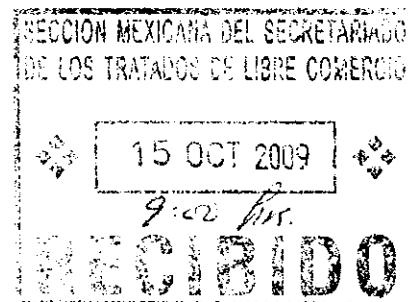


34/18

DECISIÓN DEL PANEL BINACIONAL CONFORME A LO DISPUESTO POR EL
ARTÍCULO 1904 DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL
NORTE.

DECISIÓN
EN EL CASO DE LA REVISIÓN DE LA RESOLUCIÓN
FINAL DE LA INVESTIGACIÓN ANTIDUMPING SOBRE
LAS IMPORTACIONES DE MANZANAS ORIGINARIAS
DE LOS ESTADOS UNIDOS
Caso: MEX-USA-2006-1904-02

PANEL
Gabriela Aldana Ugarte
Christian Raúl Natera Niño de Rivera
Morton Pomeranz
Mark R. Sandstrom
Ricardo Ramírez Hernández (Presidente)



15 de Octubre, 2009

[Handwritten signatures and initials]

INDICE

I.	DEFINICIONES.....	3
II.	INTRODUCCIÓN.....	5
III.	COMPETENCIA.....	5
IV.	CRITERIO DE REVISIÓN.....	5
V.	ANTECEDENTES	6
VI.	CONCLUSIONES.....	7
A.	Reclamación procesal: Representación Legal de los productores mexicanos.....	7
B.	El Periodo de Investigación utilizado por la AI	9
1.	Los periodos de investigación utilizados durante el procedimiento.....	10
2.	El criterio aplicable en casos en los que la información y los datos no son contemporáneos. 11	
3.	Posibilidad que la AI actualizara la información.	13
4.	Si hubo algún intento por actualizar la información.	14
5.	Conclusión.	15
C.	Resolución de Inicio.....	16
D.	Resolución Preliminar.....	16
E.	Reclamaciones relacionadas con la Resolución Final.....	17
1.	Plazo para publicar la Resolución Final.....	17
2.	Reclamaciones sustantivas.....	19
F.	Otras Reclamaciones.....	20
1.	Petición de costos de producción a exportadores.....	20
2.	Acceso a Información Confidencial.....	22
3.	Visita de verificación.....	24
4.	Margen de dumping.....	25
5.	Práctica administrativa.....	26
6.	Cálculo y Pago de Cuotas Compensatorias.....	27
7.	Participación de UNCIEPA en el procedimiento.....	28
VII.	ORDEN DEL PANEL.....	30

I. DEFINICIONES.

Para efectos de esta decisión, a menos que se disponga otra cosa, se entenderá por:

AA significa el Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles aduaneros y comercio de 1994 de la OMC.

AI significa la Autoridad Investigadora, esto es, la Secretaría de Economía, específicamente la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales.

CFF significa Código Fiscal de la Federación.

DOF significa Diario Oficial de la Federación.

Estados Unidos significa Estados Unidos de América.

Fallo(s) judicial(es) significa la sentencia emitida por el Primer Tribunal de Circuito en materia administrativa el 28 de Octubre de 2003 y la sentencia dictada por el Juez Noveno de Distrito el 14 de Febrero de 2005 que deja sin efectos la resolución final.

GATT significa el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles de 1947.

Investigación original significa la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas de mesa de las variedades Red Delicious y Golden Delicious, mercancía comprendida en la fracción arancelaria 0808.10.01 de la entonces Tarifa de la Ley del Impuesto General de Importación, originarias y procedentes de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia cuya resolución final se publicó en el DOF el 12 de agosto de 2002.

LCE significa Ley de Comercio Exterior, publicada en el DOF el 27 julio de 1993, vigente a partir del 28 de julio del mismo año, con sus reformas.

México significa los Estados Unidos Mexicanos.

NFE significa la Northwest Fruit Exporters.

OMC significa la Organización Mundial del Comercio.

Panel significa el Panel establecido conforme al Artículo 1904 del TLCAN para la revisión de la Resolución Final de la Investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas originarias de los Estados Unidos.

PdI significa el periodo de investigación utilizado por la AI.

Reglas de Procedimiento: significan las reglas de procedimiento del artículo 1904, Revisión ante un Panel Binacional del TLCAN.

Resolución de Inicio o Resolución Inicial significa la resolución de inicio de la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas de mesa de las variedades red delicious y golden delicious, mercancía comprendida en la fracción arancelaria

0808.10.01 de la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación, originarias y procedentes de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia, por la que se da cumplimiento a la sentencia dictada el 28 de octubre de 2003 por el Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, en el Toca R.A. 431/2003-5523, relativo al Juicio de Amparo 1183/2002 promovido por Northwest Fruit Exporters, publicada en el DOF el 26 de mayo de 2005.

Resolución Final o Resolución Final de la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas originarias de Estados Unidos significa la resolución final de la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas de mesa de las variedades red delicious y sus mutaciones y golden delicious, mercancías clasificadas en la fracción arancelaria 0808.10.01 de la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación, originarias de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia, investigación cuya reposición se realizó en cumplimiento de la sentencia dictada el 28 de octubre de 2003 por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, amparo 1183/2002, publicada en el DOF el 2 de noviembre de 2006.

Resolución Preliminar significa la resolución preliminar de la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas de mesa de las variedades red delicious y golden delicious, mercancía comprendida en la fracción arancelaria 0808.10.01 de la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación, originarias y procedentes de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia, por la que se da cumplimiento a la sentencia dictada el 28 de octubre de 2003 por el Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, en el Toca R.A. 431/2003-5523, relativo al Juicio de Amparo 1183/2002 promovido por Northwest Fruit Exporters, publicada en el DOF el 29 de septiembre de 2005.

RLCE significa Reglamento de la Ley de Comercio Exterior, publicado en el DOF el 30 de diciembre de 1993, vigente a partir del 31 de diciembre del mismo año.

TFJFA significa Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

TLCAN significa el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, celebrado entre los gobiernos de Canadá, Estados Unidos y México, vigente a partir del 1 de enero de 1994.

UNCIEPA significa la Unión Nacional de Comerciantes Importadores y Exportadores de Productos Agrícolas.

UNIFRUT significa la Unión Agrícola Regional del Estado de Chihuahua, A.C.

II. INTRODUCCIÓN

1. Este Panel binacional se estableció de conformidad con el artículo 1904 del TLCAN para revisar la Resolución Final de la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas originarias de Estados Unidos. El Panel se integró el 20 de julio de 2007. Tres de los panelistas nombrados originalmente renunciaron por lo que el Panel se integró con su composición actual el 6 de agosto de 2008.

III. COMPETENCIA

2. El Panel es competente para revisar la Resolución Final de la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas originarias de Estados Unidos en virtud de que dicha resolución se emitió por una autoridad investigadora competente y la misma califica como una resolución definitiva, en términos del artículo 1904 y anexo 1911 del TLCAN.

IV. CRITERIO DE REVISIÓN

3. Conforme al artículo 1904(3) del TLCAN, un panel binacional debe aplicar "los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911 y los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la Parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente". De esta manera, en una revisión antidumping realizada en México, el panel debe aplicar el criterio de revisión y los principios generales de derecho que aplicaría el TFJFA al revisar una resolución final de la Secretaría de Economía.

4. El término "criterio de revisión" se define en el anexo 1911 del TLCAN. Dicha disposición establece un criterio de revisión distinto para cada una de las Partes del TLCAN. Para el caso de México, el anexo 1911 dispone que el criterio de revisión aplicable será: "el criterio establecido en el Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente".

5. Es importante hacer notar que el artículo 238 del CFF fue sustituido por el artículo 51 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso y Administrativo, publicada en el DOF el 1 de diciembre de 2005 y que entró en vigor el 1 de enero de 2006¹.

¹ **ARTÍCULO 51.-** Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

6. En resumen, este Panel debe examinar y aplicar el criterio de revisión que establece el TLCAN para México y limitar estrictamente su revisión a los hechos e información contenidos en el expediente del caso.

V. ANTECEDENTES

7. El 4 de diciembre de 1996, UNIFRUT solicitó el inicio de una investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas de mesa de las variedades red delicious y sus mutaciones y golden delicious.

8. El 6 de marzo de 1997, la AI inició la investigación.

9. El 1 de septiembre de 1997, la AI emitió una resolución preliminar en la cual impuso una cuota compensatoria provisional del 101.1% .

10. El 25 de marzo de 1998, los productores y exportadores de los Estados Unidos alcanzaron un compromiso de precios. En consecuencia, el procedimiento se suspendió.

11. El 9 de agosto de 2002, la AI publicó una resolución por la que terminó el compromiso de precios.

12. El 12 de agosto de 2002, la AI emitió la resolución final mediante la que impuso una cuota compensatoria definitiva del 46.58 % a todas las importaciones de cualquier exportador, excepto aquellas realizadas por las empresas exportadoras Price Cold Storage & Packing Company Inc. y Washington Fruit and Produce Co. Para dichas exportadores la cuota compensatoria aplicable fue del 0 % (investigación original).

13. El 3 de enero de 2003, el Juez Noveno de Distrito confirmó la resolución de la AI.

14. El 3 de septiembre de 2003, NFE promovió un juicio de amparo en contra de dicha resolución.

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto.

15. El 28 de octubre de 2003, el Primer Tribunal de Circuito en materia administrativa revocó la sentencia del Noveno Juez de Distrito y concedió el amparo a NFE.

16. El 14 de febrero de 2005, el Juez Noveno de Distrito dejó sin efecto la resolución final.

17. El 26 de mayo de 2005, la AI publicó la resolución por la que se dio cumplimiento a la sentencia dictada por el tribunal colegiado, declarando nulo el procedimiento, exclusivamente para la NFE y sus miembros. En la misma resolución, la AI inició una investigación antidumping con respecto a NFE.

18. El 29 de septiembre de 2005, la AI emitió la Resolución Preliminar mediante la cual impuso cuotas compensatorias provisionales de la siguiente manera:

- 10.53% para importaciones originarias de la empresa Allan Bros Incorporated.
- 0% para importaciones originarias de la empresa Price Cold Storage and Packing Co., Inc.
- 2.01% para importaciones originarias de la empresa Zirkle Fruit Co.
- 44.67% para importaciones hechas por el resto de los agremiados de NFE.

19. El 2 de noviembre de 2006, la AI emitió la Resolución Final mediante la que impuso cuotas compensatorias definitivas de la siguiente manera:

- 6.40% para importaciones provenientes de la empresa Price Cold Storage and Packing Company, Inc.
- 8.04% para importaciones provenientes de la empresa Ralph E. Broetje.
- 30.79% para importaciones provenientes de la empresa Stadelman Fruit L.L.C.
- 31.19% para importaciones provenientes de la empresa Dovex Fruit Co.
- 47.05% para importaciones provenientes de Northern Fruit Co. Inc y el resto de los agremiados de NFE.

VI. CONCLUSIONES

A. RECLAMACIÓN PROCESAL: REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS PRODUCTORES MEXICANOS

Reclamación

20. NFE objeta la falta de personalidad del representante legal de UNIFRUT. NFE sostiene que el poder notarial mediante el cual se acreditó como apoderado legal de los productores

mexicanos de manzana no era válido. De esta manera, de acuerdo a NFE, la resolución es ilegal toda vez que, al admitir un poder que contenía “dos deficiencias”², la AI “aplicó incorrectamente el párrafo II del Artículo 75 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior”.³

21. Por el contrario, la AI y UNIFRUT sostienen que UNIFRUT cumplió con la legislación aplicable. Asimismo, la AI y UNIFRUT sostienen que cualquier deficiencia que el poder notarial pudo haber tenido fue subsanada cuando se presentó una escritura complementaria supuestamente corrigiendo las mismas⁴. Finalmente, la AI sostiene que, en cualquier caso, no tiene facultades para pronunciarse sobre la nulidad o validez de un poder notarial. Según la AI, “los instrumentos notariales ofrecidos por la producción nacional de manzanas, son prueba plena”⁵.

22. El representante de NFE respondió que las deficiencias del instrumento notarial no podían haber sido subsanadas una vez que se inició la investigación.

Análisis del Panel

23. Comenzamos nuestro análisis con la fracción II del artículo 75 del RLCE:

La solicitud de parte interesada por la que se inicie una investigación administrativa en materia de prácticas desleales de comercio internacional, además de presentarse por escrito y de cumplir con los requisitos previstos en el artículo 50 de la Ley, se presentará con el formulario que expida la Secretaría, el que contendrá lo siguiente:

II. Nombre o razón social y domicilio del promovente y, en su caso, **de su representante acompañando los documentos que lo acrediten;** (*énfasis añadido*)

24. De acuerdo con este artículo, el representante legal, en este caso de la rama de producción nacional, debe acreditarse debidamente al momento de solicitar el inicio de una investigación. Los participantes discrepan en cuanto a si este poder fue debidamente otorgado por UNIFRUT a su representante o si una deficiencia en el otorgamiento de un poder puede ser subsanada en una etapa posterior de un procedimiento antidumping.

² De acuerdo al Memorial de NFE las dos deficiencias eran: 1) omisión de insertar en el texto de dicho documento el artículo 2453 del Código Civil para el Estado de Chihuahua y 2) omisión de mencionar la lista de asistentes en la asamblea general ordinaria de UNIFRUT. Memorial de NFE, páginas 39-41.

³ Página 53 del escrito por el que NFE da cumplimiento a la orden no. 2 del Panel. Respuestas de NFE a las preguntas hechas por el Panel.

⁴ Punto 63 inciso B y punto 111 inciso B de la Resolución Preliminar.

⁵ Memorial de la AI, párrafo 82.

25. Con base en lo anterior, el Panel debe resolver si el poder original era "deficiente" y, si éste era el caso, cuáles son las consecuencias que derivan, tomando en cuenta que UNIFRUT presentó una escritura complementaria que, aparentemente, las subsanó. El Panel solicitó precedentes relevantes emitidos por el TFJFA sobre esta cuestión. Ningún participante proporcionó al Panel precedentes que abordaran esta cuestión.

26. No obstante, el Panel observa que el tribunal que ordenó la reposición de la presente investigación confirmó la personalidad del representante legal de UNIFRUT. En dicho procedimiento, NFE interpuso la misma reclamación, la cual fue rechazada con base en el hecho de que no fue interpuesta ante la AI durante el procedimiento original.

27. Según el Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa:

[L]a autoridad responsable tuvo por acreditada la existencia jurídica de la asociación que presentó la solicitud de inicio del procedimiento administrativo de investigación antidumping, así como la personalidad de Enrique Bautista Parada, en su carácter de presidente del consejo directivo y como representante las asociaciones agrícolas locales de fruticultores que integran dicha asociación, con base en la documentación que le aportó la persona ahora tercera perjudicada con la referida solicitud, la cual no fue objetada en el momento oportuno por ninguna de sus contrapartes en dicha instancia, sino hasta ahora en la demanda de amparo, a través de argumentos que no fueron materia de la litis, pues en forma alguna la hoy quejosa cuestionó la personalidad de la tercera perjudicada, tan es así que la autoridad responsable no se pronunció al respecto...⁶

28. Con base en esta sentencia, el Panel considera que esta reclamación ya fue analizada por el tribunal que ordenó la reposición de la presente investigación. En consecuencia, con respecto a esta reclamación, el Panel confirma la resolución de la AI.

B. EL PERIODO DE INVESTIGACIÓN UTILIZADO POR LA AI

29. El Panel considera que una cuestión fundamental que debe ser abordada antes de analizar varias de las reclamaciones planteadas por NFE y UNCIEPA está relacionada con el PDI utilizado por la AI. El Panel abordará esta cuestión de la siguiente manera:

- En primer lugar, el Panel analizará cada uno de los periodos de investigación utilizados por la AI en esta investigación.

⁶ Sentencia dictada el 28 de octubre de 2003 por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en el Toca R.A. 43 I/2003-5523, relativo al juicio de amparo 1183/2002 promovido por NFE.

- En segundo lugar, el Panel examinará, si existe algún criterio aplicable para la revisión de información y datos que no son contemporáneos.
- En tercer lugar, el Panel analizará si era posible que la AI actualizara la información y datos.
- En cuarto lugar, el Panel examinará si hubo algún intento de la AI por actualizar los datos e información.
- En quinto lugar, con base en los elementos anteriores, emitirá una conclusión.

1. Los periodos de investigación utilizados durante el procedimiento.

30. Como se señaló en los antecedentes, la investigación en cuestión se inició el 26 de mayo de 2005. La Resolución Preliminar se emitió el 29 de septiembre de 2006 y la Resolución Final el 2 de noviembre de 2005. A continuación, analizaremos el PdI utilizado en cada una de estas resoluciones.

Resolución de Inicio

31. La Resolución Inicial tenía dos objetivos:

- Cumplir con un fallo judicial que dejó sin efecto todos los procedimientos aplicables a NFE y sus agremiados después del inicio de la investigación original;
- Reponer el procedimiento para NFE y sus agremiados.

32. Aunque esta resolución no establecía el PdI que se utilizó, la AI confirmó que el PdI utilizado fue del 1 de enero al 30 de junio de 1996⁷. Ninguno de los otros participantes cuestionó esto.

Resolución Preliminar

33. De acuerdo con el párrafo 18 de esta resolución, el PdI utilizado fue el PdI original, es decir, para el análisis de dumping del 1 de enero al 30 de junio de 1996 y para el análisis de daño del 1 de enero de 1994 al 30 de junio de 1996. La AI confirmó esto en respuesta a una pregunta del Panel⁸.

⁷ Memorial de la AI, párrafo 115.

⁸ Respuesta a la pregunta 11 hechas antes de la audiencia.

34. Sin embargo, en el párrafo 386 de esta resolución, la AI modificó el PdI para el análisis de dumping del 1 de enero de 2004 al 30 de junio de 2005 y para el análisis de daño del 1 de enero de 2002 al 30 de junio de 2005.

Resolución Final

35. En la Resolución Final, la AI incorporó la información presentada por los participantes para el nuevo PdI. La AI explicó:

Con base en lo anterior, la Secretaría consideró correcto basarse en la información de enero a diciembre de 1996 y de enero de 2004 a junio de 2005 para realizar el examen o análisis de discriminación de precios, daño y la relación causal, en la medida de lo posible, con información más reciente, sin menoscabo de evaluar los factores económicos pertinentes para efectos de la evaluación del daño dentro del contexto del ciclo económico y las condiciones de competencia específicas a la industria afectada, en términos de lo establecido en el artículo 65 del RLCE, tomando en cuenta las circunstancias particulares del presente procedimiento, que consiste en reponer una investigación antidumping solicitada en 1996⁹.

36. En síntesis, la AI:

- Utilizó los datos y la información proporcionada durante la investigación original, esto es, enero-junio de 1996 para el análisis de dumping y enero-junio de 1994, 1995 y 1996 para el análisis de daño, al emitir la Resolución Inicial y Resolución Preliminar de la nueva investigación.
- Requirió a los participantes actualizar la información y datos para la Resolución Final y, en consecuencia, permitió que los participantes presentaran información para un nuevo PdI, que iba del 1 de enero de 2004 hasta el 30 de junio de 2005 para el análisis de dumping y de enero de 2004 hasta junio de 2006 para el análisis de daño.

2. El criterio aplicable en casos en los que la información y los datos no son contemporáneos.

37. Varias reclamaciones presentadas por NFE y UNCIEPA con respecto a la ilegalidad de esta investigación por lo que toca a la determinación de dumping, daño y relación causal se basan o se encuentran estrechamente ligadas a los datos o información que utilizó la AI en sus resoluciones. En este sentido, muchas de ellas cuestionan expresamente que la información y

⁹ Resolución Final, párrafo 216.

datos que se utilizaron no eran contemporáneos toda vez que, en la mayoría de los casos, la información y datos tenían, por lo menos, 8 años de antigüedad.

38. Comenzamos nuestro análisis tratando de determinar, si existe algún criterio con base en el cual este Panel analice la información y datos utilizados por la AI en sus resoluciones, cuando dichos datos o información no son contemporáneos. Al respecto, nos encontramos frente a una investigación “*sui generis*” por ser el resultado de un fallo judicial que obligó a la autoridad a reponer el procedimiento. Por ello, una cuestión fundamental es la validez de la información y datos que utilizó la AI.

39. Encontramos una guía útil en el siguiente informe del Órgano de Apelación de la OMC, que abordó precisamente la evaluación del PDI con respecto a una investigación antidumping realizada en México¹⁰:

Coincidimos con México en que la antigüedad del período de investigación utilizado no es per se una violación del párrafo 1 del artículo 3. No obstante, a nuestro juicio, el Grupo Especial no estableció ese principio, por cuanto sus constataciones se refieren a las circunstancias concretas del presente caso. El Grupo Especial estaba convencido de que, en este caso concreto, se había establecido la presunción *prima facie* de que la información utilizada por la Secretaría de Economía no facilitaba indicaciones fiables de daño presente y, en consecuencia, no cumplía el criterio relativo a las pruebas positivas establecido en el párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo Antidumping*. El Grupo Especial llegó a esta conclusión basándose en varios factores. Aunque atribuyó importancia a la existencia de un desfase de 15 meses entre el final del período de investigación y la iniciación de la investigación y de casi tres años entre el final del período de investigación y la imposición de los derechos antidumping definitivos, esos desfases temporales no fueron las únicas circunstancias que el Grupo Especial tuvo en cuenta. El Grupo Especial, en su labor de evaluación de los hechos, atribuyó importancia a otros factores: i) el período de investigación elegido por la Secretaría de Economía fue el propuesto por el solicitante; ii) México no demostró que hubiera problemas prácticos que exigieran este período concreto de investigación; iii) no se estableció que no fuera posible actualizar la información; iv) no se hizo ningún intento de actualizar la información; y v) México no dio ninguna razón -excepto que generalmente México acepta el período de investigación propuesto por el solicitante- por la que no se recabó información más reciente. Así pues, para llegar a la conclusión de que se había establecido una presunción *prima facie*, el Grupo Especial no sólo se basó en la antigüedad del período de investigación, sino también en esas otras circunstancias. A la luz de la evaluación general de esas otras circunstancias realizada por el Grupo Especial como órgano encargado de la evaluación de los hechos, aceptamos que un desfase de 15 meses entre el final del período de investigación y la iniciación de la investigación y de casi tres años entre el final del período de investigación y la imposición de derechos antidumping definitivos puede suscitar serias dudas acerca de la existencia de un nexo suficientemente pertinente entre los datos relativos al período de investigación y el daño presente. En consecuencia, no tenemos ninguna razón para alterar la evaluación del Grupo

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación en México - *medidas antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz*, WT/DS295/AB/R, 29 de noviembre de 2005.

Especial en el sentido de que se había establecido una presunción *prima facie* de violación del párrafo 1 del artículo 3. (*énfasis añadido*)¹¹

40. Este informe confirma la importancia de que este Panel evalúe las circunstancias particulares por las que la AI decidió utilizar el PdI. En particular:

- Si era posible que la AI actualizara la información o si los fallos judiciales ordenaron que la AI utilizara un PdI en particular; y
- Si hubo algún intento por actualizar la información.

3. Posibilidad que la AI actualizara la información.

41. Coincidimos que, conforme al artículo 65 y el segundo párrafo del Artículo 76 del RLCE¹², la AI tiene facultad para establecer y modificar el PdI. Sin embargo, dicha discreción no puede ser ilimitada.

A. LA AI RECONOCIÓ LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA INFORMACIÓN Y DATOS.

42. La AI consideró que era necesario modificar el PdI para efectos de actualizar la información. En respuesta a una pregunta del Panel, la AI señaló:

En estricto cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 65 y 76 del RLCE, la autoridad tuvo que actualizar la información para la determinación de *dumping*, daño y su relación causal.¹³

Debido a las particularidades atípicas del caso, era necesario analizar lo ocurrido tanto en el periodo investigado original como en el periodo

¹¹ Informe del Órgano de Apelación en México - *medidas antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz*, WT/DS295/AB/R, 29 de noviembre de 2005, párrafo 167.

¹² **ARTICULO 65.-** La Secretaría deberá evaluar los factores económicos descritos en el artículo anterior dentro del contexto del ciclo económico y las condiciones de competencia específicas a la industria afectada. Para tal fin, los solicitantes aportarán la información de los factores e indicadores relevantes y característicos de la industria considerando por lo menos tres años previos a la presentación de la solicitud, incluyendo el periodo investigado, salvo que la empresa de que se trate se haya constituido en un lapso menor. Asimismo, los productores nacionales solicitantes o las organizaciones que los representen aportarán estudios económicos, monografías, literatura técnica y estadísticas nacionales e internacionales sobre el comportamiento del mercado en cuestión, o cualquier otra documentación que permita identificar los ciclos económicos y las condiciones de competencia específicas a la industria afectada.

ARTICULO 76.- La investigación sobre prácticas desleales de comercio internacional versará sobre la existencia de discriminación de precios o de subvención y el daño causado o que pueda causarse a la producción nacional. Comprenderá un periodo que cubra las importaciones de mercancías idénticas o similares a las de la producción nacional que puedan resultar afectadas, que se hubiesen realizado durante un periodo de por lo menos seis meses anterior al inicio de la investigación.

El periodo de investigación a que se refiere el párrafo anterior podrá modificarse a juicio de la Secretaría por un lapso que abarque las importaciones realizadas con posterioridad al inicio de la investigación. En este caso, las resoluciones que impongan cuotas compensatorias provisionales o definitivas estarán referidas tanto al periodo original como al periodo ampliado.

¹³ Respuesta a las preguntas hechas antes de la audiencia, página 36.

transcurrido hasta la orden del poder judicial de reponer el caso. Por eso fue necesario llevar a cabo un análisis a la luz de las condiciones específicas de competencia, como lo prevé el artículo 65 del RLCE.¹⁴

43. Además en el párrafo 213 de la Resolución Final, en su memorial¹⁵ y en respuesta a una pregunta hecha por el Panel¹⁶, la AI justifica la modificación del PdI con base en la recomendación del Comité de Antidumping de la OMC (G/ADP/6) relativa al periodo de investigación, adoptada el 5 de mayo de 2000.

44. De esta manera, la AI reconoció la necesidad de actualizar la información y datos para emitir su resolución.

B. LOS FALLOS EN RELACIÓN CON EL PdI.

45. En virtud de que esta investigación derivó de fallos judiciales, el Panel analizó si dichos fallos solicitaron u ordenaron que la AI adoptara alguna acción concreta con respecto al PdI.

46. A la luz de los mismos, el Panel puede concluir que no se impuso a la AI obligación alguna con respecto al PdI. En respuesta a una pregunta del Panel sobre el particular, todos los participantes confirmaron esta conclusión.

47. Por lo anterior, la AI pudo haber modificado el PdI en cualquier etapa de la investigación e incluso pudo haberla terminado en la etapa preliminar si la información o datos no eran suficientes para sustentar una determinación positiva de dumping, daño o relación causal.

4. Si hubo algún intento por actualizar la información.

48. No obstante la clara intención por actualizar la información y datos¹⁷, el Panel está confundido por el enfoque adoptado por la AI. De una revisión de la Resolución Final, el Panel concluye que la AI utilizó datos e información de tres periodos de tiempo distintos.

49. En algunos casos, la AI utilizó un PdI de 8 años. Por ejemplo, en el párrafo 542, en el análisis de productividad, la AI utilizó datos e información con base en un periodo que iba de 1997 a 2005. La AI siguió el mismo enfoque, por ejemplo, en los párrafos 531, 539, 540, 556, 557 y 559.

¹⁴ Respuesta a las preguntas hechas antes de la audiencia, página 39.

¹⁵ Memorial de la AI, párrafo 277.

¹⁶ Respuesta a las preguntas hechas antes de la audiencia, página 41.

¹⁷ Resolución Preliminar, párrafo 386.

50. En otros casos, la AI utilizó datos del PdI de la investigación original. Por ejemplo, en los párrafos 532, 536 y 544.

51. Finalmente, la AI utilizó "el nuevo" PdI en otras partes de su análisis. Por ejemplo, con respecto a salarios en el párrafo 541.

52. Para abonar a esta confusión, la Resolución Final señala en su párrafo 471:

... Después de habersele brindado oportunidad a las partes interesadas, incluyendo a los miembros de NFE y UNIFRUT para manifestar lo que a su derecho conviniese, no se aportaron datos económicos que modificaran los utilizados en la resolución preliminar, en congruencia con ello, es importante señalar que para efectos de la presente investigación serían aplicables *mutatis mutandi* los argumentos y pruebas descritos en los puntos 284 a 378 de la resolución preliminar, en lo concerniente al análisis de daño, amenaza de daño y causalidad

...

53. El Panel recuerda que en la Resolución Preliminar sólo se utilizaron datos e información del PdI que se utilizó en la investigación original. Por ello, con base en esta aseveración, todo indica que cuando no obtuvo información o datos actualizados, la AI "llenó dicho vacío" con información y datos obtenidos en la investigación original. Esto es, con información y datos que tenían, por lo menos, 8 años de antigüedad¹⁸.

5. Conclusión.

54. De esta manera, el Panel considera que no obstante que la AI reconoció la necesidad de actualizar la información e incluso llevó a cabo acciones en tal sentido, en varios casos la información y los datos utilizados tenían, por lo menos, 8 años de antigüedad. Al respecto, el Panel considera que, conforme a cualquier criterio, "un vacío" de 8 años no puede constituir un "nexo suficientemente pertinente" entre los datos relativos al PdI y una determinación actualizada de dumping, daño y relación casual.

55. Con base en lo anterior, el Panel no puede llevar a cabo una evaluación de la Resolución final en tanto **toda la información y los datos sean actualizados utilizando el nuevo PdI establecido por la AI en el párrafo 386 de su Resolución Preliminar**. Por lo tanto, el Panel emitirá una orden de devolución en este sentido y aplazará su evaluación de las reclamaciones relacionadas con la determinación de dumping, daño y relación causal.

¹⁸ El Panel planteó varias preguntas a la AI sobre esta cuestión. La AI no proporcionó a este Panel una respuesta clara. Respuestas a preguntas 15, 16, 17, 18 y 19.

C. RESOLUCIÓN DE INICIO.

Reclamaciones

56. NFE presenta dos reclamaciones con respecto al inicio de la investigación. En general, NFE sostiene que la Resolución Final viola los artículos 40 de la LCE, 62 del RLCE y 5.3 del AA dado que la AI no analizó, antes de publicar la resolución de inicio, que había importadores que también eran parte de la rama de producción nacional.¹⁹ NFE también afirma que la AI inició sin pruebas positivas suficientes del daño, porque utilizó información incompleta debido a que el análisis de daño sólo incluyó 6 meses de 1994, 1995 y 1996²⁰.

Análisis del Panel

57. Comenzamos nuestro análisis con la Resolución de Inicio. Como ya se señaló, el origen de esta investigación es una sentencia emitida por un tribunal que ordenó dejar sin efecto la resolución final y todas los demás actos con respecto a los miembros de NFE desde la fecha en que se actualizó la violación a la ley mexicana. Entendemos que este fallo se basa en una sentencia de un tribunal que determinó que se violó la ley mexicana debido a que no era competente el funcionario que emitió la notificación a los miembros de NFE de la Resolución Inicial.

58. A fin de cumplir con este fallo, la AI tuvo que reponer todo los actos desde la fecha en que la violación ocurrió, es decir, **después de que la resolución de inicio fue publicada.**

59. Basado en lo anterior, este Panel considera que la reposición del procedimiento no aplicaba a la Resolución Inicial. Sin embargo, este Panel considera que todas las acciones después del inicio de la investigación tuvieron que ser compatibles con la ley antidumping mexicana.

60. Por lo anterior, este Panel confirma la resolución de inicio.

D. RESOLUCIÓN PRELIMINAR.

Reclamaciones

61. NFE presenta tres reclamaciones con respecto a la información y los datos en los cuales se basa la Resolución Preliminar.²¹

¹⁹ Memorial de NFE, páginas 42-47.

²⁰ Memorial de NFE, páginas 53-56.

²¹ Memorial de NFE, páginas 68-79.

- La primera reclamación consiste en que la AI violó los artículos VI (2) del GATT, 3 del AA, y 76 del RLCE, al emitir la resolución con información que tenía, por lo menos, 8 años de antigüedad.
- La segunda reclamación consiste en que la AI violó el artículo 3 del AA al emitir la Resolución Preliminar utilizando sólo 6 meses de 1994, 1995 y 1996.
- La tercera reclamación consiste en que la AI violó el Artículo VI del GATT, 3 del AA y 76 del RLCE al utilizar el nuevo PdI junto con el PdI de la investigación original.

62. La justificación de la AI consiste básicamente en señalar que la información fue actualizada cuando, con base en el párrafo 386 de la Resolución Preliminar, la AI modificó el PdI.

Análisis del Panel

63. Todos los participantes coinciden en que la información y datos sobre daño que utilizó la AI para emitir su Resolución Preliminar provenían de la investigación original. Por lo tanto, como ya se analizó, no entendemos cómo la información o datos que tenían aproximadamente 8 años de antigüedad, podrían sustentar, utilizando cualquier criterio razonable, una determinación positiva de daño. También somos conscientes del hecho de que los fallos judiciales no ordenaron a la AI utilizar un PdI en particular.

64. Por estas razones, concluimos que la Resolución Preliminar violó los artículos VI (2) del GATT, 3 del AA y 76 del RLCE.

65. Finalmente, con respecto a la tercera reclamación en el sentido que la AI violó los artículos VI del GATT, 3 del AA y 76 del RLCE al utilizar el nuevo periodo de investigación junto con el PdI de la investigación original. Esta cuestión ya fue analizada en la parte introductoria de nuestras conclusiones y nos pronunciaremos sobre la misma en nuestra orden de devolución.

E. RECLAMACIONES RELACIONADAS CON LA RESOLUCIÓN FINAL.

1. Plazo para publicar la Resolución Final.

Reclamación

66. NFE sostiene que la resolución final es ilegal toda vez que la AI excedió el tiempo establecido por la LCE (260 días) para publicar la resolución final²². UNCIEPA presenta la misma reclamación²³.

67. La AI reconoce que se excedió en el plazo establecido por la LCE. Sin embargo, sostiene que los demandantes deben demostrar que tal demora les afectó. Además, la AI argumenta que el AA contempla un periodo más largo para emitir la Resolución Final.

Análisis de Panel

68. Comenzamos nuestro análisis con el artículo 59 de la LCE. El artículo 59 dispone que:

Dentro de un plazo de 210 días, contados a partir del día siguiente de la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la resolución de inicio de la investigación, la Secretaría dictará la resolución final. A través de esta resolución, la Secretaría deberá:

I. Imponer cuota compensatoria definitiva;

II. Revocar la cuota compensatoria provisional. o

III. Declarar concluida la investigación sin imponer cuota compensatoria.

La resolución final deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación y posteriormente notificarse a las partes interesadas de que se tenga conocimiento.

69. En este caso, la Resolución de Inicio se publicó el 18 de mayo de 2005 y la Resolución Final se publicó el 2 de noviembre de 2006. Claramente, la AI se excedió del plazo establecido por la LCE. También estamos conscientes que conforme al AA, que forma parte de la legislación antidumping mexicana, el periodo establecido para realizar una investigación en el artículo 5.10 es de un año o, en todo caso, “un plazo de 18 meses”.

70. El Panel también tiene conocimiento de una jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia en la cual determinó que la AI puede excederse del periodo establecido por la LCE²⁴.

²² Memorial de NFE, páginas 47-53.

²³ Memorial de UNCIEPA, páginas 20-31.

²⁴ Consultar: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV*, Novena Época, Tesis de jurisprudencia 2a./J. 39/2007, Marzo de 2007, pág. 300. “CUOTAS COMPENSATORIAS. LA FACULTAD PARA EMITIR LA RESOLUCIÓN FINAL EN EL EXAMEN DE SU VIGENCIA, NO CADUCA CUANDO SE DICTA FUERA DEL PLAZO DE 220 DÍAS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 89 F, FRACCIÓN IV, DE LA LEY DE COMERCIO EXTERIOR.”

71. Es importante hacer notar que el asunto sobre el cual versó la jurisprudencia citada era un examen de vigencia de cuota compensatoria, en el que la AI, conforme a la LCE, dispone de un plazo de 220 días para dictar su resolución final.

72. En respuesta a una pregunta hecha por el Panel en la que solicitó el punto de vista de los participantes sobre esta jurisprudencia, el argumento principal de NFE para distinguir la misma del caso que nos ocupa fue que las medidas eran diferentes.

73. Al analizar la jurisprudencia, el razonamiento de la Suprema Corte no se basa en las particularidades de un procedimiento de examen de vigencia de cuotas compensatorias (a diferencia de una investigación original). Más bien, su razonamiento se basa en una cuestión general relacionada con la naturaleza de los procedimientos de prácticas desleales de comercio que resulta igualmente aplicable tanto a un examen de vigencia como a una investigación original. Por ello, el hecho de que ambas medidas sean diferentes no constituye una base suficiente para que este Panel pueda distinguir las con respecto a esta reclamación en particular.

74. El párrafo 2 del artículo 1904 del TLCAN dispone que la función del Panel es examinar que una resolución final esté de conformidad “con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora”, y que tales disposiciones jurídicas incluyen “precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente”.

75. Por lo tanto, estamos obligados a seguir el criterio jurisprudencial establecido por la Suprema Corte de Justicia y, en consecuencia, confirmamos la Resolución Final con respecto a esta reclamación.

2. Reclamaciones sustantivas.

Reclamaciones

76. NFE presenta varias reclamaciones en relación con diversos aspectos de la resolución final:

- La AI violó los artículos 39, 41, 42 de la LCE, 59, 64, 65, 68, 69 del RLCE y 3 y 4 del AA en su análisis de daño.²⁵
- La AI violó los artículos 3 del AA y 39 de la LCE toda vez que la Resolución Final no se basó en pruebas positivas.²⁶
- La AI violó los artículos 3.5 del AA y 69 del RLCE al dejar de analizar otros factores diferentes de las importaciones en condiciones de dumping que podrían estar causando el daño.²⁷
- La AI violó los artículos VI del GATT, 32 de la LCE y 43 del RLCE al calcular márgenes de dumping con base en la información de dos periodos de investigación.²⁸
- La AI violó el artículo 6 del AA porque no tomó en cuenta la información presentada por varios exportadores.²⁹

Análisis de Panel

77. Como se discutió en la parte introductoria de nuestras conclusiones, una cuestión fundamental de esta controversia es la información y datos utilizados por la AI al emitir sus resoluciones. En consecuencia, este Panel no puede pronunciarse con respecto a estas reclamaciones, en tanto se actualice toda la información y los datos, por lo que nos remitimos a nuestra orden de devolución.

F. OTRAS RECLAMACIONES.

1. **Petición de costos de producción a exportadores.**

Reclamación

78. NFE sostiene que la resolución violó los artículos 32 de la LCE y 43 del RLCE, dado que la AI no debió haber solicitado datos de costos de producción a los exportadores, ya que estos datos sólo pueden ser solicitados a exportadores cuando la rama de producción nacional justifica que esa información es necesaria.³⁰

79. La AI sostiene que tiene facultades para solicitar información relevante y datos a exportadores de conformidad con los artículos 54 y 82 de la LCE.

²⁵ Memorial de NFE, páginas 98-144.

²⁶ Memorial de NFE, páginas 145-156.

²⁷ Memorial de NFE, páginas 158-161.

²⁸ Memorial de NFE, páginas 166-172.

²⁹ Memorial de NFE, páginas 177-181.

³⁰ Memorial de NFE, páginas 57-62 y 166-172.

Análisis de Panel

80. Comenzamos nuestro análisis con el artículo 32 de la LCE y 43 del RLCE. El artículo 32 de la LCE dispone:

Se entiende por operaciones comerciales normales las operaciones comerciales que reflejen condiciones de mercado en el país de origen y que se hayan realizado habitualmente, o dentro de un período representativo, entre compradores y vendedores independientes.

Para el cálculo del valor normal, podrán excluirse las ventas en el país de origen o de exportación a un tercer país si la Secretaría determina que dichas ventas reflejan pérdidas sostenidas. Se considerará como tales a las transacciones cuyos precios no permitan cubrir los costos de producción y los gastos generales incurridos en el curso de operaciones comerciales normales en un período razonable, el cual puede ser más amplio que el período de investigación.

Cuando las operaciones en el país de origen o de exportación a un tercer país que generen utilidades sean insuficientes para calificarlas como representativas, el valor normal deberá establecerse conforme al valor reconstruido.

81. El artículo 43 del RLCE establece:

Para efectos de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 32 de la Ley, el solicitante deberá aportar la información que justifique la exclusión correspondiente. En estos casos, la Secretaría podrá tener en cuenta el hecho que, durante el periodo de investigación, los precios de venta hayan sido excepcionalmente bajos o los costos y gastos excepcionalmente altos, debido a situaciones de carácter transitorio o coyuntural.

82. El Panel no puede concluir, basado en las disposiciones citadas por NFE, que la AI no tenga facultades para solicitar datos de costos de producción a exportadores. Asimismo, coincidimos con la interpretación de la AI en el sentido que los artículos 54³¹ y 82³² de la LCE otorgan una facultad general para solicitar la información que considere relevante.

³¹ **ARTÍCULO 54.-** La Secretaría podrá requerir a las partes interesadas los elementos probatorios, información y datos que estime pertinentes, para lo cual se valdrá de formularios que establezca la misma. De no satisfacerse el requerimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Secretaría resolverá conforme a la información disponible.

³² **ARTÍCULO 82.-** Las partes interesadas podrán ofrecer toda clase de pruebas excepto la de confesión de las autoridades, o aquéllas que se consideren contrarias al orden público, a la moral o a las buenas costumbres. La Secretaría podrá acordar, en todo tiempo, la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los hechos controvertidos. Además, la Secretaría podrá efectuar las diligencias que estime pertinentes para proveer la mejor información.

La Secretaría abrirá un período de alegatos con posterioridad al período de ofrecimiento de pruebas a efecto de que las partes interesadas expongan sus conclusiones.

Los acuerdos de la Secretaría por los que se admita alguna prueba no serán recurribles en el curso del procedimiento.

83. Con respecto específicamente a la petición de costos de producción, en respuesta a una pregunta hecha por el Panel durante la audiencia, la AI declaró que solicita estos datos en todos los casos³³. Por ello, no entendemos las razones por las que en este caso tal petición sería ilegal.

84. En consecuencia, confirmamos la Resolución Final con respecto a esta reclamación.

2. Acceso a Información Confidencial.

Reclamación

85. NFE afirma que la AI violó los artículos 6.2 del AA y 80 de la LCE ya que negó el acceso a parte del expediente de esta investigación.³⁴ En particular, la AI no permitió el acceso a NFE a la información confidencial presentada por otros miembros de NFE. Como base para negar dicho acceso, la AI señaló que no consideró relevante que NFE tuviese acceso a la información de otros miembros de NFE que participan en la investigación ya que tal información es de compañías que “persiguen el mismo fin, esto es, la conclusión de la investigación sin la imposición de cuotas compensatorias”³⁵.

86. La AI sostiene que negó el acceso toda vez que NFE no justificó correctamente su solicitud de acceso a esa información.

Análisis de Panel

87. Comenzamos nuestro análisis con los artículos 6.2 del AA y 80 de la LCE. El artículo 6.2 del AA dispone que:

Durante toda la investigación antidumping, todas las partes interesadas tendrán plena oportunidad de defender sus intereses.

88. A su vez, el artículo 80 de la LCE señala:

La Secretaría otorgará a las partes interesadas acceso oportuno para examinar toda la información que obre en el expediente administrativo para la presentación de sus argumentos. La información confidencial sólo estará disponible a los representantes legales acreditados de las partes interesadas, y a las personas físicas o morales que conforme a los tratados o convenios internacionales de los que México sea parte puedan tener acceso a la misma. En cualquier caso se deberá contar con autorización de la Secretaría. La información comercial reservada

³³ Transcripción de la Audiencia del panel en la página 77.(versión en español)

³⁴ Memorial NFE, páginas 63-68.

³⁵ Oficio UPCI.310.05.4642/2. contenido en volúmenes 013-13 (versión no confidencial) y 020-20 (versión confidencial). registro 560 del índice del expediente administrativo.

y la información gubernamental confidencial no estarán a disposición de ninguna de las partes interesadas.

Las personas autorizadas para acceder a la información confidencial no podrán utilizarla para beneficio personal y tendrán la obligación de tomar todas las medidas necesarias para evitar cualquier forma de divulgación de la misma. La contravención a este precepto será sancionada por las disposiciones de esta Ley, independientemente de las sanciones de orden civil y penal que procedieran.

Durante los procedimientos de investigación a que se refiere este título, a petición de las partes interesadas o de sus representantes, la Secretaría dará acceso oportuno a toda la información no confidencial contenida en el expediente administrativo de cualquier otra investigación, una vez transcurridos 60 días de la publicación de la resolución final correspondiente.

89. Ambas disposiciones se refieren a una cuestión elemental de debido proceso, esto es, al derecho que tiene una parte en un procedimiento a tener acceso a los argumentos y pruebas presentados por otras partes con fin de defender correctamente sus intereses. Todo esto cuidando debidamente cuestiones de confidencialidad.

90. En este caso, NFE cumplió con todos los requisitos previstos tanto en la LCE, como en el RLCE para tener acceso a toda la información contenida en el expediente. Durante la audiencia, la AI declaró que negó el acceso dado que consideró “que no existía la justificación suficiente por parte de la NFE para obtener acceso a esta información. Otro punto que tomaron en consideración es que la información, en teoría, si son los mismos exportadores, ellos deben de estar informados de la información que aportaron sus miembros, sus asociados.”³⁶

91. NFE justificó a la AI que requería acceso “para revisar la metodología e información que esa H. Autoridad utilizó para determinar un margen de discriminación de precios conforme a la mejor información disponible”³⁷.

92. Con base en lo anterior, se puede concluir que la única justificación de la AI para negar el acceso se relaciona con el hecho de que NFE “persigue el mismo fin” que los exportadores y que, por lo tanto, “ellos deben de estar informados de la información que aportaron sus miembros, sus asociados.”

93. El Panel no puede considerar este argumento como una justificación razonable y adecuada para negar el acceso al expediente.

³⁶ Transcripción de la Audiencia del panel en la página 48. (versión en español)

³⁷ Ver escrito de NFE del 22 de noviembre de 2005. Folio 0505522, contenido en volúmenes 013-13 (versión no confidencial) y 020-20 (versión confidencial). Registro 568 del índice del expediente administrativo.

94. Es una práctica normal el hecho que las partes que persiguen el mismo fin en una investigación antidumping estén representadas por abogados distintos y, por ello, no comparten toda la información. De esta manera, no resulta raro que las partes que “persiguen el mismo fin” no compartan la información debido a, por ejemplo, cuestiones de competencia. Por ello es que existe un mecanismo estricto para otorgar acceso al expediente confidencial.

95. En este procedimiento, NFE justificó su solicitud para tener acceso para entender el sustento de la determinación del margen de dumping, toda vez que dicho margen se determinó básicamente con base en la mejor información disponible. Dicha justificación parece razonable y la AI no estableció en el expediente ninguna justificación, además de la que ya se señaló, para negar el acceso a NFE.

96. Por lo tanto, el Panel considera que la AI violó los artículos 6.2 y 80 de la LCE al no otorgar acceso al representante de NFE a toda la información contenida en el expediente confidencial de esta investigación.

3. Visita de verificación.

Reclamación

97. NFE afirma que la AI violó el artículo 6.6 del AA dado que no realizó una visita de verificación para examinar la exactitud de la información presentada por la rama de producción nacional³⁸.

98. La AI argumenta que, conforme al artículo 175 del RLCE³⁹, ésta tiene la discreción de llevar a cabo visitas de verificación⁴⁰.

Análisis del Panel

99. Comenzamos nuestro análisis con el artículo 6.6 del AA:

³⁸ Memorial de NFE, páginas 157-158.

³⁹ **ARTÍCULO 175.-** La Secretaría podrá requerir la información, datos y documentos contables y de cualquiera otra índole a las partes interesadas, a efecto de verificar la veracidad de sus manifestaciones y declaraciones en el domicilio oficial de la Secretaría (*énfasis añadido*)

El visitado tendrá derecho a indicar si la información o datos que rinda o deba rendir a los visitantes es de carácter confidencial o comercial reservado, siempre que cumpla con las disposiciones previstas en este Reglamento.

Las disposiciones contenidas en los artículos 152 y 153 de este Reglamento se podrán cumplir en el curso de la visita o dentro del plazo a que se refiere la fracción VII del artículo 173 del mismo ordenamiento.

⁴⁰ Memorial de la AI, párrafos 415-429.

Salvo en las circunstancias previstas en el párrafo 8, las autoridades, en el curso de la investigación, se cerciorarán de la exactitud de la información presentada por las Partes interesadas en la que se basen conclusiones.

100. Al examinar esta disposición, no encontramos una obligación para la AI de realizar, en todos los casos, visitas de verificación. Además, NFE no presentó al Panel algún sustento con base en el cual, en esta investigación en particular, la autoridad debía verificar la información presentada por la rama de producción nacional.

101. Con base en lo anterior, el Panel confirma la Resolución Final con respecto a esta reclamación.

4. Margen de dumping.

Reclamación

102. NFE afirma que la AI violó los artículos 9.1 del AA, 62 de la LCE y 90 del RLCE toda vez que el margen de dumping debió haber sido menor que el que determinó la AI. NFE basa su reclamación en el hecho de que la AI no llevó a cabo el análisis previsto en el artículo 7.4 del AA.

103. La AI sostiene que determinó correctamente el monto de las cuotas compensatorias⁴¹.

Análisis de Panel

104. Comenzamos nuestro análisis con el artículo 7.4 del AA:

Las medidas provisionales se aplicarán por el periodo más breve posible, que no podrá exceder de cuatro meses, o, por decisión de la autoridad competente, a petición de exportadores que representen un porcentaje significativo del comercio de que se trate, por un periodo que no excederá de seis meses. Cuando las autoridades, en el curso de una investigación, examinen si bastaría un derecho inferior al margen de dumping para eliminar el daño, esos periodos podrán ser de seis y nueve meses respectivamente.

105. A pesar de que la Resolución Final señala en su párrafo 210 que la AI “examina si bastaría un derecho inferior al margen de dumping para eliminar el daño”, a pregunta expresa del Panel, la AI no pudo indicar en qué parte del expediente se encontraba este análisis. Por lo

⁴¹ Memorial de la AI, párrafos 448-469.

tanto, el Panel considera que la AI mantuvo cuotas compensatorias preliminares durante más de un año sin justificar tal extensión conforme al artículo 7.4 del AA.

106. No obstante lo anterior, la reclamación hecha por NFE ante este Panel no fue que la AI mantuvo cuotas compensatorias preliminares por un tiempo mayor al previsto por el artículo 7.4. Más bien, NFE sostiene que, como consecuencia de esta demora, la AI debió determinar un margen inferior de dumping.

107. No vemos que el incumplimiento de la obligación que establece el artículo 7.4 del AA derive automáticamente en una determinación de un margen inferior de dumping.

108. Por lo anterior, el Panel confirma la Resolución Final con respecto a esta reclamación.

5. Práctica administrativa.

Reclamación

109. UNCIEPA sostiene que la AI violó el artículo 1902.1 del TLCAN toda vez que no siguió ciertos precedentes administrativos⁴².

110. La AI argumenta que los precedentes citados por UNCIEPA no son aplicables a este caso⁴³.

Análisis de Panel

111. Comenzamos nuestro análisis con el texto del artículo 1902.1 del TLCAN:

Cada una de las Partes se reserva el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias a los bienes que se importen de territorio de cualquiera de las otras Partes. Se consideran disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias, según corresponda en cada Parte, las leyes pertinentes, los antecedentes legislativos, las reglamentaciones, la práctica administrativa y los precedentes judiciales.

112. De la lectura de este artículo, el Panel no encuentra o puede interpretar que exista una obligación para la AI de seguir la práctica administrativa. Dicha disposición únicamente se refiere al derecho de cada una de las Partes del TLCAN de aplicar sus leyes antidumping.

⁴² Memorial de UNCIEPA, páginas 35-50.

⁴³ Memorial de la AI, párrafos 557-570.

113. Con base en lo anterior, el Panel no emitirá una decisión con respecto a esta reclamación. El Panel desea aclarar que esta decisión no debe interpretarse como un precedente en relación con reclamaciones relacionadas con la práctica administrativa o con respecto a si una autoridad investigadora debe seguir o estar obligada por dicha práctica en un caso particular.

6. Cálculo y Pago de Cuotas Compensatorias.

Reclamación

114. UNCIEPA afirma que la AI violó el artículo 9.3 del AA en virtud de que el monto de la cuota compensatoria pagada por los importadores excede el margen calculado por la AI. UNCIEPA sostiene que, conforme a la ley aduanera, el monto de cuotas compensatorias adeudadas se calcula con base en el valor en aduana de la mercancía, mismo que incluye los gastos (por ejemplo, gastos de carga) incurridos en la importación de la mercancía a diferencia del monto de cuotas compensatorias calculado conforme al artículo 2 del AA⁴⁴.

115. La AI sostiene que la determinación del margen de dumping es congruente con el AA y la LCE⁴⁵.

Análisis de Panel

116. A nuestro parecer, es necesario distinguir claramente establecer una distinción clara entre el cálculo del margen y la determinación de cuotas compensatorias a ser pagadas en la frontera. UNCIEPA no cuestiona el cálculo del margen de dumping realizado por la AI. UNCIEPA reclama el método mediante el cual la aduana mexicana calculó las cuotas compensatorias adeudadas. En respuesta a una pregunta del Panel hecha durante la audiencia, el representante de UNCIEPA confirmó que su reclamación se basaba en una cuestión de valoración en aduana regulada por las leyes aduaneras y no por la LCE⁴⁶.

117. El Panel no tiene competencia para pronunciarse sobre esta reclamación. Las disposiciones en materia de determinación de cuotas compensatorias adeudadas previstas en la ley aduanera mexicana no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de una revisión por parte de un panel binacional, pues no constituyen disposiciones en las que un tribunal "podría basarse... para revisar una resolución definitiva", en términos del párrafo 2 del artículo 1904

⁴⁴ Memorial de UNCIEPA, páginas 57-65.

⁴⁵ Memorial de la AI, párrafos 582- 605.

⁴⁶ Transcripción de la Audiencia del panel en la página 19. (versión en español)

del TLCAN. Por lo tanto, este Panel no tiene competencia para pronunciarse sobre esta reclamación.

7. Participación de UNCIEPA en el procedimiento.

Reclamaciones

118. UNCIEPA sostiene que la AI violó los artículos 51, 53 y 64 de la LCE y 6.1 del AA toda vez que no permitió la participación de esta organización en el procedimiento.

119. La AI sostiene que ya que los miembros de UNCIEPA no participaron en el procedimiento judicial en cuestión, ellos no tenían derecho a participar en este procedimiento "especial" relacionado con el cumplimiento de un fallo que sólo era aplicable a miembros de la NFE⁴⁷.

120. En respuesta al argumento de que sí se permitió la participación de la rama de producción nacional en el procedimiento, la AI señaló que dicha participación se debió a que la rama de producción nacional compareció como tercero perjudicado en el procedimiento judicial del cual derivó el presente procedimiento.

Análisis de Panel

121. Comenzamos nuestro análisis con el texto de los artículos 51 y 53 de la LCE, 164 del RLCE y 6.1 del AA.

122. El artículo 53 de la LCE dispone que:

A partir del día siguiente a aquel en que se publique la resolución de inicio de investigación en el Diario Oficial de la Federación, la Secretaría deberá notificar a las partes interesadas de que tenga conocimiento para que comparezcan a manifestar lo que a su derecho convenga.

123. El artículo 51 de la LCE establece la definición de parte interesada:

Se considera parte interesada a los productores solicitantes, importadores y exportadores de la mercancía objeto de investigación, así como a las personas morales extranjeras que tengan un interés directo en la investigación de que se trate y aquéllas que tengan tal carácter en los tratados o convenios comerciales internacionales.

⁴⁷ Memorial de AI, párrafos 729-746.

124. El artículo 164 del RLCE dispone que:

En el caso de los procedimientos contra prácticas desleales de comercio internacional, y de medidas de salvaguarda, publicado el inicio de la investigación administrativa y la aceptación de la solicitud, los importadores, exportadores y, en su caso, los representantes de los gobiernos extranjeros que hayan sido notificados o que comparezcan por su propio derecho ante la Secretaría, tendrán un plazo de 30 días para formular su defensa y presentar la información requerida.

125. El artículo 6.1 del AA:

Se dará a todas las partes interesadas en una investigación antidumping aviso de la información que exijan las autoridades y amplia oportunidad para presentar por escrito todas las pruebas que consideren pertinentes por lo que se refiere a la investigación de que se trate.

126. Al examinar las disposiciones citadas, el Panel no logra identificar ni tampoco se le ha señalado alguna disposición que faculte a la AI a excluir a importadores de participar en procedimientos antidumping cuando el procedimiento deriva del cumplimiento de una sentencia. De esta manera, el Panel considera que el hecho de que este procedimiento tuviera su origen en procedimientos judiciales en los que sólo participaron NFE y la rama de producción nacional, como tercero perjudicado, no faculta a la AI, conforme a la LCE, el RLCE y el AA, a excluir a otras "partes interesadas" de participar en dicho procedimiento antidumping.

127. Por lo tanto, el Panel considera que la AI violó los artículos 51 y 53 de la LCE, 164 del RLCE y 6.1 del AA, al excluir a UNCIEPA de participar en este procedimiento.

VII. ORDEN DEL PANEL

Por las razones expuestas anteriormente, el Panel devuelve este asunto para que la AI adopte medidas no incompatibles con su decisión de conformidad con el párrafo 8 del artículo 1904. Específicamente, el Panel devuelve este asunto con instrucciones para que la AI emita una nueva determinación de dumping, daño y relación causal basada **exclusivamente** en la información y datos del PDI establecido por la AI en el párrafo 386 de la Resolución Preliminar.

Al emitir su nueva determinación, la AI deberá:

- Basar su determinación solamente en información y datos contenidos en el expediente.
- Proporcionar una justificación en caso de excluir información o datos de ciertos meses del periodo establecido en el párrafo 386 de la Resolución Preliminar.
- Proporcionar una justificación en caso de que decida incluir a productores que también son importadores de la mercancía objeto de investigación.
- Proporcionar el porcentaje de la rama de producción nacional de la mercancía objeto de investigación que tomó en cuenta para su análisis, en caso de que se emita una determinación positiva de daño a la rama de producción nacional.

Se le ordena a la AI a presentar su Informe de Devolución dentro de los sesenta (60) días siguientes a partir de la fecha de esta decisión. Cualquier participante que tenga la intención de impugnar el Informe de Devolución deberá hacerlo en el plazo previsto en la Regla 73 de las Reglas de Procedimiento.

Firmada en original por:

Gabriela Aldana Ugarte

Gabriela Aldana Ugarte

15 de octubre de 2009

Christian Raúl Natera Niño de Rivera

Christian Raúl Natera Niño de Rivera

15 de octubre de 2009

Morton Pomeranz

15 de octubre de 2009

Morton Pomeranz

Mark R. Sandstrom

15 de octubre de 2009

Mark R. Sandstrom

Ricardo Ramírez Hernández

15 de octubre de 2009

Ricardo Ramírez Hernández

Presidente

INFORME DE TRANSMISIÓN

T364SY0U301

F562-A16

HORA

:16-10-'09 13:37

FAX N° 1

:

NOMBRE

:

N.º	ARC. N.º	FECHA HORA	DURACIÓN	PÁGS	A	DPTO	MODO	ESTADO
211	550	16.10 13:32	05:05	31			EC 603	OK

Envío de Decisión del Panel de Manzanas vía fax
al Secretariado Estadounidense.
(Versión en Español)

HORA : 16-10-'09 14:20

FAX Nº 1 :

NOMBRE :

N.º	ARC. N.º	FECHA HORA	DURACIÓN	PÁGS	A	DPTO	MODO	ESTADO
214	553	16.10 14:10	09:27	31			EC 502	OK

Envío de Decisión del Panel de Manzanas
vía fax al Secretariado ~~Canadiense~~ Canadiense
(Versión en Español).

-341/18

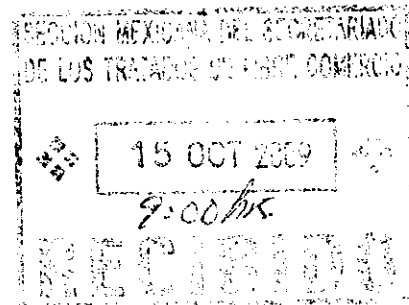
REVIEW BEFORE A BINATIONAL PANEL
PURSUANT TO ARTICLE 1904
OF THE NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT

REMAND DECISION
IN THE MATTER OF THE REVIEW OF THE FINAL
DETERMINATION OF THE ANTIDUMPING DUTY
INVESTIGATION ON IMPORTS OF CERTAIN RED
DELICIOUS APPLES AND GOLDEN DELICIOUS APPLES
FROM THE UNITED STATES OF AMERICA
CASE: MEX-USA-2006-1904-02

PANEL

Gabriela Aldana Ugarte
Christian Raúl Natera Niño de Rivera
Morton Pomeranz
Mark R. Sandstrom
Ricardo Ramírez Hernández (Chairman)

Courtesy Translation



October 15, 2009

Handwritten signatures and initials at the bottom right of the page.

Table of Contents

I.	DEFINITIONS.....	3
II.	INTRODUCTION.....	5
III.	JURISDICTION.....	5
IV.	STANDARD OF REVIEW.....	5
V.	FACTUAL ASPECTS.....	6
VI.	FINDINGS	8
A.	PROCEDURAL CLAIM: LEGAL REPRESENTATION OF THE MEXICAN PRODUCERS	8
B.	THE PERIOD OF REVIEW USED BY THE IA	10
1.	The periods of review used during the investigation.....	10
2.	The applicable standard in cases where the information and data is not contemporary.....	12
3.	Whether it was possible for the IA to update the information.....	14
4.	Whether there was any attempt to update the information	16
5.	Conclusion.....	17
C.	INITIATION DETERMINATION.....	17
D.	PRELIMINARY DETERMINATION	18
E.	CLAIMS RELATED TO THE FINAL DETERMINATION	19
1.	Timing for issuing the Final Determination.....	19
2.	Substantive claims	21
F.	OTHER CLAIMS	22
1.	Request of cost of production from exporters.....	22
2.	Access to Confidential Information	23
3.	Verification Visit.....	26
4.	Margin of dumping	27
5.	Previous administrative practice.....	28
6.	Calculation and Payment of Dumping Duties.....	29
7.	Participation of UNCIEPA in the proceeding.....	30
VII.	ORDER OF THE PANEL	32

I. DEFINITIONS

For purposes of this decision, unless otherwise specified:

AA means The WTO Antidumping Agreement.

Court Rulings means the rulings issued, on October 28, 2003, by the First Administrative Circuit Court and the ruling issued, on February 14, 2005 by the Ninth Mexican District Court ordered to declared legally null (“dejar sin efecto”) the final determination.

Federal Fiscal Code means “*Código Fiscal de la Federación*”.

Federal Law of Litigious and Administrative Procedure means “*Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo*”.

Final Determination or Final Determination of the Antidumping Duty Investigation on Imports of Apples from the United States means the Final Determination of the Antidumping Duty Investigation on Red Delicious apples and its variations apples and golden delicious apples, merchandise classified under tariff item, originating from the United States of America, investigation carried out to comply with the First Administrative Circuits Court (File number 1183/2002), published in the Official Gazette on November 2, 2006.

FTL means the Mexican Foreign Trade Law (“*Ley de Comercio Exterior*”).

FTLR means the Mexican Foreign Trade Law Regulations (“*Reglamento de la Ley de Comercio Exterior*”).

IA means the Mexican Investigating Authority, the Secretary of Economy (“*Secretaría de Economía*”), in particular the Unit of Commercial International Practices (“*Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales*”).

Initiation Determination means the Initiation Determination of the Antidumping Duty Investigation on Red Delicious apples and its variations and golden delicious apples, merchandise classified under tariff item, originating from the United States of America, investigation carried out to comply with the First Administrative Circuits Court (File number 1183/2002), published in the Official Gazette on May 26, 2005.

NAFTA means The North American Free Trade Agreement.

NFE means the Northwest Fruit Exporters. persiguen el mismo fin, esto es, la conclusión de la investigación sin la imposición de cuotas compensatorias **Official Gazette** means The Mexican Official Gazette (“*Diario Oficial de la Federación*”).

Panel means the panel established in accordance with Article 1904 of the NAFTA to review the Final Determination of the Antidumping Duty Investigation on imports of Apples from the United States.

POR means the period of review chosen by the IA in a given determination.

Preliminary Determination means the Preliminary Determination of the Antidumping Duty Investigation on Red Delicious apples and its variations apples and golden delicious apples, merchandise classified under tariff item, originating from the United States of America, investigation carried out to comply with the First Administrative Circuits Court (File number 1183/2002), published in the Official Gazette on September 29, 2005.

Rule means the Rules of Procedure for Article 1904 Binational Panel Reviews.

SE means the Mexican Secretary of Economy ("*Secretaria de Economía*").

UNCIEPA means National Union of Importers and Exporters of Agricultural Products ("*Unión Nacional de Comerciantes Importadores y Exportadores de Productos Agrícolas*").

UNIFRUT means the Regional Union of Fruit Producers of the State of Chihuahua ("*Unión Agrícola Regional del Estado de Chihuahua , A.C.*").

WTO means the World Trade Organization.

II. INTRODUCTION

1. This binational Panel was established in accordance with Article 1904 of the NAFTA to review the Final Determination of the Antidumping Duty Investigation on imports of Apples from the United States. The Panel was originally established on July 20, 2007. Three of the original panelists resigned and the Panel was finally established with its current members on August 6, 2008.

III. JURISDICTION

2. The Panel has jurisdiction to review the Final Determination of the Antidumping Duty Investigation on imports of Apples from the United States since such determination was issued by a competent investigating authority and qualifies as a Final Determination, in accordance with Article 1904 and Annex 1911 of the NAFTA.

IV. STANDARD OF REVIEW

3. Pursuant to Article 1904(3) of the NAFTA, each binational panel must "apply the standard of review set out in Annex 1911 and the general legal principles that a court of the importing Party otherwise would apply to a review of a determination of the competent investigating authority." Thus, in a Mexican antidumping case, panels must apply the standard of review and the general legal principles that the Mexican Fiscal Court would have applied when reviewing a final determination by the SE.

4. The term "standard of review" is defined in Annex 1911, which refers to separate statutory review standards for each of the three NAFTA Parties. In the case of Mexico, Annex 1911 states that the applicable standard of review is "the standard set out in Article 238 of the Federal Fiscal Code, or any successor statutes, based solely on the administrative record."

5. It should be noted that Article 238 of the Federal Fiscal Code has been replaced by Article 51 Federal Law of Administrative Contentious Procedure, published in the Official Gazette on December, 1 of December, 2005 and entered into force on the January, 1, 2006.¹

6. In sum, this Panel is required to examine and apply the Mexican standard of review set out in the NAFTA and confine its review strictly to the facts and information contained in the administrative record.

V. FACTUAL ASPECTS

7. On December 4, 1996, UNIFRUT requested the initiation of an antidumping investigation on imports of red and golden delicious apples.

8. On March, 6, 1997, the IA initiated the investigation.

9. On September 1, 1997, the IA issued the preliminary determination in which a preliminary antidumping duty of 101.1% was imposed.

10. On March 25, 1998, producers and exporters from the United States of America agreed on a price undertaking. Accordingly, the proceeding was suspended.

11. On August 9, 2002, the IA published the determination whereby the price undertaking was terminated.

12. On August 12, 2002, the IA issued its final determination imposing an antidumping duty of 46.58% on imports from any exporter other than Price Cold Storage & Packing Company Inc and Washington Fruit and Produce Co. For such exporters the applicable antidumping duty was 0%.

¹ Article 51 - An administrative determination will be declared illegal if:
I. The Official who ordered, or handled the procedure from which such resolution derives has no jurisdiction.
II. There is an omission of the formal requirements demanded by the laws that affect the defenses of the private party and such omission affected the challenged resolution;
III. There are errors in the proceeding that affect the defenses of the private party and such errors affected the challenged resolution.

13. On January 3, 2003, Ninth Mexican District Court upheld the IA's determination.
14. On September 3, 2003 NFE challenged such determination through an amparo proceeding.
15. On October 28, 2003, the First Administrative Circuit Court revoked the determination made by the lower court and granted the amparo to NFE.
16. On February 14, 2005 Ninth Mexican District Court declared legally null ("dejar sin efecto") the Final Determination.
17. On May 26, 2005, the IA published the Initiation Determination which complied with the Court's order and declared the original determination null with respect to NFE and its members. In the same determination the IA initiated an antidumping investigation with respect to NFE.
18. On September 29, 2005, the IA issued its Preliminary Determination imposing the following preliminary antidumping duties:
 - A 10.53% duty for imports made by Allan Bros Inc.
 - A 0% duty for imports made by Price Cold Storage and Packing Co Inc.
 - A 2.01% duty for imports made by Zirkle Fruit Co.
 - A 44.67% duty for imports made by the rest of NFE's affiliates.
19. On November 2, 2006, the IA issued its Final Determination imposing the following final duties:
 - A 6.40% duty for imports made by Price Cold Storage and Packing Company, Inc.
 - An 8.04% duty for imports made by Ralph Broetje.
 - A 30.79% duty for imports made by Stadelman Fruit L.L.C.
 - A 31.19% for imports made by Dovex Fruit Co.
 - A 47.05% for Northern Fruit Co. Inc and the rest of NFE's affiliates.

VI. FINDINGS

A. PROCEDURAL CLAIM: LEGAL REPRESENTATION OF THE MEXICAN PRODUCERS

Claim

20. NFE raises an objection based on the lack of legal authority of UNIFRUT's representative. NFE argues that the power of attorney through which Mexican apple growers representative appear before the IA was not valid. Thus, according to NFE, the determination was illegal because, by admitting a power of attorney which contained "two deficiencies"², the IA "applied incorrectly Article 75 paragraph II of the FTLR."³

21. Conversely, the IA and UNIFRUT argue that UNIFRUT complied with the applicable law. Moreover, IA and UNIFRUT argue that they duly corrected any deficiencies which the power of attorney may have had by submitting a complementary power of attorney⁴. Finally, the IA argues that it did not have the required faculties to determine whether a power of attorney is valid. According to the IA, "notary instruments submitted by the apples domestic industry constitute complete evidence (*'prueba plena'*)"⁵.

22. NFE representative replies that the deficiencies in the power of attorney could not be corrected after the investigation was initiated.

Panel analysis

23. We begin our analysis with paragraph II of Article 75 of the FTLR:

The request by an interested party to initiate an administrative investigation of an unfair international trade practice, in addition to being submitted in writing and satisfying the requirements prescribed in Article 50 of the Act, shall be submitted using the questionnaire issued by the Ministry, which shall contain the following

the rules that should have been applied.

² According to NFE Brief the two deficiencies were: i) not including Article 2453 of the State of Chihuahua Civil Code and ii) not including the list of the attendees to UNIFRUT General Assembly. NFE Memorial, paragraph 39-41.

³ NFE answers to the Panel Questions, page 53.

⁴ Preliminary Determination, paragraphs 63- B and 111- B.

⁵ IA Brief, paragraph. 82.

II. Name or business name and domicile of the requesting party and, if applicable, *his representative, accompanied by accrediting documents;*

24. In accordance with that Article, the legal authority of the domestic producers representative has to be duly credited when requesting the initiation of an investigation. Participants disagree as to whether this power of attorney was duly granted by UNIFRUT to his representative or whether this type of deficiency could be corrected at a later stage of an antidumping proceeding.

25. In light of this, the question for this Panel is whether the original power of attorney was “deficient” and, if that is the case, which are the consequences that flow from that, taking into account that UNIFRUT submitted a complementary power of attorney which apparently corrected them. The Panel requested any relevant precedent by the Fiscal Court regarding this issue. No relevant precedent was provided to the Panel by any participant on this issue.

26. Notwithstanding, the Panel observes that the legal authority of UNIFRUT’s representative has been already been upheld by the Court which ordered the initiation of the present investigation. In that proceeding, NFE raised this claim which was rejected by the Mexican Court based on the fact that the claim wasn’t raised before the IA during the original proceeding.

27. According to the First Administrative Circuit Court Tribunal:

[T]he investigating authority accredited the legal existence of the association which submitted the request of initiation of an antidumping investigation, as well as the personality of Enrique Bautista Parada, as president of the executive board and representative of the growers which belong to this association, based on the documentation provided in the request, which was not challenged by any participant, but until this amparo proceeding was initiated, using arguments which were not part of the matter, in light the fact that the complainant never challenged the personality of UNIFRUT. Prove of that is that in the original investigation the investigating authority did not issued any finding in this regard...⁶

⁶ Court Ruling of the First Administrative Circuit Court, RA-431/2003-5523. October 28, 2003.
Page 50.

28. Based on this decision, the Panel considers that this claim has already been addressed by the Mexican Court which reviewed the underlying investigation. Accordingly, we uphold the IA's determination with respect to this claim.

B. THE PERIOD OF REVIEW USED BY THE IA

29. The Panel considers that a core issue in this review that needs to be addressed first in order to analyze several of the claims raised by NFE and UNCLIEPA relates to the POR used by the IA. Thus, the Panel will address this issue as follows:

- First, the Panel will analyze each of the periods of review used by the IA in this investigation.
- Second, the Panel will address what, if any, would be the applicable standard to review information and data.
- Third, the Panel will address whether it was possible for the AI to update the information and data.
- Fourth, the Panel will address whether there was any attempt to update the data and information.
- Fifth, conclusion.

1. The periods of review used during the investigation.

30. As stated in the factual section, the investigation under review was initiated on May 26, 2005. The Preliminary Determination was issued on September 29, 2005 and the Final Determination on November 2, 2005. Now, we turn to the analysis of the POR used in each of these determinations.

Initial Determination

31. The Initiation Determination had two purposes:

- To comply with a Mexican Court by declaring legally null, all proceedings applicable to NFE and its affiliates **after the initiation of the original investigation**; and

- To carry out a new antidumping investigation with respect to NFE and its affiliates.

32. Although this determination did not state which POR was used, the AI confirmed that the POR used was from January 1 to June 30 of 1996⁷. None of the other participants contested this issue.

Preliminary Determination

33. In accordance with paragraph 18 of this determination, the POR used was the original POR, that is, for the dumping analysis from January 1 to June 30 of 1996 and for the injury analysis from January 1, 1994 to June 30, 1996. The AI confirmed this in response to a question by the Panel⁸.

34. However, at paragraph 386 of this determination, the AI modified the POR for the dumping analysis from January 1, 2004 to June 30, 2005 and for the injury analysis from January, 1, 2002 to June, 30, 2005.

Final Determination

35. In the Final Determination, the IA incorporated the information submitted by the parties on the new POR. The IA explained:

In light of this, the Ministry considered that it was correct, to the extent possible, to support its dumping, injury and causal link analysis on information from January to December 1996 and from January 2004 to June 2005, in order to use the most recent information, without affecting the evaluation of relevant economic factors in the assessment of injury within the context of the economic cycle and the specific conditions of competition of the specific industry, as set forth in Article 65 of the Foreign Trade Law Regulations, and taking into account the particular circumstances of the present proceeding, which is to redo the antidumping investigation requested in 1996.⁹

36. In sum, the IA:

⁷ IA Brief, paragraph 115.

⁸ Response to Question 11 of the prehearing Panel questions.

⁹ Final Determination, paragraph 216.

- Used data and information provided during the original investigation, that is, January - June, 1996 for the dumping analysis and January - June of 1994, 1995 and 1996 for the injury analysis, for issuing the Initiation and Preliminary Determinations of the new investigation.
- Requested participants to update information and data for the Final Determination and, accordingly, allowed participants to submit information for a new POR, January 1, 2004 to June 30, 2005 for the dumping analysis and January 2004 to June 2006, for the injury analysis.

2. The applicable standard in cases where the information and data is not contemporary.

37. Many of the claims raised by NFE and UNCLIEPA regarding the illegality of the determination with respect to the dumping, injury and causal link analysis are based or closely related to the data or information used by the IA in its determinations. Many of those claims expressly raised the fact that most of the information and data is not contemporary because, in many instances, the information and data was at least 8 years old.

38. We begin our analysis as to what, if any, would be the standard for this Panel to analyze the information and data used by the IA in its determinations. In this regard, we are facing a “*sui generis*” type of investigation in light of the fact that it was the result of a judicial ruling which ordered the authority to “redo” the investigation. The validity of information and data used by the IA in this “redoing” exercise is the core issue before us.

39. We find useful guidance in the following report by the WTO Appellate Body which addressed precisely the issue of the assessment of the POR with respect to an antidumping investigation conducted in Mexico¹⁰.

We agree with Mexico that using a remote investigation period is not per se a violation of Article 3.1. In our view, however, the Panel did not set out such a principle, as its findings relate to the specific circumstances of this case. The Panel was satisfied that, in this specific case, a *prima facie* case was established that the information used by Economía did not provide reliable indications of current injury and, therefore, did not meet

¹⁰ *Appellate Body Report. Mexico – definitive anti-dumping measures on beef and rice*, WT/DS295/AB/R, November 29, 2005.

the criterion of positive evidence in Article 3.1 of the Anti-Dumping Agreement. The Panel arrived at this conclusion on the basis of several factors. *The Panel attached importance to the existence of a 15-month gap between the end of the period of investigation and the initiation of the investigation, and a gap of almost three years between the end of the period of investigation and the imposition of final anti-dumping duties.* However, these temporal gaps were not the only circumstances that the Panel took into account. The Panel, as trier of the facts, gave weight to other factors: (i) the period of investigation chosen by Economía was that proposed by the petitioner; (ii) Mexico did not establish that practical problems necessitated this particular period of investigation; (iii) it was not established that updating the information was not possible; (iv) no attempt was made to update the information; and (v) Mexico did not provide any reason—apart from the allegation that it is Mexico's general practice to accept the period of investigation submitted by the petitioner—why more recent information was not sought. Thus, it is not only the remoteness of the period of investigation, but also these other circumstances that formed the basis for the Panel to conclude that a prima facie case was established. *In the light of the general assessment of these other circumstances carried out by the Panel as trier of the facts, we accept that a gap of 15 months between the end of the period of investigation and the initiation of the investigation, and another gap of almost three years between the end of the period of investigation and the imposition of the final anti-dumping duties, may raise real doubts about the existence of a sufficiently relevant nexus between the data relating to the period of investigation and current injury.* Therefore, we have no reason to disturb the Panel's assessment that a prima facie case of violation of Article 3.1 was made out.¹¹

40. This report fleshes out the importance to this Panel of assessing the particular circumstances in which the IA decided to chose the applicable POR, in particular:

- Whether it was possible for the IA to update the information or whether the Court ruling ordered the IA to used a particular POR ; and
- Whether there was any attempt to update the information.

¹¹ Appellate Body Report. Mexico – definitive anti-dumping measures on beef and rice, WT/DS295/AB/R, November 29, 2005, paragraph 167.

3. Whether it was possible for the IA to update the information

41. We agree that, in accordance with Article 65 and the second paragraph of Article 76 the FTLR¹², the IA has the discretion to establish and modify the POR. However, that discretion is not boundless.

a) The IA recognized the need to update the information and data.

42. The IA considered that it was necessary to modify the POR in order to update the information. In response to a question by the Panel, the IA stated:

In strict compliance with Articles 65 and 75 of the FTLR, the authority had to update the information for the determination of dumping, injury and causal link...¹³

Due to the atypical circumstances of this case, it was necessary to analyze what happened in the original period of investigation, as well as the period that occurred up to when the court ruling was issued. Thus, it was necessary to carry out the analysis in light of the specific conditions of competition, in accordance with Article 65 of the FTLR.¹⁴

43. Moreover at paragraph 213 of the Final Determination, in their brief¹⁵ and in response to a question by the Panel¹⁶, the IA cites as a basis for modification of the POR, the WTO

¹² ARTICLE 65. The Ministry shall evaluate the economic factors described in the preceding Article in the context of the economic cycle and conditions of competition specific to the industry affected. For that purpose, the requesting parties shall submit information on the relevant factors and indicators and characteristics of the industry covering at least the three years preceding the submission of the request, including the period under investigation, unless the enterprise concerned had not been established for the whole of this period. In addition, domestic producers making a request or the organizations representing them shall submit economic studies, case studies, technical literature and national and international statistics on the performance of the market concerned, or any other documentation permitting identification of economic cycles and conditions of competition specific to the industry affected.

ARTICLE 76. The investigation of unfair international trade practices shall address the existence of price discrimination or subsidy and the injury caused or which may be caused to the domestic industry. It shall include a period which covers imports of goods identical or alike to those produced by the domestic industry which may be affected, entered over a period of at least six months prior to the commencement of the investigation.

The period of investigation to which the foregoing paragraph refers may be modified at the discretion of the Ministry to cover a period which includes imports made subsequent to the commencement of the investigation. In that case, decisions to impose provisional or final countervailing duties shall refer both to the original period and to the extended period. (adding emphasis)

¹³ Response to the Panel's first set of questions at page 36.

¹⁴ Response to the Panel's first set of questions at page 39.

¹⁵ Paragraph 277.

¹⁶ Response to the first set of question at page 41.

Antidumping Committee (G/ADP/6) recommendation regarding period of reviews, adopted on May 5, 2000.

44. Thus, the IA recognized the need to update the information and data for its determination.

b) The Court Rulings regarding the POR.

45. Since this investigation was originated on the basis of the Court Rulings, the Panel analyzed whether such Court rulings mandated or ordered the IA in any way with respect to the POR.

46. After analyzing the Court rulings the Panel can conclude that such rulings did not impose any obligation on IA with respect to the POR. In response to a question by the Panel in this regard, all participants agreed with this conclusion.

47. Thus, it could have been the case that the IA could have modified the POR at any time after the initiation of the investigation and it also could have ended the investigation by issuing a negative preliminary determination if it did not find sufficient data or information that would support an affirmative dumping and/or injury determination or causal link among them.

4. Whether there was any attempt to update the information

48. Notwithstanding the clear attempt to update information and data¹⁷, the Panel is puzzled by the approach taken by the IA. From a review of the Final Determination, the Panel concludes that the IA used data and information from three different periods of time.

49. In some instances, the IA used information from periods of approximately 8 years. For example, at paragraph 542, in the productivity analysis, the IA used data and information from 1997 to 2005. Similar approaches could be found, for example, at paragraphs 531, 539, 540, 542, 556, 557 and 559.

50. In other instances, the IA used data from the original period. For example, at paragraphs 532, 536 and 544.

¹⁷ Preliminary Determination, September 29, 2005. Paragraph 386.

51. Finally, the authority used the “new” POR in other parts of its analysis, for example, with respect to wages at paragraph 541.

52. To add to this confusion, the determination states at paragraph 471:

... After giving the participants, including members of NFE and UNIFRUT, the opportunity to submit evidence and arguments, no new economic data was submitted which could modify the information used in the preliminary determination. Thus, it should be pointed out that the arguments and data related to injury, threat thereof and causation mentioned in paragraphs 284 to 378 of the preliminary determination would be applicable *mutatis mutandi* to this determination...

53. The Panel notes that the preliminary determination used only data and information from the original POR. Thus, based on this statement, it seems that whenever there was no updated data or information available, the IA “filled the gap” by using information from the original investigation, that is, information and data that was at least years 8 years old¹⁸.

5. Conclusion

54. In light of this, the Panel considers that notwithstanding that the IA recognized the need to update the information and made efforts to that effect, the information and data used was, in many instances, at least 8 years old. In this regard, the Panel believes that, by any standard, “a gap” of 8 years would not provide “sufficiently relevant nexus” between data relating to the period of investigation and current dumping, injury and causal link.

55. Based on the foregoing, the Panel could not undertake a proper assessment of the Final Determination until **all information and data is updated using the new POR set forth by the IA in paragraph 386 of its preliminary determination**. Thus, the Panel will issue a remand to this effect and defer until such information and data is updated to issue a ruling concerning those claims related to the determination of dumping, injury or causal link.

C. INITIATION DETERMINATION.

Claims

¹⁸ The Panel posed various questions to the IA regarding this issue. No clear response from the IA was provided. Responses to questions by the Panel 15, 16, 17, 18 and 19.

56. NFE raised two claims with respect to the Initiation Determination. NFE argues that the Final Determination **violates** Articles 40 of the FTL, 62 of the FTLR and 5.3 of the AA because the IA did not analyze, before issuing its Initiation Determination, that there were importers that were also domestic producers of the subject merchandise¹⁹. The NFE also claims that IA initiated without enough positive evidence of injury, because it used incomplete information due to the fact that the injury analysis only included 6 months of 1994, 1995 and 1996²⁰.

Analysis

57. We begin our analysis with the initiation determination issued on May 26, 2005. As already stated, the origin of this investigation is a determination by a Mexican Circuit Court in which it ordered the authority to nullify (“*dejar sin efecto*”) the final determination and all other acts with respect to Members of the NFE from the date that the violation to Mexican law occurred. We understand that this ruling is based on a determination by the Court that there was a violation of Mexican law because of lack of authority of the government official who issued the notification to NFE’s Members of the initial determination.

58. In order to comply with this ruling, the IA had to carry out again all acts from the date that the violation occurred, that is, **after the initiation determination was issued**.

59. Thus, the Panel considers that compliance with the Court Rulings did not include the initiation determination. However, it is our view that all acts after the initiation of the investigation had to be consistent with Mexican antidumping law.

60. Based on the foregoing, we uphold the Initiation Determination.

D. PRELIMINARY DETERMINATION

Claims

61. NFE states three claims with respect to the information and data in which the preliminary determination was based²¹.

¹⁹ NFE Brief, pages 42-47.

²⁰ NFE Brief, pages 53-56.

²¹ NFE Brief, pages 68-79.

- The first claim is that the IA violated Articles VI(2) of the GATT, 3 of the AA, and 76 of the FTLR by issuing a determination with information that was, at least, 8 years old.
- The second claim is that the IA violated Article 3 of the AA in making its preliminary determination which only used 6 months of 1994, 1995 and 1996.
- The third claim is that the IA violated Article VI of the GATT, 3 of the AA and 76 of the FTLR when it used the new period of investigation together with the POR from the original investigation.

62. The IA justification is basically that information was updated when in paragraph 386 of the preliminary determination it modified the POR.

Analysis

63. All participants agreed that the information and data used by the IA in issuing its injury preliminary determination was that of the original investigation. Thus, as already analyzed, we failed to see how information or data that was 8 years old could justify, by any reasonable standard, a positive injury determination. We are also mindful of the fact that the court ruling did not order the IA to use a particular POR.

64. For this reasons, we determine that the Preliminary Determination violated Articles VI(2) of the GATT, 3 of the AA and 76 of the FTLR.

65. Finally, with respect to the third claim that the IA violated Articles VI of the GATT, 3 of the AA and 76 of the FTLR when it used the new period of investigation **together** with the POR from the original investigation. We already discussed this issue in the introductory part of our findings and will address it accordingly in our general remand.

E. CLAIMS RELATED TO THE FINAL DETERMINATION

1. **Timing for issuing the Final Determination**

Claim

66. NFE argues that the Final Determination is illegal because the IA exceeded the period provided under the FTL (260 days) to issue its Final Determination²². UNCIEPA states the same claim²³.

67. Even though they accept that they exceeded the period provided by Mexican law, the IA argues that the claimants must demonstrate that such delay affected them. Moreover, the IA argues that the AA provides a longer period.

Analysis

68. We begin our analysis with Article 59 of the FTL:

Within a period of 210 days from the day following the publication in the *Diario Oficial de la Federación* of the resolution initiating the investigation, the Ministry shall issue a final resolution by which it shall:

- I. Impose a final antidumping duty;
- II. Revoke the provisional antidumping duty; or
- III. Pronounce the termination of the investigation without imposing an antidumping duty.

The final resolution shall be published in the *Diario Oficial de la Federación* and subsequently notified to known interested parties.

69. In this case, the initiation determination was published on May 18, 2005 and the Final Determination was published on November 2, 2006. Clearly, the time frame established by the FTL was exceeded. We are also mindful that under the AA, which is part of Mexican antidumping regulations, the period provided by Article 5.10 for conducting an investigation is one year and “and in no case more than 18 months”.

70. The Panel is also aware of a recent jurisprudence by the Mexican Supreme Court in which it established that the IA can exceed the period set forth by the FTL²⁴.

²² NFE Brief, pages 47-53.

²³ UNCIEPA Brief, pages 20-31.

