

บทที่ 3

มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด (Antidumping Measures) ของต่างประเทศ กรณีศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1 ความเป็นมาของหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 The Revenue Act of 1916

หลักเกณฑ์ในการตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มต้นที่ the Revenue Act of 1916 โดยภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวอนุญาตให้มีการเก็บภาษีตอบโต้การทุ่มตลาดได้ และยังมีบทลงโทษในทางอาญาได้โดยภายใต้ the Revenue Act of 1916 กำหนดว่า ผู้ที่ทำการทุ่มตลาดจะต้องถูกปรับไม่เกิน 5000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ รูปแบบของการลงโทษดังกล่าว ทำให้ the Revenue Act of 1916 มีความแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดที่มีอยู่ในประเทศอื่นๆ ที่มักจะมีแต่เฉพาะการตอบโต้การทุ่มตลาดเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏใน the Revenue Act of 1916 แทบจะไม่ได้มีการนำมาบังคับใช้ เนื่องจากมาตรฐานของการพิสูจน์ถึงเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในที่เข้มงวดจนเกินไป ซึ่งการสร้างเงื่อนไขในเรื่องเจตนาดังกล่าวทำให้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดไม่สามารถที่จะนำมาบังคับใช้ได้ และ นอกจากนี้ความหมายของคำบางคำที่ปรากฏในหลักเกณฑ์ อาทิ คำว่า “น้อยลงอย่างมาก (substantially less)” ซึ่งคำดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอในการที่จะนำมาประกอบเป็นบทบัญญัติที่เป็นความผิดอาญา¹ ต่อมาภายใต้จุดประสงค์ที่ต้องการให้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดสามารถที่จะนำมาบังคับใช้ได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงผ่านหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดออกมาอีกฉบับหนึ่ง ภายใต้ชื่อ the Revenue Act of 1921

3.1.2 The Revenue Act Of 1921

The Revenue Act Of 1921 เป็นหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนดเนื้อหาของในที่มีลักษณะ และนัยที่ไม่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดที่มีการบังคับใช้กันอยู่ในปัจจุบันภายในประเทศสหรัฐอเมริกามากนัก ซึ่งภายใต้การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นจาก The Revenue Act Of 1916 โดยภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการพิสูจน์ถึงเจตนาของผู้ที่ทำการทุ่มตลาดว่าต้องการหรือมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ หรือไม่ว่าอย่างไร และยังคงอนุญาตให้มีการเก็บภาษีได้โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์ถึงการกำหนดราคาเพื่อจัดคู่แข่ง (predatory pricing)

ภายใต้ The Revenue Act Of 1921 กำหนดให้มีมาตรฐานของความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ, หลักเกณฑ์ในเรื่องของเหตุแห่งความเสียหาย (causation) โดยมีการนำเอาหลักการ bifurcated มาใช้ในการพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นสืบสาเหตุมาจากการทุ่มตลาดและในส่วนของ การค้นหาพฤติกรรมการทุ่มตลาดนั้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังกำหนดว่าสามารถที่จะทำการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดได้ก็ต่อเมื่อราคาขายที่เกิดขึ้นเป็นราคาขายที่น้อยกว่ามูลค่าปกติ (Less Than Fair

¹ Prusa, T. J., *International Trade Policies, Incentives, and Firm Behavior*. (New York : Garland Publishing, Inc. & London, 1990), p. 20.

Value) และในการเปรียบเทียบราคาเพื่อหาส่วนเหลือของการทุ่มตลาดจะต้องเป็นการเปรียบเทียบของราคาส่งออก (U.S. prices) ที่กำหนดจากราคาขายของสินค้าที่มีการนำเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกากับมูลค่าของราคาขายของสินค้าที่ขายในประเทศผู้ส่งออก (the foreign-market value)²

นอกจากนี้ในเรื่องของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการไต่สวนภายใต้ the Revenue Act of 1921 จะเป็นหน้าที่ของกระทรวงการคลังเป็นผู้ทำหน้าที่ในการไต่สวนหาพฤติกรรมการทุ่มตลาด และอำนาจหน้าที่ในการกำหนด และชี้ให้เห็นว่าการทุ่มตลาดที่เกิดขึ้นเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ³

ภายหลังจากที่ได้มีการประกาศ the Revenue Act of 1921 มาบังคับใช้ในการตอบโต้การทุ่มตลาดแล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการแก้ไขหลักเกณฑ์ดังกล่าวอยู่ตลอดเวลา และในช่วงระหว่างปี 1947 จนถึงปี 1974 ได้มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญเกิดขึ้นในเรื่องของหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาด นั่นคือ การกำหนดมาตรฐานในทางระหว่างประเทศของหลักเกณฑ์ในการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด โดยในปี 1947 มีการลงนามของบรรดานานาประเทศในความตกลงว่ากันฉบับหนึ่งภายใต้ชื่อ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1947 (GATT 1947) ซึ่งภายใต้ความตกลงดังกล่าวในมาตรา 6 (Article VI) เป็นการกำหนดถึงแนวทางในการไต่สวนการทุ่มตลาด และจากเนื้อหาของหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในมาตรา 6 โดยส่วนใหญ่จะเน้นในเรื่องของการเปิดให้มีการแข่งขันเสรีในทางการค้ามากกว่าเมื่อทำการเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น โดยเฉพาะในเรื่องของการกำหนดความเสียหาย ซึ่งเกณฑ์ในการวัดค่าขนาดความเสียหายว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายอย่างสำคัญ หรือไม่นั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาก็กำหนดให้ขึ้นอยู่กับมาตรฐานของเกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) แต่ภายใต้หลักเกณฑ์ของ GATT 1947 จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของการกำหนดความหมายของคำว่า ความเสียหายอย่างสำคัญ (material injury)⁴

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังคงมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ต่อไป เนื่องจาก The Revenue Act of 1921 เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นก่อนที่จะมีการเจรจา GATT 1947

ในระหว่างปี 1921 - 1974 มีการแก้ไขหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดหลายครั้ง แต่เป็นการแก้ไขเพียงเล็กน้อย เช่น ในปี 1954 ในการกำหนดความหมายในเรื่องของความเสียหายที่เกิดขึ้นมีการโอนย้ายหน้าที่ดังกล่าวจาก รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (secretary of the treasury) ไปยัง คณะกรรมาธิการภาษีอากร (Tariff Commission) ซึ่งปัจจุบัน หมายถึง คณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศ หรือ International Trade Committee : ITC , ในปี 1958 มีการแก้ไขในส่วนของวิธีพิจารณาในการไต่สวนหาพฤติกรรมการทุ่มตลาดซึ่งจะเป็นในส่วนของการคำนวณหาลักษณะของการขายที่ต่ำกว่ามูลค่าปกติ (Less Than Fair Value : LTFV) นอกจากนี้ในปี 1967 สภาครองเอกรของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เห็นด้วยกับการตีความหลักเกณฑ์ในการกำหนดความหมายของเหตุแห่งความเสียหายที่ปรากฏใน GATT 1967 จึงทำการปฏิเสธที่จะแก้ไขหลักเกณฑ์ของตนให้เป็นไปตามมาตรฐานที่ปรากฏใน GATT 1967⁵

² Ibid., p.21.

³ Ibid., p.21

⁴ Ibid., p.22

⁵ Ibid., p.22-23

3.1.3 The Trade Act of 1974

ภายใต้ The Trade Act of 1974 มีการเปลี่ยนแปลงที่เป็นหลักใหญ่ และเป็นข้อกำหนดที่มีความสำคัญ อย่างเช่นในเรื่อง การกำหนดระยะเวลาในการไต่สวนของฝ่ายบริหาร, การอนุญาตให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง มารดที่จะทำการปรึกษาในส่วนของการร้องที่รับมากับ ITC ก่อนที่จะมีการกำหนดว่าการขายที่เกิดขึ้นอยู่ในความหมายของ LTFV หากมีข้อมูลบางอย่างที่เป็นที่น่าสงสัยว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับความเสียหาย หรือหาก ITC มีการตัดสินว่า ไม่มีเหตุผลที่เป็นการสมควรในการที่จะบ่งชี้ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น และทำการยุติการไต่สวนดังกล่าว, อนุญาตให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (secretary of the treasury) ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงราคาขายที่เกิดขึ้นต่ำกว่าราคาทุนในการคำนวณมูลค่าปกติซึ่งการทบทวนหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดในปี 1974 ได้ก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการกำหนดราคาขายที่ต่ำกว่าราคาทุน (sale below cost prices) ในการกำหนดความหมายของมูลค่าปกติของประเทศสหรัฐอเมริกา⁶

3.1.4 The Trade Agreement Act of 1979

ในปี 1979 สภาครองเกรส (congress) ได้ทำการผ่านหลักเกณฑ์ในการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดโดยออกกฎหมายภายใต้ชื่อ the Trade Agreement Act of 1979 ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ในการตอบโต้การทุ่มตลาดที่ทำการอนุมัติตาม ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1979 และเป็นครั้งแรกที่ประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินใจที่จะดำเนินแนวทางของหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดเป็นไปตามมาตรฐานของการตอบโต้ในทางระหว่างประเทศ และนอกจากนี้ the Trade Agreement Act of 1979 ยังมีผลเป็นการลบล้าง the Revenue Act of 1921 และภายใต้ the Trade Agreement Act of 1979 เองนั้น เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากรของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีชื่อว่า the Tariff Act of 1930⁷

หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดภายใต้ the Trade Agreement Act of 1979 ยังคงเป็นไปตามแนวคิดของหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดใน the Revenue Act of 1921 ยกเว้นในส่วนหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ความเสียหายซึ่งจะมีความเข้มงวดมากขึ้น โดยมีการนำเอาคำว่า ความเสียหายอย่างสำคัญ (material injury) มาบังคับใช้เป็นครั้งแรก และยังมีเปลี่ยนแปลงในส่วนของผู้มีอำนาจในการกำหนดถึงพฤติกรรมการทุ่มตลาดโดยจากเดิมที่เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการคลัง มาเป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงพาณิชย์ โดยมีเหตุผลว่าเนื่องจากความไม่มีประสิทธิภาพของกระทรวงการคลังในการจัดการกับคดีที่เกิดขึ้น และมีความต้องการในการที่จะเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด เพื่อเป็นการเน้นให้มีการลงโทษผู้ส่งออกที่เป็นชาวต่างประเทศมากขึ้น โดยต้องการให้มีการมองว่านโยบายของการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดมิได้เป็นเพียงนโยบายที่กำหนดเพื่อการจัดเก็บอากรภายในประเทศ

⁶ Ibid., p.23

⁷ The Tariff Act of 1930 ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันโดยเป็นกฎหมายพื้นฐานที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากร ซึ่งภายใต้กฎหมายฉบับดังกล่าวจะปรากฏในเรื่องของการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดใน Title VII และได้รับการแก้ไขอย่างมากในปี ค.ศ.1979 และ 1994

เท่านั้น แต่ได้ถูกจัดให้เป็นนโยบายในทางการค้าระหว่างประเทศแล้ว และในส่วนอื่นๆ อาทิ ในส่วนของวิธีพิจารณาจะถูกตัดออกให้ลดน้อยลง เพื่อให้เกิดความกระชับ และมีความรวดเร็วมากขึ้นในการพิจารณา

the Trade Agreement Act of 1979 ได้มีการบังคับใช้ติดต่อกันเรื่องมาจนในครั้งหลังสุดมีการแก้ไขหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดในปี 1994 แต่ก่อนหน้าที่จะมีการแก้ไขดังกล่าวเกิดขึ้น ในช่วงระยะเวลานั้นก็ได้มีการปรับปรุงหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดมาโดยตลอด

3.1.5 The Trade and Tariff Act of 1984

ในปี 1984 รัฐบาลของประธานาธิบดี เรแกน ได้ทำการแก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องของการตอบโต้การทุ่มตลาด โดยอยู่ภายใต้ชื่อ The Trade and Tariff Act of 1984

ภายใต้ The Trade and Tariff Act of 1984 ในการบังคับใช้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดนั้น สามารถที่จะใช้บังคับกับการนำเข้าสินค้าที่ยังไม่มีการขายเกิดขึ้นได้ โดยจะครอบคลุมไปถึงการขายสินค้า หรือการจัดส่งสินค้าที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย ในส่วนของการเปลี่ยนแปลงและการปรับปรุงข้อกำหนดที่สำคัญๆ ที่อยู่ภายในหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดภายใต้ The Trade and Tariff Act of 1984 นั้นจะเป็นในเรื่องของข้อกำหนดต่างๆ ที่เกี่ยวกับการทุ่มตลาด แต่จะมีในเรื่องการผลิตในอุตสาหกรรมปลายน้ำ (downstream product) ที่ถูกตัดออกไปเนื่องจากฝ่ายบริหารของประธานาธิบดีเรแกนเห็นว่าขอบเขตของหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนกับ ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1979 โดยคำว่า การทุ่มตลาดใน การผลิตในอุตสาหกรรมปลายน้ำ (downstream product) ซึ่งในความเป็นจริงแล้วเรื่องดังกล่าวจะเกี่ยวกับกรณีของการผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายที่มีการประกอบขึ้นจากส่วนประกอบที่มีลักษณะของการทุ่มตลาดเกิดขึ้นซึ่งในทางที่ถูกต้องแล้วคำดังกล่าวน่าจะใช้คำว่า การผลิตในอุตสาหกรรมต้นน้ำ (upstream product) มากกว่า แต่อย่างไรก็ตามข้อกำหนดที่คล้ายคลึงกับ การผลิตในอุตสาหกรรมต้นน้ำ (upstream product) ก็ได้รับการบรรจุเป็นหลักเกณฑ์ภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดอีกครั้งหนึ่งใน The US Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988

นอกจากนี้ภายใต้ The Trade and Tariff Act of 1984 ยังมีการแก้ไขในเรื่องของการกำหนดบรรทัดฐานในเรื่องของการพิจารณาความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นเรื่องที่สำคัญมาก โดยเฉพาะในการคำนวณความเสียหายแบบสะสม ซึ่งในทางปฏิบัติในเรื่องของการคำนวณแบบสะสมนี้ในอดีตที่ผ่านมาการคำนวณความเสียหายดังกล่าวจะเป็นการคำนวณความเสียหายที่เกิดจากประเทศต่างๆ หลายๆประเทศ ทำให้ในประเด็นดังกล่าวก่อให้เกิดความขัดแย้งเกิดขึ้นมากกว่า ITC นั้นสามารถที่จะทำการคำนวณความเสียหายที่เกิดจากหลายประเทศในลักษณะของการสะสมได้หรือไม่ และดูเหมือนว่าหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันจะกำหนดเอาวิธีการแก้ไขไว้แล้วซึ่งจะต้องมีการติดตามกันต่อไป

3.1.6 The US Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988

The US Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดภายหลัง The Trade and Tariff Act of 1984 โดยการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

1. ในเรื่องของการป้องกันพฤติกรรมหลบหลีกการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด (circumvention) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการตัดสินในการใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดหากพบว่ามี การประกอบชิ้นส่วนของสินค้าภายในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือในประเทศที่ 3 และทำการส่งออกไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา (screwdriver assembly operation)
2. ขั้นตอนการสอบสวนการทุ่มตลาดที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่มีลักษณะเป็นสินค้าที่มีช่วงวงจรวางอายุของสินค้านั้น (short life cycle) เนื่องจากเป็นสินค้าประเภทที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูงในการผลิต
3. อนุญาตให้อุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำลังถูกทำการทุ่มตลาดสามารถที่จะยื่นคำร้องไปยังสำนักงานผู้แทนทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา (USTR) เพื่อให้มีการใช้มาตรการที่เหมาะสมกับประเทศเหล่านั้นได้
4. ยอมรับให้มีการปรับใช้วิธีการใหม่เพื่อที่จะทำการคำนวณการส่วนเหลือของการทุ่มตลาด (dumping margins) ของสินค้านำเข้าที่มาจากประเทศที่ไม่มีเศรษฐกิจแบบเสรี เช่นกำหนด มูลค่าปกติมาจากต้นทุนการผลิต และค่าใช้จ่ายอื่นที่เกี่ยวข้อง

3.1.7 The Uruguay Round Agreement Act of 1994

ในปี 1994 หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแก้ไขครั้งหลังสุด ภายใต้ชื่อ The Uruguay Round Agreement Act of 1994 ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงโดยผลของการอนุวัติการตามความตกลงฯ 1994 และได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงกับหลักเกณฑ์ในการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการเปลี่ยนแปลงเช่นว่านั้นถือได้ว่าจะเป็นการนำไปสู่การเปิดเสรีทางการค้ามากขึ้น และเป็นการทำหายต่อบทบาททางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งก่อให้เกิดความไม่พอใจของบรรดาอุตสาหกรรมภายในประเทศที่มักจะมองว่าหลักเกณฑ์ในการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเครื่องมือในการป้องกันการแข่งขันจากการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศที่ดีและถูกต้องตามกฎหมายเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน

การแก้ไขหลักเกณฑ์ในการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าวเริ่มต้นเมื่อภายหลังจากการที่มีการลงนามยอมรับ หรือมีการให้สัตยาบันยอมรับ ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาบรรดาความตกลงที่เพิ่มขึ้นในทางระหว่างประเทศแล้ว มิได้มีผลในการบังคับใช้ภายในประเทศสหรัฐอเมริกาในทันที ซึ่งโดยสถานะของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ก็ได้มีสถานะเป็นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด และภายใต้วิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับใช้ความตกลงระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีการกำหนดว่าความตกลงระหว่างประเทศสามารถที่จะนำมาบังคับ

ใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศได้ก็ต่อเมื่อมีการนำเอาความตกลงดังกล่าวมาทำการอนุมัติให้เป็นกฎหมายภายในประเทศก่อน โดยทำการยกร่างกฎหมายโดยต้องผ่านขั้นตอนในการออกกฎหมายมาใช้บังคับ และภายใต้การพิจารณาขอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีกลุ่มของผู้ที่เป็นผู้ที่มีผลประโยชน์มากมายทั้งที่เป็นกลุ่มที่พอใจ และไม่พอใจต่อบทบาทการเปิดเสรีในทางการค้าของสหรัฐอเมริกาทำให้ในการพิจารณาขอร่างกฎหมายดังกล่าวเต็มไปด้วยบรรยากาศในทางการเมือง

โดยทั่วไปในขั้นตอนของการพิจารณาร่างกฎหมาย (normal legislative process) ฝ่ายบริหารจะเป็นผู้เตรียมร่างกฎหมาย และทำการเสนอร่างกฎหมายไปยังสภาองเกรส เพื่อขอคำแนะนำจากสมาชิกสภาองเกรส และสมาชิกสภาซีเนต ภายหลังจากได้รับคำแนะนำจากสภาองเกรส ร่างกฎหมายดังกล่าวจะถูกส่งไปยังคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นเฉพาะกิจเพื่อให้มีการพิจารณาตามความเหมาะสม จากวิธีการปฏิบัติดังกล่าวทำให้ร่างกฎหมายที่ได้รับการประกาศบังคับใช้เป็นกฎหมายจากสภาองเกรสจะมีการเปลี่ยนแปลง และผิดไปจากร่างเดิมที่เป็นของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้เนื่องจากการแก้ไข เปลี่ยนแปลงตามขั้นตอนต่างๆ ดังที่กล่าวมา แต่ภายใต้การพิจารณาร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดนั้นไม่ได้มีการใช้ขั้นตอนในการพิจารณาดังเช่นที่กล่าวมาข้างต้นแต่ The Uruguay Round Agreement Act 1994 ได้รับการประกาศขึ้นมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใต้ขั้นตอนการพิจารณาร่างกฎหมายที่เรียกว่า fast-track process⁸

ภายใต้การพิจารณาร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดในลักษณะที่เป็นการพิจารณาแบบ fast-track process นั้น ภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารทำการเสนอร่างกฎหมายสู่สภาองเกรสเพื่อขอคำแนะนำแล้ว ร่างกฎหมายที่มาจากฝ่ายบริหารจะได้รับการออกเสียง (Vote) เพียงให้ผ่าน หรือไม่ผ่านร่างดังกล่าวเท่านั้น โดยที่ร่างกฎหมายดังกล่าวจะไม่ได้รับการแก้ไขแต่อย่างใดจากสภาองเกรส การที่ฝ่ายบริหารใช้วิธีการพิจารณาร่างกฎหมายในลักษณะของ fast-track process เนื่องจากฝ่ายบริหารต้องการที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการแก้ไขร่างกฎหมายที่ฝ่ายบริหารทำการยกร่างขึ้นมาในลักษณะที่เป็นการเปิดเสรีทางการค้าซึ่งเป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของคนบางกลุ่ม และในทางปฏิบัติ เพื่อเป็นการป้องกันการปฏิเสธในการผ่านร่างกฎหมายที่ทำการเสนอ ฝ่ายบริหารจะทำการเจรจากับสภาองเกรสก่อนที่จะมีการร่างกฎหมาย และก่อนที่จะมีการเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวสู่สภาองเกรส ดังนั้น เนื้อหาของกฎหมายที่เกี่ยวกับการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดจึงไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากร่างเดิมที่เป็นของฝ่ายบริหาร

และ ดูเหมือนว่าในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหลักเกณฑ์ในการตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้รับการคัดค้านอย่างรุนแรงจากผู้ผลิตที่เป็นอุตสาหกรรมภายในประเทศ เนื่องจากบรรดาผู้ผลิตเหล่านั้นเล็งเห็นว่าเป็นการเปิดเสรีในทางการค้าที่มากเกินไปซึ่งเมื่อเป็นเช่นนั้นผู้ที่ได้รับผลกระทบมากที่สุดคือกลุ่มผู้ผลิตดังกล่าวแต่อย่างไรก็ตามรัฐบาลภายใต้การนำของประธานาธิบดีคลินตัน ก็สามารถผ่านร่างกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ ภายใต้ชื่อ The Uruguay Round Agreement Act 1994 ที่มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหลักเกณฑ์การเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดที่ปรากฏอยู่ใน The Tariff Act of 1930

⁸ fast-tracker process เป็นขั้นตอนหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาร่างกฎหมาย ที่มีลักษณะตรงกันข้ามกับการพิจารณาร่างกฎหมายในลักษณะ normal legislative process

3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความหมายของการทุ่มตลาด

การทุ่มตลาดจะเกิดขึ้นเมื่อบริษัทต่างประเทศที่เป็นผู้ส่งออกส่งออกสินค้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาในราคาที่ต่ำกว่ามูลค่าปกติ (fair value) โดยทั่วไป มูลค่าปกติจะอยู่บนพื้นฐานของราคาที่ขายในประเทศผู้ส่งออก (foreign market prices) หรือราคาที่ขายในประเทศที่ 3 (Third Country Prices) หรือราคาขายที่ถูกสร้างขึ้น (constructed prices) ⁹

ในการที่จะกำหนดว่าสินค้าใดที่มีการนำเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกา และมีการขายในราคาที่ต่ำกว่ามูลค่าปกติ (less than fair value : LTFV) หรือไม่นั้นจะเป็นหน้าที่ของ International Trade Admission : ITA โดย ITA จะทำการติดตามพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการทุ่มตลาด เช่น การคั่นหาราคาขายสินค้าภายในประเทศผู้ส่งออก, การคั่นหาราคาส่งออกไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา และภายหลังจากการที่มีการคั่นหาข้อมูลซึ่งโดยส่วนใหญ่จะอยู่บนพื้นฐานของการตอบแบบสอบถาม (Questionnaire) ซึ่ง ITA จะทำการกำหนดส่วนเหลือของการทุ่มตลาด (dumping margin) จากผลต่างที่เกิดขึ้นจากการนำเอามูลค่าปกติ และราคาส่งออกที่กำหนดได้ และนำมาเปรียบเทียบกัน

และ ภายหลังจากที่มีการตรวจพบถึงพฤติกรรมการทุ่มตลาดแล้ว ในขั้นตอนต่อไปของการไต่สวน เพื่อการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดจะอยู่ในขั้นตอนของการไต่สวนเพื่อตรวจสอบถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งหน้าที่ในการไต่สวนเพื่อกำหนดถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจะเป็นหน้าที่ของ ITC ซึ่ง ITC จะทำการตรวจสอบว่าการทุ่มตลาดที่เกิดขึ้นนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศหรือไม่ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นก็จะมีการดำเนินการไต่สวนเพื่อทำการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดต่อไป ¹⁰

และโดยปกติประเทศสหรัฐอเมริกาจะทำการเก็บภาษีตอบโต้การทุ่มตลาด หากกระทรวงพาณิชย์ (Department of Commerce : DOC) สามารถกำหนดได้ว่าสินค้าที่อยู่ภายใต้การไต่สวนการตอบโต้การทุ่มตลาดได้ทำการ หรือนำจำหน่ายสินค้าที่ อยู่ภายใต้การไต่สวนในราคาที่ต่ำกว่ามูลค่าปกติ (sold at less than fair value) และนอกจากนี้ คณะกรรมาธิการการค้า (ITC) จะต้องตรวจพบว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับความเสียหายอย่างสำคัญ (material injury) หรือได้รับการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายใน หรือก่อให้เกิดความชะงักงันในการจัดตั้งอุตสาหกรรมภายใน

ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหลักเกณฑ์ในการกำหนดความหมายของการทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยผลของ The Uruguay Round Agreement Act 1994 (URAA) ทำให้หลักเกณฑ์ที่ปรากฏเกี่ยวกับการกำหนดความหมายของการทุ่มตลาดมีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ดังนี้

⁹ Davey, W. J. and Jackson, J. H., "Reform of the Administrative Procedures used in U.S. AD.&CVD.case," *The Administrative Law Journal of the American University* 6, No.3 (Fall 1992) : 400 .

¹⁰ Lawrence, M. A., "Bias in the ITA : The Need for Impartial Decision makers in U.S.A. AD proceedings," *Case Western Reserve Journal of International Law* 26, No.1 (Winter 1994), : 6-7.

3.2.1 การคำนวณมูลค่างานปกติ (normal value) และการคำนวณหาราคาที่ถูกสร้างขึ้น (constructed value)

มูลค่างานปกติ (normal value) ภายใต้ หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา หมายถึง ราคาขายของสินค้าในตลาดภายในประเทศผู้ส่งออกที่มีการขาย หรือเสนอขายเป็นครั้งแรกในทางการค้าปกติ ให้กับผู้บริโภคที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกัน ณ ขั้นตอนทางการค้าเดียวกัน¹¹ ในคดี Carbon Steel Wire Rope from Mexico¹² กำหนดมูลค่างานปกติอยู่บนพื้นฐานของราคาขายของสินค้า (ไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม) ในตลาดภายในประเทศผู้ส่งออกที่มีการขาย หรือเสนอขายเป็นครั้งแรกในทางการค้าปกติ โดยราคาขายที่เกิดขึ้นเป็นการขายสินค้าให้กับผู้ซื้อทอดแรกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกัน หรือในคดี Circular Welded Non-Alloy Steel Pipe and Tube from Mexico¹³ กำหนดให้ราคาขายของสินค้าในตลาดภายในประเทศผู้ส่งออกที่มีการขาย หรือเสนอขายเป็นครั้งแรกในทางการค้าปกติ ให้กับผู้บริโภคที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกัน ณ ขั้นตอนทางการค้าเดียวกัน

ในกรณีที่ตลาดการค้าเป็นตลาดที่มีเศรษฐกิจเป็นปกติ (market economics) การกำหนดมูลค่างานปกติภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ซึ่งได้รับการแก้ไขเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงฯ 1994 ซึ่งกำหนดให้มูลค่างานปกติอยู่บนพื้นฐานตามลำดับความสำคัญ ดังต่อไปนี้¹⁴

1. ราคาในประเทศผู้ผลิต (Home Market Prices)
2. ราคาในประเทศที่ 3 (Third Country Prices)
3. ราคาที่สร้างขึ้น (Constructed Valued)

3.2.1.1 ราคาในประเทศผู้ผลิต (Home Market Prices)

ราคาในประเทศผู้ผลิต หมายถึง ราคาขายปลีกโดยเฉลี่ยของสินค้าชนิดเดียวกันในประเทศผู้ส่งออกโดยราคาดังกล่าวจะอยู่บนพื้นฐานของ FOB Shipment และราคาดังกล่าวจะต้องเป็นราคาภายหลังที่มีการปรับเปลี่ยนเพื่อการประกันความเป็นธรรมในการเปรียบเทียบ¹⁵ และ ในกรณีที่จำเป็นต้องใช้ราคาในประเทศผู้ผลิตเป็นมูลค่างานปกติ จะต้อง ปรากฏว่า¹⁶

¹¹ The Tariff Act Section 773 (a) (1) (B) (i) as added by The Uruguay Round Agreement Act 1994 (URAA), section 233 (a)(1)

¹² Carbon Steel Wire Rope from Mexico (prelim. Results) (63FR16967, April 7, 1998).

¹³ Circular Welded Non-Alloy Steel Pipe and Tube from Mexico (61 FR68708, Dec. 30, 1996).

¹⁴ The Tariff Act, Section 773 (a)(1)(B)(ii)(II), a(1)(C) (1994).

¹⁵ Folsom, R. H. and Gordon, M., "Antidumping Duties (U.S. and E.U.). International Business Transactions," 1, Chapter 6 (1995) : 214.

¹⁶ สมประสงค์ มัคคสมัน และคณะ., "กฎหมายการค้าระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันการทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา," ดุลพาห นิตยสารกระทรวงยุติธรรม 3 ปีที่ 43 (กรกฎาคม - กันยายน 2539) : 14.

1. สินค้าชนิดนั้นเหมือนกับ หรือคล้ายคลึงกับสินค้าที่ขายในประเทศสหรัฐอเมริกา
2. ปริมาณการขายของราคาในประเทศผู้ผลิตอย่างเพียงพอ (suffience quantity) กล่าวคือ การขายของสินค้าที่เหมือน หรือคล้ายคลึงกันจะต้องรวมกันแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละ 5 ของปริมาณการส่งออกไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา
3. ราคาในประเทศผู้ผลิตจะต้องเป็นราคาที่สูงกว่าต้นทุนการผลิต (cost production) ¹⁷

ในกรณีที่ราคาขายที่ปรากฏเป็นราคาที่ต่ำกว่าราคาทุน (sale below cost prices) ราคาขายดังกล่าวจะถูกตัดออกจากพิจารณาเป็นมูลค่าปกติ และ จะต้องปรากฏว่า การขายที่ต่ำกว่าราคาทุนนั้นเป็นการขายในปริมาณที่ค่อนข้างมาก โดยกำหนดว่า หากการขายที่ต่ำกว่าราคาทุนคิดเป็นร้อยละ 20 หรือมากกว่าปริมาณการขายในการพิจารณามูลค่าปกติ หรืออัตราเฉลี่ยต่อหน่วยของราคาขายนั้นต่ำกว่าอัตราเฉลี่ยต่อหน่วยของต้นทุนการผลิตในการขายนั้น จะถือว่าการขายต่ำกว่าราคาทุนนั้นเป็นการขายในปริมาณมาก (substantial quantities) และนอกจากนี้การขายเช่นนั้นจะต้องเป็นการขายในช่วงระยะเวลายาวนาน โดยมากประมาณ 1 ปี (extented period of times)

ดังนั้น เมื่อมีการตัดสินว่าปริมาณการขายที่ต่ำกว่าราคาทุนนั้นมีจำนวนมาก การขายที่ต่ำกว่าราคาทุนทั้งหมดจะถูกตัดออกจากกลุ่มที่จะนำมาเป็นมูลค่าปกติซึ่งจะนำมาเปรียบเทียบ แต่การขายที่สูงกว่าต้นทุนยังคงเก็บไว้เพื่อใช้เป็นมูลค่าปกติเพื่อใช้ในการเปรียบเทียบต่อไป

3.2.1.2 ราคาในประเทศที่ 3 (Third Country Prices)

โดยปกติแล้วในกรณีที่ไม่สามารถหามูลค่าปกติโดยอาศัยพื้นฐานของราคาขายสินค้าในประเทศผู้ผลิตได้ กระทรวงพาณิชย์ของสหรัฐอเมริกา (DOC) มักจะเลือกใช้ราคาขายของสินค้าในประเทศที่ 3 ¹⁸ เป็นตัวกำหนดมูลค่าปกติ ¹⁹ มากกว่าที่จะเลือกใช้ราคาที่สร้างขึ้น (constructed valued) แต่อย่างไรก็ตามในการที่จะกำหนดว่าจะให้ใช้ราคาประเภทใดมาเป็นตัวกำหนดมูลค่า

¹⁷ ต้นทุนการผลิต (cost production) หมายถึง ต้นทุนวัตถุดิบ ต้นทุนการประกอบ และ overhead ซึ่งในบางกรณีต้นทุนในการเริ่มประกอบการอาจมีการลดลง และในบางกรณีจะไม่นำเอาต้นทุนของวัตถุดิบซึ่งมีการจัดหาให้โดยบริษัทที่เกี่ยวข้องกัน และทำการทดแทนด้วยข้อมูลที่แท้จริง (facts available) หากปรากฏว่าราคาที่จัดหาให้เป็นราคาที่ต่ำกว่าราคาทุนทั่วไป หรือไม่ใช้การจัดหาในลักษณะของ arm's length

¹⁸ ในกรณีดังกล่าวจะเป็นสินค้าที่คล้ายคลึงกันในประเทศผู้ผลิตที่จะนำเอาราคาขายมาเป็นมูลค่าปกตินั้น อาจเป็นสินค้าชนิดหรือประเภทเดียวกันที่ส่งออกไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา แต่อาจไม่สามารถพิจารณาได้ว่าคล้ายคลึงกันเพียงพอที่จะใช้ในการเปรียบเทียบในลักษณะราคาขายได้กฎหมายป้องกันการทุ่มตลาด โดยทั่วไปแล้วหากมีการปรับปรุงในความแตกต่างระหว่างสินค้าในตลาดประเทศผู้ผลิต กับสินค้าในตลาดประเทศสหรัฐอเมริกาในสัดส่วนที่มากกว่า ร้อยละ 20 ของต้นทุนผลิตสินค้าในสหรัฐอเมริกาแล้ว สินค้าในประเทศผู้ผลิตนั้นจะถือว่าสามารถเปรียบเทียบได้กับสินค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา

¹⁹ The Tariff Act, Section 773 (a)(1)(B)(ii), 19 U.S.C., Section 1677 b (a)(1)(B)(ii), 1995

ปกติ นั้น ภายใต้หลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่มีกรออกหลักเกณฑ์มาบังคับให้ใช้ราคาใดราคาหนึ่งแต่อย่างใด²⁰ ในคดี Extruded Rubber Thread from Malasia²¹ กำหนดให้ในกรณีที่ไม่สามารถกำหนดมูลค่าปกติได้จากราคาขายในประเทศผู้ส่งออก ให้กำหนดมูลค่าปกติจากราคาขายสินค้าในประเทศที่ 3 ซึ่งในคดีนี้ กำหนดเอาราคาขายของสินค้าในประเทศอิตาลี (สำหรับ Extruded Rubber Thread ชนิด Heaveafil) และประเทศฮ่องกง (สำหรับ Extruded Rubber Thread ชนิด Rubberflex) มาเป็นตัวกำหนดมูลค่าปกติ

ราคาสินค้าในประเทศที่ 3 จะใช้ได้หากปรากฏว่า²²

1. ราคาในประเทศนั้นเชื่อถือได้ (representative)
2. การขายในประเทศที่ 3 มีไม่น้อยกว่าร้อยละ 5 ของปริมาณการขายไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งหมด
3. สถานภาพทางการตลาดของประเทศที่ 3 นั้นเหมาะสมสำหรับการเปรียบเทียบ

เงื่อนไขในการเลือกประเทศที่ 3 ที่จะนำมาพิจารณาการขายที่เกิดขึ้น²³

1. สินค้าที่ขายในประเทศนั้นคล้ายคลึงกันมากที่สุด กับสินค้าที่ขายในสหรัฐอเมริกา
2. ประเทศนั้นมีปริมาณสินค้าที่คล้ายคลึงกันมากที่สุดของหรือมีสินค้าที่มีความคล้ายคลึงกันมากที่สุดกับสินค้า ภายใต้การสอบสวน
3. เป็นประเทศที่มีตลาดในแง่ของการบริหาร และการพัฒนา คล้ายคลึงกับตลาดสหรัฐอเมริกามากที่สุด

หากปริมาณการขายโดยส่วนใหญ่ในประเทศที่ 3 นั้นต่ำกว่าราคาทุน การขายที่ต่ำกว่าราคาทุนจะถูกตัดออกไปจากการพิจารณาเป็นมูลค่าปกติ และนอกจากนี้ กระทรวงพาณิชย์ของสหรัฐอเมริกามีอำนาจที่จะใช้ประเทศที่ 3 มากกว่า 1 ประเทศ ในการกำหนดมูลค่าปกติทั้งนี้หากเป็นความจำเป็นเพื่อให้บรรลุถึงการเปรียบเทียบที่เหมาะสม

²⁰ The Tariff Act, Section 773 (a)(4), 19 U.S.C., Section 1667 b (a)(4) , 1995

²¹ Extruded Rubber Thread from Malaysia (61 FR25190, May 20, 1996).

²² สมประสงค์ มัคคสมัน และคณะ., “กฎหมายการค้าระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันการทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา,” ดุลพหุชนิดยสารกระทรวงยุติธรรม 3 : 15

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า15.

3.2.1.3 ราคาที่สร้างขึ้น (Constructed Valued)

ในการคำนวณหาราคาที่สร้างขึ้นของ ITA ภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากที่จะเป็นการสร้างราคาเพื่อการกำหนดเป็นมูลค่าปกติในกรณีที่มีการส่งออกจากประเทศผู้ส่งออกที่เป็นระบบเศรษฐกิจที่ไม่พึ่งพิงระบบตลาดการกำหนดมูลค่าปกติจะเกิดขึ้นได้ในกรณีต่อไปนี้

ในกรณีนี้ราคาที่สร้างขึ้นจะใช้เป็นมูลค่าปกติในกรณีที่ไม่สามารถหาราคาสินค้าในประเทศผู้ผลิต หรือราคาสินค้าในประเทศที่ 3 ได้ ซึ่งอาจเป็นในกรณีที่ไม่มีปริมาณการขายที่เพียงพอในช่วงเดียวกับการขายที่มีใช้การขายไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา หรือในกรณีที่ราคาสินค้าในประเทศผู้ผลิต หรือราคาสินค้าในประเทศที่ 3 ต่ำกว่าราคาต้นทุนการผลิต²⁴

- วิธีการคำนวณราคาที่สร้างขึ้น

ราคาที่สร้างขึ้น หมายถึง ต้นทุนวัตถุดิบ และการประกอบของสินค้าที่นำเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกา (industrial costs) บวกกับค่าใช้จ่ายในการบริหาร และรวมถึงการขายรวมทั้งกำไร (SGA&Profits) บวกกับต้นทุนในการบรรจุหีบห่อ²⁵

ต้นทุนของวัตถุดิบซึ่งจัดทำให้โดยบริษัทที่เกี่ยวข้องอาจถูกปฏิเสธ และทดแทนด้วยข้อมูลที่เกิดขึ้นจริง (facts available) หากปรากฏว่าราคาที่จัดทำให้เป็นราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนทั่วไป หรือ มีใช้การจัดหาให้ในลักษณะของ arms' length²⁶

ในการคำนวณค่าใช้จ่ายในการบริหาร และการขายรวมทั้งกำไรภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดให้ความสำคัญว่าจะเป็นจำนวนที่เกิดขึ้นจริงจากการค้าในทางปกติในทางการค้า (in the ordinary cost of trade) ซึ่งหมายถึงการขายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่ใช่การขายที่ต่ำกว่าราคาต้นทุน และการขายของบริษัทที่เกี่ยวข้องกันซึ่งไม่ใช่ในลักษณะของ arms' length และในกรณีที่ไม่สามารถหาข้อมูลเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการบริหารและการขายรวมทั้งกำไรได้ ข้อมูลทั่วไปเกี่ยวกับประเภทสินค้าหรืออัตราเฉลี่ยบนพื้นฐานของผู้ผลิตรายอื่นภายใต้การสอบสวนสามารถนำมาใช้ทดแทนได้²⁷

จากหลักเกณฑ์ในการกำหนดการคำนวณราคาที่สร้างขึ้นแสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการแก้ไขโดยมีความสอดคล้องกับ มาตรา 2.2.2 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994

²⁴ ในกรณีการขายที่ต่ำกว่าราคาทุนที่เกิดขึ้นจะเป็นการขายในปริมาณที่ค่อนข้างมาก โดยกำหนดว่าหากการขายที่ต่ำกว่าราคาทุนคิดเป็นร้อยละ 20 หรือมากกว่าปริมาณการขายในการพิจารณามูลค่าปกติ หรืออัตราเฉลี่ยต่อหน่วยของราคาขายนั้นต่ำกว่าอัตราเฉลี่ยต่อหน่วยของต้นทุนการผลิตในการขายนั้น จะถือว่าการขายต่ำกว่าทุนนั้นเป็นการขายในปริมาณมาก (substantial quantities) และนอกจากนี้การขายเช่นว่านั้นจะต้องเป็นการขายในช่วงระยะเวลายาวนาน โดยมากประมาณ 1 ปี (extended period of times)

²⁵ Willkie Farr & Gallagher, U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation. (Washington D.C.: 1996), p.15.

²⁶ Ibid., p. 15

²⁷ The Tariff Act, Section 773 (e)(1)(B).

ที่กำหนดให้ค่าใช้จ่ายในการบริหาร และการขายรวมทั้งกำไรจะอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่เกิดขึ้นจริงที่เป็นของการผลิต และการขายในทางการค้าปกติของสินค้าชนิดเดียวกันที่เกิดขึ้นโดยผู้ส่งออก หรือผู้ผลิตภายใต้การได้ส่วน²⁸

- ชื่อนำสังเกตในเรื่องการคำนวณราคาที่สูงขึ้น

ในการคำนวณราคาที่สูงขึ้นของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งกำหนดจากค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการบริหาร และการขายรวมทั้งกำไรที่เกิดขึ้นจริงของผู้ผลิต และผู้ส่งออกยังคงมีปัญหบางประการเกิดขึ้น ดังนี้

1. จากการที่หลักเกณฑ์ในการคำนวณราคาที่สูงขึ้นกำหนดว่าข้อมูลที่จะนำมาใช้ในการคำนวณจะต้องมาจากข้อมูลที่เกิดขึ้นจริง แต่เมื่อพิจารณาจากสาเหตุในการคำนวณราคาที่สูงขึ้นพบว่าจะต้องเป็นในกรณีที่ไม่มีการขายสินค้าชนิดนั้นในประเทศผู้ส่งออก หรือในประเทศที่ 3 ในทางการค้าปกติ เท่านั้น ดังนั้น เมื่อไม่มีการขายสินค้าในประเทศดังกล่าว การขาย และกำไรจะคิดจากอะไร และอยู่บนพื้นฐานใด ภายใต้ Section 773 (e)(2)(A) และ (B) ของ The Tariff Act 1930 ที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดย The Uruguay Round Agreement Act 1994 มาตรา 224 ได้กำหนดแนวทางในการแก้ไข ในกรณีที่ไม่สามารถที่จะหาข้อมูลในการที่จะนำมาคำนวณได้เนื่องจากไม่มีพื้นฐานของข้อมูลการขายสินค้าดังกล่าวในประเทศผู้ส่งออก หรือในประเทศที่ 3 โดยกำหนดไว้ 3 ทางเลือกซึ่งมีเนื้อหาเช่นเดียวกับทางเลือก 3 ข้อ ในมาตรา 2.2 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994²⁹ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าภายใต้ The Tariff Act 1930 จะทำการกำหนดทางเลือกในการแก้ไขหากเกิดกรณีดังกล่าวข้างต้นไว้แล้วก็ตาม แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นก็ได้หมดไปจากการบังคับใช้หลักเกณฑ์เช่นนั้น โดยในการกำหนดทางเลือกทั้ง 3 ข้อซึ่งมีเนื้อหาเช่นเดียวกับในมาตรา 2.2.2 (1) (2) (3) และ ในหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ยังคงมีประเด็นที่เป็นปัญหาอยู่ในเรื่องของลำดับก่อนหลังในการที่จะเลือกวิธีการทั้ง 3 วิธีในการแก้ไขปัญหา ดังนั้น การที่ Section 773 (e)(2)(A) และ (B) ของ The Tariff Act 1930 มีการกำหนดวิธีการในการคำนวณราคาที่สูงขึ้นเช่นเดียวกับมาตรา 2.2.2 โดยเฉพาะในเรื่องของทางเลือกในการแก้ไขปัญหาในกรณีที่ไม่มีพื้นฐานของข้อมูลการขายสินค้าดังกล่าวในประเทศผู้ส่งออก หรือในประเทศที่ 3 ทั้ง 3 วิธี ที่

²⁸ มาตรา 2.2.2.1 กำหนดในกรณีเพื่อความมุ่งประสงค์ของมาตรา 2 ให้ใช้ข้อมูลที่เกิดขึ้นจริงในการผลิต และการจำหน่ายในทางการค้าปกติของสินค้าชนิดเดียวกันของผู้ส่งออก หรือผู้ผลิตที่ถูกได้ส่วน มาใช้ในการคำนวณต้นทุนค่าใช้จ่ายด้านบริหาร การจำหน่าย และต้นทุนทั่วไป และผลกำไร เมื่อการกำหนดจำนวนดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้บนพื้นฐานนี้ ก็อาจกำหนดจำนวนได้บนพื้นฐาน ดังนี้

1. จำนวนจริงที่เกิดขึ้นของผู้ส่งออก หรือผู้ผลิตที่ถูกได้ส่วนในส่วนของการผลิตและการจำหน่ายใน ตลาดภายในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดของผลิตภัณฑ์ที่เป็นประเภททั่วไปประเภทเดียวกัน
2. ค่าเฉลี่ยโดยถ่วงน้ำหนักของจำนวนจริงที่เกิดขึ้นของผู้ส่งออก หรือผู้ผลิตอื่นที่อยู่ภายใต้การได้ส่วนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการผลิต และการจำหน่ายสินค้าชนิดเดียวกันในตลาดภายในประเทศของประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิด
3. วิธีที่สมเหตุสมผลอื่นใด โดยมีเงื่อนไขว่าผลกำไรที่คำนวณขึ้นจะต้องไม่เกินกำไรปกติของผู้ส่งออก หรือผู้ผลิตอื่นที่ได้จากการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ประเภททั่วไปประเภทเดียวกันในตลาดภายในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิด

²⁹ Palmeter, D., "United States Implementation of the Uruguay Round Antidumping Agreement," *Journal of World Trade* 29, No.3 (June 1995) : 53.

ยังคงขาดความชัดเจนอยู่ภายในตัวเอง ซึ่งอาจทำให้การบังคับใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ในอนาคต

2. ในการกำหนดราคาที่ตั้งขึ้นของ ITA ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดขึ้นในกรณีที่ไม่สามารถหามูลค่าปกติอันเนื่องมาจากการที่ไม่สามารถหาราคาส่งออกในประเทศ หรือราคาส่งออกในประเทศที่ 3 หรือในกรณีที่ประเทศผู้ส่งเป็นระบบเศรษฐกิจที่ไม่พึงพิงระบบตลาดก็ตาม การกำหนดมูลค่าดังกล่าวจะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากเกี่ยวกับวิธีการคำนวณที่ไม่มีความแน่นอน และไม่สามารถจะเป็นที่คาดการณ์ล่วงหน้าได้ในผลที่เกิดขึ้น³⁰

3. นอกจากนี้ยังมีกรณีที่มีความไม่แน่นอนเกิดขึ้นในการกำหนดราคาที่ตั้งขึ้นจะเกิดจากเนื้อหาของหลักเกณฑ์ที่มีความยุ่งยาก และในส่วนของเนื้อหา และวิธีการดังกล่าวจะนำไปสู่ความล้มเหลวของการกำหนดราคาที่ตั้งขึ้นของ ITA โดยความล้มเหลวที่เกิดขึ้นเป็นความล้มเหลวที่เกิดจากการกำหนดราคาที่ตั้งขึ้นที่เกิดจากวิธีการในการตัดสินใจของ ITA โดยจะเป็นในเรื่องความไม่โปร่งใสของวิธีการในการตัดสินใจของ ITA ซึ่งเกิดจากการพิจารณาของ ITA โดยในแต่ละครั้งที่มีการกำหนดราคาที่ตั้งขึ้น การพิจารณาและการตัดสินใจจะเกิดจากบุคคลหลายคณะที่อยู่ใน ITA ซึ่งในแต่ละคณะจะมีการใช้วิธีการที่แตกต่างกันในการกำหนดราคาที่ตั้งขึ้น แต่ความแตกต่างที่เกิดขึ้นจะไม่ได้รับการเปิดเผยต่อสาธารณชน ตัวอย่างในคดี ICC Indus., Inc. V. United States และ ในคดี Timken Co. V. United States³¹ ในคดี ICC Indus., ITA กำหนดให้ประเทศสเปนเป็นประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจเป็นตัวแทนในการคำนวณมูลค่าปกติของประเทศจีนซึ่งเป็นประเทศผู้ส่งออกเป็นตลาดที่ไม่มีเศรษฐกิจที่ไม่ใช้ระบบตลาด แต่เมื่อพิจารณาในคดี Timken ปรากฏว่า ITA กลับมีการกล่าวอ้างว่าประเทศสเปนมีการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่ก้าวหน้ามากกว่าเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศจีน ในคดีนี้ ITA ปฏิเสธที่จะใช้การกำหนดมูลค่าปกติโดยการใช้ต้นทุน หรือราคาของประเทศสเปน ซึ่งจากปัญหาของการไม่ลงรอยกัน และความไม่โปร่งใสของการพิจารณากำหนดราคาที่ตั้งขึ้นของ ITA ได้ก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการบังคับใช้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของสหรัฐอเมริกา ซึ่งในบางกรณีจะส่งผลให้ประเทศผู้ส่งออกต้องตกเป็นผู้ที่ทำการทุ่มตลาดโดยไม่มีเจตนา และไม่มีเจตนาตั้งใจที่จะทำการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา³² หรือในบางกรณีการตัดสินใจที่เกิดขึ้นในคดีเดียวกันมีผลตรงข้ามกันในการตัดสินใจในขั้นต้น (preliminary investigation) และการตัดสินใจในขั้นสุดท้าย (final investigation) ซึ่งเป็นผลมาจากการกำหนดราคาที่ตั้งขึ้น (Constructed Valued) โดยในการตัดสินใจในขั้นต้น ในคดี Minivans from Japan ITC กำหนดว่ามีเหตุที่เหมาะสมในการที่จะกำหนดว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงจาก Minivans ที่มีผู้นำเข้าจากประเทศญี่ปุ่น

³⁰ Stahl, T.(H.E.), "Problems with the U.S.A. Antidumping Laws : The case for reform of the Constructed Valued Methodology" *International Tax & Business Lawyer* 11, No.1 (1993) : 8.

³¹ *ICC Indus., Inc. V. United States* (812 F.2d 694, 698, Fed. Cir. 1987) and *Timken Co. V. United States*. (13 C.I.T.238, Ct.Int'l Trade 1988) cited by Stahl, T.(H.E.), "Problems with the U.S.A. Antidumping Laws : The case for reform of the Constructed Valued Methodology" *International Tax & Business Lawyer* 11, No.1 (1993) :11

³² Folsom, R. H. and Gordon, M., "Antidumping Duties (U.S.and E.U.)," *International Business Transactions*, 1 : 221-2.

โดยกล่าวอ้างว่าราคาขายที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาต่ำกว่ามูลค่าปกติ แต่จากการตัดสินในชั้นสุดท้ายในคดีเดียวกัน การทุ่มตลาดที่เกิดขึ้นไม่เป็นความผิดอีกต่อไป เนื่องจากการเปรียบเทียบราคาที่เกิดขึ้นระหว่างราคาขายที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นไม่ต่ำกว่ามูลค่าปกติที่คำนวณจากราคาที่สร้างขึ้น³³ ซึ่งจากการตัดสินดังกล่าวเป็นผลจากวิธีการคำนวณหาราคาที่สร้างขึ้นที่มีความซับซ้อนและไม่มีความแน่นอนซึ่งขึ้นอยู่กับ การพิจารณาของเจ้าหน้าที่ ITA

3.2.2 การปรับมูลค่าปกติ (normal value adjustment)

นอกจากการกำหนดมูลค่าปกติภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดแล้วยังมีในส่วนของ การปรับมูลค่าปกติ ซึ่งจะมีปัจจัยหลายอย่างเข้ามาเกี่ยวข้องในการเพิ่ม หรือลดมูลค่าดังกล่าว³⁴ โดยจะมีการเพิ่มต้นทุนในการบรรจุที่เกิดขึ้นทั้งหมด และต้นทุนอื่นๆที่เกิดขึ้น , ค่าธรรมเนียม และ ค่าใช้จ่ายในการในการหาสถานที่ในการจัดวางสินค้าในสภาพที่บรรจุเรียบร้อยแล้วพร้อมที่จะขนส่งไปยังประเทศสหรัฐฯ

และจะต้องมีการหักลดในกรณี ดังนี้

1. ต้นทุนในการบรรจุที่เกิดขึ้นทั้งหมด และต้นทุนอื่นๆที่เกิดขึ้น , ค่าธรรมเนียม และ ค่าใช้จ่ายในการในการหาสถานที่ในการจัดวางสินค้าในสภาพที่บรรจุเรียบร้อยแล้วพร้อมที่จะขนส่ง ไปยังสถานที่ที่ใช้ในการส่งมอบให้กับผู้ซื้อ
2. ต้นทุน ค่าธรรมเนียม และ ค่าใช้จ่ายในการในการนำสินค้าจากสถานที่ขนส่งไปยังสถานที่ที่ใช้ในการส่งมอบให้กับผู้ซื้อ
3. ภาษีทางตรงที่เก็บจากสินค้าที่ซึ่งได้รับคืน และยังไม่มีการจัดเก็บ

และนอกจากนี้ยังมีการเพิ่ม หรือหักลดในกรณีอื่นที่ซึ่งจะเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะทำการพิจารณา ซึ่งจะ เป็นในเรื่องของความแตกต่างใดๆที่เกิดขึ้นระหว่างราคาส่งออก หรือราคาส่งออกที่สร้างขึ้น หรือมูลค่าปกติ ตัวอย่างเช่น ความแตกต่าง ในด้านขนาด และปริมาณของสินค้า หรือความแตกต่างในเรื่องของสถานการณ์ในการขาย (circumstance of sales)

ในคดี Circular Welded Non-Alloy Steel Pipe and Tube From Mexico³⁵ โดยในกรณีนี้ที่มูลค่าปกติอยู่บนพื้นฐานของราคาขายในประเทศผู้ส่งออกจะกำหนดมูลค่าปกติจากราคาเริ่มต้นโดยเป็นราคาที่ขายสินค้าไปยังผู้ซื้อที่ไม่มีความเกี่ยวข้อง

³³ *Minivans from Japan* (56 Fed.Reg.26694,1991, Prelim.) and *Minivans from Japan* (57 Fed.Reg.21937, 21938,1992, Final) cited by McGee, R. W., "The Case to Repeal the Antidumping Laws," *Northwestern Journal of International Law & Business* 13, No.3(Spring 1993): 521-2.

³⁴ The Tariff Act, Section 773 (a)(6)(A)(B)(i) - (iii), (C)(6)(i) - (iii) .

³⁵ *Circular Welded Non-Alloy Steel Pipe and Tube From Mexico* (61 FR68708., December 30, 1996)

กันในประเทศผู้ส่งออก และจะมีการปรับราคาที่เกิดขึ้นโดยการหักลด หรือเพิ่มราคาดังกล่าว เช่น มีการหักในส่วนของเงินภาษีที่จะต้องมีการคืน(rebate) ส่วนลด (discount) ในเรื่องค่าใช้จ่ายในการบรรจุ (packing) ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการขนย้ายสินค้าในประเทศผู้ส่งออก (foreign inland freight) และค่าประกันภัย (insurance) และนอกจากนี้ยังมีการปรับมูลค่าปกติตามความเป็นจริงในส่วนที่เป็นภาระที่เกิดจากการขายในประเทศผู้ส่งออก (home market sales response) เช่น ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการให้สินเชื่อ (credit expense) ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากภายหลังการขายที่จะต้องนำสินค้ามาเก็บในคลังสินค้า (post-sales warehousing) ซึ่งจะมีการปรับโดยอาศัยความเหมาะสม

3.2.3 การคำนวณมูลค่าปกติในกรณีตลาดในประเทศผู้ส่งออกเป็นระบบเศรษฐกิจที่ไม่พึ่งพิงระบบตลาด (non-market economies : NME)

ในกรณีที่การนำเข้าเป็นการนำเข้าจากประเทศเป็นระบบเศรษฐกิจที่ไม่พึ่งพิงระบบตลาด หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ ITA กำหนดมูลค่าปกติ (normal value) จากปัจจัยการผลิต อาทิ แรงงาน วัตถุดิบ พลังงาน และทุนที่ใช้ในการผลิตสินค้าที่ทำการส่งออก³⁶ และรวมถึงจำนวนการใช้พลังงานของเครื่องจักร ค่าบรรจุหีบห่อ ค่าใช้จ่ายทั่วไป และกำไร³⁷ มูลค่าของแต่ละปัจจัยการผลิตจะถูกกำหนดให้เป็นไปตามราคา หรือต้นทุนในตลาดของประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจตลาด (market economies) และ ITA จะใช้ประเทศที่พิจารณาแล้วมีความเหมาะสมที่จะเป็นตัวแทนในการที่จะนำเอาต้นทุนหรือราคามากำหนดเป็นมูลค่าปกติแทนมูลค่าปกติของประเทศผู้ส่งออกเป็นระบบเศรษฐกิจที่ไม่พึ่งพิงระบบตลาด ในส่วนของประเทศที่จะนำมาเป็นตัวแทน (surrogate) นั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าประเทศนั้นๆ จะต้องมีการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่มีความเท่าเทียมกันกับประเทศเป็นตลาดที่ไม่มีเศรษฐกิจที่ไม่ใช้ระบบตลาด ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการยืนยันในคดี *Georgetown Steel Corp. V. United States*³⁸ และ หลักการดังกล่าวได้รับการถือปฏิบัติก่อนที่จะมีการประกาศใช้ the Omnibus Trade and Competitiveness Act 1988 ในส่วนของต้นทุนจากการคำนวณจากปัจจัยการผลิตสินค้า โดย ITA จะใช้จำนวนรวมของค่าใช้จ่ายทั่วไป กำไร และค่าบรรจุภัณฑ์ที่จะส่งไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจำนวนรวมของค่าใช้จ่ายทั่วไปนั้นจะเกิดจากการขายสินค้าในประเทศผู้ส่งออก แต่โดยแท้จริงแล้วในทางปฏิบัติการขายที่จะนำมาคำนวณจะเป็นการขายสินค้าในประเทศที่เป็นตัวแทนที่มีตลาดเป็นระบบเศรษฐกิจ และมีระดับของการพัฒนาในทางเศรษฐกิจนั้นมีความเท่าเทียมกัน³⁹ ในคดี *Disposal Pocket Lighters From PRC (People's Republic of China) v. United States*⁴⁰ ในการกำหนดมูลค่าปกติผู้ร้องกำหนดมูลค่าปกติโดยอาศัยพื้นฐานมูลค่าของปัจจัยการผลิตในประเทศที่มีตลาดเป็นระบบเศรษฐกิจ (Market Economie Country) ภายใต้ The Tariff Act, Section 773 (C) โดยมีการเปรียบเทียบระดับการพัฒนาของเศรษฐกิจ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ร้องไม่สามารถที่จะทำการกำหนดปัจจัยการผลิตในประเทศจีนได้ ผู้ร้องจะทำการกำหนดปัจจัยการผลิตโดยอาศัยปัจจัยการผลิตของประเทศผู้ร้องเอง ในคดีนี้ผู้ร้องใช้ปัจจัยการผลิต

³⁶ The Tariff Act, Section 773 (c) (1994).

³⁷ Willkie Farr & Gallagher, *U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation* (Washington D.C.: 1996), p.11.

³⁸ *Georgetown Steel Corp. V. United States* (801 F.2d 1308, Fed.Cir, 1986) cited by Folsom, R. H. and Gordon, M., "Antidumping Duties (U.S. and E.U.)," *International Business Transactions*. 1 : 219.

³⁹ Folsom, R. H. and Gordon, M., "Antidumping Duties (U.S. and E.U.)," *International Business Transactions*. 1 : 219 - 220.

⁴⁰ "Disposal Pocket Lighters From PRC v. United States," *Federal Register* 60, No.51(March,1995) : 14285.

ของประเทศอินเดีย และประเทศปากีสถานเป็นตัวแทน (surrogate countries) เนื่องจากพบว่ามียุทธศาสตร์ของการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่สามารถเปรียบเทียบได้กับประเทศจีน⁴¹

- ข้อน่าสังเกตในเรื่องการคำนวณมูลค่าปกติของประเทศที่เป็นระบบเศรษฐกิจที่ไม่พึ่งพิงระบบตลาด

จากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดมูลค่าปกติของประเทศที่เป็นระบบเศรษฐกิจที่ไม่พึ่งพิงระบบตลาด โดยอาศัยพื้นฐานของการใช้ราคาหรือต้นทุนที่ใช้ในการผลิตสินค้าในประเทศที่เป็นตัวแทนที่มีตลาดเป็นระบบเศรษฐกิจที่มีระบบตลาด (Market Economie Country) ก่อให้เกิดปัญหา ดังนี้⁴²

1. ประเทศที่เป็นตัวแทนที่มีตลาดเป็นระบบเศรษฐกิจที่มีระบบตลาดที่ซึ่งจะนำเอาราคาขายสินค้า หรือต้นทุนการผลิตนำมากำหนดเป็นมูลค่าปกติ ซึ่งในบางกรณีจะมีอยู่อย่างจำกัด และในบางกรณีก็แทบจะไม่สามารถหาได้เลย⁴³
2. ตลาดของประเทศที่เป็นตัวแทนซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจที่มีระบบตลาด ในกรณีที่มีการคัดเลือกแล้ว ภายหลังพบว่ามีความไม่เหมาะสมเกิดขึ้นหากจะนำมาเป็นประเทศตัวแทน เนื่องจากพบว่าระดับของการพัฒนาในทางเศรษฐกิจนั้นมีความแตกต่างกัน เช่นในคดี Natural Menthol From the People's Republic of China และในคดี Electric Golf Cars from Poland⁴⁴ ซึ่งในคดีนี้กำหนดให้ราคาสินค้าในประเทศแคนาดา เป็นราคาสินค้าที่ผลิตในประเทศโปแลนด์ และประเทศปารากวัย และประเทศจีน แต่ภายหลังมีการกล่าวอ้างว่าประเทศแคนาดามีการพัฒนาในระบบเศรษฐกิจที่ก้าวหน้ามากกว่าประเทศทั้ง 3 ซึ่งทำให้มีความไม่เหมาะสมเกิดขึ้นหากจะนำมาเป็นประเทศตัวแทนที่มีระบบเศรษฐกิจที่มีระบบตลาด

โดยปกติแล้วในการเปรียบเทียบมูลค่าปกติ และราคาส่งออกเพื่อหาส่วนเหลือของการทุ่มตลาด กระทรวงพาณิชย์ของสหรัฐอเมริกานำมูลค่าปกติ และราคาส่งออกที่เกิดขึ้นในวันเดียวกันมาเปรียบเทียบ แต่ในกรณีที่ไม่สามารถหามูลค่าปกติที่เกิดขึ้นกับราคาส่งออกไม่ได้ ก็จะนำมูลค่าปกติที่เกิดขึ้นในช่วง 90 วันก่อน หรือ 60 วันหลังจากวันที่เกิดราคาส่งออก ซึ่งวิธีการเปรียบเทียบนี้จะใช้ในการไต่สวน และในขั้นของการทบทวน

⁴¹ Memorandum to David L.Binder, Director-Division H.office of Antidumping Investigation from David P.Mueller, Director office of Policy (Aug 1993) cited by Federal Register 60, No.51(March, 1995) : 14285.

⁴² Folsom, R. H. and Gordon, M., "Antidumping Duties (U.S.and E.U.)," International Business Transactions. 1 : 220.

⁴³ Ibid, p.220.

⁴⁴ Natural Menthol From the People's Republic of China (46 FED.Reg.3,258, 1981) and Electric Golf Cars from Poland (40 FED.Reg.25 ,497,1975). cited by Folsom, R. H. and Gordon, M., "Antidumping Duties (U.S.and E.U.)," International Business Transactions. 1 : 220.

3.2.4 การคำนวณหาราคาส่งออก (export price) และ การคำนวณหาราคาส่งออกที่ถูกสร้างขึ้น (constructed export price)

พื้นฐานของการเปรียบเทียบราคาขายในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จะหมายถึง ราคาส่งออก (export price) และการคำนวณหาราคาส่งออกที่ถูกสร้างขึ้น (constructed export price) และภายใต้หลักการตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดความหมายของราคาส่งออก (export price) และ การคำนวณหาราคาส่งออกที่ถูกสร้างขึ้น (constructed export price) ดังนี้

3.2.4.1 ราคาส่งออก (export price)

ราคาส่งออก (export price) คือ ราคาที่ผู้ผลิต หรือผู้ส่งออกในต่างประเทศขายให้กับผู้ซื้อที่ไม่เกี่ยวข้องกันในประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนวันที่จะนำสินค้าเข้าไปในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือราคาของผู้ผลิต หรือ ผู้ส่งออกขายให้กับผู้ซื้อที่ไม่เกี่ยวข้องในต่างประเทศก่อนที่จะส่งออกไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁵ ในคดี *Shop Towels From Bangladesh*⁴⁶ มีการกำหนดราคาส่งออกโดยอยู่บนพื้นฐานของราคา C&F หรือ FOB และในคดี *Circular Welded Non-Alloy Steel Pipe and Tube From Mexico*⁴⁷ คำนวณราคาส่งออกอยู่บนพื้นฐานของราคาขายที่เกิดจากการขายสินค้าไปยังผู้ซื้อทอดแรกที่ไม่มีมีความเกี่ยวข้องกันในประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนการนำเข้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา

ราคาส่งออกที่ถูกสร้างขึ้น (constructed export price) คือ ราคาสินค้าที่ขายโดยผู้นำเข้าที่เกี่ยวข้อง เช่น บริษัทในเครือ หรือผู้จัดจำหน่ายของผู้ผลิตในต่างประเทศไปยังผู้ซื้อที่ไม่เกี่ยวข้องรายแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา หลังจากการนำเข้า⁴⁸ ในคดี *Disposal Pocket Lighters From Thailand v. United States*⁴⁹ ภายใต้ Section 772 (b) กำหนดให้ ราคาส่งออกอยู่บนพื้นฐานของราคาซื้อ (purchase prices) ในการคำนวณราคาซื้อของราคาขายสินค้าของบริษัท Thai Merry จะอยู่บนพื้นฐานของราคา CIF โดยเป็นราคาที่มีการขายไปยังผู้ซื้อที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันในประเทศสหรัฐอเมริกา และ ในการกำหนดราคาส่งออกจะมีการหักลดตามความเหมาะสม เช่น การหักลดค่าระวางภายในประเทศผู้ส่งออก (foreign inland freight) , ค่านายหน้า (foreign brokerage), ค่าประกันภัยทางทะเล (marine insurance) และค่าระวางในการเดินทะเล (ocean freight)

ในบางกรณีราคาส่งออกอาจไม่ใช่ราคาขายที่เกิดขึ้นท้ายสุดก่อนการนำเข้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดี *Sandvick AB V. United States* กำหนดว่าในกรณีที่ผู้ผลิตขายสินค้าให้กับผู้ขายคนที่ 1 และทราบว่าผู้ขายดังกล่าวจะทำการขายสินค้าไปยังผู้ขายในทอดต่อไปเพื่อการนำเข้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา แสดงว่าการขายที่เกิดขึ้นเป็นการขายก่อนที่จะมีการนำเข้าไปยัง

⁴⁵ The Tariff Act, Section 772 (a), 19 U.S.C., Section 1677 a (a), 1995.

⁴⁶ *Shop Towels From Bangladesh* (61 FR26158, March 24, 1996).

⁴⁷ *Circular Welded Non-Alloy Steel Pipe and Tube From Mexico* (61 FR68708, December 30, 1996)

⁴⁸ *Ibid.*, (b).

⁴⁹ "Disposal Pocket Lighters From PRC v. United States," *Federal Register* 60, No.51(March,1995) :

ประเทศสหรัฐอเมริกา ITA จะใช้ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ผลิตกับผู้ขายคนที่ 1 เป็นเสมือนราคาส่งออก นั่นก็คือราคาขายที่เกิดจากการขายในทอดแรกนั่นเอง⁵⁰

- การกำหนดความเกี่ยวข้องกันหรือความเกี่ยวข้องกัน (affiliation) ในการกำหนดราคาส่งออก

ภายใต้การตีความในส่วนของความเกี่ยวข้องกันหรือความเกี่ยวข้องกัน (affiliation) ของประเทศรัฐกำหนดให้เป็นไปในรูปแบบเดียวกันกับการตีความในเรื่องของความเกี่ยวข้อง (relation) ในการกำหนดถึงอุตสาหกรรมภายในประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากภายใต้ความตกลงฯ 1994 ไม่มีการกำหนดความหมายในเรื่องดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจนจึงมีการตีความออกมาในลักษณะดังกล่าวโดยจะปรากฏความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันเมื่อมีการถือหุ้น5%ในแต่ละบริษัท และนอกจากนี้ในส่วนของอำนาจการควบคุมแม่หากไม่มีการถือหุ้นใดๆแต่มีลักษณะของการควบคุมอีกบริษัทหนึ่งก็ถือได้ว่ามีความเกี่ยวข้องกัน ดังนั้นภายใต้ความหมายของความเกี่ยวข้องกันภายใต้มาตรการตอบโต้ของประเทศรัฐจึงกำหนดว่าบุคคลใดที่ได้รับการพิจารณาว่ามีการควบคุมอีกบุคคลหนึ่งอยู่โดยหากบุคคลดังกล่าวมีการบริหารงาน การตงวัน หรือมีการควบคุมเหนือบุคคลใดบุคคลหนึ่งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติ⁵¹

และนอกจากนี้ในการกำหนดราคาส่งออก และราคาส่งออกที่สร้างขึ้นภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดจะมีปัจจัยหลายอย่างเข้ามาเกี่ยวข้องในการเพิ่ม หรือลดราคาดังกล่าว เช่น ราคาส่งออก และราคาส่งออกที่สร้างขึ้น อาจถูกเพิ่มโดยต้นทุนต่างๆ ที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น ต้นทุนที่เกิดจากการบรรจุ การหีบห่อ และต้นทุนอื่นๆ หรือต้นทุนที่เกิดจากภาษีที่ถูกเก็บบนสินค้าเพื่อนำเข้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา⁵² โนคตี Extruded Rubber Thread From Malaysia⁵³ ในการกำหนดราคาส่งออก จะอยู่บนพื้นฐานของราคาซื้อในรูปแบบของ CIF ที่เป็นราคาขายที่เกิดขึ้นครั้งแรกให้กับผู้ซื้อรายแรกที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันในประเทศรัฐฯ และมีการรวมในส่วนของภาษีที่ถูกเก็บบนสินค้าเพื่อนำเข้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา และมีการหักลดในส่วนของค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการขนย้ายสินค้าในประเทศผู้ส่งออก (foreign inland freight) ค่าขนย้ายสินค้าที่เกิดขึ้นในประเทศผู้ส่งออก (foreign brokerage) และ ค่าใช้จ่ายในส่วนของคนงาน (handling expense) ค่าขนย้ายสินค้าทางเรือ (ocean freight) ค่าประกันภัยทางทะเล (marine insurance) ภาษีศุลกากรของประเทศรัฐฯ(U.S. customs duty) ค่าขนย้ายสินค้าที่เกิดขึ้นในประเทศรัฐฯ (U.S. brokerage) ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการขนย้ายสินค้าในประเทศรัฐฯ (U.S. inland freight)

นอกจากนี้ราคาส่งออก และราคาส่งออกที่สร้างขึ้นจะถูกหักลดโดยต้นทุนในการขนส่งสินค้าจากสถานที่ที่มีการขนส่งสินค้าในประเทศผู้ส่งออกออกไปยังสถานที่ส่งมอบในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการขนย้ายสินค้า (freight) ค่าประกันภัย ภาษีส่งออก อากร และค่าธรรมเนียมที่จัดเก็บโดยประเทศผู้ส่งออกบนสินค้าที่อยู่ภายใต้การสอบสวนที่มีการส่งออกไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา หรืออากรการนำเข้าของประเทศสหรัฐอเมริกา⁵⁴ และนอกจากนี้ภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT taxes) ยังถือเป็นภาษีที่

⁵⁰ Sandvick AB V. United States (721 F.Supp.1332, C.I.T.1989) cited by Folsom, R. H. and Gordon, M., "Antidumping Duties (U.S. and E.U.)," International Business Transactions. 1 : 216.

⁵¹ Esch D.M. and Waltz E. D., "The Impact of the Uruguay Round Amendment on U.S. Antidumping Law," The Federal Circuit Bar Journal 5, No.4 (winter 1995), p.398-399.

⁵² The Tariff Act, Section 772 (c)(1), 19 U.S.C., Section 1677 a (c)(1), 1995.

⁵³ Extruded Rubber Thread From Malaysia (6125190, May 20, 1996).

⁵⁴ Ibid., (c) (2)

จะต้องมีการหักออกจากราคาส่งออกซึ่งเป็นไปตามคำตัดสินของ CIT (Court of International Trade) ในคดี Federal - Mogul, et al V. United States⁵⁵ และ ในคดี Zenith Electronics Corp. V. United States มีการตัดสิน และทำการพิจารณาว่าราคาส่งออกที่เกิดขึ้นยังมีในเรื่องของต้นทุนที่เกิดจากการขนย้ายจากประเทศผู้ส่งออกมายังประเทศสหรัฐอเมริกา และยังมีในส่วนของภาษีการส่งออกของประเทศผู้ส่งออกเองรวมอยู่ในราคาส่งออกเช่นเดียวกัน⁵⁶ และในส่วนของ การหักลดยังมีในเรื่องของค่านายหน้า (foreign brokerage), และ ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการขาย (selling expenses) ในประเทศสหรัฐอเมริกา และต้นทุนที่เพิ่มขึ้นในกรณีที่มีการประกอบในประเทศสหรัฐอเมริกาภายหลังจากที่มีการนำเข้า และก่อนที่จะมีการขาย⁵⁷ แต่ในการตัดสินคดี Carlise&Rubber Co. V. United States มีการตัดสินว่า ต้นทุนในส่วนของ การประกันการผลิตของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เพิ่มขึ้นจะไม่ใช้ส่วนที่จะนำมาหักลดในราคาส่งออก⁵⁸

3.2.4.2 การหาราคาส่งออกที่สร้างขึ้น (constructed export price)

ในกรณีของ ราคาส่งออกที่สร้างขึ้น (constructed export price) จะต้องได้รับการหักลดเพิ่มเติมจากที่กำหนดในข้างต้น ดังนี้⁵⁹

ราคาส่งออกที่สร้างขึ้นจะได้รับการเพิ่มเติมจากที่กำหนด ดังต่อไปนี้

1. ค่าบรรจุหีบห่อเพื่อส่งสินค้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกา
2. ค่าภาษีนำเข้าที่ประเทศผู้ส่งออกจ่ายคืน หรือไม่เรียกเก็บจากผู้ส่งออกเมื่อส่งสินค้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกา
3. ภาษีให้การอุดหนุน

และ ราคาส่งออกจะต้องได้รับการหักลดด้วยองค์ประกอบดังนี้

⁵⁵ Federal - Mogul Corp. V. United States , 834 F.Supp. (C.I.T.1993) ในคดีดังกล่าว CIT ตัดสินให้ภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT taxes) เป็นภาษีที่เกิดขึ้นทางอ้อม (indirect tax) ที่สามารถหักออกได้จากราคาส่งออก (U.S.prices) เท่านั้น แต่ภายหลังการตัดสินดังกล่าว DOC ทำการกลับคำตัดสินที่เกิดขึ้น ในคดี Federal - Mogul Corp. V. United States ,Fed.Circuit Bar Journal, 63F.3d 1572 (Fed.Cir 1995) p.406-7 โดยกำหนดให้สามารถหักภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT taxes) ได้ทั้งใน ,มูลค่าปกติ และในราคาส่งออก แต่อัตราของภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT taxes) ที่จะนำมาหักออกจากราคาส่งออกจะต้องเป็นอัตราเดียวกับภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT taxes) ที่ทำการหักออกจากมูลค่าปกติ.

⁵⁶ Zenith Electronics Corp. V. United States (755 F.Supp.397, C.I.T.1990) cited by Ralph H. Folsom and Michael Gordon., *Antidumping Duties (U.S.and E.U.)*. International Business Transactions, Vol.1 Chapter 6, 1995, p.222.

⁵⁷ Folsom, R. H. and Gordon, M.,“Antidumping Duties (U.S.and E.U.),” *International Business Transactions*, 1 : 222.

⁵⁸ Carlise&Rubber Co. V. United States (622 F.Supp.1071, C.I.T.1985) cited by Folsom, R. H. and Gordon, M.,“Antidumping Duties (U.S.and E.U.),” *International Business Transactions*. 1 : 222.

⁵⁹ The Tariff Act, Section 772 (d), 19 U.S.C., Section 1677 a (d), 1995 .

1. ค่าใช้จ่ายทางตรงในการส่งสินค้าออกไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ ค่าขนส่งทางบก (Inland Freight)
2. ภาษีอากร หรือค่าธรรมเนียมที่ประเทศผู้ส่งออกเรียกเก็บจากผู้ส่งออก

นอกจากนี้ยังคงมีองค์ประกอบอื่นที่ต้องหักลดที่ใช้ในการคำนวณหาราคาส่งออกที่สร้างขึ้นซึ่งประกอบด้วย (indirect selling expenss) ดังนี้

- ก. ค่าใช้จ่ายที่ผู้ผลิต หรือผู้ส่งออกในต่างประเทศ หรือผู้ซื้อที่เกี่ยวข้องได้ใช้จ่ายไปในการขายสินค้า ซึ่งได้แก่
 - ค่านายหน้าที่เกิดจากการขายสินค้าในประเทศ สหรัฐอเมริกา
 - ค่าใช้จ่ายทางตรงได้แก่ สินเชื่อ ค่าประกันสินค้า
 - ค่าใช้จ่ายใดๆที่ผู้ขายได้จ่ายออกไปในนามของผู้ซื้อ
 - ค่าใช้จ่ายอื่นๆ นอกเหนือไปจาก ข้อ 1) 2) 3)
- ข. ค่าใช้จ่ายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการผลิต หรือการประกอบหลังจากที่สินค้าได้นำเข้ามาในประเทศ สหรัฐอเมริกา
- ค. กำไรที่เกิดจากค่าใช้จ่ายต่างๆ ในข้อ ก) ข)

ในกรณีที่ผู้ส่งออกและผู้นำเข้ามีความเกี่ยวข้องกันราคาส่งออกจะเกิดความไม่น่าเชื่อถือในราคาส่งออกเกิดขึ้นภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาจะถือเสมือนว่าทั้งสองบริษัทที่มีความเกี่ยวข้องกันเป็นเพียงบริษัทเดียว (entity) ดังนั้น ราคาส่งออกที่นำมาคำนวณจึงเกิดจากราคาขายสินค้าของผู้นำเข้าที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ส่งออกไปยังผู้ซื้อในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกัน เนื่องจากราคาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ซื้อ และผู้ขายที่มีความเกี่ยวข้องกันจะเกิดจากการตกลงกันระหว่างบุคคลทั้งสอง ซึ่งจะทำให้ราคาส่งออกไม่น่าเชื่อถือ และ นอกจากนี้ยังมีกรปรับราคาส่งออกที่สร้างขึ้นโดยการหักลดกำไรที่เกิดจากการดำเนินงานที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาจากราคาส่งออกที่สร้างขึ้น เนื่องจากข้อสันนิษฐานที่ว่าบริษัททั้งสองถือเป็นบุคคลเดียวกัน ดังนั้นกำไรที่เกิดขึ้นจะต้องมีเพียงผลกำไรเดียวเท่านั้น⁶⁰ ซึ่งจากการหักลดดังกล่าวนี้เพื่อให้ได้ราคาส่งออกที่มีความใกล้เคียงกันระดับราคา ณ หน้าโรงงานมากที่สุด

กำไรที่เกิดจากการดำเนินงานในประเทศสหรัฐอเมริกาจะถูกกำหนดโดยใช้อัตราส่วนของทุนที่เกิดจากการดำเนินงานที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา และต้นทุนรวมที่เกิดจากการดำเนินงานที่เกิดขึ้นในประเทศผู้นำเข้า และประเทศผู้ส่งออก การที่มีการกำหนดการหักกำไรที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาไว้เช่นนี้เนื่องจาก กำไรที่เกิดจากการขายจากผู้ส่งออกมายังผู้นำเข้านั้นจะเกิดจากราคาขายที่เกิดขึ้นไม่น่าเชื่อถือ

⁶⁰Palmer, D., "United States Implementation of the Uruguay Round Antidumping Agreement," *Journal of World Trade* 29, No.3(June 1995) : 55.

ในคดี *Extruded Rubber Thread From Malaysia*⁶¹ ในการกำหนดราคาส่งออกที่สร้างขึ้นจะมีการหักลดในส่วน ของ ค่านายหน้า (commission) ค่าใช้จ่ายในด้านเครดิต (credit expense) ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นทางอ้อม (selling expense) และในเรื่องของต้นทุนในการขนย้ายสินค้าคงคลังในประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. inventory carrying costs) และยังมีในส่วนของการหักลดในเรื่องของกำไรที่เกิดจากราคาขายที่สร้างขึ้น (constructed prices offset) โดยในการคิดกำไรที่เกิดจากราคาที่สร้างขึ้นจะคำนวณจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการขายสินค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาและในประเทศผู้ส่งออก และยังคงคิดจากกำไรที่เกิดจากการขายดังกล่าวอีกด้วย

จากการที่จะต้องมีการหักลดกำไรที่เกิดจากการดำเนินงานในประเทศสหรัฐอเมริกาจะทำให้ราคาส่งออกที่สร้างขึ้นมีมูลค่าที่ลดลง ซึ่งจะมีผลต่อส่วนเหลือของการทุ่มตลาด (dumping margins) ทำให้ส่วนเหลือของการทุ่มตลาดมีมูลค่าเพิ่มมากขึ้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการหักลดกำไรออกจากราคาส่งออกที่สร้างขึ้นก่อให้เกิดความยุ่งยากและเป็นอุปสรรคต่อผู้ส่งออกในการคำนวณ หรือกำหนดราคาสินค้าที่จะส่งไปขายไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา และจะทำให้สามารถที่จะตรวจพบการกระทำที่เป็นการทุ่มตลาดได้ง่ายขึ้น ในกรณีนี้ทำให้ประเทศที่เป็นผู้ส่งออกหลายประเทศมีความพยายามที่จะให้ราคาส่งออกมีมูลค่าที่เพิ่มมากขึ้นโดยเพิ่มรายละเอียดในส่วนที่จำเป็นในการคำนวณราคาส่งออก เช่น การเพิ่มต้นทุนการผลิต ดังนั้น เมื่อราคาส่งออกมีมูลค่าที่เพิ่มมากขึ้น และแม้ว่าจะต้องถูกหักกำไรที่เกิดจากการดำเนินงานออกไป ราคาส่งออกที่เกิดขึ้นภายหลังจากการหักกำไรก็จะได้ไม่ได้รับผลกระทบมากเท่าใดนัก และจากการกระทำดังกล่าวทำให้ราคาส่งออกภายหลังการหักลดมีมูลค่าลดลงไม่มากนัก จะส่งผลให้ส่วนเหลือของการทุ่มตลาดที่ปรากฏไม่มีการเพิ่มของมูลค่าทำให้พบพฤติกรรมทุ่มตลาดได้ยากขึ้นซึ่งในส่วนนี้จะเป็นผลดี และข้อได้เปรียบของผู้ส่งออก

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีการพิจารณาหลักเกณฑ์ในการหักลดกำไรที่เกิดจากการดำเนินงานในประเทศสหรัฐอเมริกาของราคาส่งออกที่สร้างขึ้นนั้น แม้ในตัวหลักเกณฑ์เองจะมีความประสงค์ที่ต้องการจะทำให้ราคาส่งออกที่สร้างขึ้นมีความใกล้เคียงกับราคาส่งออกที่เกิดจากราคาที่ผู้ซื้อ และผู้ขายไม่มีความเกี่ยวข้องกันให้มากที่สุดที่จะเป็นไปได้ก็ตาม แต่ในการกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนั้นเป็นการกำหนดให้มีการหักลดเฉพาะราคาส่งออกที่สร้างขึ้นเท่านั้น ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการเปรียบเทียบราคา (prices comparison) ซึ่งจะนำไปสู่ความไม่เท่าเทียมกันได้ และอาจขัดกับหลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบราคาภายใต้ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ซึ่งประเทศสมาชิก WTO ควรที่จะมีการทบทวนในหลักเกณฑ์ดังกล่าวต่อไป

3.2.5 หลักเกณฑ์ในการกำหนดให้มีการทดแทนราคาส่งออกที่สร้างขึ้น (Constructed Prices Offset)

การทดแทนราคาส่งออกที่สร้างขึ้นหมายถึง การหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขาย (indirect selling expenses) ออกจากมูลค่าปกติ (normal value) ในกรณีที่มีการเปรียบเทียบราคาระหว่างมูลค่าปกติ กับราคาส่งออกที่สร้างขึ้น (constructed export prices) โดยมูลค่าปกติที่ปรากฏมีระดับของการค้า (level of trade) มีการจัดจำหน่ายในระดับที่ก้าวหน้ามากกว่าระดับของการค้า (level of trade) ในประเทศสหรัฐอเมริกา และข้อมูลที่จะหาได้ไม่ได้กำหนดพื้นฐานของการคำนวณการปรับมูลค่าปกติที่เหมาะสมเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้มูลค่าปกติจะถูกหักโดยจำนวนของค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายที่เกิดขึ้นภายในประเทศ แต่ทั้งนี้จำนวนค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะต้องไม่เกินจำนวนค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายที่หักออกจากราคาส่งออกที่สร้างขึ้นของประเทศสหรัฐอเมริกา

⁶¹*Extruded Rubber Thread From Malaysia* (63 FR12752, Mar 16, 1998).

ข้อนำสังเกตเกี่ยวกับการกำหนดให้มีการทดแทนราคาส่งออกที่สร้างขึ้น

1. การกำหนดหลักเกณฑ์การทดแทนราคาส่งออกที่สร้างขึ้น ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะนำมาบังคับใช้เฉพาะในกรณีที่มีการเปรียบเทียบระหว่างมูลค่าปกติ กับราคาส่งออกที่สร้างขึ้น โดยในการเปรียบเทียบจะมีในเรื่องของความแตกต่างในเรื่องระดับทางการค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดการทดแทน (offset) เพื่อใช้ในการปรับมูลค่าปกติ เพื่อให้การเปรียบเทียบเป็นไปอย่างเป็นธรรมยิ่งขึ้น⁶² และ ในกรณีที่เป็นการเปรียบเทียบระหว่างมูลค่าปกติ กับราคาส่งออก (export prices) จะไม่นำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องของการทดแทนเข้ามาเกี่ยวข้องถึงแม้ว่าระดับทางการค้าของมูลค่าทั้งสองที่นำมาเปรียบเทียบจะมีความแตกต่างกันก็ตาม ในกรณีนี้เห็นได้ชัดว่าหลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบราคาของประเทศสหรัฐอเมริกายังคงมีในส่วนของเปรียบเทียบที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในประเด็นนี้บรรดาประเทศสมาชิก WTO ควรที่จะมีการทบทวนถึงหลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบดังกล่าวเพื่อก่อให้เกิดการเปรียบเทียบที่เป็นธรรมต่อไป⁶³

จากที่กล่าวมาข้างต้นในกรณีที่ต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างมูลค่าปกติ กับราคาส่งออกที่สร้างขึ้นจำเป็นที่จะต้องมีการปรับราคาทั้งสองให้เหมาะสมเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการเปรียบเทียบ ในกรณีของการปรับราคาภายใต้หลักเกณฑ์การ ทดแทนราคาส่งออกที่สร้างขึ้น ราคาส่งออกที่สร้างขึ้นจะถูกหักลดโดยจำนวนรวมของค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งก็รวมถึงค่าใช้จ่ายทางอ้อม (indirect selling expenses) ที่เกิดขึ้นด้วย⁶⁴ และเพื่อเป็นการชดเชยในการที่จะต้องมีการหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายออกจากราคาส่งออกที่สร้างขึ้น กระทรวงพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะทำการปรับความแตกต่างที่เกิดขึ้นตามแต่ สถานการณ์ของการขาย (circumstances of sale) ที่เกิดขึ้น โดยการกำหนดให้มีการหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายออกจากมูลค่าปกติ แต่จำนวนของค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะต้องไม่เกินไปกว่าจำนวนของค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายที่นำมาหักออกจากราคาส่งออกที่สร้างขึ้น⁶⁵ สิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่ไม่สามารถทำการหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายออกจากมูลค่าปกติได้ ไม่เกินจำนวนค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายที่หักลดในราคาส่งออกที่สร้างขึ้นจะถูกเรียกว่า การจำกัด (CAP) การจำกัด หรือ CAP ที่เกิดขึ้นกระทรวงพาณิชย์จะถือเป็นการปรับราคาที่ทำให้เกิดความเหมาะสม และเกิดความเป็นธรรมในการเปรียบเทียบราคาในกรณีที่มีการเปรียบเทียบระหว่างมูลค่าปกติกับราคาส่งออกที่สร้างขึ้น ในคดี Smith Corona Group v. United States โดยในคดีดังกล่าวศาลอุทธรณ์ได้ยืนยันการมีผลของหลักเกณฑ์การทดแทนราคาส่งออกที่สร้างขึ้น ในการหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายออกจากมูลค่าปกติ โดยกล่าวว่า หนึ่งในจุดมุ่งหมายของหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเครื่องรับรองว่าฝ่ายบริหารจะต้องทำให้ในกสนเปรียบเทียบราคาทั้งสองเป็นไปอย่างยุติธรรม ซึ่งการเปรียบเทียบดังกล่าวจะอยู่บนพื้นฐานของ Apples with Apples ค่าทดแทนที่ปรากฏจะเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิด

⁶² Palmeter, D., "United States Implementation of the Uruguay Round Antidumping Agreement," *Journal of World Trade* 29, No.3(June 1995) : 53.

⁶³ Ibid., p.53.

⁶⁴ The Tariff Act, Section 772 (d)(D), 19 U.S.C., Section 1677 a (a)(D) as added by URAA Section 223 , (1995) .

⁶⁵ 19 C.F.R. Section 353.56 (b)(2)(1994) ที่กำหนดให้กระทรวงพาณิชย์มีอำนาจหน้าที่ในการปรับมูลค่าปกติในกรณีที่มีสถานการณ์ของการขาย (circumstances of sale) ที่แตกต่างกันในตลาดต่างประเทศ และตลาดในประเทศ ที่ 3 โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะปรากฏอยู่ใน The Tariff Act, Section 773 (a)(6)(C)(iii), 19 U.S.C. Section 1677 b(a)(6)(C)(iii) as added by URAA Section 223 ,(1995)

เกิดการเปรียบเทียบที่เป็นธรรมยิ่งไปกว่านั้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้แสดงออกอย่างชัดเจนถึงการเปรียบเทียบที่เป็นธรรมโดยมีหลักเกณฑ์การทดแทนราคาส่งออกที่สร้างขึ้นเป็นความพยายามหนึ่งในการนำไปสู่การบรรลุถึงความเป็นธรรม เช่นว่านั้น⁶⁶

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายออกจากมูลค่าปกติถูกจำกัดโดยจำนวนของค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายที่หักออกจากราคาส่งออกที่สร้างขึ้น หรือที่เรียกว่า CAP แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าวิธีการดังกล่าวเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้มีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นในการเปรียบเทียบราคา เนื่องจากการหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายที่เกิดขึ้นไม่มีความเป็นธรรมในการที่จะมาให้การรับรองว่าการเปรียบเทียบที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริง ซึ่งเป็นไปได้ว่าหลักเกณฑ์ในการหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมจากมูลค่าปกติในลักษณะที่ถูกจำกัดโดยมูลค่าของค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ถูกกำหนดขึ้นเพื่อความต้องการให้มูลค่าของมูลค่าปกติมีมูลค่าที่สูงกว่าราคาส่งออกเมื่อนำเอาราคาทั้งสองมาเปรียบเทียบกับจึงทำการกำหนดให้ในการหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายจากมูลค่าปกติ จะต้องไม่เกินมูลค่าของค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดการขายในประเทศสหรัฐอเมริกาที่นำมาหักออกจากราคาส่งออก ดังนั้น จากการกระทำดังกล่าวโอกาสในการที่จะพบพฤติกรรมการทุ่มตลาดมีความเป็นไปได้มากขึ้น⁶⁷ และนอกจากนี้ในการกำหนดวิธีการหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการไร้ความสามารถของกระทรวงพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาในการที่จะสืบค้นถึงข้อกล่าวอ้างในการหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่มากเกินไป จึงกำหนดการจำกัด หรือ CAP ขึ้นเพื่อเป็นสิ่งที่นำมาเป็นข้อสันนิษฐานว่าค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดขึ้นทั้งหมดที่มีการกล่าวอ้างเพื่อการหักลดมูลค่าปกติเป็นสิ่งที่ผิดหากจำนวนดังกล่าวมีมากไปกว่าจำนวนของค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่หักออกจากราคาส่งออกที่สร้างขึ้น⁶⁸

2. ภายใต้หลักเกณฑ์ตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาในที่ได้รับการแก้ไขเพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 2.4 ของความตกลงฯ 1994 ที่กำหนดเงื่อนไขให้การทดแทนราคาส่งออกที่สร้างขึ้นจะเกิดขึ้นได้เพียงในกรณีที่ มูลค่าปกติที่ปรากฏมีระดับของการค้า (level of trade) ก่อให้เกิดการจัดจำหน่ายในระดับที่สูงขึ้น (a advanced stage of distribution) มากกว่าระดับของการค้า (level of trade) ในประเทศสหรัฐอเมริกา และ เมื่อข้อมูลที่พอจะหาได้ไม่ได้กำหนดพื้นฐานที่เหมาะสมในการปรับมูลค่าปกติเท่านั้น⁶⁹ ดังปรากฏในคดี *Extruded Rubber Thread From Malaysia*⁷⁰ มีการกล่าวอ้างว่ามูลค่าปกติที่ปรากฏมีระดับของการค้า (level of trade) ก่อให้เกิดการจัดจำหน่ายในระดับที่สูงขึ้น (a advanced stage of distribution) มากกว่าระดับของการค้า (level of trade) ของราคาส่งออกที่สร้างขึ้น จึงมีการนำเอาในเรื่องของการทดแทนราคาส่งออกที่สร้างขึ้นมาใช้ในการปรับราคา แต่ในคดีดังกล่าว มีการพิสูจน์ได้ว่ามูลค่าปกติที่ปรากฏไม่ได้มีระดับของการค้า (level of trade) ที่ก่อให้เกิดการจัดจำหน่ายในระดับที่สูงขึ้น (a advanced stage of distribution) มากกว่าไปกว่าระดับของการค้า (level of trade) ของราคาส่งออกที่สร้างขึ้นจึงไม่อนุญาตให้มีการนำเอาในเรื่องของการ

⁶⁶ *Smith Corona Group V. United States* (713 F.2d 1568, Fed. Cl.1983) cited by Doo-Hyeong Lee., "Critical and Comparative Analysis of World Antidumping Laws : A Proposal for Harmonizing World Antidumping Laws and Establishing the New Concept of Injury to Eliminate Barriers to International Trade" (Master's Thesis, University of Wisconsin Law School, Jul 1995) p.60.

⁶⁷ Palmeter, D., "United States Implementation of the Uruguay Round Antidumping Agreement," *Journal of World Trade* 29, No.3(June 1995) : 54

⁶⁸ Horlick et al., "Enacted and Rejected Amendments to the antidumping Law : In Implementation or Contradiction of the Antidumping Agreement ?," *The International Lawyer* 483, 498, N.57 (1995).

⁶⁹ The Tariff Act, Section 773 (a)(7)(B), 19 U.S.C., Section 1677 b (a)(7)(B), 1995

⁷⁰ *Extruded Rubber Thread From Malaysia* (63 FR12752, Mar.16, 1998).

ปรับราคาในส่วนของการทดแทนราคาส่งออกมาพิจารณา หรือในคดี *Certain Cut-to-Length Carbon steel plate from South Africa*⁷¹ มีการกำหนดว่าหากระดับทางการค้าของมูลค่าปกติมีความแตกต่าง และผิดไปจากระดับทางการค้าของราคาส่งออกที่สร้างขึ้นมาก และไม่มีพื้นฐานสำหรับการกำหนดว่าความแตกต่างของระดับทางการค้าระหว่างมูลค่าปกติ กับราคาส่งออกที่สร้างขึ้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อ การเปรียบเทียบราคาหรือไม่ ก็จะมีการปรับมูลค่าปกติเป็นไปตามภายใต้ *The Tariff Act, Section 773 (a)(7)(B)* ได้ ดังนั้น ในกรณีที่หากการขายที่เกิดขึ้นอยู่ในระดับทางการค้า (level of trade) เดียวกัน และต้องมีภาระหักลดค่าใช้จ่ายทางอ้อมที่เกิดจากการขายออกจากมูลค่าปกติเมื่อมีการเปรียบเทียบราคาระหว่างมูลค่าปกติกับราคาส่งออกที่สร้างขึ้นตามหลักเกณฑ์ของการปรับราคาตามความตกลงฯ1994 แต่จากการหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นนี้ทำให้เกิดข้อจำกัดในการปรับราคาที่ไม่เบื้องต้นนั้นเคยมีการปรับในมูลค่าปกติหรือราคาส่งออกที่สร้างขึ้นโดยที่ไม่มีเงื่อนไขใดๆ ดังนั้นจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์ในการปรับราคาของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดอยู่ภายใต้ *Section 773 (a)(7)(B), 19 U.S.C., Section 1677 b (a)(7)(B)* เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ขัดกับมาตรา 2.4 ของความ ตกลงฯ 1994 ในเรื่องของการเปรียบเทียบราคาที่กำหนดให้การเปรียบเทียบราคาจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันระหว่างมูลค่าปกติ และราคาส่งออก ซึ่งเป็นเรื่องที่ท้าทายต่อ WTO และควรที่ประเทศสมาชิกให้ความสนใจ และทำการทบทวนในหลักเกณฑ์ ดังกล่าวต่อไป

3.2.6 การกำหนดเงื่อนไขของ การขายในราคาที่ต่ำกว่าราคาทุน (sales below cost price)

ภายใต้ *Section 224* ของ *The Uruguay Round Agreement Act 1994* กำหนดว่า การขายที่เกิด ณ ราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนการผลิต⁷² จะไม่นำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติ หากการขายดังกล่าวเกิดขึ้นในระยะเวลาที่ได้มีการขายออกไป และในปริมาณที่มากพอ และในราคาที่ไม่สามารถคืนทุนได้ทั้งหมดในระยะเวลาตามสมควร และ ราคาที่ต่ำกว่าราคาทุนดังกล่าวจะไม่นำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติ และเมื่อไรก็ตามที่ราคาขายดังกล่าวไม่นำมาคำนวณ มูลค่าปกติจะคิดจากราคาขายสินค้าในประเทศผู้ส่งออกที่ยังเหลืออยู่และอยู่บนพื้นฐานในทางการค้าปกติ และหากไม่มีราคาเช่นนั้นจะทำการกำหนดมูลค่าปกติจากราคาที่สร้างขึ้น⁷³ ในคดี *Carbon Steel Wire Rope From Mexico*⁷⁴ โดยอยู่บนพื้นฐานของจำนวนรวมของต้นทุนวัตถุดิบ และ ต้นทุนการผลิตที่ใช้ในการผลิต บวกกับจำนวนรวมของค่าใช้จ่ายในการขายสินค้าในประเทศ ค่าใช้จ่ายทั่วไปและค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการบริหาร (SG&A) และต้นทุนของค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นทั้งหมดในการขนย้ายในสภาพบรรจุพร้อมที่จะขนย้ายไปยังท่าเรือ⁷⁵

นอกจากนี้ลักษณะของการขายสินค้าการขายที่ต่ำกว่าราคาทุนนั้นจะต้องคิดเป็นร้อยละ 20 หรือมากกว่าปริมาณการขายในการพิจารณามูลค่าปกติ หรืออัตราเฉลี่ยต่อหน่วยของราคาขายนั้นต่ำกว่าอัตราเฉลี่ยต่อหน่วยของต้นทุนการผลิตในการขายนั้น

⁷¹ *Certain Cut-To-Length Carbon Steel Plate From South Africa* (62 FR61731, Nov.19, 1997).

⁷² ต้นทุนการผลิต หมายถึง ต้นทุนวัตถุดิบ ต้นทุนการประกอบ จำนวนค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการบริหาร (SGA) และต้นทุนที่เกิดจากการบรรจุ หีบห่อทั้งหมด

⁷³ *The Tariff Act, Section 773 (b)(1), 19 U.S.C., Section 1677 b (b)(1), 1995.*

⁷⁴ *Carbon Steel Wire Rope From Mexico* (63 FR16967, April 7, 1998).

⁷⁵ *The Tariff Act, Section 773 (b)(3), 19 U.S.C., Section 1677 b (b)(3), 1995.*

จะถือว่าการขายต่ำกว่าทุนนั้นเป็นการขายในปริมาณมาก (substantial quantities) และ การขายเช่นว่านั้นจะต้องเป็นการขายในช่วงระยะเวลายาวนาน โดยมากประมาณ 1 ปี (extended period of times)⁷⁶

ในกรณีที่มีการไต่สวนถึงการขายที่ต่ำกว่าราคาทุน (sale below cost prices) จะอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลของแต่ละบริษัท ดังที่ปรากฏในคดี *Steel Corp. V. United States*⁷⁷ โดยการขายที่ต่ำกว่าราคาทุนจะได้รับการแยกออกจากการคำนวณราคาขายสินค้าภายในประเทศผู้ผลิต หากปรากฏว่าการขายเช่นว่านั้นมีปริมาณที่มากพอ (substantial quantity) และเกิดขึ้นในระยะเวลาที่ขยายออกไป (extended period of times) และเป็นการขายที่ไม่สามารถคืนทุนได้ในระยะเวลาอันควร ในทางปฏิบัติ ITA จะพิจารณาถึงปริมาณการขายที่ต่ำกว่าราคาทุนเป็นเรื่องสำคัญโดยจะพิจารณาจากจำนวนการขายที่ต่ำกว่าราคาทุนนั้นมีจำนวนเป็น 20% หรือมากกว่าจำนวนของปริมาณสินค้าที่นำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติ โดยพื้นฐานของการคำนวณปริมาณของสินค้าดังกล่าวจะอยู่บนพื้นฐานของ Model by Model⁷⁸

ภายใต้การกำหนดเงื่อนไขในเรื่องของการขายในราคาที่ต่ำกว่าราคาทุนของประเทศสหรัฐอเมริกา มีประเด็นที่น่า สนใจ และควรพิจารณา ดังนี้

1. ประเด็นการกำหนดเงื่อนไขในเรื่องของการกำหนดระยะเวลาที่ขยายออกไป (extended period of times)⁷⁹

ภายใต้หลักเกณฑ์ในมาตรา 2.2.1 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994⁸⁰ จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมากกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดในเรื่องระยะเวลาที่ขยายออกไปของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีการกำหนดขอบเขตของระยะเวลาดังกล่าวให้มีความแน่นอน และชัดเจนมากขึ้น โดยจะถูกกำหนดในระยะเวลาปกติ 1 ปี แต่ไม่เกิน 6 เดือน และนอกจากนี้ยังมีการเปลี่ยนแปลงการใช้คำที่ปรากฏในหลักเกณฑ์ จากเดิมใช้

⁷⁶ The Tariff Act, Section 773 (b)(2)(B)(C), 19 U.S.C., Section 1677 b (b)(2)(B)(C), 1995 มีการยืนยันในหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยปรากฏในคดี *Carbon Steel Wire Rope From Mexico* (63 FR16967, April 7, 1998).

⁷⁷ *A.I Teah Specialty Steel Corp. V. United States* (575 F.Supp. 1277, Ct. Int'l Trade 1983, Aff'd 745 F.2d 632, Fed.Cir.1984) cited by Esch, M. D. and Waltz D. E., "The Impact of Uruguay Round Amendments on U.S. Law," *The Federal Circuit Bar Journal* 5, No.4 (Winter 1995) : 401.

⁷⁸ Esch, M. D. and Waltz D. E., "The Impact of Uruguay Round Amendments on U.S. Law," *The Federal Circuit Bar Journal* 5, No.4 : 401.

⁷⁹ The Tariff Act, Section 773 (b) (2)(B), 19 U.S.C., Section 1677 b(b) (2)(B), 1995.

⁸⁰ การจำหน่ายสินค้าชนิดเดียวกันในตลาดภายในของประเทศผู้ส่งออก หรือการจำหน่ายไปยังประเทศที่ 3 ในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนการผลิตต่อหน่วย (ต้นทุนคงที่ และต้นทุนผันแปร) บวกด้วยค่าใช้จ่ายในด้านการบริหาร ด้านการจำหน่าย และต้นทุนทั่วไป อาจถือได้ว่าเป็นการค้าโดยปกติ โดยเหตุผลของราคา และอาจจะไม่นำมาใช้ในการคำนวณมูลค่าปกติได้ เฉพาะเมื่อผู้มีอำนาจหน้าที่ ได้กำหนดว่าการจำหน่ายดังกล่าวนั้นกระทำในช่วงที่ขยายออกไป ในปริมาณที่มากพอ และในราคาที่ไม่สามารถคืนทุนได้ทั้งหมดในระยะเวลาตามสมควร หากราคาซึ่งต่ำกว่าต้นทุนการผลิตต่อหน่วยในช่วงเวลาการจำหน่ายสูงกว่าค่าเฉลี่ยโดยการถ่วงน้ำหนักด้วยต้นทุนต่อหน่วยในช่วงเวลาของการไต่สวน ให้ถือว่าราคดังกล่าวสามารถคืนต้นทุนได้ในระยะเวลาตามควร

คำว่า “การขายที่ต่ำกว่าราคาดูจะไม่นำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติต้องเกิดขึ้นนอกเหนือ (beyond) ระยะเวลาที่ขยายออกไป” แต่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ได้รับการแก้ไขใหม่จะกำหนดเป็น “การขายที่ต่ำกว่าราคาดูจะไม่นำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติจะต้องเกิดขึ้นภายใน (within) ระยะเวลาที่ขยายออกไป ”

2. การกำหนดเงื่อนไขในเรื่องของ ปริมาณที่สำคัญ (substantial quantity)

ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาในการกำหนดเงื่อนไขของปริมาณที่สำคัญที่กำหนดว่าหากมีการขายที่ต่ำกว่าราคาดูมีจำนวนร้อยละ 20 หรือน้อยกว่าของการขายที่เกิดขึ้น การขายดังกล่าวจะไม่สามารถนำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติได้ แต่ราคาขายที่เกิดขึ้นที่เหลืออีกร้อยละ 80 สามารถที่จะนำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติได้⁸¹

ภายใต้หลักเกณฑ์เดิมในการกำหนดปริมาณที่สำคัญ ในการที่จะนำมาคำนวณหาการขายที่ต่ำกว่าราคาดูจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่เรียกว่า “10-90-10 Rule” โดยในการที่จะนำเอาราคาขายดังกล่าวมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติได้หรือไม่ นั้น จะต้องมีการทดสอบ ดังนี้

1. หากการขายที่ต่ำกว่าราคาดูมีน้อยกว่าร้อยละ 10 การขายที่เกิดขึ้นทั้งหมดจะนำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติ
2. หากการขายที่ต่ำกว่าราคาดูมีมากกว่า ร้อยละ 10 แต่ไม่ถึงร้อยละ 90 การขายในส่วนที่มากกว่าราคาดูจะนำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติ
3. หากการขายที่ต่ำกว่าราคาดูมีมากกว่าร้อยละ 90 การขายที่เกิดขึ้นทั้งหมดจะไม่นำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติ และจะมีการกำหนด ราคาที่สร้างขึ้นมาใช้ในการกำหนดมูลค่าปกติ

จากการที่หลักเกณฑ์ในเรื่องของการคำนวณปริมาณที่สำคัญภายใต้การกำหนดการขายที่ต่ำกว่าราคาดูจากการใช้กฎเกณฑ์เดิมในรูปแบบของการกำหนด 10-90-10 มาเป็น การกำหนดให้การขายที่ต่ำกว่าราคาดูไว้ที่ร้อยละ 20 เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับระหว่างหลักเกณฑ์เก่า และหลักเกณฑ์ใหม่พบว่า หลักเกณฑ์ในการกำหนดการขายในปริมาณที่สำคัญภายใต้หลักเกณฑ์ใหม่ ก่อให้เกิดจุดเริ่มต้นของการกำหนดสัดส่วนของปริมาณที่สำคัญที่เพิ่มขึ้นจากสัดส่วนเดิมที่กำหนดเพียง 10% มาเป็น 20% ในปัจจุบัน การเพิ่มขึ้นของสัดส่วนดังกล่าวทำให้ผลของส่วนเหลือจากการทุ่มตลาด (dumping margins) ลดลงเนื่องจากมูลค่าปกติที่ลดลง⁸² ซึ่งจะเป็นในกรณีที่ราคาต่ำกว่าราคาดูมีมากกว่าร้อยละ 10 และน้อยกว่าร้อยละ 20 เนื่องจาก ในหลักเกณฑ์ใหม่จะกำหนดสัดส่วนต่ำสุดของจำนวนที่เป็นการขายที่ต่ำกว่าราคาดูไว้ที่ ร้อยละ 20 ซึ่งหากมีการขายที่ต่ำกว่าราคาดูมีจำนวนเกินกว่าร้อยละ 20 แล้ว ราคาขายที่เกิดขึ้นจะไม่นำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติเลย (ดังนั้น จำนวนของการขายที่ต่ำกว่าราคาดูที่จะนำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติได้ภายใต้หลักเกณฑ์ใหม่ได้ ก็ต่อเมื่อมีจำนวนร้อยละ 80 ของการขายที่เกิดขึ้นในครั้งที่มีการพิจารณาเพื่อหามูลค่าปกติ) แต่ เมื่อพิจารณาภายใต้หลัก

⁸¹ The Tariff Act, Section 773 (b) (2)(B), 19 U.S.C., Section 1677 b(b) (2)(B), 1995.

⁸² Esch, M. D. and Waltz D. E., “The Impact of Uruguay Round Amendments on U.S. Law,” *The Federal Circuit Bar Journal* 5, No.4 : 403.

เกณฑ์เท่านั้น แม้จำนวนการขายที่ต่ำกว่าราคารุนจะมีมากกว่าร้อยละ 10 แต่ไม่ถึงร้อยละ 90 ก็ยังสามารถที่จะนำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติได้ ผลที่เกิดขึ้นคือปริมาณของการขายที่ต่ำกว่าราคารุนที่แตกต่างกันของวิธีการคำนวณทั้งสองหลักเกณฑ์การกำหนดการขายที่ต่ำกว่าราคารุนภายใต้หลักเกณฑ์เดิมก่อให้เกิดจำนวนของการขายที่ต่ำกว่าราคารุนน้อยกว่าการกำหนดการขายที่ต่ำกว่าราคารุนภายใต้หลักเกณฑ์ใหม่ ดังนั้น ในความแตกต่างของจำนวนการขายที่ต่ำกว่าราคารุนจะส่งผลไปถึงราคาเฉลี่ยของราคาขายที่จะนำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติ โดยภายใต้หลักเกณฑ์ใหม่จะทำให้ราคาเฉลี่ยของราคาขายที่จะนำมากำหนดเป็นมูลค่าปกติมีมูลค่าลดลง ส่งผลถึงส่วนเหลือของการทุ่มตลาดที่ลดลงเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตามการที่ ITA เปลี่ยนจากการใช้หลักเกณฑ์เดิมมาเป็นการใช้หลักเกณฑ์ใหม่ที่กำหนดสัดส่วนปริมาณที่สำคัญที่ 20% ของปริมาณการขายที่นำมาคำนวณมูลค่าปกติ อาจให้ผลตรงข้ามเกิดขึ้นจากที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งจะเห็นในกรณีที่ราคาขายที่เกิดขึ้นในบางส่วนมีราคาสูงมาก และยังคงเหลืออยู่ภายหลังจากการหักราคาขายที่ต่ำกว่าราคารุนออกไป (จะเป็นในกรณีที่การขายที่ต่ำกว่าราคารุนมีต่ำกว่า 20% ของปริมาณการขายที่นำมาคำนวณมูลค่าปกติ) ดังนั้น ราคาที่ยังคงเหลือจะถูกนำมาคำนวณเป็นมูลค่าปกติ แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าการขายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นไปในทางการค้าปกติ (in ordinary clause of trade)⁸³ ซึ่งหากราคาขายดังกล่าวเป็นราคาขายที่สูงผลที่เกิดขึ้นจะไปกระทบกับมูลค่าของมูลค่าปกติซึ่งจะทำให้มูลค่าปกติที่คำนวณได้สูงกว่าที่ควรเป็นในกรณีนี้ประเทศผู้ส่งออกจะเป็นฝ่ายได้เปรียบ⁸⁴

3.2.7 หลักเกณฑ์ในการปรับต้นทุนในระยะเริ่มต้น (adjustment for start-up costs)

ในส่วนของหลักเกณฑ์ในการปรับต้นทุนในระยะเริ่มต้น (adjustment for start-up costs) ภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดไว้ใน Section 773 (f) (1) (c) แห่ง The Tariff Acts 1930 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้รับการแก้ไขโดยผลของ Section 224 แห่ง The Uruguay Round Agreement Act 1994 ซึ่งกำหนดว่า

1. ต้นทุนในระยะเริ่มต้นจะได้รับการปรับให้มีความเหมาะสมสำหรับพฤติกรรม โดยต้นทุนที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นต้นทุนระหว่างช่วงระยะเวลาของการได้ส่วนทบทุนที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินงานในระยะเริ่มต้น

⁸³ ในทางการค้าปกติ (in ordinary clause of trade) ได้รับการกำหนดไว้ภายใต้ Section 771(15), The Tariff Act 1930., โดยกำหนดให้การขายที่อยู่นอกเหนือในทางการค้าปกติรวมถึงการขายที่ต่ำกว่าราคารุน (sale below cost) โดยตัวอย่างในคดี Extruded Rubber Thread from Malaysia, 63 FR12752, (Mar. 16,1998), Carbon Steel Wire Rope from Mexico; (prelim.results) 63 FR16967,(Apr.7,1998) กำหนดให้มีการทบทวนประเด็นในการพิจารณาการค้าในทางปกติ โดยกำหนดว่าจะไม่เป็นการเหมาะสมหากจะมีการกำหนดมูลค่าปกติโดยใช้ ราคาที่สร้างขึ้น หาก DOC พบเพียงว่าราคาขายสินค้าในต่างประเทศ (foreign market sale) ของสินค้าที่เหมือนกันทุกประการ หรือคล้ายคลึงกันกับสินค้าที่ขายในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการขายในลักษณะที่นอกเหนือไปจากการค้าในทางปกติ ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว DOC จะต้องใช้ราคาขายของสินค้าในต่างประเทศที่คล้ายคลึงกันมากที่สุดกับสินค้าดังกล่าวที่มีการขายในทางการค้าปกติ และDOC จะใช้ ราคาที่สร้างขึ้นมาเป็นพื้นฐานในการกำหนดมูลค่าปกติได้เพียงหากพบว่าไม่ปรากฏว่ามีการขายสินค้าที่เหนือกว่าราคารุนเท่านั้น

⁸⁴ Esch, M. D. and Waltz D. E., "The Impact of Uruguay Round Amendments on U.S. Law," *The Federal Circuit Bar Journal* 5, No.4 : 403.

2. การดำเนินงานในระยะเริ่มต้น การปรับต้นทุนจะกระทำได้อีกต่อเมื่อเป็นการดำเนินงานในระยะเวลาเริ่มต้นของ
 - ผู้ผลิตที่ได้ใช้ปัจจัยการผลิตใหม่ หรือผลิตผลิตภัณฑ์ใหม่ที่กำหนดว่าจะต้องมีการเพิ่มการลงทุนอย่างสำคัญ และ
 - ขั้นตอนการผลิตจะถูกจำกัดโดยปัจจัยทางเทคนิคพร้อมกับระยะเวลาเริ่มต้นของการผลิตในทางการค้า⁸⁵

3. ในกรณีที่ระยะเวลาเริ่มต้นการผลิตขยายไปเกินกว่าช่วงระยะเวลาของการไต่สวน หรือในขั้นของการทบทวนกระทรวงพาณิชย์จะพิจารณาอย่างมีเหตุผล โดยจะใช้ต้นทุนที่เกิดขึ้นล่าสุด และต้นทุนดังกล่าวจะต้องสามารถรับได้อย่างมีเหตุผล มีการวิเคราะห์ และมีการชี้แจงโดยเร็วภายในระยะเวลาการไต่สวน หรือระยะเวลาการทบทวน

และในกรณีที่หากเงื่อนไขในการปรับต้นทุนในระยะเวลาเริ่มต้นครบถ้วน กระทรวงพาณิชย์ จะทำการนำเอาต้นทุนการผลิตต่อหน่วยที่เกิดขึ้นระหว่างระยะเวลาเริ่มต้นการผลิตแทนที่ด้วยต้นทุนการผลิตต่อหน่วยที่เกิดขึ้นในช่วงสิ้นสุดของระยะเวลาเริ่มต้น⁸⁶

จากหลักเกณฑ์ข้างต้นประเทศสหรัฐอเมริกาทำการกำหนดในรายละเอียดของหลักเกณฑ์ในการปรับต้นทุนในระยะเริ่มต้นมากกว่าการปรับต้นทุนในระยะเริ่มต้นที่กำหนดในความตกลงฯ 1994⁸⁷

มีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นในการกำหนดหลักเกณฑ์ของการปรับต้นทุนในระยะเริ่มต้น ซึ่งมีที่มาจากเอกสารการตีความของ SAA (Statement of Administrative Action)⁸⁸ ได้มีการพิจารณายอมรับหลักเกณฑ์ในเรื่องของการปรับต้นทุนในระยะเริ่มต้นโดยกล่าวว่า การปรับปรุงผลิตภัณฑ์ที่มีอยู่หรือการปรับปรุงการดำเนินงานโดยใช้ปัจจัยการผลิตที่มีอยู่แล้วจะไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะต้องมีการปรับต้นทุนในระยะเริ่มต้นการผลิต และนอกจากนี้กระทรวงพาณิชย์จะไม่ทำการพิจารณาในการขยายกำลังการผลิตที่มีอยู่แล้วเป็นการดำเนินงานในระยะเริ่มต้น⁸⁹ ในการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อผู้ผลิตในการปรับต้นทุนการผลิตในระยะเริ่มต้น ซึ่งหากจะต้องมีการปรับต้นทุนในระยะเริ่มต้นเกิดขึ้นได้นั้นก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดภายใต้หลักเกณฑ์ของการปรับต้นทุนดังกล่าวข้างต้น เช่น ITA จะไม่ทำการปรับต้นทุนในกรณีที่มีการผลิตในระดับของการผลิตที่ใช้เทคโนโลยีในการ

⁸⁵ The Tariff Act, Section 773 (f)(1)(C), 19 U.S.C., Section 1677 b (f)(1)(C), 1995

⁸⁶ The Tariff Act, Section 773 (f)(1)(C)(i), 19 U.S.C., Section 1677 b (f)(1)(C)(i), 1995

⁸⁷ Hurabiell, M. L., "Protectionism versus free trade: Implementing the GATT Antidumping Agreement in the United States," *University of Pennsylvania Journal of International Business Law* 16, No.3 (Fall 1995) : 592.

⁸⁸ SAA มีอำนาจหน้าที่ในการแสดงความคิดเห็นที่เกี่ยวกับการตีความและการใช้บังคับหลักเกณฑ์ภายใต้ URAA 1994

⁸⁹ The Statement of Administration Action on Article 2.2.1.1 of Antidumping Agreement 1994

ผลิตที่ต่ำ หรือการผลิตที่ไม่มีปัจจัยในด้านเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือในการผลิตเช่นนั้นไม่มีการเพิ่มการลงทุนอย่างสำคัญ (substantial addition investment) ⁹⁰

ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการปรับต้นทุนในระยะเริ่มต้นของของประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องเป็นการผลิตที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดใน Section 773 (f)(1)(C) แต่เมื่อทำการพิจารณาหลักเกณฑ์ในการปรับต้นทุนในระยะเริ่มต้นที่ปรากฏอยู่ภายใต้มาตรา 2.2.1.1 ของ ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ⁹¹ แล้ว จะพบว่าการปรับต้นทุนดังกล่าวไม่จำเป็นที่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขใดๆ ไม่จำเป็นว่าต้นทุนที่จะนำมาปรับจะต้องเป็นต้นทุนที่เกิดจากการดำเนินงานในระยะเวลาเริ่มต้นของการผลิตประเภทใด หรือเป็นการปรับปรุงการดำเนินงานโดยใช้ปัจจัยการผลิตที่มีอยู่แล้วหรือไม่ ในมาตรา 2.2.1.1 ไม่มีการกำหนดในรายละเอียดต่างๆ ดังเช่นที่กำหนดใน Section 773 (f)(1)(C) โดยในมาตรา 2.2.1.1 ต้องการเพียงให้มีการปรับต้นทุนในช่วงของการไต่สวนที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินงานในระยะเวลาเริ่มต้นการผลิตเท่านั้น และโดยมีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้เกิดความเหมาะสมสำหรับรายการต้นทุนที่มีได้เกิดขึ้นจริง ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการผลิตในอนาคต และ/หรือการผลิตในปัจจุบัน

จากการกำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวกับลักษณะของการผลิตที่จะก่อให้เกิดการปรับต้นทุนภายใต้หลักเกณฑ์ในการปรับต้นทุนของประเทศสหรัฐอเมริกา น่าจะต้องมีการทบทวนว่าการกำหนดเงื่อนไขเช่นนั้นจะเป็นการขัดต่อมาตรา 2.2.1.1 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 หรือไม่อย่างไร ซึ่งในประเด็นนี้ควรที่จะมีการติดตามกันต่อไป

3.2.8 หลักเกณฑ์ในการปรับราคาในกรณีที่จะต้องมีการพิจารณาขั้นตอนทางการค้า (level of trade)

หลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบในการปรับราคาในกรณีที่มีการพิจารณาระดับของทางการค้า ภายใต้ Section 773 (a) (1) (B) และ Section 773 (a) (7) (A) ของ The Tariff Acts 1930 ซึ่งได้รับการแก้ไขโดย Section 224 ของ The Uruguay

⁹⁰ Hurabiell, M. L., "Protectionism versus free trade: Implementing the GATT Antidumping Agreement in the United States," *University of Pennsylvania Journal of International Business Law* 16, No.3 : 592.

⁹¹ มาตรา 2.2.1.1 กำหนดว่า "เพื่อความมุ่งประสงค์ของวรรค 2 ให้คำนวณต้นทุนการผลิตบนพื้นฐานของข้อมูลซึ่งได้บันทึกไว้โดยผู้ส่งออก หรือผู้ผลิตที่ถูกไต่สวน ทั้งนี้มีเงื่อนไขว่าข้อมูลดังกล่าวได้บันทึกโดยสอดคล้อง กับหลักการด้านบัญชีเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปของประเทศผู้ส่งออก และได้แสดงสะท้อนถึงต้นทุนเกี่ยวกับการผลิต และการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่พิจารณาอย่างสมเหตุสมผล ผู้มีอำนาจหน้าที่ต้องพิจารณาหลักฐานที่มีอยู่ทั้งหมดที่เกี่ยวกับการจัดสรรต้นทุนที่เหมาะสม รวมถึงหลักฐานที่ผู้ส่งออก หรือผู้ผลิตมีอยู่ในช่วงการไต่สวนภายใต้เงื่อนไขว่าการจัดสรรต้นทุนนั้น ผู้ส่งออก หรือผู้ผลิตได้เคยจัดสรรไว้แต่เดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมในการตัดบัญชี และการตัดค่าเสื่อมราคา และค่าเผื่อรายจ่ายส่วนทุนสำรองเงินทุน และต้นทุนในการพัฒนาอื่นๆ ยกเว้นแต่ว่าได้คิดรวมอยู่ในการจัดสรรต้นทุนนี้แล้ว ต้นทุนจะต้องปรับให้เหมาะสมสำหรับรายการของต้นทุนที่ไม่ได้เกิดขึ้นจริง ซึ่งให้ประโยชน์ต่อการผลิตในอนาคต / หรือการผลิตในปัจจุบัน หรือสำหรับพฤติกรรมซึ่งต้นทุนในช่วงของการไต่สวนได้รับผลกระทบจากการดำเนินการในระยะเริ่มต้นการผลิต "

Round Agreemeny Act 1994 โดยกำหนดว่า ในการเปรียบเทียบมูลค่าปกติ และราคาส่งออก หรือราคาส่งออกที่สร้างขึ้นนั้นจะต้องทำการเปรียบเทียบโดยอยู่ ณ ระดับทางการค้าเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อก่อให้เกิดการเปรียบเทียบที่เป็นธรรม⁹²

ดังนั้น โดยผลของหลักเกณฑ์ดังกล่าวทำให้เมื่อมีการขายสินค้าในตลาดทั้ง 2 ตลาดการค้าที่มีความแตกต่างกัน โดยไม่สามารถทำการเปรียบเทียบ ณ ระดับของการค้าเดียวกันได้ กระทรวงพาณิชย์จะต้องทำการปรับราคาดังกล่าวเพื่อความเท่าเทียมกันในการเปรียบเทียบ

และ จากหลักเกณฑ์ในการปรับราคาในกรณีที่ต้องมีการพิจารณาระดับของการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเพื่อให้มีความสอดคล้องกับมาตรา 2.4 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 โดยภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดให้ในกรณีที่มีการเปรียบเทียบมูลค่าปกติ กับราคาส่งออกเกิดขึ้นสามารถที่จะทำการปรับราคาทั้งสองได้ หากปรากฏว่ามีความแตกต่างในเรื่องของระดับของการค้าเกิดขึ้น โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า

1. หากความแตกต่างในระดับของการค้านั้นเกี่ยวข้องกับการแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของกิจกรรมการขายที่เกิดขึ้น และ
2. หากความแตกต่างในระดับของการค้าแสดงถึงผลกระทบของการเปรียบเทียบราคา โดยอยู่บนพื้นฐานของรูปแบบของราคาที่เกิดขึ้นให้เกิดความแตกต่างระหว่างการขาย ณ ระดับทางการค้าที่แตกต่างกันในประเทศผู้ส่งออก⁹³

ในคดี Circular Welded Non-Alloy Steel Pipe and Tube From Mexico⁹⁴ ในส่วนของการปรับระดับทางการค้า Hylsa ซึ่งเป็นบริษัทผู้นำเข้า Circular Welded Non-Alloy Steel Pipe และ Tube ทำการขายสินค้าในระดับทางการค้าขายปลีกให้แก่ผู้ซื้อรายสุดท้ายในประเทศสหรัฐฯ และในประเทศผู้ส่งออกเองทำการขายสินค้าในระดับทางการค้าขายส่งให้กับผู้จัดจำหน่ายในท้องถิ่น และได้ทำการขายสินค้าในระดับทางการค้าขายปลีกให้แก่ผู้ซื้อรายสุดท้ายเช่นกัน และ Hylsa เองได้มีการแสดงอย่างสำคัญว่า มีการขายในลักษณะเดียวกัน ณ ระดับของการจัดจำหน่ายเดียวกันของการขายภายในประเทศผู้ส่งออกทั้งหมดซึ่งเหมือนกับการขายในลักษณะเดียวกัน ณ ระดับของการจัดจำหน่ายเดียวกันของการขายภายในประเทศสหรัฐฯ ดังนั้น จากการวิเคราะห์ในการตอบแบบสอบถามนำไปสู่การสรุปว่าราคาขายที่เกิดขึ้นของแต่ละตลาดไม่ได้เกิดขึ้น ณ ระดับทางการค้าเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ในเบื้องต้นจึงพบว่าราคาขายที่เกิดขึ้นในประเทศผู้ส่งออก กับราคาขายที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐฯ มีระดับทางการค้าในระดับเดียวกันจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการปรับราคาภายใต้ The Tariff Act, Section 773 (a) (7)

⁹² The Tariff Act, Section 773 (a)(1)(B), 19 U.S.C., Section 1677 (a)(1)(B), 1995

⁹³ The Tariff Act, Section 773 (a) (7), 19 U.S.C., Section 1677 b (a) (7), 1995 (as added by URAA section 224)

⁹⁴ Circular Welded Non-Alloy Steel Pipe and Tube From Mexico (61 FR68708, December 30, 1996).

ลักษณะของการดำเนินการในการปรับราคานั้น ราคาที่จะนำมาทำการปรับจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความแตกต่างระดับทางการค้าที่แตกต่างกับราคาในประเทศผู้ส่งออก⁹⁵ นอกจากนี้ในกรณีเมื่อพบว่าความแตกต่างใดๆของราคาสินค้าเป็นผลมาจากความแตกต่างในระดับของการค้าของทั้ง 2 ตลาด และ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการปรับราคา ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องทำการพิสูจน์ให้เห็นว่าความแตกต่างของระดับของการค้านั้นเกี่ยวข้องกับการปรากฏของกิจกรรมการขายที่แตกต่างกัน และระดับของการค้าแสดงให้เห็นถึงผลกระทบในการเปรียบเทียบราคาที่อยู่บนพื้นฐานของความแตกต่างระหว่างการขายที่เกิดขึ้น ณ ระดับของการค้าที่ต่างกันในประเทศผู้ส่งออก⁹⁶ ในคดี *Disposal Pocket Lighters From Thailand v. United States*⁹⁷ มีการวินิจฉัยเกี่ยวกับการปรับระดับทางการค้าที่เกิดขึ้น โดยฝ่ายจำเลยกล่าวอ้างว่าในการเปรียบเทียบราคาที่เกิดขึ้นเป็นการเปรียบเทียบที่อยู่บนพื้นฐานของระดับทางการค้าที่ต่างกัน โดยราคาขายที่ส่งไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นราคาขายที่เกิดขึ้นบนระดับการค้าขายส่งในระดับประเทศ (national distributors) ดังนั้นในการที่จะนำเอามูลค่าปกติซึ่งเป็นราคาขายสินค้าภายในประเทศมาเปรียบเทียบกับราคาขายส่งในระดับประเทศ (national distributors) แต่ในการเปรียบเทียบดังกล่าวประเทศสหรัฐอเมริกานำราคาขายภายในประเทศบนพื้นฐานของราคาขายส่งในระดับท้องถิ่น (distributors) มาเปรียบเทียบกับราคาขายที่ส่งไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นราคาขายที่เกิดขึ้นบนระดับการค้าขายส่งในระดับประเทศ (national distributors) ในคดีดังกล่าวประเทศสหรัฐกล่าวอ้างว่าโดยปกติ DOC จะทำการเปรียบเทียบราคาในระดับทางการค้าเดียวกันโดยมีการแบ่งระดับทางการค้าออกเป็นระดับการค้าปลีก (retailers) ระดับการค้าส่ง (distributors) และระดับราคาหน้าโรงงาน (ex-factory)⁹⁸ การที่ Thai Merry กล่าวอ้างว่ามีระดับความแตกต่างของระดับทางการค้าเกิดขึ้นระหว่างระดับการค้าขายส่งในระดับประเทศ (national distributors) กับระดับทางการค้าขายส่งในระดับท้องถิ่น (distributors) ได้รับการชี้แจงจาก DOC ว่าระดับทางการค้าทั้งสองไม่สามารถที่จะแยกความแตกต่างได้อย่างชัดเจน เนื่องจากทั้งสองเป็นการซื้อเพื่อขายต่อ (reseller) และจำเลยเองก็ได้แสดงถึงความแตกต่างของระดับทางการค้าทั้งสองออกมาอย่างชัดเจน ดังนั้นในคดีนี้ DOC จึงทำการเปรียบเทียบราคาส่งออกกับมูลค่าปกติบนพื้นฐานของระดับทางการค้าในระดับค้าส่ง (distributors) โดยให้เหตุผลว่าจำเลยมิได้ให้ข้อมูลอย่างเพียงพอในการที่จะแยกความแตกต่างระหว่าง ระดับการค้าขายส่งในระดับประเทศ (national distributors) กับระดับทางการค้าขายส่งในระดับท้องถิ่น (distributors)

อย่างไรก็ตามหากมูลค่าปกติถูกกำหนดขึ้นมาในระดับของการค้าที่มีการจัดจำหน่ายในระดับที่สูงกว่าระดับของการค้าของราคาส่งออกที่สร้างขึ้น (a advanced stage of distribution) และ ข้อมูลที่มีอยู่ไม่อยู่บนพื้นฐานของการคำนวณการปรับมูลค่าปกติที่เหมาะสม กระทรวงพาณิชย์มักจะทำการปรับให้เป็นการทดแทนราคาส่งออกที่สร้างขึ้น (Constructed Prices Offset)⁹⁹ มากกว่าที่จะทำการปรับระดับของการค้าให้เท่าเทียมกัน¹⁰⁰

⁹⁵ The Tariff Act, Section 773 (a) (1) (b) (i), 19 U.S.C., Section 1677 b (a) (1) (b) (i), 1995 (as added by URAA Section 224).

⁹⁶ The Tariff Act, Section 773 (a) (7)(A), 19 U.S.C., Section 1677 (a) (7)(A), 1995.

⁹⁷ "Disposal Pocket Lighters From Thailand v. United States," *Federal Register* 60, No.51 (March,1995) :14285.

⁹⁸ *Import Administration Policy Bulletin 92/1* cited by "Disposal Pocket Lighters From Thailand v. United States," *Federal Register* 60, No.51 :14285.

⁹⁹ โปรดดูหัวข้อหลักเกณฑ์ในการกำหนดให้มีการทดแทนราคาส่งออกที่สร้างขึ้น (Constructed Prices Offset)

¹⁰⁰ The Tariff Act, Section 773 (a)(7)(B), 19 U.S.C., Section 1677 b (a)(7)(B), 1995

ในทางปฏิบัติในกรณีที่มีการขายในสหรัฐอเมริกาหรือในประเทศผู้ส่งออกมีจำนวนไม่เพียงพอที่จะสามารถดำเนินการเปรียบเทียบราคาขายในระดับการค้าเดียวกันได้ ITA จะพิจารณาเปรียบเทียบราคาของระดับการค้าที่ใกล้เคียงกันมากที่สุด โดยปรับปรุงความแตกต่างให้ราคาที่ใช้ในการเปรียบเทียบให้เหมาะสม อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้ว ITA จะทำการเปรียบเทียบการขายแม้จะอยู่ในระดับการค้าที่แตกต่างกันโดยไม่ดำเนินการปรับปรุงระดับการค้าแต่อย่างใด และโดยหลักการของ ITA แล้วจะไม่มีปรับปรุงระดับการค้าเพื่อความเหมาะสม เมื่อปรากฏว่ามีเพียงระดับการค้าเดียวในตลาดประเทศผู้ส่งออก¹⁰¹

แม้ว่าภายใต้หลักเกณฑ์ใหม่ของประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการปรับราคาในกรณีที่จะต้องมีการพิจารณาขั้นตอนทางการค้าในรายละเอียดที่เป็นลักษณะของการกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาต หรือกำหนดในลักษณะของวิธีการในการปรับราคาก็ตาม แต่ในส่วนของการบังคับใช้หลักเกณฑ์ในการปรับราคาในกรณีที่จะต้องมีการพิจารณาขั้นตอนทางการค้า ดูเหมือนว่าจะถูกใช้บังคับเป็นไปอย่างจำกัด โดยในขณะที่ยกเว้น ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ตามมาตรา 2.4 ที่กำหนดให้ในการเปรียบเทียบราคาจะต้องมีการปรับระดับทางการค้าก่อนโดยให้อยู่ ณ ระดับทางการค้าเดียวกัน (same level of trade)¹⁰² แต่เมื่อพิจารณาภายใต้หลักเกณฑ์ในการปรับระดับทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่ามีการเพิ่มเติมในส่วนของเงื่อนไขในการปรับระดับทางการค้าในกรณีที่มีความแตกต่างของระดับการค้าเกิดขึ้น เช่น ในกรณีที่จะมีการปรับระดับทางการค้าได้ก็ต่อเมื่อพบว่ามีความแตกต่างของระดับทางการค้าเกิดขึ้น และส่งผลต่อการเปรียบเทียบราคา และนอกจากที่จะมีการสร้างเงื่อนไขแล้วหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังสร้างภาระให้กับผู้ที่ถูกสอบสวนในการที่จะต้องมีการแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของระดับทางการค้าซึ่งเงื่อนไข และภาระดังกล่าวถือเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งในการปรับความแตกต่างของระดับทางการค้าที่เกิดขึ้น ซึ่งจะส่งผลไปถึงในการเปรียบเทียบราคาที่จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้น¹⁰³ และนอกจากนี้ แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะยอมให้มีการปรับระดับทางการค้าเกิดขึ้นก็ตาม แต่ก็มีข้อจำกัดเกิดขึ้นนอกจากเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น นั่นคือ ในการปรับระดับทางการค้าจะสามารถทำการปรับได้เพียงเฉพาะกรณีที่มีความแตกต่างของระดับทางการค้าเกิดขึ้นในประเทศผู้ส่งออก เท่านั้น¹⁰⁴ ซึ่งในกรณีที่มีความแตกต่างของระดับทางการค้าเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่มีมีการปรับราคาเกิดขึ้นแต่อย่างใด¹⁰⁵ จากข้อจำกัดดังกล่าวจะก่อให้เกิดปัญหา ดังนี้คือ ในกรณีที่ในประเทศผู้ส่งออกมีการขายสินค้าในระดับทางการค้าเดียว คือ ระดับค้าส่ง (distributor) แต่หากภายในประเทศสหรัฐอเมริกามีถึง 2 ระดับทางการค้าคือมีทั้ง ระดับค้าส่ง และ ระดับค้าปลีก (end users) และมีระดับราคาที่แตกต่างกันในการเปรียบเทียบราคาจะต้องมีการเปรียบเทียบราคา ณ ระดับทางการค้าเดียวกัน ในกรณีนี้หากไม่มีการปรับระดับทางการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาปัญหาก็จะเกิดขึ้น คือ การที่ไม่สามารถหาระดับทางการค้าในระดับค้าปลีก ในประเทศผู้ส่งออกมาเปรียบเทียบกับ

¹⁰¹ Willkie Farr & Gallagher, *U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation* (Washington D.C.: 1996), p.19-20.

¹⁰² มาตรา 2.4 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มีการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องของระดับของการค้า (level of trade) ไว้ ดังนี้ โดยให้ทำการเปรียบเทียบราคาส่งออกกับมูลค่าปกติอย่างยุติธรรม โดยทำการเปรียบเทียบที่ระดับการค้าเดียวกัน ซึ่งปกติเป็นระดับการค้าส่งมอบที่หน้าโรงงาน.

¹⁰³ Hurabiell, M. L., "Protectionism versus free trade: Implementing the GATT Antidumping Agreement in the United States," *University of Pennsylvania Journal of International Business Law* 16, No.3 : 587.

¹⁰⁴ The Tariff Act, Section 773 (a) (1) (b) (i), 19 U.S.C., Section 1677 b (a) (1) (b) (i), 1995

¹⁰⁵ Palmeto, D., "United States Implementation of Uruguay Round Antidumping Agreement," *Journal of World Trade* 29, No.3 : 52.

ราคาในระดับค้าปลีกในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ซึ่งหากจะนำเอาระดับราคาที่เกิดขึ้นในระดับค้าส่งในประเทศผู้ส่งออกมาทำการเปรียบเทียบกับราคาที่เกิดขึ้นในระดับค้าปลีกในประเทศสหรัฐอเมริกา จะก่อให้เกิดการเปรียบเทียบที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น¹⁰⁶

ดังนั้น เมื่อทำการพิจารณาหลักเกณฑ์ในการปรับระดับทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วน่าจะเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ที่กำหนดในความตกลงฯ 1994 ในส่วนของกรณีที่มีการกำหนดรายละเอียดและเงื่อนไขในการปรับราคาซึ่งประเทศสมาชิก WTO ควรที่จะมีการยกประเด็นในเรื่องดังกล่าวมาทบทวนต่อไป

3.2.9 หลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบราคา (price comparison)

ในเรื่องของการเปรียบเทียบราคาเพื่อหาส่วนเหลือของการทุ่มตลาดภายใต้หลักเกณฑ์การเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดได้รับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยผลของ Section 229 ภายใต้ The Uruguay Round Agreement Act¹⁰⁷ ที่ซึ่งเนื้อหาโดยส่วนใหญ่จะเป็นไปตามที่ปรากฏภายใต้ ม.2.4.2 ความตกลงฯ1994

- ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นภายใต้หลักเกณฑ์ในการบังคับใช้หลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบราคาของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเด็นปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาพยายามที่จะหาช่องทางในทำให้หลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบราคาภายใต้ มาตรา 2.4.2 ของความตกลงฯ 1994¹⁰⁸ มีความอ่อนคลายลง โดยอยู่ในรูปแบบของข้อยกเว้นต่างๆที่กำหนดขึ้นเพื่อให้เกิดการเปรียบเทียบ ที่อยู่ในลักษณะของมูลค่าปกติที่ได้เฉลี่ยโดยถ่วงน้ำหนัก(weighted-average normal value)กับราคาส่งออกของธุรกรรมการส่งออกที่เทียบกันได้ทั้งปวง(export prices on transaction-by-transaction)¹⁰⁹ โดยที่ไม่เป็นการขัดต่อ มาตรา 2.4.2 ของความตกลงฯ 1994 ซึ่งจากประเด็นดังกล่าวจะเป็นในเรื่องการอาศัยการตีความมาตรา 2.4.2 เพื่อกำหนดให้มีการเปรียบเทียบในลักษณะของมูลค่าปกติที่ได้เฉลี่ยโดยถ่วงน้ำหนักกับราคาส่งออกของธุรกรรมการส่งออกที่เทียบกันได้ทั้งปวง

¹⁰⁶ Ibid., p.52

¹⁰⁷ The Tariff Act, Section 777 A (d) (1) (B), 19 U.S.C. Section 1677-f (d) (1) (B), (as added by URAA section 299)

¹⁰⁸ มาตรา 2.4.2 ของ ความตกลงฯกำหนดให้ทำการเปรียบเทียบอย่างยุติธรรมตามวรรค 4 ส่วนเหลือของการทุ่มตลาดในช่วงระหว่างการได้สวน โดยปกติจะต้องคำนวณอยู่บนพื้นฐานของการเทียบเคียงระหว่าง

1. มูลค่าปกติที่ได้เฉลี่ยโดยถ่วงน้ำหนัก กับราคาส่งออกของธุรกรรมการส่งออกที่เทียบเคียงกันได้ทั้งปวงที่ได้เฉลี่ยโดยถ่วงน้ำหนัก
2. มูลค่าปกติ กับราคาส่งออกบนพื้นฐานของธุรกรรมต่อธุรกรรม

¹⁰⁹ Chung, M. Y. , "U.S. Antidumping Laws : A Look at the new legislation," *The North Carolina Journal of Int'l and commercial Regulation* 20, No.3 (1995) : 503.

ในกรณีนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการตีความมาตรา 2.4.2 ของความตกลงฯ 1994 ใช้บังคับได้ก็เฉพาะแต่ในขั้นตอนของการไต่สวนขั้นต้นเท่านั้น (the Investigation Phase)¹¹⁰ แต่ในขั้นของการทบทวน (Review) วิธีการเปรียบเทียบที่จะนำมาใช้นั้นจะทำการเปรียบเทียบราคาโดยใช้วิธีการของมูลค่าปกติที่ได้เฉลี่ยโดยถ่วงน้ำหนักกับราคาส่งออกของธุรกรรมการส่งออกที่เทียบกันได้ทั้งปวง¹¹¹ และนอกจากนี้ SAA ยังมีการยืนยันว่าการตีความดังกล่าวปฏิเสธที่จะตีความการกำหนดการเปรียบเทียบเพื่อหาส่วนเหลือของการทุ่มตลาดโดยใช้มูลค่าปกติที่ได้เฉลี่ยโดยถ่วงน้ำหนัก กับราคาส่งออกของธุรกรรมการส่งออกที่เทียบเคียงกันได้ทั้งปวงที่ได้เฉลี่ยโดยถ่วงน้ำหนัก หรือจะใช้มูลมูลค่าปกติกับราคาส่งออกบนพื้นฐานของธุรกรรมต่อธุรกรรม (weighted-average by weighted-average or transaction by transaction) ในขั้นของการทบทวน (review) ที่เป็นสิ่งที่ท้าทายว่าการตีความ และการกระทำเช่นนั้นของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการขัดต่อมาตรา 2.4.2 ของความตกลงฯ 1994 หรือไม่

แต่อย่างไรก็ตามได้มีการพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในความตกลงฯ เพื่อที่จะนำมาคัดค้านการตีความดังกล่าวพบว่าในมาตรา 18.3 ของความตกลงฯ 1994 ที่กำหนดว่า ภายใต้บังคับของมาตรา 3.1 และ มาตรา 3.2 บทบัญญัติของความตกลงนี้ต้องนำไปใช้กับการไต่สวน และการทบทวนของมาตรการที่ใช้บังคับอยู่ ในกรณีนี้อาจสามารถนำเอามาตรา 18.3 มาทำการโต้แย้งการตีความ และ คำยืนยันของ SAA ได้ และโดยผลของมาตรา 18.3 ทำให้ในการบังคับใช้การเปรียบเทียบราคาโดยใช้ มูลค่าปกติที่ได้เฉลี่ยโดยถ่วงน้ำหนัก กับราคาส่งออกของธุรกรรมการส่งออกที่เทียบเคียงกันได้ทั้งปวงที่ได้เฉลี่ยโดยถ่วงน้ำหนัก หรือจะใช้มูลมูลค่าปกติกับราคาส่งออกบนพื้นฐานของธุรกรรมต่อธุรกรรมสามารถที่จะกระทำได้ทั้งในขั้นตอนของการไต่สวนขั้นต้น และในขั้นตอนของการทบทวน ดังนั้น ในการตีความหลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาในกรณีดังกล่าวขัดกับหลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบราคาที่กำหนดในความตกลงฯ 1994

3.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเสียหาย (Injury)

คำจำกัดความของคำว่าความเสียหายภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นยังไม่มี ความชัดเจนอยู่ในตัวเอง เป็นแต่เพียงการกำหนดถึงลักษณะของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศซึ่งพอจะพิจารณาได้ว่าความเสียหายนั้นจะต้องปรากฏ มีความสำคัญ และมีความต่อเนื่อง ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วยังคงไม่มีความชัดเจน และจับต้องได้ยาก โดยเป็นผลให้ในทางปฏิบัติการตีความในเรื่องของความเสียหายของประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ในเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานที่ค่อนข้างต่ำ กล่าวคือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นที่จะต้องอยู่ในเกณฑ์ที่สูง หรือเป็นความเสียหายที่มากมาย และร้ายแรงก็ได้¹¹² ในการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดภายใต้หลักเกณฑ์การเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาจากการพิจารณาค้นหาพฤติกรรมของการกระทำที่เป็นการทุ่มตลาดแล้ว จะต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศเสียก่อน จึงจะสามารถที่จะทำการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดที่เกิดขึ้นได้

ITC เป็นหน่วยงานของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีหน้าที่ในการค้นหา และแสดงให้เห็นถึงการทุ่มตลาดที่เกิดขึ้น เป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน หรือ มีลักษณะที่เป็นการคุกคามอันอาจสร้าง

¹¹⁰ Ibid., p. 45.

¹¹¹ The Tariff Act, Section 777 A (d) (1)-(2) , 19 U.S.C., Section 1677 f-1 (d) (1)-(2) ,1995.

¹¹² Willkie Farr & Gallagher, *U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation* (Washington D.C.: 1996), p.1.

ความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ หรือ ก่อให้เกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมเช่นนั้น ซึ่งเมื่อ ITC สามารถที่จะพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นได้แล้วก็สามารถที่จะดำเนินการเก็บภาษีตอบโต้การทุ่มตลาดได้ต่อไป

ในอดีตที่ผ่านมา ITC จะทำการพิสูจน์ความเสียหายเฉพาะในสินค้าที่ไม่เรียกเก็บภาษี (free-duty products) ซึ่งปรากฏตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดในปี ค.ศ.1921 (the Revenue Acts 1921) และหลังจากที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้เข้าเป็นสมาชิกของ WTO แล้วจึงได้มีการกำหนดให้มีการพิสูจน์ความเสียหายกับสินค้าทุกประเภทที่มีการทุ่มตลาด และนอกจากนี้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเสียหายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้รับการแก้ไข และพัฒนาให้มีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศตลอดมา ซึ่งจากเดิมในปี ค.ศ.1979 ประเทศสหรัฐอเมริกาทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลงในเรื่องของหลักเกณฑ์ในการวัดระดับความเสียหาย จากที่เคยมีการพิสูจน์ระดับความเสียหายอยู่ที่ระดับธรรมดา (injury) มาสู่การพิสูจน์ความเสียหายอยู่ในขั้นสำคัญ (material injury) ภายหลังจากที่มีการเจรจาทางการค้ารอบโตเกียวในปี ค.ศ.1979 (Tokyo Round) ทั้งนี้เพื่อเป็นการอนุวัติตามหลักเกณฑ์ที่ปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ

เมื่อมีการเจรจาทางการค้าในรอบอุรุกวัย ในปี ค.ศ.1994 (Uruguay Round) ผลของการเจรจามีผลทำให้หลักเกณฑ์ในเรื่องการพิจารณาความเสียหายอย่างสำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขอีกครั้งหนึ่งตาม The Uruguay Round Agreement Act 1994 และได้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันในเรื่องของความเสียหายนั้นจะหมายถึงในกรณี ดังต่อไปนี้¹¹³

3.3.1 หลักเกณฑ์การกำหนดความหมาย ความเสียหายอย่างสำคัญ (determination of material injury)

แนวความคิดของการกำหนดความเสียหายอย่างสำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกาปรากฏครั้งแรกใน The Trade Agreement Act 1979 โดยก่อนปี 1979 นั้นหลักเกณฑ์ในการกำหนดความเสียหายของประเทศสหรัฐอเมริกามีเพียงเฉพาะคำว่า ความเสียหาย (injury) เท่านั้น ซึ่งความเสียหายดังกล่าวจะถือเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในได้ก็ต่อเมื่อความเสียหายเหล่านั้นมีมากกว่าเกณฑ์ขั้นต่ำที่กำหนด (more than de minimis)¹¹⁴ และ ผลจากการเจรจาทางการค้าในรอบโตเกียว ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำการกำหนดความหมายของคำว่าความเสียหายอย่างสำคัญให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยอยู่ภายใต้ Section 771 (7) ของ The Tariff Act of 1930 ซึ่งกำหนดว่าคำว่าความเสียหายอย่างสำคัญจะหมายถึงความเสียหายที่ซึ่งมีความสำคัญ และเป็นสาระสำคัญ

อย่างไรก็ตามการให้คำจำกัดความข้างต้นก็ได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของ ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1979 และ ดูเหมือนว่าโดยทั่วไปแล้วมาตรฐานในการกำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้นต่ออุตสาหกรรมภายในจะยังคงอยู่ในเกณฑ์ที่ค่อนข้างต่ำดังที่เคยกำหนดเช่นเดิม

¹¹³ The Tariff Act, Section 731. 19 U.S.C., Section 1673 ,(1995)

¹¹⁴ The Trade Agreement Act of 1979 : Material Injury Standard, 14 J.Int'l L&Econ. 87,95 (1979) cited by Seon-Bong Yu., "Imposition of U.S. Antidumping Duties under the WTO Regimes : Some Potential Problems in the Revised U.S. Antidumping Laws" (Doctor of Juridical Science, University of Wisconsin Madison, Aug 12. 1996), p.84.

ดังนั้น จึงมีการทบทวนถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเสียหายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งยังคงมีการให้คำจำกัดความของคำว่าความเสียหายเช่นเดิมโดยกำหนดว่าความเสียหายอย่างสำคัญ หมายถึง ความเสียหายที่ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญ เป็นสาระสำคัญ และมีความสำคัญ (harm which is not inconsequential, immaterial, or unimportant)¹¹⁵ ซึ่งหมายถึงความเสียหายดังกล่าวจะต้องเป็นความเสียหายอย่างสำคัญ และ สำคัญ ที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายใน และภายใต้การกำหนดความหมายของคำว่าความเสียหายอย่างสำคัญในปัจจุบัน ประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดปัจจัยต่างๆในการที่จะนำมาพิจารณาให้เห็นถึงความเสียหายอย่างสำคัญที่เกิดขึ้น ดังนี้¹¹⁶

3.3.1.1 การพิจารณาความเสียหายอย่างสำคัญโดยการพิจารณาจากจำนวนการนำเข้า

ในการพิจารณาถึงการนำเข้าของสินค้าว่าจะเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญ หรือไม่ นั้น ITC จะทำการพิจารณาถึงจำนวนของการนำเข้า หรือการเพิ่มขึ้นของการนำเข้าว่าการนำเข้า หรือการเพิ่มขึ้นดังกล่าวมีความสำคัญ หรือไม่¹¹⁷ โดย ITC จะทำการประเมินว่าการนำเข้าดังกล่าวจะต้องเป็นการนำเข้าอย่างสิ้นเชิง และ เป็นการนำเข้าที่มีลักษณะเป็นการเจาะตลาด (market penetration) ของสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ลักษณะของการนำเข้าที่เป็นการเจาะตลาดสินค้าชนิดเดียวกันในประเทศผู้นำเข้านั้นจะอยู่ในลักษณะของจำนวนที่เป็นร้อยละของการบริโภคสินค้าที่มีการนำเข้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา¹¹⁸ และ นอกจากนี้ ITC ก็ยังคงจะต้องให้ความสำคัญเป็นพิเศษในการพิจารณาถึงการเพิ่มขึ้นของการนำเข้าที่เป็นการเจาะตลาดด้วยเช่นกัน

ในส่วนของมาตรฐานที่จะนำมาเป็นเกณฑ์ในการวัดพฤติกรรมของการเจาะตลาดนั้นว่ามีความสำคัญหรือไม่นั้น เมื่อเปรียบเทียบกับกรขายสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศสหรัฐอเมริกา โดย ITC จะทำการพิจารณาจากขนาดของตลาดในสินค้าชนิดเดียวกันในประเทศสหรัฐอเมริกาในการที่จะกำหนดว่าสินค้านำเข้านั้นเป็นการเจาะตลาดอย่างสำคัญ หรือไม่ หากตลาดของสินค้าชนิดนั้นมีขนาดของตลาดสินค้าที่ใหญ่ ดังนั้น การนำเข้าสินค้าที่ทำการทุ่มตลาดในลักษณะที่เป็นการเจาะตลาดเพียงเล็กน้อย ผลกระทบที่เกิดจากจำนวนของการนำเข้าสินค้าที่เป็นการทุ่มตลาดก็ไม่ทำให้เกิดขึ้น

3.3.1.2 การพิจารณาความเสียหายอย่างสำคัญโดยพิจารณาจากผลกระทบของราคาที่เกิดจากการนำเข้า¹¹⁹

การพิจารณาความเสียหายอย่างสำคัญโดยพิจารณาจากผลกระทบของราคาที่เกิดจากการนำเข้า ITC จะทำการพิจารณาว่ามีการขายสินค้าที่มีการนำเข้าในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม หรือไม่ โดยการพิจารณาว่าการขายดังกล่าวเป็นการขายสินค้าในราคาที่ต่ำกว่าราคาสินค้าชนิดเดียวกันที่มีการขายในประเทศสหรัฐอเมริกา และจากการนำเข้าดังกล่าวก่อให้เกิดการกดราคา หรือทำให้ราคาของสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศต้องปรับลดราคาลง หรือไม่ จากการที่ ITC กำหนดหลักการพิจารณาไว้เช่นนั้นถือได้ว่าเป็นเรื่อง

¹¹⁵ The Tariff Act, Section 771 (7) (A) , 19 U.S.C., Section 1677 (7) (C) ,(1995)

¹¹⁶ The Tariff Act, Section 771 (7) (B) (i)(ii)(iii), 19 U.S.C., Section 1677 (7) (E)(ii).

¹¹⁷ The Tariff Act, Section 771 (7) (C) (i) ,19 U.S.C., Section 1677 (7) (C) (i)

¹¹⁸ Import Administration Anti-Dumping Manual : ITC Injury Determination., Electronic Compliance System Import. <http://11s.tradecompass.com>.

¹¹⁹ The Tariff Act, Section 771 (7) (C) (ii) ,19 U.S.C., Section 1677 (7) (C) (ii).

สำคัญในการแสดงความสัมพันธ์ระหว่างการขายสินค้าที่มีการนำเข้าไปในลักษณะที่เป็นการทุ่มตลาด กับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายใน

นอกจากนี้ ITC ยังมีการกำหนดในเรื่องของสินค้าที่มีการใช้เทคโนโลยีขั้นสูงในการผลิต (highly sophisticated products) ซึ่งในประเด็นของสินค้าดังกล่าวมักจะมีปัญหาในเรื่องของการเปรียบเทียบราคาของสินค้าเป็นไปได้ยากมาก ในกรณีเช่นนี้ ITC จะทำการเน้นในการพิจารณาถึงการขายที่ต่ำกว่าราคา และการขายในลักษณะที่เป็นการกีดราคา หรือการขายที่ทำให้ราคาของสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศต้องปรับลดราคาลง บวกกับการขาดทุน และการลดลงของกำไรในการขายสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศสหรัฐอเมริกา และ ITC จะตั้งข้อสังเกตว่าในแต่ละอุตสาหกรรมอาจมีสิ่งบ่งชี้หลายอย่าง เช่น ในเรื่องของสภาพของบริษัทแม้ว่ายังคงแสดงถึงความมั่นคง มีการเพิ่มขึ้นของการผลิต หรือการขาย และมีการเพิ่มขึ้นของความสามารถในการผลิตก็ตาม แต่บริษัทดังกล่าวก็ยังคงอยู่ในฐานะที่เป็นผู้เสียหายได้จากการนำเข้านั้นๆ¹²⁰

3.3.1.3 การพิจารณาความเสียหายอย่างสำคัญโดยพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในที่ได้รับผลกระทบจากการนำเข้าไปเป็นการทุ่มตลาด

ในการประเมินผลกระทบจากการนำเข้าไปเป็นการทุ่มตลาดและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ITC จะทำการพิจารณาถึงการลดลงของการผลิต การขาย ส่วนแบ่งตลาด กำไร ผลตอบแทนที่เกิดจากการลงทุน และความสามารถในการใช้ประโยชน์¹²¹ ในหลักเกณฑ์ของการพิจารณาความเสียหายอย่างสำคัญกำหนดให้ ITC ทำการพิจารณาผลกระทบในทางลบของการไหลเวียนของการนำเข้าสินค้าที่เป็นการทุ่มตลาด สินค้าคงเหลือ การจ้างงาน ค่าจ้างต่อการดำรงชีพ การลงทุน และความสามารถในการเพิ่มทุน¹²²

ดังนั้น ITC จะทำการพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องในทางเศรษฐกิจทั้งหมด ที่เกี่ยวข้องที่จะมีผลต่อฐานะ หรือสภาพของอุตสาหกรรมภายใน ซึ่งจะประกอบด้วย 1) การลดลงของสินค้า การขาย ส่วนแบ่งตลาด กำไร การผลิต และผลตอบแทนจากการลงทุนที่กำลังเกิดขึ้น หรือกำลังดำเนินอยู่ 2) ปัจจัยอื่น ๆ ที่จะมผลต่อราคาสินค้าภายในประเทศสหรัฐอเมริกา 3) ผลกระทบในทางลบต่อการไหลเวียนของเงิน สินค้าคงเหลือ การจ้างงาน ค่าจ้าง การเจริญเติบโต และความสามารถในการเพิ่มทุน และการลงทุนที่กำลังเกิดขึ้น 4) ผลกระทบในทางลบที่มีต่อความพยายามในการพัฒนาสินค้าชนิดเดียวกันของอุตสาหกรรมภายในที่ผลิตภายในประเทศ และความพยายามในการพัฒนาการผลิตของอุตสาหกรรมที่ขายสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศ 5) ความมากน้อยของส่วนเหลือการทุ่มตลาด¹²³

¹²⁰ *Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) of 256 Kilobytes and Above from Japan* (Inv. No.731-TA-300, 1985, preliminary) cited by Dong Woo Seo, "Material Retardation in the U.S.Laws," *Law and Policy in International Business* 24, No.3 (1993) : 864.

¹²¹ The Tariff Act, Section 771 (7) (C) (i), 19 U.S.C., Section 1677 (7) (C) (i)

¹²² The Tariff Act, Section 771 (7) (C) (iii) (I), 19 U.S.C., Section 1677 (7) (C) (iii)(I).

¹²³ The Tariff Act, Section 771 (7) (C) (iii), 19 U.S.C., Section 1677 (7) (C) (iii), 1995.

แต่อย่างไรก็ตาม ITC จะไม่ถือเอาปัจจัยหนึ่งปัจจัยใดมาเป็นสิ่งกำหนดในการตัดสินใจถึงความเสียหายอย่างสำคัญที่เกิดขึ้น ดังนั้น ในอนาคตควรที่จะมีการกำหนดว่า ในกรณีที่ ITC จะต้องมีการพิจารณาถึงในเรื่องของความเสียหายอย่างสำคัญจำเป็นที่จะต้องมีการประเมินปัจจัยในทางเศรษฐกิจภายในขอบเขตของวงจรในทางธุรกิจ และสภาพของการแข่งขันที่กล่าวมาข้างต้น ที่ซึ่งจะมีผลกระทบอย่างเด่นชัดต่ออุตสาหกรรมภายในที่ได้รับความเสียหาย ดังนั้น ITC ควรที่จะต้องทำการพิจารณา ในเรื่องผลกระทบที่มีต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศโดยที่จะต้องอาศัยพื้นฐานในแต่ละคดีๆไป (case by case)

3.3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความหมายของการทุ่มตลาดที่ก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

ในกรณีที่ ITC ไม่สามารถตรวจพบความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ITC อาจตรวจพบถึงการคุกคามอันอาจจะสร้างความเสียหายได้ต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ หากการคุกคามที่เกิดขึ้นนั้น เป็นจริง และ ใกล้เคียงเกิดขึ้น ซึ่งองค์ประกอบโดยทั่วไปที่จะมาสนับสนุนถึงการตรวจพบการคุกคามที่จะเกิดขึ้นนี้จะประกอบด้วย การเพิ่มขึ้นของส่วนแบ่งตลาดจากการนำเข้า, กำลังการผลิตที่คงเหลือ และยังไม่ได้มีการใช้ของผู้ส่งออก, การเพิ่มขึ้นของสินค้าคงเหลือ และ การโยกย้ายสินค้า และนอกจากนี้ยังมีการกำหนดถึงปัจจัยพิเศษในการพิจารณาถึงการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้¹²⁴

1. การเพิ่มขึ้นของการผลิต หรือการลดลงของการผลิตที่เพิ่มมากขึ้นในประเทศผู้ส่งออก และการเพิ่มขึ้นของการผลิตสินค้าที่มีการนำเข้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา
2. การเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วในลักษณะของการเจาะตลาดสินค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา
3. มีความเป็นไปได้ว่าการนำเข้าดังกล่าวให้ราคาของสินค้าภายในประเทศสหรัฐอเมริกาถูกกดราคา
4. การเพิ่มขึ้นอย่างสำคัญของสินค้าที่ทำการไต่สวน
5. ความสามารถของผู้ส่งออกที่ลดต่ำลง
6. แนวโน้มในการแสดง และสามารถบ่งชี้ได้ถึงการนำเข้าสินค้าจะเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญ
7. ความสามารถในการเคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิตของต่างประเทศจากสินค้าอื่นๆที่อยู่ภายใต้การไต่สวนไปยังสินค้าที่อยู่ภายใต้การไต่สวน
8. ความเป็นไปได้ของการเพิ่มขึ้นในการนำเข้าสินค้าที่มีการเคลื่อนย้าย หากสินค้าอื่นๆถูกเก็บภาษีทั้งในส่วนของวัตถุดิบและในส่วนของการผลิตในสินค้าเกษตร
9. ผลกระทบในทางลบที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมในปัจจุบันในการพัฒนาสินค้าที่มีการแยกออกจากสินค้าชนิดเดียวกัน (Like product) และในการพัฒนาสินค้าชนิดเดียวกันที่ก้าวหน้ามากขึ้น
10. การขยายการทุ่มตลาดของสินค้าภายใต้การไต่สวนในตลาดประเทศที่ 3 ที่อาจก่อให้เกิดการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในการพิจารณาถึงการคุกคามอันอาจจะสร้างความเสียหายได้ต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ITC ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการรวมพิจารณา (cumulation) แต่ในบางกรณีก็จะมีการรวมการพิจารณาเกิดขึ้น ซึ่งในทางปฏิบัติคณะกรรมการของ ITC หลาย

¹²⁴ The Tariff Act, Section 771 (7) (F) (i), 19 U.S.C., Section 1677 (F) (i), 1995.

คนรู้สึกไม่สะดวกใจที่จะดำเนินการดังกล่าว เนื่องจากลักษณะของการกระทำที่เป็นการคุกคามนั้นมีความยากในการที่จะทำการกำหนด และทำการพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดจากการคุกคามของประเทศหนึ่งเมื่อมีการเปรียบเทียบการคุกคามที่เกิดขึ้นกับอีกประเทศหนึ่ง และนอกจากนี้ในกรณีที่มีการตรวจพบความเสียหายอย่างสำคัญ (Material Injury) ว่าเกิดขึ้นจริงแล้ว ITC จะไม่ทำการพิจารณาในเรื่องของความเสียหายที่เกิดจากการคุกคามอันอาจสร้างความเสียหายได้ต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศเลย เช่น ในคดี Certain Copier Toner from Japan (prelim.) และในคดี Pressure- Sensitive PVC Battery Covers from West Germany (prelim.)¹²⁵ มีประเด็นที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตของความเสียหายอย่างสำคัญ (Material Injury) กับ การคุกคามอันอาจสร้างความเสียหายได้ต่ออุตสาหกรรมภายใน โดยแนวทางดังกล่าวกำหนดว่าความเสียหายที่น่าจะเป็นการคุกคามได้นั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่น่าจะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งคณะกรรมการบางคนของ ITC ก็ได้ยอมรับ และถือปฏิบัติในแนวทางดังกล่าว

ดังนั้น ในกรณีที่จะมีการสืบต่อไปว่ามีการคุกคามเกิดขึ้น หรือไม่ ซึ่ง ITC จะต้องทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าการนำเข้านั้นจะเป็นการสร้างความเสียหายที่เกิดขึ้นในอนาคต ดังนั้น โดยทั่วไปแล้ว ITC จะต้องพบว่าการนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดจะส่งผลไปยังสินค้าที่นำเข้าได้ส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้น หรือสินค้าที่นำเข้าจะมีราคาตกลงซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ITC จะให้ความสำคัญ ในประเด็นของการผลิตที่คงเหลือ, ปริมาณคงเหลือของสินค้าจำนวนมาก หรือการสูญเสียส่วนแบ่งการตลาดในประเทศอื่น

จากหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในการพิจารณา การคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าจะได้รับการแก้ไขเพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 3.7 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 แล้วก็ตามแต่ดูเหมือนว่ายังมีในบางส่วนที่ยังคงขัดกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดถึงการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศในมาตรา 3.7 โดยในมาตรา 3.7 นั้น จะมีการกำหนดปัจจัยที่จะนำพิจารณาถึงการคุกคามไว้เพียง 4 ข้อเท่านั้น¹²⁶ และ ในการพิจารณาก็จะต้องมีการพิจารณาถึงปัจจัยทั้งหมด ไม่มีการพิจารณาปัจจัยใด

¹²⁵ Certain Copier Toner from Japan (prelim.) (ITC Pub.1803, Inv.No.731-TA-373, March1987) and Pressure- Sensitive PVC Battery Covers from West Germany (prelim.) (ITC Pub.2265, Inv.No.731-TA-452, March 1990) cited by Dong Woo Seo, "Material Retardation in the U.S.Laws," Law and Policy in International Business 24, No.3 : 865.

¹²⁶ ภายใต้มาตรา 3.7 กำหนดว่า ผู้มีอำนาจไต่สวน จะต้องพิจารณาถึงปัจจัยหลายอย่างในการที่จะกำหนดว่าอย่างไรที่จะสามารถกล่าวได้ว่ามีการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างมากต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

1. อัตราการเพิ่มขึ้นอย่างมากของผลิตภัณฑ์นำเข้าที่ทุ่มตลาดที่เข้ามาภายในตลาดภายในประเทศ ซึ่งชี้ให้เห็นว่าจะมีแนวโน้มของการนำเข้าเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก
2. ความสามารถของผู้ส่งออกในการถ่ายเทผลิตภัณฑ์ซึ่งเพิ่มขึ้นอย่างมากอย่างอิสระเต็มที่ หรือใกล้ว่าจะเกิดขึ้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าจะมีการส่งผลิตภัณฑ์เข้ามาทุ่มตลาดประเทศผู้นำเข้าเพิ่มขึ้นอย่างมาก ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความสามารถในการดูดซับปริมาณการส่งออกที่เพิ่มขึ้นของตลาดส่งออกอื่นด้วย
3. มีการนำเข้าในราคาในประเทศจะตกลง หรือเป็นการกดราคาภายในประเทศอย่างมาก และมีแนวโน้มว่าอุปสงค์ของการนำเข้าจะเพิ่มขึ้นต่อไป หรือไม่ และ
4. ปริมาณสินค้าคงเหลือของผลิตภัณฑ์ที่ทำการไต่สวน

ในการที่จะพิจารณาว่าการนำเข้าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะที่จะเป็นการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายอย่างมากต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศได้หรือไม่นั้น ควรที่จะใช้ปัจจัยทั้งหมดในการพิจารณาเพื่อหาข้อสรุปให้ได้ว่ามีการ กระทำดังกล่าวเกิด

เพียงปัจจัยหนึ่งเพียงอย่างเดียว แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกากลับมีการกำหนดปัจจัยในการพิจารณาเอาไว้มากมาย ซึ่งในบางปัจจัยก็มิได้มีการกำหนดเอาไว้ในมาตรา 3.7 ของความตกลงฯ 1994¹²⁷ และ ในหลักเกณฑ์ในการกำหนดถึงการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็มิได้มีการกำหนดว่าควรที่จะใช้ปัจจัยทั้งหมดในการพิจารณาเพื่อหาข้อสรุปให้ได้ว่ามีการ กระทำดังกล่าวเกิดขึ้น หรือไม่ ซึ่งในลักษณะในการกำหนดเช่นนี้ก็สามารถที่จะใช้ปัจจัยใดปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาถึงการคุกคามได้ ซึ่งจะให้มีโอกาสในการพบถึงการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มากขึ้น

นอกจากนี้ในการกำหนดปัจจัยในเรื่องของการพิจารณาสินค้าคงเหลือซึ่งก่อนการแก้ไขใน 19 U.S.C., Section 1677 (F) (i), 1988 กำหนดให้จะต้องมีการพิจารณาถึงการเพิ่มขึ้นของปริมาณสินค้าคงเหลืออย่างสำคัญ แต่เมื่อมีการแก้ไขโดยผลของมาตรา 222 (C) ของ The Uruguay Agreement Act of 1994 แล้ว ในการพิจารณาถึงสินค้าคงเหลือก็ไม่มีผลที่จะต้องมีการพิจารณาถึงปริมาณการเพิ่มขึ้นแต่อย่างใด เพียงแต่มีการพิจารณาว่ามีสินค้าคงเหลือเกิดขึ้นก็เพียงพอแล้ว ดังนั้นแม้หากพบว่ามีเพิ่มขึ้นของสินค้าคงเหลือเพียงเล็กน้อยก็ยังสามารถที่จะเป็นการคุกคามได้เมื่อมีการพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นๆ¹²⁸

และนอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกายังคงใช้ประโยชน์จากปัจจัยในเรื่องของการพิจารณาสินค้าคงเหลือในการพิจารณากำหนดถึงการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในที่กำหนดไว้ในมาตรา 3.7 ของ ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ที่ซึ่งในหลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดเพียงให้มีการพิจารณาถึงปริมาณของสินค้าคงเหลือ แต่มิได้มีการระบุถึงแหล่ง หรือประเทศที่จะต้องทำการพิจารณาในสินค้าคงเหลือ ดังนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงกำหนดให้ทำการพิจารณาปริมาณของสินค้าคงเหลือในประเทศใดก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นสินค้าคงเหลือที่มีอยู่แต่ในเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ดังนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ โอกาสที่ประเทศสหรัฐอเมริกาจะทำการตรวจพบถึงปัจจัยในส่วนของสินค้าคงเหลือที่ปรากฏจึงสามารถทำได้โดยง่ายเนื่องจากสามารถทำการตรวจสอบในประเทศใดก็ได้¹²⁹ ซึ่งอาจทำให้ประเทศที่เป็นผู้ส่งออกอาจเกิดความเสียหายจากการกำหนดหลักเกณฑ์เช่นว่านั้น จึงเป็นการสมควรที่ประเทศสมาชิกจะต้องมีการทบทวนถึงการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวต่อไป

3.3.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความหมายของการทุ่มตลาดที่ก่อให้เกิดการชะงักงันในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ (Material Retardation in the U.S. Antidumping Laws)

ในการกำหนดความหมายของคำว่า การชะงักงัน (Retardation) ของประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มมีขึ้นภายหลังจากที่มีการแก้ไขหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดในปี 1979 ซึ่งเป็นการแก้ไขให้เป็นไปตาม ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของ

ขึ้น หรือไม่ และในการพิจารณา และตัดสินใจที่จะใช้มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาดในกรณีของการคุกคามควรที่จะต้องใช้ด้วยความระมัดระวังเป็นพิเศษ

¹²⁷ Chung, M. Y., "U.S. Antidumping Laws : A Look at the new legislation," *The North Carolina Journal of Int'l and commercial Regulation* 20, No.3 : 503-4.

¹²⁸ Palmeter, D., United States Implementation of Uruguay Round Antidumping Agreement," *Journal of World Trade* 29, No.3 (June 1995) : 65.

¹²⁹ Ibid., p.65

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1979 โดยภายใต้ The Trade Agreement Act of 1979 ITC จะกำหนดความหมายของคำว่าความเสียหายให้หมายความถึง¹³⁰ อุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับความเสียหายอย่างสำคัญ หรือได้รับการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ หรือ เกิดความชะงักงันในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการนำเข้าสินค้าที่เป็นการทุ่มตลาด

ในเบื้องต้นในส่วนของข้อกำหนดมาตรฐานในเรื่องของการเกิดความชะงักงันในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น USTC หรือ ITC ในปัจจุบัน ได้มีการกำหนดมาตรฐานของหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยอาศัยพื้นฐานของการนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดที่ก่อให้เกิดการขัดขวาง ในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ ดังปรากฏในคดี Regenerative Blower/Pumps from West Germany¹³¹ โดยในคดีดังกล่าวปรากฏความเห็นเป็นส่วนใหญ่ของ USTC ว่า การนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดไม่ได้ก่อให้เกิดเป็นการขัดขวางการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในการกำหนดถึงมาตรฐานของความเสียหายในแต่ละประเภทที่กล่าวมาข้างต้นไม่ว่าจะเป็นความเสียหายอย่างสำคัญ (Material Injury) หรือในเรื่องของการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ หรือแม้กระทั่งในเรื่องของการเกิดการชะงักงันในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ (Material Retardation) ต่างก็ล้วนแล้วแต่จะได้รับการกำหนดความหมายเป็นการเฉพาะในแต่ละประเภท แต่เมื่อพิจารณาดูในส่วนของข้อกำหนดความหมายในเรื่องความเสียหายอย่างสำคัญ หรือในเรื่องของการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายจะพบว่าความเสียหายทั้งสองประเภทเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมที่ได้รับการก่อตั้งเป็นที่เรียบร้อยแล้ว แต่ในส่วนของเกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ (Material Retardation) นั้น จะเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ยังไม่มีการก่อตั้งแต่ประการใด ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวที่เกิดขึ้นเป็นเสมือนเส้นแบ่งในเรื่องของการบังคับใช้ในเรื่องการกำหนดความหมายของคำว่าความเสียหาย และ ในการพิจารณาของ ITC นั้นจะมุ่งเน้นในการพิจารณาว่า มีการก่อตั้งอุตสาหกรรมที่มีความเกี่ยวข้องกับการนำเข้าสินค้าที่มีการทุ่มตลาด หรือยังภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อจากนั้นหากเป็นในกรณีที่ยังไม่มีการก่อตั้งอุตสาหกรรมดังกล่าวภายในประเทศ ITC ก็จะมีการพิจารณาต่อไปว่า การนำเข้ดังกล่าวจะมีผลต่อการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศของตน หรือไม่อย่างไร และหากพบว่าการนำเข้าเช่นนั้นจะมีผลต่อการก่อตั้งอุตสาหกรรมจริง ITC ก็สามารถที่จะกำหนดความเสียหายที่เกิดจากการนำเข้าได้ ถึงแม้ว่าจะยังไม่มีการก่อตั้งอุตสาหกรรมประเภทนั้นในประเทศก็ตาม¹³² ดังเช่น จากตัวอย่างที่เกิดขึ้นในคดี High - Information Content Flat Panel Display and Subassemblies Thereof from Japan¹³³ มีการกล่าวอ้างถึงความเข้าใจผิดของผู้ยื่นคำร้องในการกำหนดมาตรฐานในเรื่องของความเสียหาย โดยใน

¹³⁰ Dong Woo Seo, "Material Retardation in the U.S. Laws," *Law and Policy in International Business* 24, No.3, : 862.

¹³¹ Regenerative Blower/Pumps from West Germany (Ustc Pub. 676, Inv. No. AA 1921-140, May 1974) cited by Dong Woo Seo, "Material Retardation in the U.S. Laws," *Law and Policy in International Business* 24, No.3, : 862.

¹³² Dong Woo Seo, "Material Retardation in the U.S. Laws," *Law and Policy in International Business* 24, No.3, : 865.

¹³³ High - Information Content Flat Panel Display and Subassemblies Thereof from Japan (preliminary determination) (ITC Pub. 2311, Inv. No.731-TA-469, Sept. 1990) cited by Dong Woo Seo, "Material Retardation in the U.S. Laws," *Law and Policy in International Business* 24, No.3, : 866.

คดีดังกล่าวมีการกล่าวอ้างถึงความเสียหายที่ก่อให้เกิดความชะงักงันในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ โดยผู้ร้องต้องการที่จะให้ใช้ความเสียหายที่ก่อให้เกิดความชะงักงัน (Retardation) เป็นอีกทางเลือกหนึ่งของ ITC ในกรณีที่ไม่สามารถแสดงถึงความเสียหายอย่างสำคัญ (Material Injury) ที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ซึ่งในการตัดสินของ ITC มีการกล่าวว่า เนื่องจาก ภายในประเทศสหรัฐอเมริกามีการก่อตั้งอุตสาหกรรมเกิดขึ้นภายในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว และก็สามารถที่จะชี้ให้เห็นถึงความเสียหายอย่างสำคัญที่เกิดขึ้นได้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำในเรื่องของความเสียหายที่ก่อให้เกิดความชะงักงัน (Retardation) มาใช้ในการตัดสินในเรื่องความเสียหายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ในคดีดังกล่าว ITC ก็ไม่สามารถที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องของความเสียหายที่ก่อให้เกิดความชะงักงัน (Retardation) มาบังคับใช้ได้ เนื่องจากมีการก่อตั้งอุตสาหกรรมเช่นนั้นเกิดขึ้นแล้วภายในประเทศ จึงเป็นการไม่สมควรที่จะนำเอามาตรฐานในเรื่อง ความเสียหายที่ก่อให้เกิดความชะงักงัน (Retardation) มาใช้ตามคำกล่าวอ้างของผู้ร้องอีกต่อไป

แต่อย่างไรก็ตาม จากการตัดสินในคดี Certain Dried Salted Codfish from Canada¹³⁴ มีการกำหนดเกี่ยวกับประเด็นของการนำเข้าที่ก่อให้เกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ โดยกำหนดให้ความเสียหายอย่างสำคัญ (Material injury) ใช้บังคับกับอุตสาหกรรมที่มีการก่อตั้งแล้ว (established industries) และหากเป็นความเสียหายที่ก่อให้เกิดการชะงักงัน (Retardation) จะใช้บังคับกับอุตสาหกรรมใหม่ (new industries) ซึ่งจะต้องมีการแสดงหลักฐานอย่างเพียงพอที่สามารถแสดงให้เห็นการกระทำอย่างสำคัญ (substantial commitment) และ ซึ่งสามารถที่จะทำการพิจารณาได้ว่าอุตสาหกรรมดังกล่าวจะมีการเริ่มต้นการผลิตเกิดขึ้นในอนาคต หรือ มีการเริ่มต้นการผลิต แต่ยังไม่มีความมั่นคงในการผลิต และการขาย และในคดีเดียวกันมีการตัดสินที่เป็นการวางแนวทางเกี่ยวกับการบังคับใช้ในเรื่องความเสียหายที่ก่อให้เกิดความชะงักงันในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ ดังนี้¹³⁵

1. อุตสาหกรรมภายในประเทศที่จะกล่าวอ้างถึงความเสียหายที่ก่อให้เกิดความชะงักงันในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศจะต้องมีการกระทำอย่างสำคัญ (substantial commitment) ในการผลิต
2. นอกจากนี้จะต้องมีการแสดงหลักฐานบางอย่างที่แสดงให้เห็นว่าอยู่ในสภาพที่ไม่มีความมั่นคงเพียงพอ หรือ มีการประกอบการที่ตกต่ำอย่างมาก เช่น ผลของการขาดทุนในการประกอบการ (net losses) และ
3. จะต้องมีการแสดงหลักฐานให้เห็นว่าการนำเข้าสินค้าที่มีราคาต่ำส่งผลให้เกิดผลลบต่อรายได้ของอุตสาหกรรมภายในประเทศที่จำเป็นต่อการก่อกำเนิดเป็นอุตสาหกรรมต่อไปในตลาดสินค้าชนิดนั้น

จากคดี Certain Dried Salted Codfish from Canada สามารถสรุปได้ว่าอุตสาหกรรมที่เพิ่งจะเริ่มมีการก่อตั้งที่มีลักษณะเป็นอุตสาหกรรมใหม่เป็นอุตสาหกรรมที่จะสามารถที่จะกล่าวอ้างถึงความเสียหายที่ก่อให้เกิดความชะงักงันในการก่อตั้งอุตสาหกรรม

¹³⁴ Certain Dried Salted Codfish from Canada (Final) (Inv. No. 731-TA-199, USITC Pub.No.1711, July 1985) cited by Dong Woo Seo, "Material Retardation in the U.S.Laws," *Law and Policy in International Business* 24, No.3, : 863.

¹³⁵ Import Administration Anti-Dumping Manual : ITC Injury Determination., Electronic Compliance System Import. <http://uls.tradecompass.com>.

สาหรณรภยในประเทได้ แต่ภยได้การตัดสินในคดี High - Information Content Flat Panel Display and Subassemblies Thereof from Japan กลับไม่สามารถที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องของ ความเสียหายที่ก่อให้เกิดความชะงักงัน (Retardation) มาบังคับใช้ได้ เนื่องจาก ITC กล่าวอ้างว่า มีการก่อตั้งอุตสาหกรรมเช่นนั้นเกิดขึ้นแล้วภายในประเทศ จึงเป็นการไม่สมควรที่จะนำเอามาตรฐานในเรื่อง ความเสียหายที่ก่อให้เกิดความชะงักงัน (Retardation) มาใช้ตามคำกล่าวอ้าง

ดังนั้น จากการกำหนดบรรทัดฐานในเรื่องของ การกำหนดถึงการก่อให้เกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ (Material Retardation) ก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของความไม่แน่นอนในการกำหนดว่าจะมีบรรทัดฐานใดในการที่อุตสาหกรรมภายในประเทศจะสามารถกล่าวอ้างถึงความเสียหายที่ก่อให้เกิดความชะงักงันในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศได้ ซึ่งที่ผ่านมา ITC ก็ได้มีคำตัดสิน หรือคำวินิจฉัยที่มีผลแตกต่างกัน

และ นอกจากนี้ในปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวภายใต้บรรทัดฐานในการกำหนด ถึงการก่อให้เกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ (Material Retardation) ซึ่งในปัจจุบันมีการกล่าวอ้างถึงว่าอุตสาหกรรมดังกล่าวมีความ รวมถึง อุตสาหกรรมทารก (infant industries) และ รวมถึง อุตสาหกรรมที่ยังไม่มีการดำเนินการผลิต โดยในกรณีดังกล่าวอุตสาหกรรมภายในประเทศที่มีการก่อตั้งใหม่จะต้องมีการแสดงหลักฐานที่พอจะทำการยืนยันได้ว่า จะมีการก่อตั้งอุตสาหกรรมเช่นนั้นเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น มีแผนงานในการจัดตั้งอุตสาหกรรมใหม่ในแต่ละขั้นตอน และมีความชัดเจน, การก่อสร้างโรงงานที่ยังคงมีการดำเนินการอยู่ หรือ การสั่งซื้อเครื่องจักรกลเพื่อนำมาทำการผลิตในอุตสาหกรรมใหม่¹³⁶ และนอกจากนี้ ในแนวทางของ ITC ในเรื่องของการจัดหาหลักฐานที่จะนำมาสนับสนุนในการก่อตั้งอุตสาหกรรมใหม่ภายในประเทศ โดย ITC มีการกำหนดแนวความคิดดังกล่าวออกมาในลักษณะของ substantial commitment test ในแนวความคิดดังกล่าวมีการยกตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมที่ยังไม่ได้มีการดำเนินการผลิตซึ่งจะต้องมีการแสดงหลักฐานอย่างเพียงพอที่สามารถแสดงให้เห็นอย่างสำคัญ และสามารถที่จะทำการพิจารณาได้ว่าอุตสาหกรรมดังกล่าวจะมีการเริ่มต้นการผลิตเกิดขึ้นในอนาคต¹³⁷

อย่างไรก็ตาม จากแนวทางในการปฏิบัติของ ITC ในเรื่อง ดังกล่าวยังคงมีในบางประเด็นที่ยังเป็นปัญหาคอเนื่องมาจากการบังคับใช้หลักเกณฑ์ ดังปรากฏในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นในเรื่องของมาตรฐานในการก่อให้เกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ (Material Retardation) ดังนี้¹³⁸

1. ปัญหาที่เกิดจากการแยกความแตกต่างระหว่างการนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงในการดำเนินงาน กับ การนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดที่ก่อให้เกิดความชะงักงันในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ ในประเด็นดังกล่าว ในแนวทางการตัดสินของ ITC นั้น ITC จะไม่มีการแยกความแตกต่างของทั้งสองออกจากกัน เนื่องจาก ITC เห็นว่า อุตสาหกรรมที่มีการก่อตั้งขึ้นแล้ว และมีการดำเนินงาน และมีการปฏิบัติงานที่มั่นคงแล้ว ITC จะไม่คำนึงถึงในเรื่องของการนำเอามาตรฐานในการกำหนดการก่อให้เกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศมาบังคับใช้เลย แต่จะไปพิจารณาในเรื่องของ

¹³⁶ Dong Woo Seo, "Material Retardation in the U.S. Laws," *Law and Policy in International Business* 24, No.3, : 867.

¹³⁷ Ibid., p.867

¹³⁸ Ibid., p.883

การนำเอามาตรฐานในการกำหนดความเสียหายอย่างสำคัญ หรือในเรื่องของการคุกคามว่าจะเกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศมาใช้ในการกำหนดความเสียหายมากกว่า

2. ปัญหาที่เกิดจากการวิเคราะห์ความเสียหายที่เกิดขึ้น กับอุตสาหกรรมภายในประเทศที่เพิ่งจะได้รับการก่อตั้ง (immature industry) ในกรณีนี้ แม้ว่าโดยหลักเกณฑ์แล้วในกรณีที่มีการก่อตั้งอุตสาหกรรมเกิดขึ้นแล้วภายในประเทศ ITC จะไม่นำเอาการกำหนดความเสียหายในส่วนของการกำหนดการก่อให้เกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศมาบังคับใช้ก็ตาม แต่หากเกิดกรณีที่อุตสาหกรรมดังกล่าวเป็นอุตสาหกรรมที่เพิ่งจะได้รับการก่อตั้ง (immature) ITC ก็จะนำในเรื่อง การกำหนดความเสียหายในส่วนของการกำหนดการก่อให้เกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศมาบังคับใช้ในการวิเคราะห์ความเสียหายที่เกิดกับกรณีดังกล่าว

3. ในเรื่องของการกำหนดแนวทางในการพิจารณาเหตุแห่งความเสียหาย (causation) ที่ซึ่งในปัจจุบัน แนวทางในการกำหนดเหตุแห่งความเสียหายของ ITC โดยส่วนใหญ่แล้วจะใช้แนวทางของ bifurcated test โดยวิธีการนี้ก่อให้เกิด 2 ขั้นตอนในการกำหนดการวิเคราะห์ความเสียหาย คือ 1) จะมีการตรวจสอบว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างสำคัญโดยผลของการนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาด หรือไม่ และหากอุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างสำคัญจากการนำเข้าจริง ก็จะทำการศึกษาต่อไปว่า 2) การนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดเป็นเหตุของความเสียหายอยู่ในลักษณะที่สามารถวัดได้ในจำนวนมากน้อยเพียงไร ซึ่งจากการพิจารณาในการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการกำหนดการก่อให้เกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศนั้นไม่มีการนำเอาแนวทางเช่นเดียวกันกับการวิเคราะห์ถึงเหตุแห่งความเสียหาย (causation) มาบังคับใช้อย่างชัดเจน ซึ่งในความเป็นจริงแล้วน่าจะมีการกำหนดแนวทางในการวิเคราะห์เหตุของการก่อให้เกิดความชะงักงันขึ้นมามากขึ้นบ้างในการกำหนดการก่อให้เกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศ เช่น 1) มีกำหนดว่า มีการชะงักงันเกิดขึ้น หรือไม่ในการก่อตั้งอุตสาหกรรม และ 2) การนำเข้าที่มีการขายในราคาต่ำกว่ามูลค่าปกติ (LTFV) เป็นสาเหตุของความชะงักงันที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ หรือไม่

ซึ่งในทั้ง 3 ประเด็นที่มีการยกตัวอย่างมาให้เห็นถึงปัญหาบางประการที่เกิดจากการบังคับใช้หลักเกณฑ์ของ ITC ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่บรรดาประเทศสมาชิก WTO ก็ควรที่จะให้ความสนใจในบางปัญหาที่มีการหยิบยกขึ้นมา และนำมาทำการแก้ไข เพื่อให้สามารถมีการกำหนดมาตรฐานในเรื่องของการ กำหนดการก่อให้เกิดการชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ชัดเจนต่อไป

3.4 หลักเกณฑ์ในการคำนวณความเสียหายแบบสะสม (cumulation)

การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการค้านำเข้า และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมิได้จำกัดเฉพาะการนำเข้าจากประเทศภายใต้การสอบสวนประเทศใดประเทศหนึ่ง ดังนั้นหากเป็นในกรณีที่มีการยื่นคำร้องการกล่าวอ้างการนำเข้าจากหลายประเทศ โดยหลักการแล้ว ITC จะต้องรวมการนำเข้าจากทุกประเทศภายใต้การสอบสวนรวมกัน ซึ่งหลักการนี้ เรียกว่า cross-cumulation ซึ่งภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวของประเทศสหรัฐอเมริกาในการรวมการนำเข้าสามารถกระทำได้แม้ว่าประเทศหนึ่งจะอยู่ภายใต้การไต่สวนการ

เก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด (Anti-Dumping investigation) และในขณะที่อีกประเทศหนึ่ง หรือในอีกหลายประเทศอยู่ภายใต้การ
 โต้สวนการเก็บอากรตอบโต้การอุดหนุนทางการค้า (Countervailing Duty investigation)¹³⁹

ในกรณีที่ ITC จะทำการรวมการพิจารณาการนำเข้าจากสองประเทศ หรือหลายประเทศเข้าด้วยกัน ITC ไม่จำเป็นต้อง
 จะต้องแยกว่าแต่ละประเทศนั้นสร้างความเสียหายให้แก่อุตสาหกรรมในประเทศหรือไม่ ในทางตรงกันข้าม ITC จะพิจารณาเพียงผล
 กระทบรวม (cumulative effect) จากการนำเข้รวมของทุกประเทศภายใต้การสอบสวนเท่านั้น และเมื่อพบว่าผลกระทบรวมดังกล่าว
 เป็นเหตุแห่งความเสียหาย หรือการคุกคามอันอาจสร้างความเสียหายแล้ว ITC มิจำเป็นต้องพิจารณาเหตุแห่งความเสียหายจาก
 ประเทศภายใต้การโต้สวนแต่ละประเทศ โดยทั่วไปแล้วเมื่อ ITC พิจารณาการนำเข้ามากกว่าจาก 1 ประเทศ ITC จะพิจารณาผล
 กระทบรวมนี้เป็นส่วนหนึ่งของการวิเคราะห์ความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ¹⁴⁰

ข้อยกเว้นในกรณีที่ไม่ต้องมีการรวมการพิจารณา¹⁴¹

1. ITC ไม่สามารถทำการรวมการพิจารณาการนำเข้าจากหลายประเทศเข้าด้วยกันได้หาก ปรากฏว่าการ
 นำเข้าจากประเทศหนึ่งไม่เป็นการแข่งขันกับการนำเข้าอีกประเทศหนึ่ง หรือไม่เป็นการแข่งขันกับสินค้า
 ประเภทเดียวกันที่ผลิตภายในประเทศสหรัฐอเมริกา
2. ITC อาจทำการปฏิเสธที่จะรวมพิจารณาได้ หากปรากฏว่าการนำเข้าจากประเทศใดประเทศหนึ่งนั้นเป็นการนำ
 เข้าเพียงเล็กน้อย (negligible)¹⁴² ดังนั้น หากประเทศใดเป็นประเทศที่มีการนำเข้าเพียงเล็กน้อย ก็จะได้รับ
 การตัดออกไปจากการพิจารณาความเสียหาย
3. นอกจากนี้ในการรวมการพิจารณาสามารถที่จะกระทำได้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องเป็นการยื่นคำฟ้อง
 ภายในวันเดียวกันเท่านั้น ไม่เช่นนั้นจะไม่สามารถทำการรวมพิจารณาได้

ในประเด็นของการรวมการพิจารณานี้ ผู้ส่งออกจำนวนมากตำหนิว่าการพิจารณาการรวมการนำเข้านี้ ไม่เป็นการเปิด
 โอกาสให้ประเทศผู้ส่งออกตอบโต้ข้อกล่าวหาความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น ในกรณีที่การนำเข้าจากประเทศญี่ปุ่นมีราคาสูงกว่าราคาขายของ
 สินค้าชนิดเดียวกันที่ทำการผลิตในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งสินค้าของประเทศญี่ปุ่นได้เสียส่วนแบ่งตลาดไปให้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา

¹³⁹ Willkie Farr & Gallagher, U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation (Washington D.C.: 1996), p.6.

¹⁴⁰ Ibid., p.7.

¹⁴¹ Ibid., p.7-8.

¹⁴² การนำเข้าเพียงเล็กน้อย (negligible) หมายความว่าปริมาณการนำเข้าที่รวมกันแล้วมีจำนวนน้อยกว่าร้อยละ 3 ของปริมาณการ
 นำเข้าของสินค้าประเภทเดียวกันทั้งหมดในช่วงระยะเวลา 12 เดือน ก่อนการยื่นคำฟ้องร้อง ยกเว้นในกรณีที่หากปรากฏว่าการนำเข้าของ
 แต่ละประเทศที่มีจำนวนการนำเข้าน้อยกว่าร้อยละ 3 ของปริมาณการนำเข้าสินค้าชนิดเดียวกัน ซึ่งเมื่อรวมกันแล้วได้มากกว่าร้อยละ 7
 ของปริมาณการนำเข้าสินค้าชนิดเดียวกัน.

และผู้นำเข้ารายอื่น ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกรณีที่ว่าสินค้าประเภทเดียวกันนั้นมีการนำเข้าจากทั้งญี่ปุ่น และแคนาดาในขณะที่ราคาสินค้าชนิดเดียวกันจากประเทศแคนาดามีราคาต่ำ และมีส่วนแบ่งตลาดมาก ดังนั้น หาก ITC พิจารณาผลกระทบจากการนำเข้าโดยรวมจากทางญี่ปุ่น และแคนาดาเข้าด้วยกัน ก็อาจส่งผลให้การนำเข้าจากทั้งสองประเทศมีปริมาณสูงขึ้น และมีส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มขึ้น ซึ่งเมื่อพิจารณาในแง่ของประเทศญี่ปุ่นแล้วการรวมการพิจารณาดังกล่าวไม่ค่อยเป็นธรรมกับประเทศตนเองเท่าใดนัก เนื่องจากผลจากการรวมการนำเข้าของทั้งสองประเทศทำให้สินค้าจากประเทศญี่ปุ่นได้รับการลงโทษต่างๆที่การนำเข้าดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายแต่อย่างใดต่อประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁴³

จากหลักเกณฑ์ที่กำหนดข้างต้นเกิดจากการเปลี่ยนแปลงโดยผลของ ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ซึ่งทำให้ในเรื่องของการรวมคำนวณการนำเข้าอย่างเหมาะสมสามารถทำได้ถูกต้องและเป็นไปตามหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดในกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น มีบางประเด็นที่น่าสนใจ ดังต่อไปนี้

3.4.1 Cross-cumulation

Cross-cumulation หมายถึง การรวมการนำเข้าสามารถกระทำได้แม้ว่าประเทศหนึ่งจะอยู่ภายใต้การไต่สวนการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด (Anti-Dumping investigation) และในขณะที่อีกประเทศหนึ่ง หรือในอีกหลายประเทศอยู่ภายใต้การไต่สวนการเก็บอากรตอบโต้การอุดหนุนทางการค้า (Countervailing Duty investigation)

ภายใต้หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการรวมการนำเข้าของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้มีการรวมคำนวณการนำเข้าอย่างเหมาะสมได้ในกรณีที่เป็นการรวมการนำเข้าของประเทศหนึ่งที่อยู่ภายใต้การไต่สวนการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด (Anti-Dumping investigation) กับอีกประเทศหนึ่ง หรือ ในอีกหลายประเทศที่อยู่ภายใต้การไต่สวนการเก็บอากรตอบโต้การอุดหนุนทางการค้า (Countervailing Duty investigation)¹⁴⁴ และภายใต้มาตรา 3.3 ของความตกลงฯ 1994 กำหนดให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ไต่สวนอาจอาจประเมินผลกระทบของการนำเข้ารวมกันได้ ในกรณีที่มีการนำเข้าของสินค้าชนิดหนึ่งจากประเทศมากกว่า 1 ประเทศ ในช่วงเวลาเดียวกันภายใต้การไต่สวนการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากมาตรา 3.3 ที่ปรากฏข้างต้นมิได้กำหนดถึง การให้อำนาจผู้มีอำนาจหน้าที่ไต่สวนประเมินผลกระทบของการนำเข้าอย่างเหมาะสมได้ในกรณีที่เป็นการรวมการนำเข้าของประเทศหนึ่งที่อยู่ภายใต้การไต่สวนการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด(Anti-Dumping investigation) กับอีกประเทศหนึ่งหรือในอีกหลายประเทศที่อยู่ภายใต้การไต่สวนการเก็บอากรตอบโต้การอุดหนุนทางการค้า Countervailing Duty investigation) อย่างไรก็ตามมีประเด็นที่น่าสังเกตในการตีความคำว่า “หรือ” ที่ปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ข้างต้นโดยมีการตีความออกเป็น 2 นัย ซึ่งในขณะนี้ ITC ยังไม่สามารถหาข้อยุติในเรื่องดังกล่าวได้¹⁴⁵ ดังนี้

¹⁴³ Willkie Farr & Gallagher, *U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation*, p.7.

¹⁴⁴ The Tariff Act, Section 771 (7) (G) , 19 U.S.C., Section 1677 (7) (G) , 1995

¹⁴⁵ Palmeto, D., “United States Implementation of Uruguay Round Antidumping Agreement,” *Journal of World Trade* 29, No.3 : 67 .

1. หากมีการตีความคำว่า “หรือ” ในนัยของการให้เลือกรายอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างของ 2 สิ่ง (exclusive sense) การรวมคำนวณการนำเข้าจะสามารถทำการคำนวณได้เฉพาะการนำเข้าสินค้าจากประเทศใดประเทศหนึ่งมากกว่า 1 ประเทศในขณะเดียวกันภายใต้การไต่สวนเพื่อการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด หรือ เพื่อเฉพาะการนำเข้าสินค้าจากประเทศใดประเทศหนึ่งมากกว่า 1 ประเทศในขณะเดียวกันภายใต้การไต่สวนเพื่อการเก็บอากรตอบโต้การอุดหนุนอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้นจะไม่มีกรรวมการคำนวณการนำเข้าระหว่างการนำเข้าของประเทศหนึ่งที่อยู่ภายใต้การไต่สวนการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด (Anti-Dumping investigation) กับอีกประเทศหนึ่ง หรือ ในอีกหลายประเทศที่อยู่ภายใต้การไต่สวนการเก็บอากรตอบโต้การอุดหนุนทางการค้า (Countervailing Duty investigation)
2. หากมีการตีความคำว่า “หรือ” ในนัยที่สามารถกระทำได้ทั้งสองอย่าง (non-exclusive sense) การรวมการนำเข้าจะสามารถทำได้ในลักษณะของการเป็น cross-cumulation

ดังนั้น ในประเด็นที่กล่าวมาข้างต้น ประเทศสมาชิก WTO ควรที่จะมีการทบทวนในเรื่องของ cross-cumulation ของประเทศสหรัฐอเมริกาว่าสามารถที่จะทำได้ หรือเป็นการขัดต่อ มาตรา 3.3 ของความตกลง ๗ 1994 หรือไม่ซึ่งคงจะต้องติดตามกันต่อไป

3.4.2 การกำหนดความหมายของคำว่า “การนำเข้าในขณะเดียวกันภายใต้การไต่สวนเพื่อตอบโต้การทุ่มตลาด”

ภายใต้หลักเกณฑ์การเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาเดิมมีการกำหนดความหมายของคำว่า “ภายใต้การไต่สวนเพื่อตอบโต้การทุ่มตลาด” ว่าหมายถึง เป็นการรวมนำเข้าสินค้าจากประเทศอื่น ๆ มากกว่า 2 ประเทศ หรือมากกว่านั้น ภายใต้การไต่สวนเพื่อตอบโต้การทุ่มตลาดโดยกำหนดว่า ในกรณีที่มีการยื่นขอให้มีการไต่สวนการนำเข้าสินค้าในแต่ละเดือนแยกจากการนำเข้าดังกล่าวสามารถที่จะนำมารวมคำนวณได้ หากการไต่สวนในคดีแรกยังคงดำเนินอยู่ โดยถือว่ามีการนำเข้าเช่นว่านั้นเป็นการนำเข้าในขณะเดียวกันภายใต้การไต่สวน แต่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ได้รับการแก้ไขใหม่ทำให้หลักเกณฑ์ที่ถือเป็นการนำเข้าในขณะเดียวกัน ภายใต้การไต่สวนเพื่อตอบโต้การทุ่มตลาดเปลี่ยนแปลงไปมาจากเดิม โดยกำหนดว่า จะสามารถทำการรวมคำนวณการนำเข้าได้ นั้นต้องเป็นการยื่นคำฟ้อง ขอให้มีการไต่สวนภายในวันเดียวกัน เท่านั้น¹⁴⁶ การที่หลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดไว้เช่นว่านั้น ก็เพื่อต้องการให้มีการสนับสนุน และยืนยันอย่างแน่นอว่าการกำหนดให้มีการยื่นคำฟ้องภายในวันเดียวกันนั้นให้ถือเป็นการยื่นในขณะเดียวกันและถือเป็นการนำเข้าในขณะเดียวกันภายใต้การไต่สวนเพื่อตอบโต้การทุ่มตลาด

นอกจากนี้ ในการอนุญาตให้มีการรวมคำนวณการนำเข้าภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ยังกำหนดให้ผู้ร้องสามารถที่จะถอนคำร้อง และทำการยื่นใหม่ได้อีกครั้งภายใน 3 เดือน เพื่อที่จะทำให้การนำเข้าอยู่ในหลักเกณฑ์ของการเป็นการนำเข้าในขณะเดียวกันภายใต้การไต่สวนเพื่อตอบโต้การทุ่มตลาด เท่ากับว่าเป็นการให้โอกาสในการยื่นคำร้องใหม่อีกครั้งหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามการยื่นคำร้องซ้ำดังกล่าวสามารถกระทำได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น¹⁴⁷

¹⁴⁶ The Tariff Act, Section 771 (7) (G) , 19 U.S.C., Section 1677 (7) (G),1995.

¹⁴⁷ The Tariff Act, Section 734 (a) (1) , 19 U.S.C., Section 1673 (a) (1), 1995.

นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นอยู่ 4 ประการที่ ITC ไม่สามารถที่จะมีการรวมคำนวณการนำเข้าได้ในบางประเทศ ดังต่อไปนี้¹⁴⁸

1. ในประเทศใดๆ ที่การนำเข้าอยู่ภายใต้การไต่สวนขึ้นต้นเพื่อกำหนดหาพฤติกรรมการทุ่มตลาด ยกเว้นว่า กระทรวงพาณิชย์จะได้ดำเนินการในขั้นต่อไปในชั้นของการไต่สวนในขั้นสุดท้าย
2. ในประเทศใดๆ ที่การไต่สวนสิ้นสุด
3. ในประเทศใดๆ ที่อยู่ภายใต้พรม.การฟื้นฟูเศรษฐกิจแห่งประเทศไทยในแถบทะเลแคริบเบียน
4. ในประเทศใดที่เป็นภาคีในความตกลงที่ทำกับประเทศสหรัฐอเมริกาในการก่อตั้งเขตการค้าเสรีที่เข้ามาอยู่ภายใต้ความตกลงก่อน 1 ม.ค.1987 ยกเว้น ITC จะกำหนดว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างสำคัญจากการนำเข้าของประเทศนั้นๆ

3.5 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) และ การกำหนดการนำเข้าเพียงเล็กน้อย (negligible imports)

3.5.1 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis)

ในเรื่องของการกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) ภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ก่อนปี 1995 หรือก่อนที่จะมีการแก้ไขหลักเกณฑ์เพื่อให้เป็นไปตามความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 เกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) จะถูกกำหนดโดยค่าเฉลี่ยถ่วงน้ำหนักของส่วนเหลือการค้าการทุ่มตลาดที่ต่ำกว่าระดับร้อยละ 0.5 เพื่อประโยชน์ในการวางเงินมัดจำ (cash deposit purpose) แต่ภายหลังการแก้ไขเกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) กระทรวงพาณิชย์ของสหรัฐอเมริกาไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาถึงการนำเข้าที่มีค่าเฉลี่ยถ่วงน้ำหนักของส่วนเหลือการค้าการทุ่มตลาด (dumping margins) ที่เป็นเกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) และภายใต้หลักเกณฑ์ใหม่ที่ได้รับการแก้ไขโดยผลของมาตรา 5.8 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ใน Section 733 (b)(3) และ Section 735 (a)(4) ของ the Tariff Acts of 1930 กระทรวงพาณิชย์จะถือเอาส่วนเหลือการค้าการทุ่มตลาดของผู้ผลิต หรือผู้ส่งออกในต่างประเทศที่ต่ำกว่าร้อยละ 2 ที่เป็นร้อยละของราคาส่งออก เป็นเกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis)¹⁴⁹ จากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวทำ

¹⁴⁸ The Tariff Act, Section 771 (7) (G)(ii) and (24)(A)(iii) , 19 U.S.C., Section 1677 (7) (G)(ii) and (24)(A)(iii) , 1995.

¹⁴⁹ The Congress of the United States Congressional Budget Office., "How the GATT affects U.S. Antidumping and Countervailing-Duty Policy," A CBO Study (Sept. 1994) : 39.

ให้เกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) มีมาตรฐานในการกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำที่สูงขึ้นอาจทำให้คดีที่มีส่วนเหลือจากการทุ่มตลาดที่น้อยกว่าร้อยละ 2 ของราคาส่งออกหรือเพียงเล็กน้อยอาจได้รับการยุติการไต่สวนเพิ่มมากขึ้นกว่าในอดีตที่ผ่านมา

- ประเด็นปัญหาในการใช้บังคับการกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) ที่เนื่องมาจากการตีความหลักเกณฑ์ที่มีอยู่
ขัดกับตามความตกลงฯ 1994

จากคำกล่าวของ SAA ที่กำหนดว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดใน Section 733 (b)(3) และ Section 735 (a)(4) ของ the Tariff Acts of 1930 ที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 213 ของ The Uruguay Round Agreement Act of 1994 จะใช้บังคับเฉพาะในขั้นตอนของการไต่สวนขั้นต้น (preliminary investigation) เท่านั้น และจะไม่นำมาใช้บังคับในขั้นตอนของการทบทวน (review) หรือ ในขั้นตอนของการทำความตกลงระงับการนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาด (suspension agreement) ซึ่งทั้งสอง ขั้นตอนนี้ ในการกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) จะยังคงใช้เกณฑ์เดิมก่อนที่จะมีการแก้ไขนั่นคือ การใช้ เกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) ที่ถูกกำหนดโดยค่าเฉลี่ยถ่วงน้ำหนักของส่วนเหลือจากการทุ่มตลาดที่ต่ำกว่าระดับร้อยละ 0.5 เพื่อประโยชน์ในการลดเว้นการเรียกเก็บเงินมัดจำของอากรที่ได้รับการประเมิน¹⁵⁰ จะเห็นได้ว่าการตีความ และการใช้บังคับในเรื่องของการกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) ของ SAA จะเป็นไปในแนวทางเดียวกับการตีความในเรื่องของการเปรียบเทียบราคา (price comparison) เพื่อหาส่วนเหลือจากการทุ่มตลาดดังกล่าวมาในตอนต้น

แต่อย่างไรก็ตาม การตีความและการบังคับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวของ SAA จะสามารถบังคับใช้ได้เฉพาะในขั้นตอนของการไต่สวนขั้นต้นเท่านั้น และแม้ว่าภายใต้มาตรา 5.8 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มิได้มีการกำหนดลงไปอย่างชัดเจนว่าในการบังคับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะใช้ในขั้นตอนใดของการไต่สวน แต่เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ที่กำหนดในความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 จะพบว่าในมาตรา 18.3 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ที่กำหนดว่า ภายใต้บังคับของมาตรา 3.1 และ มาตรา 3.2 บทบัญญัติของความตกลงนี้ต้องนำไปใช้กับการไต่สวน และการทบทวนของมาตรการที่ใช้บังคับอยู่ ดังนั้น ในกรณีของการกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) อาจสามารถที่จะทำการโต้แย้งการตีความ และการบังคับใช้กฎหมายของ SAA ได้ และโดยผลของมาตรา 18.3 ทำให้ในการบังคับใช้เกณฑ์ขั้นต่ำ (de minimis) สามารถที่จะกระทำได้ทั้งในขั้นตอนของการไต่สวนขั้นต้น และในขั้นตอนของการทบทวน ซึ่งผลที่ออกมาจะเป็นลักษณะเดียวกันกับการตีความในเรื่องของการบังคับใช้หลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบเพื่อหาส่วนเหลือจากการทุ่มตลาด ดังนั้น การที่มีการตีความในลักษณะเช่นว่านี้เกิดขึ้นอีกจึงเป็นการสมควรที่ประเทศสมาชิก WTO จะทำการทบทวนการตีความ และการใช้บังคับหลักเกณฑ์ดังกล่าวของประเทศสหรัฐอเมริกาว่าเป็นการขัดกับความตกลงฯ 1994 หรือไม่ต่อไป

3.5.2 การกำหนดการนำเข้า เพียงเล็กน้อย (negligible imports)

แนวความคิดในเรื่องของปริมาณการนำเข้าเพียงเล็กน้อย (negligible import) ได้มีการกำหนดไว้ในหลักเกณฑ์ในการตอบโต้การทุ่มตลาดเพื่อใช้ในการกำหนดข้อยกเว้นในการคำนวณการนำเข้าแบบสะสม (cumulation) โดยหากการนำเข้ามีปริมาณ

¹⁵⁰ Chung, M. Y., "U.S. Antidumping Laws : A Look at the new legislation," *The North Carolina Journal of Intl and commercial Regulation* 20, No.3 (1995) : 503.

เพียงเล็กน้อย และไม่สามารถที่จะก่อให้เกิดการ แข่งขันได้ในอุตสาหกรรมภายในประเทศ ITC จะไม่ทำการคำนวณการนำเข้าแบบ สะสมในการคำนวณความเสียหายอย่างสำคัญที่เกิดกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ แต่ภายหลังการแก้ไขหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่ม ตลาดโดยผลของ The Uruguay Round Agreement Act of 1994 ในเรื่องของการกำหนดปริมาณการนำเข้าที่ถือเป็นเพียงเล็กน้อย จะไม่นำมาเป็นข้อยกเว้นในการคำนวณการนำเข้าแบบสะสมอีกต่อไป แต่จะเป็นในเรื่องของเกณฑ์ในการกำหนดการยุติการโต้สวนหา พฤติกรรมที่เป็นการทุ่มตลาด¹⁵¹

ภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดปริมาณ การนำเข้าที่ถือเป็นเพียงเล็กน้อย¹⁵² ดังนี้คือ ในกรณีที่หากพบว่าปริมาณการนำเข้าของสินค้าที่มีการทุ่มตลาดจากประเทศใดประเทศหนึ่ง ต่ำกว่าร้อยละ 3 ของการนำเข้าสินค้าชนิดเดียวกันทั้งหมดเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงระยะเวลาอย่างน้อย 12 เดือนก่อนที่จะมี การยื่นคำร้องขอให้มีการโต้สวน การนำเข้าดังกล่าวจะถือว่าการนำเข้าที่ถือเป็นการนำเข้าเพียงเล็กน้อย ยกเว้นในกรณีดังต่อไปนี้¹⁵³

1. ในกรณีที่ประเทศที่มีการนำเข้าในแต่ละประเทศที่ซึ่งมีปริมาณการนำเข้าต่ำกว่าร้อยละ 3 ของการนำเข้าสินค้า ชนิดเดียวกันทั้งหมดรวมกันได้มากกว่าร้อยละ 7 ของการนำเข้าสินค้าชนิดเดียวกันทั้งหมด หรือ
2. ในกรณีที่ ITC ได้มีการพิจารณาขีดความสามารถในการนำเข้าของประเทศที่อยู่ภายใต้การโต้สวนมีแนวโน้มที่ จะมีการนำเข้าที่มากกว่าร้อยละ 3 ของการนำเข้าสินค้าชนิดเดียวกันทั้งหมด หรือจำนวนการนำเข้ารวมจาก หลายประเทศจะเกินกว่าร้อยละ 7 ของการนำเข้าสินค้าชนิดเดียวกันทั้งหมด ซึ่ง ITC จะทำการพิจารณาว่าการ นำเข้าดังกล่าวเป็นการนำเข้าในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดการคุกคามอันอาจสร้างความเสียหายต่ออุตสาหกรรม ภายในประเทศได้

แม้ว่าในเรื่องของการกำหนดปริมาณการนำเข้าเพียงเล็กน้อย จะได้รับการกำหนดอย่างชัดเจนแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคง มีปัญหาที่เกิดจากการกำหนดความหมายในเรื่องของสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ที่เป็นพื้นฐานในการกำหนดว่าการนำเข้าเช่นว่า นั้นเป็นการนำเข้าเพียงเล็กน้อย หรือไม่ อย่างไร โดยในการที่จะวัดว่าการนำเข้าที่เกิดขึ้นมีจำนวนการนำเข้าที่ต่ำกว่าร้อยละ 3 หรือไม่นั้น จะต้องมีการพิจารณาเปรียบเทียบกับปริมาณการนำเข้าสินค้าชนิดเดียวกัน และ ทำการจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวในช่วงระยะเวลาอย่างน้อย 12 เดือนก่อนที่จะมีการยื่นคำร้องขอให้มีการโต้สวน¹⁵⁴ เช่นในคดี Certain Pasta from Italy and Turkey¹⁵⁵ มีการแสดงถึงตัวอย่าง

¹⁵¹ Rosenthal, P. C. and Cannon, K. W., Changes to the Injury Provision of U.S. Trade Laws under the Uruguay Round Agreement Act," The GATT, the WTO and the URAA understanding the Fundamental Changes (Sept 1995) : 426.

¹⁵² The Tariff Act, Section 771 (24) (A)(ii) , 19 U.S.C., Section 1677 (24) (A)(ii), 1995

¹⁵³ Rosenthal, P. C. and Cannon, K. W., Changes to the Injury Provision of U.S. Trade Laws under the Uruguay Round Agreement Act," The GATT, the WTO and the URAA understanding the Fundamental Changes : 427

¹⁵⁴ Ibid., p.427

ของปัญหาที่เกิดขึ้นในการกำหนดในเรื่องของสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) และผลกระทบที่เกิดขึ้นในการกำหนดปริมาณการนำเข้าที่เป็นเพียงเล็กน้อย ในคดีดังกล่าวผู้ร้องกล่าวอ้างว่า พาสต้า (Pasta) ที่มีไขมัน และมีการอบแห้ง ที่ขายในตลาดขายปลีกเป็นสินค้าชนิดเดียวกันกับ พาสต้า (Pasta) แบบทางตะวันออกที่อยู่ในรูปแบบของเส้นก๋วยเตี๋ยว เป็นสินค้าชนิดเดียวกัน (like product)

ในการไต่สวนขั้นต้น ITC พบว่าในอุตสาหกรรมการผลิต พาสต้า จะมีอุตสาหกรรมการผลิตพาสต้าดังกล่าวอยู่ 2 ประเภท คือ

1. พาสต้า (Pasta) ที่มีไขมัน และไม่ไขมัน และมีการอบแห้ง
2. พาสต้า (Pasta) แบบทางตะวันออกที่อยู่ในรูปแบบของเส้นก๋วยเตี๋ยว

และนอกจากนี้ยังพบว่าไม่มีการนำเข้า พาสต้า (Pasta) แบบทางตะวันออกที่อยู่ในรูปแบบของเส้นก๋วยเตี๋ยวจากประเทศต่างๆในช่วงระยะเวลา 12 เดือน และ ITC พบว่า การนำเข้า พาสต้า (Pasta) แบบทางตะวันออกที่อยู่ในรูปแบบของเส้นก๋วยเตี๋ยวถือเป็นการนำเข้าเพียงเล็กน้อย (negligible imports) และ ควรที่จะยุติการไต่สวนการนำเข้า พาสต้า (Pasta) แบบทางตะวันออกที่อยู่ในรูปแบบของเส้นก๋วยเตี๋ยวจากประเทศอิตาลี และ ตุรกี

การที่ ITC ทำการยุติการไต่สวนการนำเข้าดังกล่าว ก็เนื่องจาก ITC ไม่สามารถทำการตรวจพบถึงการนำเข้า พาสต้า (Pasta) แบบทางตะวันออกที่อยู่ในรูปแบบของเส้นก๋วยเตี๋ยวได้ภายในช่วงระยะเวลา 12 เดือน และก็พบว่าการนำเข้าเช่นว่านั้นก็มิได้ก่อให้เกิดผลกระทบแต่ประการใดในการผลิตพาสต้า (Pasta) ในประเทศตนเอง¹⁵⁶

ดังนั้น ในประเด็นในเรื่องของการกำหนดเกณฑ์การนำเข้าที่ถือเป็นเพียงเล็กน้อยนี้จะอยู่ที่การกำหนดถึง สินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ที่จะนำมาเป็นพื้นฐานในการคำนวณ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวมีการบังคับใช้เกิดขึ้น จะก่อให้เกิดความเสียหายเปรียบกับผู้ส่งออก เนื่องจากในการกำหนดถึง สินค้าชนิดเดียวกัน (like product) เช่นว่านั้นจะอยู่ภายใต้การวิเคราะห์ของ ITC ที่จะทำการพิจารณาเป็นรายคดีไปทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้หลักเกณฑ์ในการกำหนดการนำเข้าที่ถือเป็นเพียงเล็กน้อยที่สามารถก่อให้เกิดการยุติการไต่สวนได้ ดังนั้นบรรดาประเทศสมาชิก WTO ควรที่จะมีการทบทวนในเรื่องของการกำหนดความหมายของสินค้าชนิดเดียวกันให้เกิดความชัดเจนอย่างเร่งด่วน ทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์กับประเทศที่เป็นผู้ส่งออกต่อไป

¹⁵⁵ Certain Pasta from Italy and Turkey(Prelim.) (USITC Pub.2905, July 1995) cited by Rosenthal, P. C. and Cannon, K. W., Changes to the Injury Provision of U.S.Trade Laws under the Uruguay Round Agreement Act," The GATT, the WTO and the URAA understanding the Fundamental Changes : 429.

¹⁵⁶ Ibid., p.429

3.6 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการผลิตผลิตภัณฑ์ที่ใช้ในอุตสาหกรรมปลายน้ำ (captive production)

การผลิตผลิตภัณฑ์ที่ใช้ในอุตสาหกรรมปลายน้ำ (captive production) หรือ การผลิตสินค้าต้นน้ำ (upstream product) หมายถึง การผลิตสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศ โดยสินค้าดังกล่าวจะไม่มีการขายในตลาดการค้าทั่วไป แต่จะเป็นการผลิตเพื่อใช้สำหรับการผลิตในอุตสาหกรรมปลายน้ำ (downstream product)

ในส่วนของอุตสาหกรรมการผลิตสินค้าต้นน้ำ (upstream product) จะมีความเกี่ยวข้องกับการกำหนดความหมายของคำว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศ (domestic industry) ในกรณีที่ว่าอุตสาหกรรมดังกล่าวจะถือเป็นอุตสาหกรรมภายในประเทศที่จะนำมาพิจารณาในเรื่องของการวิเคราะห์ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้หรือไม่

ก่อนปี ค.ศ.1995 ITC จะพิจารณาผลกระทบจากการนำเข้าที่มีต่อการผลิตภายในประเทศของสินค้าประเภทเดียวกันทั้งหมด แม้ว่าการผลิตนั้นจะเป็นการผลิตเพื่อบริโภค และใช้ในงานโดยผู้ผลิตในประเทศสหรัฐอเมริกาเองในการผลิตสินค้าอื่นๆ เช่น ในการพิจารณาการนำเข้าจะพิจารณาเหล็กรีดร้อน ทั้งหมดในอุตสาหกรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอุตสาหกรรมภายใน ถึงแม้ว่าอุตสาหกรรมนั้นจะใช้เหล็กรีดร้อนทั้งหมดในอุตสาหกรรมการผลิตเหล็กรีดเย็น หรือ เหล็กอบสังกะสีในประเทศสหรัฐอเมริกาเอง

ในคดีตัวอย่างในการพิจารณาของ ITC ในปี 1993 คดี flat-rolled steel case ;

ในคดีดังกล่าวผู้ร้องได้ทำการนำเข้าเหล็กรีดร้อน เหล็กรีดเย็น และเหล็กอบสังกะสี ในอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาในการผลิตเหล็กรีดร้อนประมาณ 2 ใน 3 ของการผลิตจะนำมาใช้ในการผลิตเหล็กรีดเย็น และ ประมาณ 1 ใน 2 ของการผลิตจะนำมาใช้ในการผลิตเหล็กอบสังกะสีภายในประเทศ¹⁵⁷ ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า การนำเข้าเหล็กรีดร้อนที่นำมาใช้เป็นปัจจัยการผลิตในอุตสาหกรรมของผู้ร้องไม่ได้เป็นการนำเข้ามาเพื่อการบริโภคทั่วไปภายในตลาด ดังนั้น น่าจะมีการแยกการพิจารณาระหว่างอุตสาหกรรมที่ทำการผลิตสินค้าเพื่อการบริโภคในตลาดออกจากอุตสาหกรรมการผลิตที่ผลิตสินค้าเพื่อใช้ในการผลิต (upstream product) แต่ ITC ปฏิเสธที่จะทำการปฏิบัติตามคำกล่าวอ้างของผู้ร้องโดยอ้างว่าหลักเกณฑ์ในการตอบโต้การทุ่มตลาดต้องการที่จะพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการนำเข้าสินค้าที่ทำการทุ่มตลาดที่มีต่อการผลิตสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุนี้ ITC จะถือว่าหลักเกณฑ์ในการกำหนดความหมายของคำว่าอุตสาหกรรมภายในภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการผลิตมากกว่าเงื่อนไขการตลาด¹⁵⁸ ดังนั้น การนำเข้าที่เกิดขึ้นจะเป็นการนำเข้ามาเพื่อใช้ในการผลิตในอุตสาหกรรมของผู้ร้องเองก็ตาม แต่หากก่อให้เกิดผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการผลิตสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ก็จะต้องถือว่า การนำเข้าสินค้าดังกล่าวเป็นการนำเข้าที่สามารถจะก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ จากคดีที่เกิดขึ้นแสดงให้เห็นว่า ITC จะพิจารณาอุตสาหกรรมการผลิตที่ผลิตสินค้าเพื่อใช้ในการผลิต (upstream

¹⁵⁷ Certain Flat-Rolled Carbon Steel products From Argentina, Australia, Austria, Belgium, Brazil, Canada, Finland, France, Germany, Italy, Japan, Korea, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Poland, Romania, Spain, Sweden, and United Kingdom(Final) (USITC Pub.2664, August, 1993) cited by Palmetter,D., "United States Implementation of Uruguay Round Antidumping Agreement," Journal of World Trade 29, No.3.

¹⁵⁸ Palmetter,D., "United States Implementation of Uruguay Round Antidumping Agreement," Journal of World Trade 29, No.3.

product)เป็นส่วนหนึ่งของอุตสาหกรรมภายในประเทศ แต่ภายหลังการแก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องของอุตสาหกรรมการผลิตที่ผลิตสินค้าเพื่อใช้ในการผลิต (upstream product) ได้กำหนดให้มีการแยกอุตสาหกรรมการผลิตที่ผลิตสินค้าเพื่อใช้ในการผลิต (upstream product) ออกจากการเป็นส่วนหนึ่งของอุตสาหกรรมภายในประเทศ โดยมีข้อกำหนดในรายละเอียดของหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ¹⁵⁹ และในกรณีที่ ITC กำหนดให้มีการพิจารณาถึงปัจจัย 3 ประการว่า สินค้าดังกล่าวเป็นสินค้าที่ผลิตขึ้นเพื่อการผลิตในอุตสาหกรรมปลายน้ำ หรือไม่ ดังนี้

1. การถ่ายโอนที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นการถ่ายโอนที่เกิดขึ้นภายในประเทศ และจะต้องไม่มีการเข้าสู่ตลาดการค้า
2. สินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตภายในประเทศเป็นวัตถุดิบ หรือปัจจัยการผลิตที่สำคัญในการผลิตอุตสาหกรรมปลายน้ำ
3. สินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตภายในประเทศที่ขายในตลาดการค้าจะไม่มีการนำมาใช้ในการผลิตสินค้าในอุตสาหกรรมปลายน้ำ

ดังนั้น ในกรณีที่สินค้าชนิดใดอยู่ภายใต้ปัจจัยที่กล่าวมาข้างต้นจะถือว่าการผลิตดังกล่าวเป็นการผลิตสินค้าเพื่อใช้ในอุตสาหกรรมปลายน้ำ ดังนั้น ITC จะสามารถนำเอาอุตสาหกรรมที่ผลิตสินค้าดังกล่าวมารวมคำนวณเป็นอุตสาหกรรมภายในประเทศได้และจะพิจารณาได้เฉพาะอุตสาหกรรมที่ทำการผลิตสินค้าในขั้นสุดท้ายที่เป็นการผลิตเพื่อการขาย (merchant production) ซึ่งเป็นการขายในตลาดทั่วไปเท่านั้น¹⁶⁰

แต่อย่างไรก็ตามในทางตรงกันข้ามในส่วนของกรณีการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศ ITC จะทำการพิจารณาการนำเข้าทั้งหมดของสินค้าแม้จะเป็นการนำเข้ามาเพื่อใช้ในการผลิตสินค้าเพื่อใช้ในอุตสาหกรรมปลายน้ำ (captive production) เว้นเสียแต่ว่า ในการนำเข้ดังกล่าวไม่เป็นการแข่งขันกับสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศโดยตรง เช่น ถ้าผู้ส่งออกเหล็กกรีดร้อนเป็นเจ้าของบริษัทในเครือในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้เหล็กกรีดร้อนในการผลิตเหล็กกรีดเย็นแสดงว่าการนำเข้ดังกล่าวเป็นการนำเข้าสินค้าเพื่อใช้ในการผลิตสินค้าในอุตสาหกรรมปลายน้ำ (captive production) ในกรณีนี้ เมื่อ ITC ทำการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของสินค้าที่นำเข้า ITC จะเปรียบเทียบการนำเข้าสินค้านั้นทั้งหมด (captive and merchant) กับ สินค้าขายเท่านั้น การปฏิบัติในลักษณะดังกล่าวในรูปแบบของการพิจารณาการเจาะตลาดของสินค้านำเข้า ดูเหมือนว่าจะเป็นการเปิดโอกาสให้แก่ ITC ในการค้นพบความเสียหายจากการนำเข้าเพิ่มมากขึ้น¹⁶¹

จากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาทำการพิจารณาอุตสาหกรรมที่ทำการผลิตสินค้าเพื่อใช้ในอุตสาหกรรมปลายน้ำแยกออกจากการเป็นอุตสาหกรรมภายในประเทศ (domestic industry) ในการกำหนดหลักเกณฑ์เช่นว่านั้นจะถือว่าเป็นการขัดต่อ มาตรการ

¹⁵⁹ The Tariff Act, Section 771 (C)(iv), 19 U.S.C., Section 1677 (C)(iv) , 1995.

¹⁶⁰ Willkie Farr & Gallagher, U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation. p.9.

¹⁶¹ Ibid., p.10

4.1¹⁶² ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 หรือไม่ ซึ่งในคำจำกัดความกำหนดถึงผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันในประเทศทั้งหมด (as a whole) ซึ่งโดยเจตนาของหลักเกณฑ์ในมาตรา 4.1 นั้นน่าจะให้อุตสาหกรรมภายในรวมถึง อุตสาหกรรมที่ทำการผลิตสินค้าเพื่อใช้ในอุตสาหกรรมปลายน้ำด้วย ดังนั้น การที่ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้มีการแยกอุตสาหกรรมที่ทำการผลิตสินค้าเพื่อใช้ในอุตสาหกรรมปลายน้ำ (captive production) ออกจากอุตสาหกรรมภายในที่ผลิตสินค้าเพื่อการบริโภค หรือ การขาย (merchant production) ก็น่าจะเป็นการขัดต่อมาตรา 4.1 ซึ่งเป็นสิ่งที่ประเทศสมาชิก WTO ทุกประเทศควรหันมาให้ความสนใจในประเด็นดังกล่าวมา

3.7 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการนำเข้าที่มีลักษณะของท่วมตลาด และ ความเสียหาย ที่เกิดขึ้นต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ (causation)

ในเรื่องของการพิจารณาเหตุแห่งความเสียหายภายใต้หลักเกณฑ์ตอบโต้การท่วมตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา มีประเด็นหนึ่งเกิดขึ้นภายใต้การบังคับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวคือ การที่พิจารณาว่าอย่างไรที่จะเรียกได้ว่าเป็นมาตรฐานในการกำหนดเหตุแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งในเรื่องนี้ภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การท่วมตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกามีได้มีการกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจน และมีได้มีการกำหนดถึงปัจจัยต่างๆที่ซึ่ง ITC จะต้องนำมาพิจารณาในการกำหนดเหตุแห่งความเสียหาย¹⁶³ แต่อย่างไรก็ตาม ITC จะต้องทำการพิจารณาให้แน่ชัดว่าความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการนำเข้าซึ่งในการพิจารณานี้จะต้องปรากฏถึงความสัมพันธ์ระหว่างการนำเข้าสินค้า และสถานะภาพของอุตสาหกรรมท้องถิ่นเป็นสำคัญ

ในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการนำเข้า และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นในขั้นต้นได้ส่งผลให้เกิดความเห็นที่ต่างกันในข้อกฎหมาย กล่าวคือ ในอดีต ITC ใช้หลักการที่เรียกว่า "bifurcated" test ซึ่ง ITC จะตั้งเกณฑ์ในการพิจารณาว่า 1) อุตสาหกรรมในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับความเสียหายหรือไม่ และ 2) ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากการนำเข้าหรือไม่ แต่ในปัจจุบันคณะกรรมการบางท่านของ ITC ได้ใช้หลักการที่เรียกว่า "unitary" test มาพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของความเสียหาย และการนำเข้า โดยจะพิจารณาก้าวล่วงไปถึงการจำนวนความเสียหายจากการนำเข้า โดยอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า คณะกรรมการเหล่านั้นจะพิจารณาว่าอุตสาหกรรมในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจอยู่ในสภาพการณ์ที่ประสบความสำเร็จถึงแม้ว่าจะปรากฏข้อเท็จจริงของการที่เป็นการท่วมตลาด¹⁶⁴

¹⁶² อุตสาหกรรมภายใน หมายถึง ผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศทั้งหมด หรือผู้ผลิตภายในประเทศซึ่งมีผลผลิตภายในประเทศรวมกันไว้แล้วส่วนข้างมากของปริมาณผลิตรวมภายในประเทศของผลิตภัณฑ์ชนิดนั้น

¹⁶³ The Tariff Act, Section 771 (7)(B)(ii) , 19 U.S.C., Section 1677 (7)(B)(ii), 1995.

¹⁶⁴ Willkie Farr & Gallagher, U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation. p.4.

3.7.1. แนวทางในการพิจารณาเหตุแห่งความเสียหายโดยใช้หลักการ “bifurcated” test

แนวทาง “bifurcated” test เป็นที่รู้จักกันดีในนามของทฤษฎีการนำเข้า ในแนวทางดังกล่าวในขั้นแรก ITC จะทำการกำหนดสภาพโดยรวมของอุตสาหกรรมภายในประเทศเพื่อที่จะกำหนดว่าการที่อุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างสำคัญนั้นไม่ได้เกิดจากผลกระทบของการนำเข้าหรือไม่ โดยวิธีการนี้ก่อให้เกิด 2 ขั้นตอนในการกำหนดการวิเคราะห์ความเสียหาย คือ 1) จะมีการตรวจสอบว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างสำคัญโดยผลของการนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดหรือไม่¹⁶⁵ และหากอุตสาหกรรมภายในประเทศได้รับความเสียหายอย่างสำคัญจากการนำเข้าจริง ก็จะมีการพิจารณาต่อไปว่า 2) การนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดเป็นเหตุของความเสียหายอยู่ในลักษณะที่สามารถวัดได้ในจำนวนเล็กน้อยเพียงไร แนวทางดังกล่าวมานี้เป็นที่รู้จักในแนวทางที่เรียกว่า Minimal Causation Approach โดยแนวทางดังกล่าวจะถือว่าการนำเข้ามิได้เป็นเหตุสำคัญที่สุดของการพิจารณาความเสียหาย และ ITC ถูกห้ามในการที่จะพิจารณากำหนดเปรียบเทียบความสัมพันธ์ของเหตุที่สร้างความเสียหายระหว่างกัน ดังนั้นในการพิจารณาค้นหาความเสียหาย ITC สามารถทำได้โดยเพียงหาให้พบเหตุของความเสียหายที่มีต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ดังนั้นหากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอื่นที่มีความสำคัญมากกว่าเหตุของการนำเข้า ITC ยังคงพิจารณาได้ว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นจากการนำเข้าอยู่หนึ่งเอง¹⁶⁶ โดย ITC จะทำการตัดสินว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการนำเข้า หรือไม่ นั้น ITC จะไม่ทำการค้นหาว่าการนำเข้านั้นเป็นเหตุหลัก หรือเหตุสำคัญ เพียงแต่การนำเข้าดังกล่าวเป็นเพียงเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับอุตสาหกรรมภายในประเทศก็เพียงพอ ITC มีแนวโน้มในการเน้นไปที่ผลกระทบที่ของการนำเข้าที่มีต่อราคาขายภายในประเทศผู้นำเข้า และการสูญเสียทางการตลาด ดังนั้น ความต้องการในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายกับการสินค้าที่ทุ่มตลาดต้องการเพียงว่าสินค้าที่นำเข้า และมีการทุ่มตลาดเป็นเพียงส่วนหนึ่งของความเสียหายอย่างสำคัญ ก็ถือว่าการนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดเป็นเหตุแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้น¹⁶⁷ ดังนั้น ภายใต้แนวทางดังกล่าวจะถือว่า หากการนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดเป็นหนึ่งในหลายสาเหตุของความเสียหายอย่างสำคัญ ความเสียหายก็จะได้รับการกำหนดขึ้นโดยที่ไม่มีการคำนึงถึงความเล็กน้อยของส่วนเหลือของการทุ่มตลาด (Magnitude of the Dumping Margins) และจะถือว่าการนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดเป็นเหตุแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นเช่นกัน

ITC เคยใช้แนวทางในการวิเคราะห์การนำเข้า (“bifurcated” test) มาปรับใช้ในคดี Hyundai Pipe Co.,Ltd v. United States, 11 CIT 117,120,670 F.Supp. 357,630 (1987 Copperweld Corp. v. United States)¹⁶⁸ โดยในคดีดังกล่าวผู้ส่งออกรายหนึ่งกล่าวอ้างถึงการกำหนดถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศของ ITC โดยมีกรกล่าวอ้างว่าในการ

¹⁶⁵ แนวทางดังกล่าวจะพิจารณาผลกระทบของสินค้าที่ทำการทุ่มตลาด และไม่ได้มีการทุ่มตลาดรวมเข้าด้วยกัน อย่างไรก็ตาม ก็ดูจะไม่สมเหตุสมผลว่าในการที่จะพิจารณาสินค้านำเข้าที่ไม่มีการทุ่มตลาดในการกำหนดความเสียหาย

¹⁶⁶ Willkie Farr & Gallagher, U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation, p.4.

¹⁶⁷ Import Administration Anti-Dumping Manual : ITC Injury Determination., Electronic Compliance System Import. <http://uls.tradecompass.com>.

¹⁶⁸ Hyundai Pipe Co.,Ltd v. United States (11 CIT 117,120,670 F.Supp.357,630, 1987) and Copperweld Corp. v. United States (12 CIT 148,682 F.Supp.552,1998) cited by Rosenthal, P. C. and Cannon, K. W., Changes to the Injury Provision of U.S. Trade Laws under the Uruguay Round Agreement Act, The GATT, the WTO and the URAA understanding the Fundamental Changes : 443

กำหนดเหตุแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายในประเทศ ITC จำเป็นหรือไม่ว่าในการที่จะต้องพิจารณาถึง ความมากน้อยของส่วนเหลือการค้า (Magnitude of the Dumping Margins) ในประเด็นดังกล่าว Court of International Trade (CIT) กล่าวว่า เนื่องจากสภากรองเกรส ไม่มีการกำหนดในเรื่องของการที่จำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาถึง ความมากน้อยของส่วนเหลือการค้า (Magnitude of the Dumping Margins) ภายใต้ The Trade Acts of 1979 ก็กำหนดให้มีการพิจารณาความมากน้อยของส่วนเหลือการค้า (Magnitude of the Dumping Margins) หรือปัจจัยอื่นใดในการกำหนดความเสียหายนั้นจะอยู่ภายใต้ดุลยพินิจของ ITC ที่จะทำการพิจารณา หรือไม่ก็ได้ และนอกจากนี้ ITC ก็ได้ละเลยหลักปฏิบัติที่ผ่านมาในการที่จะพิจารณาถึงส่วนเหลือการค้า หรือ ปัจจัยอื่นในการกำหนดความเสียหาย ดังนั้น ITC จึงมิได้ทำการฝ่าฝืนทั้งในแง่กฎหมาย และการปฏิบัติในการกำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากการที่ ITC ได้รับอนุญาตให้มีการใช้ดุลยพินิจในการที่จะพิจารณาถึงส่วนเหลือการค้า หรือปัจจัยอื่นๆในการวิเคราะห์เหตุแห่งความเสียหาย

3.7.2 แนวทางในการพิจารณาเหตุแห่งความเสียหายโดยใช้หลักการ "unitary" test

แนวทางในการพิจารณาเหตุแห่งความเสียหายโดยใช้หลักการ "unitary" test รู้จักกันในนามของการ วิเคราะห์ส่วนเหลือการค้า (Margins Analysis) โดยแนวทางดังกล่าวเป็นแนวทางที่สำคัญในการพิจารณาเหตุแห่งความเสียหายภายใต้หลักเกณฑ์เดิมในการพิจารณาเหตุแห่งความเสียหายของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในการพิจารณาความเสียหายนั้นจะมุ่งเน้นไปที่การพิจารณาว่าการทุ่มตลาดเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญต่ออุตสาหกรรมภายใน หรือไม่ โดยเฉพาะ ITC จะพิจารณาถึงความเสียหายของอุตสาหกรรมภายในในกรณีที่ไม่มีส่วนเหลือการค้าเกิดขึ้น และนอกจากนี้แล้วในการวิเคราะห์ถึงเหตุแห่งความเสียหายตามแนวทางดังกล่าวควรที่จะต้องมีการพิจารณาถึงความมากน้อยของส่วนเหลือการค้า (Magnitude of the Dumping Margins) ด้วย

ในคดี Bicycles from China ที่ ITC ได้ทำการตัดสินโดยมีการพิจารณาถึงความมากน้อยของส่วนเหลือการค้า (Magnitude of the Dumping Margins) โดยมีการกำหนดส่วนเหลือการค้าเท่ากับ 74.95% ทำให้เริ่มมีการโต้สวนเกิดขึ้น¹⁶⁹ ดังนั้น ในคดีดังกล่าวจึงมีการกำหนดว่า ในการโต้สวนเพื่อหาพฤติกรรมการทุ่มตลาดภายใต้ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ITC จะทำการกำหนดเหตุแห่งความเสียหายโดยจะพิจารณาว่าอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับความเสียหาย หรือไม่จากการนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาด หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเหตุแห่งความเสียหายบังคับให้ ITC ถึงการนำเข้าที่เป็นการทุ่มตลาดเป็นเรื่องสำคัญ

ภายใต้ The Uruguay Round Agreement Acts มีการเพิ่มเติมในเรื่องการพิจารณาถึงความมากน้อยของส่วนเหลือการค้า (Magnitude of the Dumping Margins) เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ ITC นำมาพิจารณาวิเคราะห์ถึงผลกระทบของการนำเข้าที่มีต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ¹⁷⁰ แต่อย่างไรก็ตามข้อกำหนดที่กำหนดให้มีการวิเคราะห์ถึงความมากน้อยของส่วนเหลือการค้า (Magnitude of the Dumping Margins) ไม่ค่อยมีผลต่อการตัดสินของ ITC โดยส่วนใหญ่ในการกำหนดความเสียหาย

¹⁶⁹ Bicycles from China(Prelim) (USITC Pub. 2893 at 1-14 n.89, 1995) cited by Rosenthal, P. C. and Cannon, K. W., Changes to the Injury Provision of U.S. Trade Laws under the Uruguay Round Agreement Act," The GATT, the WTO and the URAA understanding the Fundamental Changes : 444.

¹⁷⁰ The Tariff Act 1930, Section 771 (7)(C) (iii) .

จากผลของการนำเข้า¹⁷¹ ซึ่งในหลักการ ITC จะคำนึงถึงปริมาณ มูลค่าการนำเข้า และผลกระทบของปริมาณ และ มูลค่าการนำเข้าต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกา และในการวัดผลกระทบของปริมาณ และมูลค่าการนำเข้านั้น ITC คำนึงถึงสิ่งดังต่อไปนี้¹⁷²

1. อุตสาหกรรมประเทศสหรัฐอเมริกามีปริมาณการขายที่ลดต่ำลงที่เป็นผลจากการนำเข้าหรือไม่
2. ราคาสินค้าที่นำเข้าเป็นราคาที่ต่ำกว่าราคาขาย (price underselling) ในตลาดเทียบเคียงอื่นหรือไม่
3. การนำเข้าส่งผลให้เกิดการกดราคาสินค้าประเภทเดียวกันในตลาดสหรัฐอเมริกา หรือไม่
4. ส่วนแบ่งตลาดจากการนำเข้าในตลาดสหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้น หรือไม่
5. ในบางกรณีจะมีการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของส่วนเหลือการค้า (dumping margins) และส่วนเหลือของการขายตัดราคา (margin of underselling)

นอกจากนี้แล้ว ITC ยังให้ความสำคัญในเรื่องความสัมพันธ์ ระหว่างแนวโน้มของการนำเข้า และผลประกอบการของอุตสาหกรรมภายในประเทศ เช่น หากสัดส่วนของตลาดจากการนำเข้าลดลงในขณะที่ผลประกอบการของอุตสาหกรรมภายในประเทศลดลงด้วย แต่มาดีขึ้นในภายหลังเมื่อมีการปรับปรุงการดำเนินงาน เมื่อเป็นเช่นนี้ ITC อาจไม่พบถึงความสัมพันธ์ระหว่างการนำเข้า และผลประกอบการของอุตสาหกรรมภายในประเทศก็อาจเป็นไปได้ และในส่วนของ การพิจารณาผลกระทบจากการนำเข้าต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกา จะดำเนินการในรูปแบบของ computer models โดยเจ้าหน้าที่ ITC ซึ่งการดำเนินการในรูปแบบดังกล่าวเป็นการวัดถึงความอ่อนไหวของตลาดต่อการแข่งขันจากการนำเข้า เช่น การลดราคาของสินค้านำเข้าโดยส่วนใหญ่จะเป็นเหตุสำคัญที่ทำให้ปริมาณการขายของผู้ผลิตภายในประเทศสหรัฐอเมริการลดลงไปด้วย¹⁷³

¹⁷¹ Rosenthal, P. C. and Cannon, K. W., Changes to the Injury Provision of U.S. Trade Laws under the Uruguay Round Agreement Act," *The GATT, the WTO and the URAA understanding the Fundamental Changes* (Sept 1995) : 444

¹⁷² Willkie Farr & Gallagher, *U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation*. p.5.

¹⁷³ *Ibid.*, p.4.

3.8 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความหมายของคำว่า อุตสาหกรรมภายใน (domestic industry)

อุตสาหกรรมภายในหมายความว่า ผู้ผลิตภายในประเทศที่ผลิตผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันทั้งหมด (Like products) หรือผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน ซึ่งผลผลิตเมื่อรวมกันแล้วเป็นสัดส่วนใหญ่ (major proportion) ของผลผลิตรวมทั้งประเทศ ซึ่งในเรื่องของการกำหนดความหมายของคำว่าอุตสาหกรรมภายในของประเทศของประเศสหรัฐอเมริกาเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเรื่องหนึ่งที่มีความเกี่ยวข้องกับการตัดสิน โดยจะอยู่ในส่วนของการพิจารณาถึงบทบาทของอุตสาหกรรมภายในประเทศที่สามารถที่จะเป็นผู้ริเริ่มขอให้มีการไต่สวนหาพฤติกรรมการทุ่มตลาดได้หรือไม่ หรือในส่วนของการวิเคราะห์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทุ่มตลาด ซึ่งประเทศผู้นำเข้าจะต้องทำการพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมภายใน ก่อนที่มีการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด ดังนั้น ในหัวข้อต่อไปนี้จะกล่าวถึงประเด็นสำคัญในการให้คำจำกัดความของคำว่า อุตสาหกรรมภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา มีดังนี้

3.8.1 ผู้ผลิตที่มีความเกี่ยวข้องกัน (related parties)

ภายใต้คำจำกัดความของคำว่า อุตสาหกรรมภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดว่า “ในบางพฤติการณ์ที่เหมาะสม¹⁷⁴ ITC อาจจะงดเว้นหรือทำการแยกผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันภายในประเทศจากการเป็นผู้ผลิตภายใน หากผู้ผลิตรายดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกันกับผู้ส่งออก ผู้นำเข้า หรือหากบุคคลดังกล่าวเป็นผู้นำเข้าสินค้าชนิดเดียวกันดังกล่าวเข้ามาภายในประเทศเอง¹⁷⁵ ซึ่งจุดประสงค์ในการกำหนดถึงความเกี่ยวข้องของผู้ผลิตเนื่องจากมีความต้องการที่จะหลีกเลี่ยงในกรณีของการบิดเบือนของข้อมูลที่ได้รับจากผู้นำเข้าสินค้าดังกล่าวที่มีสาเหตุมาจากความเกี่ยวข้อง หรือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกิดขึ้น

การให้คำจำกัดความของคำว่า ผู้ผลิตที่มีความเกี่ยวข้องกัน (related parties) ของมาตรการตอบโต้ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเป็นไปตามการให้ความหมายที่มีกำหนดใน footnote ที่ 11¹⁷⁵ ของความตกลงฯ 1994 แต่จะมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในบางเรื่อง ดังนี้

¹⁷⁴ พฤติการณ์ที่เหมาะสม (appropriate circumstances) ITC จะทำการพิจารณาจากหลายปัจจัยด้วยกัน คือ 1) เปอร์เซนต์ของการผลิตภายในประเทศที่เป็นของผู้ผลิตภายในประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกัน 2) เหตุผลของการที่ผู้ผลิตภายในประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกันในการตัดสินใจให้มีการนำเข้าสินค้าที่อยู่ภายใต้การไต่สวน 3) ที่ตั้ง หรือตำแหน่งของอุตสาหกรรมภายในประเทศที่มีต่ออุตสาหกรรมในส่วนที่เหลือ นอกจากนี้ ITC ยังจะทำการพิจารณาว่าข้อมูลที่มาจากผู้ผลิตภายในประเทศที่มีความเกี่ยวข้องนั้นมี การให้ข้อมูลที่มีการบิดเบือนมากไปกว่าความเป็นจริงหรือไม่ในการที่จะนำวิเคราะห์ในเรื่องของอุตสาหกรรมภายใน

¹⁷⁵ The Tariff Act, Section 771 (4) (B) (i), 19 U.S.C., Section 1677 (4) (B) (i), 1995.

¹⁷⁶ footnote ที่ 11 ของมาตรา 4.1.1 ของ ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ผู้ผลิตมีความเกี่ยวข้องกับผู้ส่งออก ผู้นำเข้า เมื่อ 1) ฝ่ายหนึ่งถูกควบคุมโดยตรง หรือโดยอ้อมจากอีกฝ่ายหนึ่ง หรือ 2) ทั้งสองฝ่ายถูกควบคุมโดยตรง และโดยอ้อมจากบุคคลที่ 3 หรือ 3) ควบคุมบุคคลที่ 3 โดยตรง และโดยอ้อมร่วมกันภายใต้เงื่อนไขว่ามีเหตุเพียงพอที่จะเชื่อ หรือสงสัยว่า ผลจากการเกี่ยวพันเป็นเหตุให้ผู้ผลิตที่เกี่ยวข้องมีพฤติกรรมแตกต่างจากผู้ผลิตที่ไม่เกี่ยวข้องกัน เพื่อความมุ่งประสงค์ของมาตรานี้ให้ถือว่าบุคคลหนึ่งอาจควบคุมบุคคลอื่นเมื่อฝ่ายแรกอยู่ในฐานะโดนกฎหมาย หรือในทางปฏิบัติที่จะยับยั้ง หรือ สั่งฝ่ายหลังได้.

1. ผู้ผลิตมีอำนาจในการควบคุมผู้ส่งออก และผู้นำเข้าทั้งโดยทางตรง และทางอ้อม
2. ผู้นำเข้า และผู้ส่งออกมีอำนาจควบคุมผู้ผลิตทั้งโดยทางตรง และทางอ้อม
3. บุคคลที่ 3 มีอำนาจควบคุมผู้ผลิต ผู้นำเข้า และผู้ส่งออกทั้งโดยทางตรง และทางอ้อม
4. ผู้ผลิต และผู้ส่งออก หรือผู้ผลิต และผู้นำเข้ามีอำนาจควบคุมเหนือบุคคลที่ 3 ทั้งโดยทางตรง และทางอ้อม โดยมีเหตุผลเชื่อว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้ผลิตกระทำการแตกต่างไปจากผู้ผลิตที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกัน

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการให้คำจำกัดความผู้ผลิตที่มีความเกี่ยวข้องภายใต้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จะทำการพิจารณาถึงอำนาจในการควบคุม (control) ซึ่งกันและกันระหว่างผู้ผลิต ผู้ส่งออก และผู้นำเข้า รวมถึงบุคคลที่ 3 ทั้งโดยทางตรง และทางอ้อม และในสถานการณ์มีอำนาจควบคุมนั้น ภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้หมายถึง การที่คู่กรณีอยู่ในฐานะที่จะปฏิบัติ จดเว้น หรือบังคับบัญชาทั้งในแง่กฎหมาย และการดำเนินงานที่อยู่เหนือคู่กรณีอีกฝ่าย¹⁷⁷

จากการให้คำนิยามของคำว่า การควบคุมดังกล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นว่าอำนาจในการควบคุมดังกล่าวไม่ได้มีการแสดงถึงสิ่งบ่งบอกอย่างชัดเจนว่าอะไรคือการใช้อำนาจในการควบคุม ในกรณีเช่นนี้การเป็นผู้ถือหุ้น (stock ownership) จะถือว่าอยู่ในความหมายของการมีอำนาจควบคุมคู่กรณีอีกฝ่ายได้หรือไม่ เนื่องจากการเป็นผู้ถือหุ้น จะแสดงถึงการเป็นผู้ที่มีอำนาจควบคุมในทุกอย่างในการดำเนินงานของบริษัท และทั้งในแง่ของกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้หน้าจะมีการกำหนดลงไปอย่างชัดเจนถึงการมีอำนาจควบคุม นั้นให้หมายถึงผู้ถือหุ้นของบริษัทด้วย ซึ่งในประเด็นดังกล่าวทั้งในหลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา และในความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มิได้มีการกำหนด หรือกล่าวถึงแต่ประการใด ดังนั้นในการกำหนดความหมายของการมีอำนาจควบคุมซึ่งเป็นสิ่งหนึ่งในการบ่งชี้ถึงความเกี่ยวข้องระหว่างผู้นำเข้า ผู้ผลิต และผู้ส่งออก น่าจะมีการนำเอาประเด็นของการเป็นผู้ถือหุ้นมาทำการพิจารณา และกำหนดให้เป็นมาตรฐานที่ชัดเจนต่อไป

3.8.2 อุตสาหกรรมภายในที่เป็นผู้ผลิตในพื้นที่เฉพาะ (regional industrial)

โดยทั่วไป ITC จะทำการประเมิน ผลกระทบที่เกิดจากการนำเข้าในลักษณะที่เป็นการทุ่มตลาดอยู่บนพื้นฐานของอุตสาหกรรมภายในทั้งประเทศ แต่ ในบางพฤติการณ์พิเศษ (exceptional cases) ITC จะทำการประเมินผลกระทบจากการนำเข้าโดยอยู่บนพื้นฐานของอุตสาหกรรมภายในพื้นที่เฉพาะ (regional industries)¹⁷⁸

¹⁷⁷ The Tariff Act, Section 771 (4) (B) , 19 U.S.C., Section 1677 (4) (B) , 1995.

¹⁷⁸ The Tariff Act, Section 771 (4) (C) , 19 U.S.C., Section 1677 (4) (C) , 1995.

ITC จะทำการแบ่งประเทศสหรัฐอเมริกาออกเป็น 2 ตลาด หรือมากกว่านั้น และผู้ผลิตที่อยู่ในแต่ละตลาดจะได้รับการปฏิบัติเสมือนว่าเป็นอุตสาหกรรมที่แยกออกจากกัน และในการพิจารณาประเด็นความเสียหาย ITC ก็จะทำการศึกษาความเสียหายที่เกิดขึ้นเฉพาะอุตสาหกรรมในพื้นที่เฉพาะเหล่านั้น และในกรณีดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อรูปแบบของการตลาดนั้นมีลักษณะพิเศษซึ่งเกิดจากการมีค่าขนส่ง หรือมีประเภทของสินค้าพิเศษ ที่ส่งผลถึงการลดการแข่งขันของสินค้าในแต่ละพื้นที่ของแต่ละประเทศ และจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ดังต่อไปนี้

1. ผู้ผลิตมีการขายสินค้าชนิดเดียวกันทั้งหมด หรือ เกือบทั้งหมดในพื้นที่นั้นๆ
2. ผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันรายอื่นของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถตอบสนองความต้องการในสินค้าชนิดนั้นได้อย่างเพียงพอต่อความต้องการของตลาด
3. สินค้าที่ทำการทุ่มตลาดเป็นที่ต้องการในตลาดนั้นๆ และผู้ผลิตในพื้นที่นั้นๆ หรือทั้งหมด หรือเกือบทั้งหมด ได้รับความเสียหายจากการนำเข้าเช่นว่านั้น

ภายใต้มาตรา 4.2 ของความตกลง ฯ 1994 กำหนดให้อำนาจแก่ประเทศสมาชิกในการที่จะทำการตีความอุตสาหกรรมภายในตามที่ได้อ้างถึงว่าเป็นผู้ผลิตในพื้นที่ใดโดยเฉพาะ กล่าวคือ ตลาดที่ได้รับใบไฉนวรรค 1 (2) ให้เรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดเฉพาะสินค้าดังกล่าวนี้ได้ส่งมอบเพื่อการบริโภคขั้นสุดท้ายไปยังพื้นที่นั้น เมื่อกฎหมายรัฐธรรมนูญของสมาชิกผู้นำเข้าไม่ได้อนุญาตให้เรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด บนพื้นฐานดังกล่าวสมาชิกผู้นำเข้าอาจเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดโดยไม่จำกัดเฉพาะหาก 1) ได้ให้โอกาสแก่ผู้ส่งออกเลิกการส่งออกในระดับราคาที่สูงกว่าที่ทุ่มตลาดไปยังพื้นที่ที่เกี่ยวข้องนั้น หรือมิฉะนั้นต้องให้หลักประกันตามข้อ 8 และในการนี้ยังมีได้มีการให้หลักประกันอย่างเพียงพอโดยทันที และ 2) การเรียกเก็บอากรดังกล่าวจะไม่สามารถเรียกเก็บเพียงเฉพาะกับสินค้าของผู้ผลิตเฉพาะรายที่ส่งสินค้าไปยังพื้นที่ดังกล่าว

ดังนั้น เมื่อมีการพิจารณาภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดห้ามมิให้มีการเก็บอากรโดยอยู่บนพื้นฐานของการเก็บอากรในพื้นที่เฉพาะ¹⁷⁹ ดังนั้น ในการเก็บอากรที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาจะอยู่บนพื้นฐานของการเก็บอากรทั้งประเทศ (National) ไม่สามารถที่จะเก็บในพื้นที่เฉพาะตามที่ มาตรา 4.2 กำหนดอนุญาตได้เนื่องจากจะเป็นการขัดกับกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศ แต่กระนั้นก็ตามประเทศสหรัฐอเมริกาก็พยายามที่จะกำหนดให้หลักเกณฑ์การเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดเป็นไปตามที่กำหนดอนุญาตในมาตรา 4.2 จึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์พิเศษ เรียกว่า suspension agreement ขึ้นมา เพื่อการประกันราคา และเพื่อการเก็บอากรบนสินค้าที่มาจากผู้นำเข้าเฉพาะราย ภายใต้หลักเกณฑ์ suspension agreement ของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลักเกณฑ์ที่แยกออกจาก Section 734 (m) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับผู้ส่งออกที่ส่งออกสินค้าในจำนวนทั้งหมด (substantially all) ไปยังพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบในการทำ suspension agreement¹⁸⁰ และ หลักเกณฑ์ทุกหลักเกณฑ์ที่ใช้อยู่ในเรื่องดังกล่าวจะนำมาใช้ในลักษณะของการเป็นข้อตกลงเฉพาะพื้นที่ และ นอกจากนี้ suspension agreement ดังกล่าวยังเป็นข้อยก

¹⁷⁹ U.S. Constitution (A.1, Section 8, cl 1 : "All Duties, Imports...., p.66) cited by Palmeto, D., "United States Implementation of Uruguay Round Antidumping Agreement," *Journal of World Trade* 29, No.3 : 67 .

¹⁸⁰ 19 U.S.C., Section 1673c (M) , added by URAA section 218 (a) (2).

เว้นเรื่องหนึ่งในเรื่องของการกำหนดระยะเวลาในกรณีที่ ITC ได้ทำการไต่สวนในขั้นสุดท้าย (final investigation) และ พบว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมในระดับภูมิภาคมากกว่าที่ได้ทำการไต่สวนในขั้นต้น (preliminary investigation) ซึ่งจะต้องมีการทำ suspension agreement ภายใน 60 วัน หลังจากที่มีการประกาศให้มีการเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดเกิดขึ้นในขั้นที่สุด¹⁸¹ ซึ่งโดยปกติแล้ว suspension agreement ภายใต้ Section 218 (a) (2) ของ the Uruguay Round Agreement Act 1994 ซึ่งจะเป็นการนำเอา suspension agreement มาใช้บังคับก่อนการไต่สวนในขั้นสุดท้าย (final investigation)

3.8.3 suspension agreement

จากการที่หลักเกณฑ์ในเรื่องของ suspension agreement ที่กำหนดให้ผู้ส่งออกในจำนวนทั้งหมด (substantially all) ทำความตกลง suspension agreement ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตาม มาตรา 4.2 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 นั้น เมื่อทำการพิจารณาในมาตรา 4.2 แล้วพบว่าในการกำหนดให้มีการเข้าทำความตกลงของผู้ส่งออกนั้นในหลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดเป็นเพียงการให้โอกาสในการที่จะเข้าทำความตกลงเท่านั้น ไม่มีลักษณะของการบังคับให้ผู้ส่งออกที่ส่งออกไปยังพื้นที่นั้นทุกคนต้องเข้าทำความตกลง suspension agreement ประเด็นของการทำ suspension agreement

ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการทำ suspension agreement ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดนั้น น่าจะเป็นการขัดแย้งกับ มาตรา 4.2 ความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 และ ในประเด็นเดียวกันนี้ SAA ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการชี้แจงและยอมรับถึงกรณีดังกล่าวว่า หลักเกณฑ์ในเรื่องของการกำหนดผู้ส่งออกที่ส่งออกไปยังพื้นที่นั้นทุกคน (substantially all) ต้องเข้าทำความตกลง suspension agreement นั้น ไม่มีการกำหนดในความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 แต่ ก็ได้กล่าวอ้างว่า ในหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะได้รับการแยกออกจากหลักเกณฑ์การเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด และอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในเรื่องของ suspension agreement ที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป¹⁸² และ เป็นหลักเกณฑ์ที่แยกออกจาก Section 734 (m) ซึ่งใช้บังคับกับผู้ส่งออกที่ส่งออกลินค้าในจำนวนทั้งหมด (substantially all) ไปยังพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบในการทำ suspension agreement

3.8.4 หลักเกณฑ์พิเศษสำหรับบริษัทข้ามชาติ (Multinational Corporation)

หลักเกณฑ์ที่อนุญาตให้ ITA ไม่นำเอาหลักการคำนวณมูลค่าปกติสำหรับบริษัทที่มีศูนย์การผลิตในหลายๆประเทศ โดยมีเงื่อนไข ดังนี้¹⁸³

¹⁸¹ The Tariff Act, Section 734 (m)(2) , 19 U.S.C., Section 1673 (m)(2) , 1995.

¹⁸² Palmeto, D., "United States Implementation of Uruguay Round Antidumping Agreement ," *Journal of World Trade* 29, No.3 : 67 .

¹⁸³ Willkie Farr & Gallagher, *U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation*, p.16 .

3.8.2.1. สินค้าที่ส่งออกไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการผลิตซึ่งเป็นของ หรือควบคุมโดยศูนย์การผลิตที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันในประเทศอื่น

3.8.2.2. การขายในประเทศผู้ส่งออกไม่สามารถใช้เป็นพื้นฐานในการเปรียบเทียบที่เหมาะสม

3.8.2.3. มูลค่าของมูลค่าปกติของสินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตในต่างประเทศแห่งหนึ่ง หรือหลายแห่งซึ่งมิได้ตั้งอยู่ในประเทศที่ส่งออกนั้น มีมูลค่าสูงกว่าสินค้าที่ผลิตในประเทศผู้ส่งออก

ในกรณีที่ ITA นำเอาหลักเกณฑ์ดังกล่าวนำมาบังคับใช้ในการคำนวณมูลค่าปกติ ผลกระทบที่เกิดขึ้นจะส่งผลให้มูลค่าปกติที่คำนวณได้มีมูลค่าสูงกว่าที่ควรจะเป็น เนื่องจาก ในการพิจารณามูลค่าปกติของ ITA นั้นจะพิจารณาจากมูลค่าปกติที่อยู่บนพื้นฐานของมูลค่าที่สูงที่สุดจากสินค้าชนิดเดียวกันที่ขายจากหน่วยการผลิตนอกเขตประเทศผู้ส่งออก¹⁸⁴

3.9 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาสินค้าชนิดเดียวกัน (like product)

ในการพิจารณาถึงความเสียหายของอุตสาหกรรมในประเทศสหรัฐอเมริกาจากการนำเข้า ITC จะต้องพิจารณาเฉพาะกับสินค้าที่ผลิตโดยอุตสาหกรรมในประเทศสหรัฐอเมริกาที่สินค้าดังกล่าวเป็นสินค้าชนิดเดียวกันกับสินค้าที่มีการนำเข้าเท่านั้น

ภายใต้หลักเกณฑ์การตอบโต้การทุ่มตลาดของประเทศของประเทศไทยมีการกำหนดความหมายของคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันว่า หมายถึง สินค้าที่ซึ่งเหมือนกัน หรือในกรณีที่ไม่สามารถหาสินค้าที่มีความเหมือนกันได้ ก็จะทำการศึกษาสินค้าที่มีลักษณะการใช้งานคล้ายคลึงกันกับสินค้าที่อยู่ภายใต้การได้สวน¹⁸⁵

จากความหมายที่ปรากฏ แสดงให้เห็นว่าการให้คำจำกัดความในลักษณะดังกล่าวเป็นการให้ความหมายของคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันในลักษณะกว้างๆ และเมื่อพิจารณาจะพบว่า การให้คำจำกัดความดังกล่าวเหมือนกับคำจำกัดความของสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 2.6 ของความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994

ความหมายที่ปรากฏก่อให้เกิดความไม่ชัดเจน และก่อให้เกิดปัญหาในการที่จะนำมาบังคับใช้ และนำมาตรวจสอบถึงความเหมือนของสินค้าที่นำเข้าที่อยู่ภายใต้การได้สวน กับ สินค้าที่ทำการผลิตภายในประเทศ คำถามที่เกิดขึ้นอยู่เสมอๆคือ สินค้าที่ทำการผลิตโดยอุตสาหกรรมภายในประเทศสินค้าใดคือสินค้าที่เป็นชนิดเดียวกันกับสินค้าที่มีการนำเข้า ในมุมมองของ ITC จะพิจารณาว่าสินค้านำเข้าไม่จำเป็นต้องเป็นสินค้าชนิดเดียวกันกับสินค้าที่ทำการผลิตโดยอุตสาหกรรมภายในประเทศเสมอไป หากอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาผลิตสินค้าที่ดูแล้วอยู่ในประเภทเดียวกันกับสินค้าที่มีการนำเข้า และมีการแข่งขันซึ่งกันและกัน นอกจากนี้

¹⁸⁴ Ibid., p.16

¹⁸⁵ 19 U.S.C. Section 1677 (10).

ITC จะทำการพิจารณาได้ว่าอาจมีความเสียหายเกิดขึ้นแม้ว่าสินค้าที่นำเข้าบางชนิดนั้นไม่มีการผลิตโดยอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาเลย¹⁸⁶

จากปัญหาที่เกิดขึ้น ITC จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนด และแสดงให้เห็นว่าอย่างไรคือ ความเหมือน (like) ภายใต้การตีความของ ITC และปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้เป็นสิ่งที่ ITC นำมาเป็นตัวอย่างในการนำมาพิจารณาถึง ความเหมือน (like)¹⁸⁷ ปรากฏ ดังนี้

1. ลักษณะทางกายภาพ (physical characteristic)
2. ผู้บริโภคขั้นสุดท้าย (end user)
3. ความเข้าใจของผู้บริโภค (customer perception)
4. ที่ปัจจัยที่ใช้ในการผลิต และลักษณะการจ้างงานเหมือนกัน (common manufacturing facilities and employees)
5. ขั้นตอนการผลิต (production processes)
6. ช่องในทางพาณิชย์ (channels of trade)
7. ความสามารถในการใช้แทนกันได้ระหว่างสินค้า (interchangeability of the product)¹⁸⁸

จากตัวอย่างข้างต้นที่นำมาใช้พิจารณาความเหมือนจะเห็นได้ว่า ความสามารถในการใช้แทนกันได้ระหว่างสินค้า (interchangeability of the product) เป็นปัจจัยหนึ่งที่น่ามาพิจารณาถึงความเหมือนของสินค้าที่เกิดขึ้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการแข่งขันที่เกิดขึ้นระหว่างสินค้าที่นำเข้า กับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ปัจจัยดังกล่าวเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญที่สุดในการกำหนดว่าสินค้าที่ทำการผลิตภายในประเทศนั้นเหมือน (like) กับสินค้าที่มีการนำเข้าที่อยู่ภายใต้การไต่สวน¹⁸⁹ และนอกจากนี้ แม้ว่าสินค้าดังกล่าวจะมีความแตกต่างกันเพียงเล็กน้อยก็ตามในลักษณะทางกายภาพ แต่หากสินค้าดังกล่าวเป็นสินค้าที่สามารถใช้แทนกันได้ และมีการแข่งขันเกิดขึ้นในทางการค้า สินค้าดังกล่าวก็จะถือว่าอยู่ในความหมายของการเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน ดังนั้น ในทางกลับกัน หากสินค้าที่มีลักษณะทางกายภาพที่เหมือนกัน ในบางกรณีก็อาจเป็นไปได้ว่าสินค้าดังกล่าวไม่ได้อยู่ในความหมายของการเป็นสินค้าชนิดเดียว

¹⁸⁶ Willkie Farr & Gallagher., U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation, p.8.

¹⁸⁷ Doo-Hyeong Lee., "Critical and Comparative Analysis of World Antidumping Laws : A Proposal for Harmonizing World Antidumping Laws and Establishing the New Concept of Injury to Eliminate Barriers to International Trade" (Master's Thesis, University of Wisconsin Law School, Jul. 1995), p.19.

¹⁸⁸ Torrington Co. v. United States (747, F.Supp.744, ct. Int'l Trade 1990, aff'd 938 F. 2d 1278, Fed.Cir.1991).

¹⁸⁹ Vermuist, E. A., "Injury Determination in Antidumping Investigation in U.S.A and EC," N.Y.L. sch. J.Int'l & Comp L301, 334(1986) cited by "Disposal Pocket Lighters From Thailand v. United States" Federal Register 60, No.51 :14285.

กัน เนื่องจากสินค้าดังกล่าวไม่มีการแข่งขันเกิดขึ้น¹⁹⁰ ในคดี Disposal Pocket Lighters From Thailand v. United States มีการวินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันซึ่งเป็นการพิจารณาสินค้าประเภทไฟแช็คชนิดใช้แล้วทิ้ง (Disposal Pocket Lighters) ซึ่ง บริษัท Thai Merry ถูกกล่าวหาว่าทำการทุ่มตลาดในสินค้าประเภทไฟแช็คชนิดใช้แล้วทิ้ง ในการพิจารณาสินค้าชนิดเดียวกัน ITC พิจารณาว่าไฟแช็คชนิดใช้แล้วทิ้งประเภทมาตรฐาน (Disposal Pocket Standard Lighters) ที่ขายภายในประเทศไทย เป็นสินค้าชนิดเดียวกันกับไฟแช็คชนิดใช้แล้วทิ้งประเภทเด็กไม่สามารถเล่นได้ (Disposal Pocket Child-Resistant Lighters) ที่มีการนำเข้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นสินค้าที่อยู่ภายใต้การไต่สวน (subject to investigation)¹⁹¹ โดย ITC ให้เหตุผลว่า ในส่วนของลักษณะทางกายภาพ (physical characteristic) ระหว่างไฟแช็คชนิดใช้แล้วทิ้งประเภทมาตรฐาน (Disposal Pocket Standard Lighters) กับ ไฟแช็คชนิดใช้แล้วทิ้งประเภทเด็กไม่สามารถเล่นได้ (Disposal Pocket Child-Resistant Lighters) เป็นสินค้าที่ไม่มีความแตกต่างกัน และในส่วนของผู้บริโภคขั้นท้ายสุด แม้ว่าไฟแช็คชนิดใช้แล้วทิ้งประเภทเด็กไม่สามารถเล่นได้จะมีหน้าที่ในการใช้งานที่มีความปลอดภัยมากกว่าก็ตาม แต่โดยลักษณะหน้าที่แล้วมีความเหมือนกัน และการคาดหวังจากการใช้ประโยชน์จากสินค้าดังกล่าวก็ยังมีเหมือนกัน และหากในกรณีที่ไม่มีการคำนึงถึงคำสั่งห้ามมิให้มีการนำเข้าไฟแช็คชนิดใช้แล้วทิ้งประเภทมาตรฐานของ CPSC (Consumer Product Safety Commission)¹⁹² แล้ว ไฟแช็คทั้งสองประเภทก็จะมีช่องทางในทางการค้าเดียวกัน (channel of commerce)

นอกจากนี้ ในบางกรณีที่คำร้องอาจระบุถึงประเภทของสินค้าในลักษณะกว้างๆ ITC ก็อาจแบ่งแยกประเภทสินค้าออกเป็นหลายประเภทสินค้าซึ่งในการแบ่งแยกเป็นรายกลุ่มสินค้า และในแต่ละกลุ่มดังกล่าวนั้นจะถือว่าเป็นสินค้าประเภทเดียวกันของแต่ละกลุ่ม การดำเนินงานดังกล่าวจะเป็นผลให้มีความเกี่ยวข้องกับหลายอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกา และมีคำตัดสินหลายคำตัดสินในการฟ้องร้องเดียว ในทางข้อกฎหมายแล้วการต่อสู้เพื่อให้มีการแยกกลุ่มสินค้าออกนั้น บางครั้งจะส่งผลในทางบวกที่เป็นการหลีกเลี่ยงคำตัดสินในเรื่องของความเสียหายสำหรับสินค้าที่ได้มีการผลิตในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น ในกรณีที่สินค้าประเภทกระดาษ 2 ชนิดคือ กระดาษสีแดง และกระดาษสีฟ้า หากการนำเข้าเป็นการนำเข้าเฉพาะกระดาษสีแดง แต่อุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาผลิตเพียงกระดาษสีฟ้า ดังนั้น โดยหลักการแล้ว หากผู้นำเข้าสามารถที่จะทำการแสดงต่อ ITC ได้ว่ากระดาษสีแดง และกระดาษสีฟ้า นั้นเป็นสินค้าคนละประเภทกัน ดังนั้นการนำเข้ากระดาษสีแดงก็ไม่อาจทำความเสียหายให้กับอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ผลิตกระดาษสีฟ้าได้ และในทางกลับกัน ก็จะเป็นไปไม่ได้ว่าในการนำเข้ากระดาษสีแดงจะเป็นการนำเข้าที่สร้างความเสียหายให้กับอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตกระดาษสีแดงในประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากไม่มีการผลิตกระดาษสีแดงในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเอง¹⁹³

¹⁹⁰ "Disposal Pocket Lighters From Thailand v. United States," *Federal Register* 6, No.51(March 1995) : 14285.

¹⁹¹ "Disposal Pocket Lighters From Thailand v. United States," *Federal Register* 6, No.51 : 14285.

¹⁹² ในคดีนี้จำเลย (ประเทศไทย) มีการกล่าวอ้างว่าในบัญชีแยกประเภทสินค้าของ CPSC กำหนดหลักเกณฑ์ให้ไฟแช็คชนิดใช้แล้วทิ้งประเภทมาตรฐาน (Disposal Pocket Standard Lighters) กับ ไฟแช็คชนิดใช้แล้วทิ้งประเภทเด็กไม่สามารถเล่นได้ (Disposal Pocket Child-Resistant Lighters) เป็นสินค้าที่ควรพิจารณาแยกจากกันเป็นคนละประเภท และกำหนดห้ามมิให้นำเข้า ให้ไฟแช็คชนิดใช้แล้วทิ้งประเภทมาตรฐาน (Disposal Pocket Standard Lighters)มายังประเทศสหรัฐอเมริกา (See, Diversified Product Cooperation versus United States, 582 F. Supp. 887 CIT, 1983)

¹⁹³ Willkie Farr & Gallagher, *U.S. International Trade Commission Injury Determinations in Anti-Dumping Investigation*. p.8-9.