "believed that North American's stronger performance in 1998 *** related to some extent to the pendency of the investigation".¹⁹⁶ That order appears to be effectively eliminating the less than fair value imports from Indonesia. Imports from Indonesia accounted for 45.5 percent of imports of ERT in 1998, and *** percent of U.S. apparent consumption.¹⁹⁷ From 1998 to 1999, imports from Indonesia declined by 50.3 percent, a loss of *** percentage points of U.S. apparent consumption.¹⁹⁸ Between the interim periods, imports from Indonesia declined by 53.3 percent, a *** percentage point loss by imports from Indonesia of U.S. apparent consumption.¹⁹⁹ In addition, the unit value of those imports increased by 16.8 percent between 1998 and 1999 and by 26.6 percent between the interim periods.²⁰⁰ Thus, the antidumping duty order appears to have remedied the unfairly traded ERT imports in the domestic market that were threatening the domestic industry with material injury.²⁰¹

Thus, while the record evidences that the industry was in a weakened condition over the period of investigation, I find that this weakened condition resulted in part from the effects of less than fair value imports. Given that the current antidumping duty orders on ERT from Indonesia and Malaysia appear to be effective, I do not find the domestic industry is currently seriously injured.

¹⁹⁴ Table 6, CR at I-22, PR at II-11.

¹⁹⁵ Calculated from data submitted by Globe on September 12, 2000.

¹⁹⁶ *Extruded Rubber Threat from Indonesia*, Inv. No. 731-TA-787 (Final), USITC Pub. 3191 (May 1999) at 11.

¹⁹⁷ Table 2, CR at I-11, PR at II-7; Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

²⁰⁰ Table C-1, CR at C-4, PR at C-6; Table C-2, CR at C-6, PR at C-6.

²⁰¹ I note that in July 2000, the Commission concluded a five-year review of the antidumping duty order on ERT from Malaysia, and found that revocation of that antidumping duty order would be likely to lead to continuation or recurrence of material injury to an industry in the United States within a reasonably foreseeable time. *Extruded Rubber Thread from Malaysia*, Inv. No. 731-TA-527 (Review), USITC Pub. 3327 (July 2000). Thus, there currently are antidumping duties being applied to imports of ERT from Malaysia and Indonesia. I also note that between 1995 and 1999 imports from Indonesia and Malaysia accounted for 71.7 - 94.2 percent of all imports of ERT to the United States and *** percent of U.S. apparent consumption. Table 2, CR at I-11, PR at II-7; Table C-1, CR at C-4, PR at C-4.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวอมรวไล นิลพานิช เกิดวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ.2522 ที่จังหวัดสงขลา สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิตจากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2543 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อพ.ศ.2544



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย