

## ANTI-DUMPINGONDERSOEKE

### *International Trade Administration Commission v South African Tyre Manufacturers Association [2011] ZASCA 137*

#### 1 INLEIDING

Die Internasionale Handelsadministrasiewet 71 van 2002 (hierna die Handelswet) maak voorsiening vir spesiale maatreëls in die vorm van anti-dumpingregte wat ingestel kan word teen produkte wat in die Republiek of in die Suider-Afrikaanse Doeanegedone gebied gedump word en skade aan die plaaslike bedryf veroorsaak (a 56 van die Doeanegedone- en Aksynswet 91 van 1964, hierna “die Doeanewet”), saamgelees met reg 8, 13 en 16 van die Anti-Dumpingregulasies.) Dumping word gedefinieer as “die inbring van goedere in die handel van die Republiek of die Gemeenskaplike Doeanegedone teen ’n uitvoerprys in artikel 32(2)(a) beoog wat laer is as die normale waarde, soos omskryf in artikel 32(2), van daardie goedere” (a 1 van die Handelswet). Normale waarde word gedefinieer as “die vergelykbare prys betaal of betaalbaar in die normale loop van handel vir soortgelyke goedere bestem vir verbruik in die land van uitvoer of land van oorsprong” (a 32(2)(b)(i) van die Handelswet). Waar inligting rakende dusdanige binnelandse prys in die uitvoerland ontbreek, mag die normale waarde bepaal word aan die hand van (a 32(2)(b)(ii)(aa)) die berekende normale waarde of (a 32(2)(b)(ii)(bb)) die hoogste uitvoerprys van ’n vergelykbare produk na ’n derde land). Die Internasionale Handelsadministrasiekommissie (hierna die “Kommissie”) is verantwoordelik vir alle aspekte van anti-dumpingondersoeke (a 16(1)(a) van die Handelswet) buiten die instel van voorlopige betalings en finale anti-dumpingregte, wat onderskeidelik deur die Kommissaris van die Suid-Afrikaanse Inkomstediens (op versoek van die Kommissie) (a 57A(1) van die Doeanewet) en die Minister van Finansies (op versoek van die Minister van Handel en Nywerheid) ingestel word (a 56(1) van die Doeanewet, saamgelees met a 55(2)(a) van die Doeanewet). Suid-Afrika is ook op internasionale vlak gebonde aan die Wêreldhandelsorganisasie (WTO) se Anti-Dumpingooreenkoms (*Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*). Sien *Chairman, Board on Tariffs and Trade v Breco* 2001 4 SA 511 (HHA); *AEL v ITAC* saak no 15027/2006 (T) (ongerapporteer); *International Trade Administration Commission v South African Tyre Manufacturers Conference* [2011] ZASCA 137 par 7; *International Trade Administration Commission v SCAW South Africa (Pty) Ltd* saak no. CCT 59/09

[2010] ZACC 6 par 2; *Progress Office Machines v SARS* 2008 (2) SA 13 (SCA) par 6; *South African Tyre Manufacturers Conference (SATMC) v International Trade Administration Commission (ITAC)* saak no. 45302/2007 (T) (ongerapporteer) par 6).

## 2 WETGEWING EN INSTELLINGS

Suid-Afrikaanse anti-dumpingwetgewing bestaan reeds sedert 1914 (a 8(1) van die Doeanetariëwet 26 van 1914; Basson *Ontwrigtende mededinging* (1980 proefskrif Unisa) 94; Brink *Anti-dumping and countervailing investigations* (2002) 2; *Report of the interdepartmental committee on dumping* (1975) 2). Gedurende die sewentiger jare is dumping vanaf nie-markeconomieë ondervang deur die gebruik van “formuleregte” ingevolge waarvan die doeanereg betaalbaar bepaal is deur ’n verwysingsprys in Wes-Europa (Raad op Tariewe en Handel verslae (hierna “Raadsverslae”) 1846–1977 Jaarverslag (1978); 1985 – Asetielsalisielsuur (1980); 2009 – Bromosil (1981); 2273 – Vinielasetaatmonomeer (1984); 2619 – Tapse Rollaers (1988) en 2794 – Buis- en Pyptoebehore (1989); Brink (2002) 4; Brink *A theoretical framework for South African anti-dumping law* (2004 proefskrif Unisa) 22). Let daarop dat daar geen definisie van ’n nie-markeconomie bestaan nie en dat daar in alle lande ’n mate van staatsingryping plaasvind. In *SATMC v ITAC* par 25 bevind die hof egter dat sodra daar genoegsame staatsingryping bestaan om vryemarkpryse in die ekonomie of ’n bepaalde nywerheid te onderdruk, daardie ekonomie of bedryf nie geklassifiseer kan word as ’n markeconomie vir doeleindes van ’n anti-dumpingondersoek nie (vir ’n algemene bespreking oor die Raad en die Kommissie se hantering van beweerde gedumpte uitvoere uit nie-markeconomieë voor 2006, sien Brink (2004) 792–805). Wetgewing bevat minstens sedert 1992 ’n spesifieke voorsiening om dumping uit nie-markeconomieë hok te slaan. In artikel 1(a) van die Raadswysigingswet 60 van 1992 is derhalwe daarvoor voorsiening gemaak dat dumping plaasvind indien bevind kan word dat die uitvoerprys van ’n land laer is as die uitvoerprys van enige ander land na Suid-Afrika. Alhoewel dit nie uit die wetgewing blyk nie, is hierdie artikel slegs toegepas ten opsigte van lande sonder ’n vryemarkeconomie, insluitend Sjina (Raadsverslae 3281 – skoffelpikke (1993); 3979 – Akriëkomberse (1998); en 4173 – Draad en kables (2002); en Kommissieverslae 22 – Boute en moere (2003) en 50 – Akriëveselmateriaal (2004)).

Na Suid-Afrika se toetreding tot die WHO in 1995 is die Raadswet gewysig (Raad op Tariewe en Handelwysigingswet 39 van 1995) onder andere om die definisie van normale waarde in pas te bring met die vereistes van artikel 2 die Anti-Dumpingooreenkoms. Laasgenoemde maak nie vir die bepaling van normale waarde in ’n nie-markeconomie op ’n ander basis as vir markeconomiese lande voorsiening nie, hoewel daar ’n bepaling in die Algemene Ooreenkoms op Handel en Nywerheid (AOTH) is wat bepaal dat waar ’n land ’n algehele of feitlik algehele monopolie oor handel in daardie land het en waar alle plaaslike pryse deur die staat bepaal word, dit moeilik mag wees om normale waardes ingevolge artikel VI.1 van die AOTH-ooreenkoms te bepaal en dat ’n streng vergelyking met plaaslike pryse in sulke lande nie noodwendig toepaslik mag wees nie (a VI.1 aanvullende nota 2 en a 2.7 van die Anti-Dumpingooreenkoms). Vervolgens is normale waarde gedefinieer as die prys waarteen die vergelykbare produk in die uitvoerland verkoop word, of indien dié prys nie bepaal kon word nie, óf die prys waarteen die vergelykbare produk na ’n derde

land uitgevoer is óf die saamgestelde prys van die vergelykbare produk wanneer bestem vir plaaslike verbruik in die uitvoerland (a 1(c) van die 1995 Wysigingswet). 'n Addisionele subartikel is ingevoeg om spesifiek voorsiening te maak vir die bepaling van die normale waarde in gevalle van invoer uit nie-markeconomieë (a 1(c) van die 1995 Wysigingswet).

In 2003 is die anti-dumpingbestel in Suid-Afrika verander met die stigting van die Kommissie wat die Raad vervang het. Nuwe wetgewing is gepromulgeer (die Handelswet) en klein, dog belangrike, wysigings is aangebring aan die definisie van normale waarde. Ten eerste lui die definisie nou dat die eerste opsie, die prys waarteen die vergelykbare produk in die uitvoerland verkoop word, nie slegs geïgnoreer mag word indien sodanige prys nie bestaan nie, maar ook indien daar nie inligting oor dusdanige prys beskikbaar is nie (a 32(2)(b)(i) van die Handelswet, saamgelees met die *chapeau* van a 32(2)(b)(ii)). Tweedens is die volgorde van die twee alternatiewe metodes vir die bepaling van die normale waarde verander en word daar nou eers na die saamgestelde prys en dan na die uitvoerprys na 'n derde land verwys. Laastens het die nuwe wet ook 'n spesifieke verwysing ingesluit rakende die berekening van normale waardes in gevalle waar die prys van die vergelykbare produk in die uitvoerland geaffekteer word deur staatsinmenging in die uitvoerland deur te bepaal dat indien

“die Kommissie, in die evaluering van 'n aansoek rakende dumping, tot die gevolgtrekking kom dat die normale waarde van die betrokke goedere as gevolg van regeringsingryping in die land van uitvoer of land van oorsprong, nie bereken is volgens vryemarkbeginsels nie, kan die Kommissie die normale waarde van daardie goedere, bepaal ten opsigte van 'n derde of plaasvervangerland, ten opsigte van die goedere toepas” (a 32(4) van die Handelswet).

In November 2003 is Anti-Dumpingregulasies gepromulgeer om uitvoering te gee aan die Handelswet (kennisgewing N3197 in SK 25684 van 14 November 2003). Die Regulasies maak spesifiek daarvoor voorsiening dat, in gevalle waar artikel 32(4) van die Handelswet toegepas moet word, die normale waarde óf bereken mag word op die basis van die normale waarde bepaal in 'n derde of plaasvervangerland (reg 8(14)(a)), óf op die basis van die kostes en winste van die uitvoerder bepaal op die basis van die inseteenhede van die maatskappy en op die basis van markverwante pryse van sodanige insette, hetsy in die uitvoerland of in 'n derde of plaasvervangerland (reg 8.14(b) saamgelees met reg 8.15). Die regulasies maak ook daarvoor voorsiening dat waar 'n plaaslike bedryf 'n bewering staaf dat artikel 32(4) van die Handelswet van toepassing is, dit normale waarde inligting mag indien op die basis van regulasies 8.14 en 8.15, dit wil sê op die basis van waardes in 'n derde of plaasvervangerland (reg 8.16). Nóg die Handelswet nóg die Regulasies maak enige verdere voorsiening vir die bepaling van die normale waarde in of die hantering van nie-markeconomieë.

In Augustus 2006 het Suid-Afrika en Sjina 'n Memorandum van Verstandhouding onderteken (*SATMC v ITAC* par 25) waarin voorsiening gemaak word vir die erkenning van Sjina as 'n markeconomie onderhewig aan die bepalings van 'n Rekord van Verstandhouding wat tussen die lande onderteken sou word (a 3.2 van die Memorandum). Die Memorandum voldoen aan die vereistes vir 'n internasionale ooreenkoms, naamlik dat dit beskryf kan word as 'n geskrewe ooreenkoms tussen state onderhewig aan internasionale reg (Olivier “The status of international law in South African municipal law: Section 231 of the 1993 Constitution” 1993/1994 *SAYIL* 1 5; Botha “Treaty making in South Africa: A reassessment” 2000 *SAYIL* 69). In *SATMC v ITAC* word aangedui dat beide partye saamgestem het dat die Memorandum van Verstandhouding 'n geldige

internasionale ooreenkoms daarstel (par 25). Dit skep dus internasionale verpligtinge in hierdie verband (a 26 Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969). Die relevante gedeelte van die Memorandum bepaal dat Suid-Afrika in Junie 2004 die mark-ekonomiese bestel van Sjina erken het en dat 'n Rekord van Verstandhouding aangegaan sal word om Suid-Afrika se erkenning in hierdie verband te implementeer (a 3.2(a) van die Memorandum) en om 'n meganisme te skep vir anti-dumpingsamewerking tussen die ondersoekliggame in die twee lande implementeer (art 3.2(b)). Die Memorandum self verleen egter nie mark-ekonomiese status aan Sjina nie aangesien "[it] is not couched in such terms that it gives legislative recognition of a free market economy to the PRC" (*SATMC v ITAC* par 25).

Die Rekord van Verstandhouding is kort na die Memorandum van Verstandhouding op 18 September 2006 onderteken, maar voldoen nie aan die vereistes van 'n internasionale ooreenkoms nie omrede dit onderteken is deur beamptes van twee staatsinstellings eerder as deur die Minister. Regter Hartzenberg dui ook aan dat beide partye saamgestem het dat die Rekord van Verstandhouding nie 'n internasionale ooreenkoms daarstel nie (*SATMC v ITAC* par 25). Dit skep dus geen internasionale verpligtinge nie en kan nie in Suid-Afrika afgedwing word nie (Michie "The provisional application of treaties in South African law and practice" 2005 *SAYIL* 1). Ingevolge die Rekord van Verstandhouding mag anti-dumpingondersoeke teen Sjina steeds geïnisieer word op grond van 'n alternatiewe metode, soos toegelaat deur die WHO, waar inligting oor pryse in Sjina nie gereadig beskikbaar is nie of waar die Suid-Afrikaanse bedryf nie kan bepaal of verkope op die Sjinese mark in die normale loop van handel gemaak is nie (par "Initiation" van die Rekord). Die probleem met hierdie bepaling is dat die WHO Ooreenkoms vir geen alternatiewe metodes voorsiening maak nie en die Rekord van Verstandhouding dus onuitvoerbaar is. Die Rekord van Verstandhouding bepaal voorts dat 'n onderskeid getref moet word tussen die inisiëring en verdere fases van 'n ondersoek (par "Minute their Discussions as follows" van die Rekord) en dat Sjinese uitvoerders na inisiëring geleentheid gebied sal word om inligting in te dien met betrekking tot hulle plaaslike verkoopspryse en die koste van produksie van die onderhawige produk (par "Preliminary and final phases" van die Rekord). Die Kommissie het dan die verantwoordelikheid om te bepaal of dusdanige verkope in die normale loop van handel gemaak is. Laastens word dit ooreengekom dat die vraelys wat aan Sjinese maatskappye uitgereik word identies sal wees aan die vraelys wat aan uitvoerders in ander lande uitgereik word. Die Rekord van Verstandhouding is slegs van toepassing gemaak op ondersoeke en hersienings geïnisieer na die ondertekening daarvan (par "Current Investigations" van die Rekord).

Alvorens daar oorgegaan kan word na die toepassing van hierdie wetgewing en reëls in 'n anti-dumpingondersoek, moet sekere gebreke in die Rekord van Verstandhouding uitgewys word. Ten eerstens maak die WHO glad nie voorsiening vir enige alternatiewe metode om die normale waarde in 'n land te bepaal nie. Beide die Algemene Ooreenkoms op Handel en Nywerheid (AOTH) (a VI.1(a)) en die Anti-Dumpingooreenkoms (a 2.1) maak slegs voorsiening vir die bepaling van die normale waarde op die basis van plaaslike verkope in die uitvoerland en, waar daar nie genoegsame verkope van die vergelykbare produk in die normale loop van handel in die uitvoerland was nie, op die basis van óf die uitvoerprys na 'n derde land óf die saamgestelde normale waarde. Die hoofbepaling van die Rekord van Verstandhouding is derhalwe ongeldig of

onmoontlik om aan uitvoering te gee. Ten tweedens bepaal die Rekord van Verstandhouding dat uitvoerders na inisiëring die geleentheid gebied word om binnelandse verkoopspryse en koste van produksie van die “onderhawige produk” voor te lê. Die “onderhawige produk” is egter die uitgevoerde produk en die verwysing moes gelui het die “vergelykbare” produk. Geen verkope van die “onderhawige produk” kan ooit in die uitvoerland plaasvind nie. Derdens is dit foutief om die koste van produksie van die onderhawige produk te bepaal, ten dele omrede die koste van die “vergelykbare” produk bepaal moet word en ten dele omrede die koste wat bepaal moet word nie slegs produksiekoste nie, maar “koste van produksie van die goedere in die land van oorsprong wanneer die goedere vir plaaslike verbruik bestem is, plus ’n redelike toevoeging vir verkoopkoste, vir algemene en administratiewe koste en vir wins” moet insluit (a 32(2)(b)(aa) van die Handelswet). Daarbenewens is die amptelike weergawe nooit deur die Sjinese verteenwoordiger onderteken nie, het die nodige getuies nie die Ooreenkoms geteken nie en die Suid-Afrikaanse verteenwoordiger het die Ooreenkoms op die “18de dag van 2006” onderteken terwyl dit deur die Sjinese op 18 September 2006 onderteken is.

### 3 DEFINISIES

In Julie 2005 het die SATMC ’n anti-dumpingaansoek geloods namens sy lede waarin beweer is dat sekere voertuigbande uit Sjina gedump word en skade aan die Suid-Afrikaanse bedryf veroorsaak. Na ’n meriete-oorweging het die Kommissie op 28 Oktober 2005 ’n anti-dumpingondersoek ingevolge artikel 32(4) van die Handelswet, met Sjinese Taipei as surrogaatland, geïnisieer (kennisgewing 1913 in SK 28150 (28-10-2005)). Dit is derhalwe duidelik dat nóg die Memorandum van Verstandhouding nóg die Rekord van Verstandhouding van toepassing was omrede beide dokumente eers ná inisiëring van die ondersoek onderteken is.

Geen van die Sjinese uitvoerders het die inisiëring op die basis van artikel 32(4) bevraagteken nie en geen inligting is deur enige party ingedien om aan te dui dat dit in werklikheid onder mark-ekonomiese omstandighede handel gedryf het nie. Gedurende die voorlopige ondersoek het die SATMC ingevolge die Anti-Dumpingregulasies (reg 5.1) ’n mondeling aangevra om sekere inligting direk aan die kommissarisse eerder as die ondersoekbeamptes voor te lê. Tydens die mondeling het die SATMC spesifieke inligting ingedien oor nie-marke-ekonomiese omstandighede – nie net in die algemeen oor Sjina of oor die bande-bedryf nie, maar spesifiek oor drie van die vier samewerkende uitvoerders (inligting op die openbare lêer van die ondersoek). Die Kommissie het verder per brief aangedui dat die plaaslike verkope van een uitvoerder, Aeolus, nie in ag geneem sou word nie omrede dit ’n staatsonderneming was (*SATMC v ITAC* par 13.11). Die Kommissie se finale verslag bevat egter geen verwysing na enige ondersoek wat gedoen is om te bepaal of die uitvoerders onder mark-ekonomiese omstandighede handel gedryf het nie en dui slegs aan dat plaaslike verkope in Sjina in die “normale loop van handel” plaasgevind het (Kommissieverslag 210 14, 20, 25, 30, 34 en 40). Dit behels egter ’n totaal ander toets.

Die “normale loop van handel-toets” bepaal of verkope grotendeels winsgewend plaasgevind het (reg 8.2(a)), of sodanige verkope aan onverwante partye plaasgevind het (reg 8.2(b)) en of verkope in kommersiële volumes gemaak is (reg 8.2(c)). Die mark-ekonomietoets, aan die ander kant, bepaal of daar sodanige staatsingryping in die ekonomie was dat die plaaslike verkoopspryse nie as realisties aanvaar kan word nie, ongeag of dit in die normale loop

van handel plaasgevind het. Ten spyte van die Kommissie se brief waarin aangedui is dat Aeolus se plaaslike verkope nie in ag geneem sou word nie (sien *SATMC v ITAC* par 13.11), is dié uitvoerder se plaaslike pryse in beide die voorlopige en finale ondersoeke in ag geneem (Kommissieverslae 182 13 en 210 14).

In 'n brief van die Kommissie (gedateer 5 September 2010 en beskikbaar op die openbare lêer) in reaksie op voorleggings namens die SATMC merk die Kommissie op dat “your comments in par 3.3 are not a correct interpretation of the Commission’s treatment of Chinese exporters in anti-dumping investigations. Although investigations are initiated on the basis of an economy with government intervention, *exporters that respond* are afforded individual treatment” (eie nadruk). Die brief stel dit dus duidelik dat die Kommissie outomaties mark-ekonomiese status verleen aan uitvoerders wat saamwerk en dat geen ondersoek ingevolge artikel 32(4) gedoen word nie. Onder andere as gevolg van hierdie besluit, bevind die Kommissie dat geen dumping vanaf Sjina plaasgevind het van die samewerkende uitvoerders nie en dat die dumping deur die ander uitvoerders nie genoegsaam was om 'n kousale verband te skep tussen dumping van Sjina en die plaaslike bedryf se skade nie. Dit dien daarop gelet te word dat die Kommissie artikel 32(4) van die Handelwet toegepas het met betrekking tot alle uitvoerders wat nie in die ondersoek saamgewerk het nie. Die SATMC het die Kommissie se besluit om verkope in Sjina in ag te neem op hersiening geneem voor die Hoë Hof.

#### 4 BEVINDING VAN DIE HOË HOF

Die vraag rondom die bepaling van die normale waarde in gevalle waar die plaaslike bedryf beweer dat pryse in die uitvoerland deur staatsingryping geaffekteer word, is in diepte oorweeg in *SATMC v ITAC*.

Tydens die verhoor het die Kommissie beweer dat hulle die nie-mark-ekonomiese status van Sjina en die bedryf ondersoek het, maar die Kommissie kon tydens die hofspraak geen verwysing ter staving van hulle bewerings voorlê nie. Die hof het toestemming verleen dat die Kommissie na afloop van die verhoor die nodige verwysings kon indien om hulle bewerings te staaf, maar hoewel die Kommissie verskeie verwysings voorsien het, het regter Hartzenberg bevind dat geen van die verwysings na mark-ekonomiese status verwys het nie (*SATMC v ITAC* par 33), maar eerder na verkope in die normale loop van handel (a 32(2)(b) van die Handelwet, saamgelees met reg 8.2), wat 'n ander toets is.

In die alternatief het die Kommissie beweer dat hulle geen regsplig gehad het om die nie-markeekonomiese status van Sjina te ondersoek nie (*SATMC v ITAC* par 31). Die Kommissie se pleitverduideliking is daarop gebaseer dat die Handelwet spesifiek aandui dat normale waarde slegs op die basis van 'n plaasvervangerland gebaseer mag word indien die Kommissie bevind het dat die prys, as gevolg van staatsingryping in die uitvoerland, nie op vryemarkbeginsels gebaseer is nie en dat dit, selfs indien dit sou bevind dat vryemarkbeginsels nie geld nie, diskresie het in die bepaling van die normale waarde (par 20). Die rede vir laasgenoemde is geleë in die feit dat die bepaling spesifiek voorhou dat die Kommissie die normale waarde op 'n ander manier “kan” bepaal “indien die Kommissie . . . tot die gevolgtrekking kom dat die normale waarde van die betrokke goedere as gevolg van regeringsingryping in die land van uitvoer . . . nie bereken is volgens vryemarkbeginsels nie” (a 32(4) van die Handelwet).

Regter Hartzenberg bevind egter dat

“[t]he most important aspect of ITAC’s investigation was to determine whether the economy of the exporting country is a free market economy or not. *Only if the conclusion was that it was a free market economy the next step in the exercise would have been to determine what the normal price in the ordinary course of trade business are . . . It does not mean however that ITAC is released of its duty to do a proper investigation*” (par 22, eie nadruk).

Die hof bevind verder dat indien die Kommissie ten spyte van ’n bevinding dat ’n land onder nie-vryemarkekonomiese omstandighede op die plaaslike prys vir die vergelykbare produk wil staatmaak, dit ’n plig het om die nodige aanpassings te maak deur die pryse te verhoog tot die mate van staatsingryping, mits dusdanige inligting geredelik beskikbaar is en dat dit onregverdig teenoor die plaaslike bedryf sou wees om nie alle vorms van staatsingryping in ag te neem nie, selfs ten opsigte van ingryping waarvoor inligting nie geredelik beskikbaar is nie (par 23). Dit sluit in dat aanpassings gemaak moet word vir arbeidskoste en dat “normale pryse” onder sulke omstandighede nie geag kan word vergelykbaar te wees met pryse in ’n vryemarke ekonomie nie.

Regter Hartzenberg bevind verder dat die Kommissie ’n regsplig gehad het om elke samewerkende uitvoerder te ondersoek om te bepaal of dit onder markekonomiese omstandighede handel gedryf het (par 29). Regter Hartzenberg vind dit onverstaanbaar dat die Kommissie in sy inisiëring van die ondersoek kon bevind dat die Sjinese bedryf onder nie-markekonomiese omstandighede handel gedryf het, dog ’n totaal ander bevinding kon maak in sy voorlopige en finale bevindinge sonder dat enige ander inligting voor hom geplaas is. Inderdaad het die Kommissie dan ook bevind dat Kenda en Kumho, twee uitvoerders wat nie behoorlik saamgewerk het tydens die voorlopige ondersoek nie, met die voorlopige besluit beskou moes word as synde handel te dryf onder nie-markekonomiese omstandighede. Die hof vind dit “ironies” dat die Kommissie bevind dat die hele Sjinese bedryf, insluitend die twee uitvoerders wat nie behoorlik saamgewerk het nie, onder nie-markekonomiese omstandighede handel gedryf het, terwyl dit bevind dat die ander vier vervaardigers onder mark-ekonomiese omstandighede handel dryf op grond van die felle mededinging in die hele bandebedryf in Sjina (par 30). Derhalwe bevind die hof dat dit logies sou wees om óf te bevind dat die ganse Sjinese mark sodanig deur staatsingryping geaffekteer is dat dit nie onder markekonomiese omstandighede handel gedryf het nie óf dat die ganse bedryf wel onder markekonomiese omstandighede handel gedryf het (par 30). Die hof bevind dat dit onmoontlik is om te begryp op welke grondslag bevind kan word dat vier vervaardigers in dieselfde bedryf wat onder dieselfde omstandighede besigheid bedryf bevind kan word onder vryemark beginsels handel te dryf en die ander 396 as synde onder nie-markekonomiese omstandighede handel te dryf. Die hof kritiseer ook die feit dat die twee uitvoerders wat eers in die finale ondersoek behoorlik saamgewerk het, skielik bevorder is tot handelende onder mark-ekonomiese omstandighede en dui aan dat dit ’n wesenlike effek op die Kommissie se besluit gehad het om nie anti-dumpingregte aan te beveel nie (par 30).

Regter Hartzenberg bevind dat waar *prima facie* inligting ingedien is om aan te dui dat ’n bedryf in ’n land onder nie-markekonomiese omstandighede handel dryf, die Kommissie ’n plig het om daardie bewerings en inligting behoorlik te ondersoek en dat vrae gevra moet word oor die Kommissie se onwilligheid om die SATMC se bewerings te ondersoek (par 32). Die hof gaan so ver as om voor te stel dat die onbereidwilligheid die gevolg kan wees van die “cordial

relationship” tussen die Kommissie en sy eweknie in Sjina (par 32). Dit wil dus voorkom asof die Kommissie nie sy “bedmaat” wou benadeel deur ’n ondersoek te loods na die nie-markekonomiese bestel in Sjina nie.

Regter Hartzenberg bevind verder dat die weiering om ondersoek in te stel na staatsingryping in Sjina die Kommissie “in staat gestel het” om te bevind dat dumping nie plaasvind van die samewerkende uitvoerders nie en dat die weiering om behoorlik ondersoek in te stel na die staatsingryping in die Sjinese bandebedryf ’n wesentlike effek gehad het op die vraag of die plaaslike bedryf se skade deur dumping vanaf Sjina veroorsaak is (par 34). Derhalwe bevind die hof dat die Kommissie sy aandag aan die saak moet bestee en indien daar bevind word dat die Sjinese bandebedryf onder nie-markekonomiese omstandighede handel gedryf het, dit ’n plaasvervangerland se inligting sal moet gebruik of ’n ander logiese aanpassing sal moet maak om Sjinese pryse aan te pas by mark-ekonomiese pryse (par 38).

Die Hoë Hof se bevinding, hoewel korrek in meeste opsigte, kan nie onomwonde aanvaar word nie. Die bevinding dat dit onverstaanbaar is hoe daar ten opsigte van sekere uitvoerders ’n bevinding van markekonomiese status gemaak kan word, terwyl alle ander maatskappye bevind word om onder nie-markekonomiese omstandighede handel te dryf, is waar kritiek uitgespreek moet word. Die Kommissie was by magte om sodanige bevinding te maak juis omdat die ses spesifieke uitvoerders saamgewerk het en die ander nie. Dit impliseer derhalwe dat die ander uitvoerders nie die *prima facie* saak teen hulle weerlê het nie en daar op die inligting tot die Kommissie se beskikking beslis is. Derhalwe kon die Kommissie ook sy beslissing tydens die finale ondersoek verander ten opsigte van die twee uitvoerders wat nie tydens die voorlopige ondersoek na behore saamgewerk het nie, maar wel hulle volle samewerking in die finale ondersoek gegee het. Dit beteken egter ook dat die Kommissie spesifiek moes ondersoek instel of die ses samewerkende uitvoerders die *prima facie* saak dat hulle onder nie-markekonomiese omstandighede handel gedryf het, weerlê het, maar dit is nooit gedoen nie en die regter se beslissing in hierdie verband is dus korrek.

## 5 APPËLHOFUITSPRAAK

Die Kommissie het die saak op appèl geneem (*International Trade Administration Commission v SA Tyre Manufacturers Conference (738/2010)* [2011] ZASCA 137 (23 September 2011) (hierna *ITAC v SATMC*)) en aangevoer dat die Hoë Hof gefouteer het deur te bevind dat die Kommissie ’n regsplig had om die nie-markekonomiese status van individuele uitvoerders te ondersoek, asook dat die Kommissie se bevinding dat hierdie maatskappye onder mark-ekonomiese omstandighede opgetree het irrasioneel en onredelik was.

Die Kommissie self het aangevoer dat daar met betrekking tot die nie-samewerkende uitvoerders op Taiwaneese pryse staatgemaak is om die marge van dumping te bepaal omrede hierdie uitvoerders nie die *prima facie* saak teen hulle weerlê het nie (par 10 van die Kommissie se hoofde van argument). Hierdie kan dus gesien word as ’n erkenning dat daar ’n bewyslas op die uitvoerders gerus het, iets wat nooit deur die Appèlhof in ag geneem is nie.

Die Kommissie voer verder aan dat die Hoë Hof gefouteer het in die oorweging van artikel 32(4) van die Handelswet en voer aan dat die vraag nie is of die uitvoerders daarvan beskuldig word dat hulle onder nie-markekonomiese



omstandighede handel dryf nie, maar of hulle pryse in die plaaslike mark bepaal is deur markekonomiese beginsels en, indien nie, of dit die gevolg is van staatsinmenging. Slegs indien die Kommissie sodanige bevinding gemaak het, mag dit homself op artikel 32(4) beroep en dan het dit steeds diskresie om dit nie te doen nie (par 12.1 van die Kommissie se hoofde van argument). Die Kommissie argumenteer verder dat sy diskresie baie wyd en onbeperk (“very wide and ‘free’, ‘unfettered’ or ‘unguided’”) is (par 18 van die Kommissie se betoogshoofde).

In die Appèlhof se oorweging van die aangeleentheid., verwerp Harms WP heel eerste Sjina se Protokol van Toelating tot die WHO deur aan te dui dat dit nie deel van internasionale reg vorm nie (*ITAC v SATMC* par 18). Hy kom tot die gevolgtrekking ten spyte daarvan dat hy met goedkeuring na *Progress Office Machines v SARS* 2008 2 SA 13 (SCA) par 5 verwys waarin bevind word dat die WHO en al die ooreenkomste daaronder deel vorm van internasionale reg (*ITAC v SATMC* par 6). Sjina se Protokol vorm egter deel van die WHO Ooreenkoms waartoe alle lidlande, insluitend Suid-Afrika, verbind is. Hierdie fout is wesenlik, omrede artikel 15 van die Protokol ander WHO-lidlande spesifiek magtig om normale waarde vir Sjinese uitvoerders op ander metodes te bereken en aandui dat daar ’n regsplig op die uitvoerders rus om te bewys dat hulle onder markekonomiese omstandighede optree. Hierdie bewyslas was die kruks van die hele saak en die foutiewe sienswyse van Harms WP het ’n kritieke rol gespeel in die Appèlhof se uiteindelijke bevinding.

Harms WP verwys verder daarna dat die SATMC versuim het om in hulle oorspronklike aansoek voor die Kommissie aan te voer dat die uitvoerders onder nie-markekonomiese omstandighede opgetree het en kritiseer hulle daarvoor (*ITAC v SATMC* par 20). In die proses verloor hy egter sig van die feit dat die eintlike probleem, indien daar een was, lê by die Kommissie se vraelys, wat nougeset deur die SATMC voltooi is. Die vraelys vereis bloot dat ’n surrogaatland aangewys word indien die aansoeker van mening is dat die pryse in die uitvoerland deur staatsinmenging beïnvloed word, maar vereis geen verdere inligting in hierdie verband nie. Daar dien op gelet te word dat die Kommissie se vraelys verouderd is en nog steeds (selfs in 2013) geen verwysings na die regulasies vervat wat al in 2003 gepromulgeer is nie, maar steeds verwys na die artikels van die Anti-Dumpingooreenkoms. Die volgende fout is dat Harms WP bevind dat die inisiëringkennisgewing glad nie aandui dat die ondersoek ingevolge artikel 32(4) van die Handelswet geloods is nie, ten spyte daarvan dat die Staatskoerantkennisgewing pertinent aangedui het dat die ondersoek geloods is op die basis dat die uitvoerders nie onder markekonomiese omstandighede handeldryf nie. Geen ander afleiding kan dus gemaak word as dat die ondersoek ingevolge artikel 32(4) geloods is nie, wat ook in lyn is met hoe vorige ondersoeke waarin die finale verslag aangedui het dat die bevinding ingevolge artikel 32(4) gemaak is, geloods is. ’n Nog groter fout word begaan as die Appèlhof bevind dat die inligting op grond waarvan die ondersoek geloods is, ook kon verwys na inligting onder artikel 32(2)(b)(ii)(bb) van die Handelswet, dus die uitvoerprys na ’n derde land. Hierdie bevinding toon egter ’n wanbegrip vir die inligting wat voor die Kommissie gedien het en speel ’n deurslaggewende rol in die foutiewe beslissing deur die Appèlhof. Artikel 32(4) verwys na die normale waarde in ’n derde of surrogaatland bepaal, terwyl artikel 32(2)(b)(ii)(bb) verwys na die uitvoerprys van die land wat ondersoek word na ’n derde land. Geen inligting rakende uitvoerpryse van Sjina na derde lande is ooit voor die

Kommissie geplaas of deur die Kommissie oorweeg nie. Hierdie verwarring lei dus tot 'n beslissing wat beide op foutiewe "inligting" staatmaak en neerkom op 'n dwaling van die regsbeginsel. Vervolgens, hoewel Harms WP verwys na die inligting wat die SATMC ingedien het ter ondersteuning van hulle argument dat die uitvoerders onder nie-markekonomiese omstandighede handel dryf (*ITAC v SATMC* par 26), en hoewel hy bevind dat die Kommissie 'n regsplig het om 'n bevinding te maak op die feite voor hom (par 27), bevind hy dan dat daar geen regsplig op die Kommissie rus om hierdie inligting in ag te neem nie (par 27). Dit kom in wese neer op die negering van die bedryf se reg tot billike administratiewe handeling.

Die Appèlhof bevind verder dat die ses samewerkende uitvoerders die bewyslas weerlê het en bewys het dat hulle onder markekonomiese omstandighede opgetree het, ten spyte daarvan dat hulle geen inligting in hierdie verband ingedien het nie, hoewel maatskappy-spesifieke inligting tot die teendeel ingedien en nooit weerlê (of eens na verwys is) nie, en hoewel daar geen aanduiding is in die Kommissie se verslae dat enige van die inligting wat die bedryf in hierdie verband ingedien het ooit deur die Kommissie oorweeg is nie.

In wese bevind die Appèlhof dus dat, ongeag watter inligting die bedryf aan die Kommissie voorlê ter staving van 'n bewering dat die uitvoerders onder nie-markekonomiese omstandighede optree, die Kommissie geen ag hoef te slaan op dusdanige inligting nie. In die proses negeer die Appèlhof dus artikel 6(2)(e)(iii) van die Wet op Administratiewe Geregtigheid (3 van 2000), artikel 32(4) van die Handelwet en regulasies 8.14 tot 8.16 van die Anti-Dumpingregulasies. Geen aansoeker sal dus ooit weer op hierdie Handelwetartikel of regulasies kan staat maak nie.

Die Appèlhof maak in die proses die deur oop vir Sjinese uitvoerders om met wesenlike staatsondersteuning vanaf die Sjinese regering skade aan die Suid-Afrikaanse mark te berokken sonder enige moontlike optrede teen hulle.

## 6 SJINA EN TOEKOMSTIGE ANTI-DUMPINGONDERSOEKE

Dit blyk duidelik uit die Handelwet (a 32(4)), Sjina se Protokol en die Rekord van Verstandhouding dat daar 'n regsplig op die Kommissie rus om die vraag of daar staatsingryping in 'n bedryf in die uitvoerland was, te ondersoek indien die plaaslike bedryf bewerings in dié verband maak en stawende dokumentasie indien (*SATMC v ITAC* par 38), asook dat daar 'n weerleggingslas op die uitvoerders rus om die teendeel te bewys.

Die Kommissie se sienswyse en optrede staan lynreg in stryd hiermee, maar is nou goedgekeur deur die Appèlhof. Dit het tot gevolg dat in alle toekomstige ondersoeke die Kommissie outomaties sal aanvaar dat, buiten vir inisiëringsdoeleindes, plaaslike pryse in Sjina gebruik moet word as normale waarde – sonder dat enige aanpassing gedoen word om te bepaal tot welke mate dusdanige pryse deur staatsingryping geaffekteer is. Bowendien sal geen party bereid wees om hom tot die Hoë Hof te wend nie aangesien dié nou gebonde is aan die Appèlhof se beslissing.

Vir die plaaslike bedryf beteken dit dat hulle in baie gevalle sal moet sluit omdat hulle nie teen pryse sal kan meeding wat abnormaal laag is as gevolg van huidige en vorige staatsingryping in Sjina nie. Dit druis lynreg in teen die regering se beleid om werk te skep, ten spyte daarvan dat die Kommissie se plig

juis is om ekonomiese groei en ontwikkeling te bevorder, insluitend deur die skep van werksgeleenthede. In hierdie opsig bepaal die Handelswet dat

“[d]ie oogmerk van hierdie Wet is om ekonomiese groei en ontwikkeling te bevorder ten einde inkomste te verhoog en investering en indiensneming in die Republiek en binne die Gemeenskaplike Doeanegebied te bevorder deur die instelling van ’n doeltreffende en effektiewe stelsel vir die administrasie van internasionale handel behoudens hierdie Wet en die SADU-ooreenkoms”.

Hierdie Appèlhofbeslissing, wat moontlik tot die verlies van duisende werksgeleenthede sal lei, bevestig die dringende behoefte aan gespesialiseerde handelshowe asook die behoefte daaraan om ’n tribunaal soortgelyk as die Mededingingstribunaal te skep om die Kommissie se beslissings te hersien.

G BRINK

*Universiteit van Pretoria*