²⁴ *Judicial weekly review of the Federation and his Gazette XXV*, Ninth Epoch, Jurisprudence Thesis 2a./J. 39/2007, March, 2007, page. 300. “ANTIDUMPING DUTIES. THE VALIDITY TO ISSUED A THE FINAL DETERMINATION, DOES NOT EXPIRE WHEN IT IS ISSUED BEYOND THE 220 DAYS PERIOD ESTABLISHED UNDER ARTICLE 89 F, PARAGRAPH IV, OF THE FOREIGN TRADE LAW.”

71. It is important to note that this ruling is related to a sunset proceeding in which the FTL provided a period of 220 days to issue a determination.

72. In response to a question by this Panel asking the participants views on this jurisprudence, NFE's main argument was that the jurisprudence refers to a different proceeding.

73. The court's reasoning is not based on the particularities of a sunset review (as opposed to an original investigation), but rather on the nature of unfair trade practices proceedings in general. Thus, the fact that both proceedings are different could not provide sufficient basis for this Panel to distinguish them with respect to this particular claim.

74. Paragraph 2 of Article 1904 of the NAFTA provides that the Panel's task is to review whether a Final Determination is in accordance with "the antidumping law of the importing Party", and that such law includes "judicial precedents to the extent that a court of the importing Party would rely on such precedents in reviewing a Final Determination of the competent investigating authority".

75. Thus, we are bound by the jurisprudence set forth by the Mexican Supreme Court and, uphold, accordingly, the determination with respect to this claim.

2. Substantive claims

Claims

76. NFE raises various claims regarding the merits of the Final Determination:

- The IA violated Articles 39, 41, 42 of the FTL, 59, 64, 65, 68, 69 of the FTLR and 3 and 4 of the AA in its threat of injury analysis²⁵.
- The IA violated Article 3 of the AA and 39 of the FTL because the Final Determination was not based on positive evidence²⁶.
- The IA violated Articles 3.5 of the AA and 69 of the FTLR when it failed to analyze other factors different from the dumped imports which could cause injury²⁷.

²⁵ NFE Memorial pages 98-144.

²⁶ NFE Brief, pages 145-156.

- The IA violated Articles VI of the GATT, 32 of the FTL and 43 of the FTLR when it calculated dumping margins based on information from two periods of review²⁸.
- The IA violated Article 6 of the AA because it failed to take into account information submitted by many exporters²⁹.

Analysis

77. As we discuss in the introductory part of our finding, at the core of this dispute is the information and data used by the IA to issue these determinations. Accordingly, this Panel could not issue a finding with respect to these claims until all the information and data is updated. Accordingly, we refer our determination on these allegations until the IA responds to our general remand in this matter.

F. OTHER CLAIMS

1. Request of cost of production from exporters.

Claim

78. NFE argues that the determination violated Articles 32 of the FTL and 43 of the FTLR because the IA should not have requested production costs data from exporters, since costs data could only be requested to exporters when domestic producers specifically assert that such data is necessary³⁰.

79. IA argues that it has a general authority to request relevant information and data to exporters in accordance with Articles 54 and 82 of the FTL.

80. We begin our analysis with Article 32 of the FTL and 43 of the FTLR. Article 32 of the FTL provides:

The term "in the ordinary course of trade" shall mean commercial transactions which reflect market conditions in the country of origin and which are concluded customarily, or within a representative period, between independent buyers and sellers.

²⁷ NFE Brief, pages 158-161.
²⁸ NFE Brief, pages 166-172.
²⁹ NFE Brief, pages 177-181.
³⁰ NFE Brief, pages 57-62 and 166-172.

Sales in the country of origin or export to a third country may be disregarded in calculating the normal value if the Ministry finds that such sales reflect sustained losses. Such sales shall be deemed to include transactions whose prices are insufficient to cover the costs of production and general costs incurred in the ordinary course of trade within a reasonable period of time, which may be more extensive than the period of investigation.

When the transactions in the country of origin or of export to a third country which generate profits are insufficient to be described as representative, the normal value shall be established on the basis of the computed value.

81. Article 43 of the FTLR states that:

For the purposes of paragraph 2 of Article 32 of the FTL, the requesting party must submit the information justifying the exclusion of the sales in question. In such cases, the Ministry may take into account the fact that, during the period of investigation, selling prices were exceptionally low or costs and expenses exceptionally high, due to factors of a transitory nature or the economic situation.

82. The Panel fails to see that, based on the provisions cited by NFE, the IA does not have the authority to request costs data from exporters. Moreover, we agree with the IA that Articles 54³¹ and 82³² provide a general authority for the IA to request information which it considers relevant.

83. With respect to the request of costs data, in response to a question by the Panel during the hearing, the IA stated that it requests costs data from exporters in every case³³. Thus, we failed to see that such request in this particular case should be illegal.

84. Based on the foregoing, we uphold the Final Determination with respect to this claim.

³¹ ARTICLE 54 - The Ministry may request the interested parties to produce evidence, information and data which it considers relevant, for which purpose the Ministry's questionnaires shall be used. If the above request is not satisfied, the Ministry shall decide on the basis of the information available.

³² ARTICLE 82 - The interested parties may adduce evidence of all types except statements by the authorities or material considered contrary to public order or offensive to morals or decency. The Ministry may agree at any time to the institution, repetition or extension of any proceedings considered necessary and conducive to the discovery of the truth regarding the matters under dispute. Furthermore, the Ministry may institute such proceedings as it considers appropriate in order to obtain better information.

³³ Panel Hearing transcript at page 63.

2. Access to Confidential Information

Claim

85. NFE claims that the IA violated Articles 6.2 of the AA or and 80 of the FTL because it denied access to NFE to part of the record of this investigation³⁴. In particular, the IA did not allow NFE to have access to confidential information submitted by other members of NFE. As a basis for denying such access, the IA stated that it did not considered it necessary for NFE to have access to information of other NFE members participating in the investigation in light of the fact that such information was from companies that were “pursuing the same objective, that is, the conclusion of the investigation without the imposition of duties”³⁵.

86. The IA argues that access was denied because NFE did not justify properly why it needed access to this information.

Analysis

87. We begin our analysis with Articles 6.2 of the AA and 80 of the FTL. Article 6.2 of the AA agreements provides that:

Throughout the antidumping investigation all interested parties shall have a full opportunity for the defense of their interests.

88. Article 80 FTL states that:

The Ministry shall provide timely opportunities for interested parties to examine all information contained in the administrative dossier for the presentation of their cases. Confidential information shall be made available only to the accredited legal representatives of interested parties and to natural or legal persons having access to such information under the international treaties or conventions to which Mexico is a party. No interested party shall have access to restricted commercial or confidential government information.

Persons with authorized access to confidential information may not use such information for their personal benefit and shall be under the obligation to take all measures necessary to prevent any disclosure thereof. Infringement of this requirement shall be punishable under the

³⁴ NFE Brief, pages 63-68.

³⁵ Oficio UPCI.310.05.4642/2, contained in volumes 013-13 (non-confidential version) and 020-20 (confidential version) of the record (560 of the record index).

provisions of this Act, independently of such civil and criminal penalties as may be applicable.

During the investigation proceedings referred to in this section the Ministry shall provide timely access, at the request of the interested parties or their representatives, to any non-confidential information forming part of the administrative dossier of any other investigation after a period of 60 days following the publication of the relevant final resolution.

89. Both provisions, deal with a basic due process right of a party in a proceeding to have access to the arguments and data submitted in the investigation by other parties in order to properly defend its interests. All this with due care of confidentiality considerations.

90. In this case, NFE complied with all the FTL and FLTR requirements to gain access to all information contained in the record. During the hearing the IA stated that it deny access because it “considered that there was not enough justification to grant access to this information to NFE. Another element that was taken into consideration was that in theory, if they are exporters, they should have access to the information contributed by the members and their associates”³⁶.

91. NFE did justify to the IA that it needed access “in order to review the methodology and information used by the IA in its dumping margin determination based on Best Information Available”³⁷.

92. In light of this, it can be concluded that the only justification for the IA to deny access relates to the fact that NFE was “pursuing the same objective” because as exporters “they should have access to the information contributed by the members and their associates”.

93. The Panel fails to see why this could be a reasonable and proper justification for denying access to the record.

94. It is regular practice that parties pursuing the same objective in an antidumping investigation are represented by different counsels and, therefore, not all information is share among the parties. Thus, it is not rare that parties “pursing the same objective” do not share

³⁶ Hearing transcript at 39.

³⁷ NFE, brief dated November 22 of 2005, contained in volumes 013-13 (non-confidential version) and 020-20 (confidential version) of the record (568 of the record index).

information because of, for example, competition concerns. That is why there is a strict mechanism in place to grant access to the confidential record.

95. In this case, NFE justified its reason for having access on the basis that it needed to understand the basis for the margin of dumping determination, basically because such margin was established based on best information available. Such justification seems to be reasonable and the IA did not put forward in the record any justification, other than the one we already discussed, for denying access to NFE.

96. Therefore, we determine that the IA violated Articles 6.2 and 80 of the FTL by not allowing access to NFE to all information contained in the confidential record of this investigation.

3. Verification Visit

Claim

97. NFE claims that the IA violated Article 6.6 of the AA because it did not perform a verification visit to review the accuracy of the information submitted by the domestic industry³⁸.

98. The AI argues, in accordance with Article 175 of the FTLR³⁹, that it has the discretion to determine whether to perform verification visits⁴⁰.

Analysis

99. We begin our analysis with Article 6.6 of the AA:

Except in circumstances provided for in paragraph 8, the authorities shall during the course of an investigation satisfy themselves as to the accuracy of the information supplied by interested parties upon which their findings are based.

³⁸ NFE Brief, pages 157-158.

³⁹ ARTICLE 175. The Ministry **may request** accounting and any other information, data and documents from the interested parties, in order to verify the truth of their submissions and statements at the official domicile of the Ministry.

The person subject to the search shall have the right to indicate whether the information or data supplied or to be supplied to the visiting officials is of a confidential or restricted commercial character, provided that he satisfies the provisions of these Regulations. (adding emphasis)

⁴⁰ IA Brief, paragraphs 415-429.

100. As we review this provision, we failed to see an obligation of the IA to conduct, in all cases, verification visits. Moreover, NFE did not raise before this Panel any particular basis as to why the information submitted by the domestic industry had to be verified.

101. In light of this, the Panel upholds the Final Determination with respect to this claim.

4. Margin of dumping

Claim

102. NFE claims that the IA violated Articles 9.1 of the AA, 62 of the FTL and 90 of the FTLR because the margin of dumping should have been less than the determined by the IA. NFE claims rests on the fact that the IA failed to performed the analysis provided for article 7.4 of the AA.

103. IA argues that it correctly determined the amount of antidumping duties⁴¹.

Analysis

104. We begin our analysis with Article 7.4 of the AA:

The application of provisional measures shall be limited to as short a period as possible, not exceeding four months or, on decision of the authorities concerned, upon request by exporters representing a significant percentage of the trade involved, to a period not exceeding six months. When authorities, in the course of an investigation, examine whether a duty lower than the margin of dumping would be sufficient to remove injury, these periods may be six and nine months, respectively.

105. Notwithstanding, that the Final Determination states at paragraph 210 that the IA “examined whether a duty lower than the margin of dumping would be sufficient to remove injury”, in response to a question by the Panel requesting to be directed to the place in the record were such analysis was made, the IA failed to respond. Thus, the Panel considers that the IA maintained preliminary duties for more than a year without justifying such extension in accordance with Article 7.4 of the AA.

⁴¹ IA Brief, paragraphs 448-469.

106. However, the claim brought before this Panel by NFE is not that the AI maintained preliminary dumping duties for more than the period in violation of Article 7.4. Rather, NFE claims that, based on such delay, the AI should have determined a lower margin of dumping.

107. In this regard, we fail to see the legal connection between failing to comply with the obligation provided in Article 7.4 of the AA and an automatic determination of a lower margin of dumping.

108. Based on the foregoing, the Panel upholds the Final Determination with respect to this claim.

5. Previous administrative practice

Claim

109. UNCIEPA argues that the IA failed to comply with Article 1902.1 of the NAFTA because it did not follow certain administrative precedents⁴².

110. The IA argues that the precedents cited by UNCIEPA are not applicable to this case⁴³.

Analysis

111. We begin our analysis with the text of Article 1902.1 of the NAFTA:

Each Party reserves the right to apply its antidumping law and countervailing duty law to goods imported from the territory of any other Parties. Antidumping law and countervailing duty include, as appropriate for each Party, relevant statutes, legislative history, regulations, administrative practice and judicial precedents.

112. The Panel fails to see or draw from this Article an obligation for the IA to follow previous administrative practice. It refers only to the authority of each of the NAFTA Parties to apply their antidumping laws.

113. Based on the foregoing, the Panel will not issue a decision with respect to this claim. The Panel would like to clarify that this decision should not be interpreted to establish any precedent

⁴² UNCIEPA Brief, pages 35-50.

⁴³ IA Brief, paragraphs 557-570.

with respect to claims related to administrative practice or whether authorities should follow or be bound by such practice in a particular case.

6. Calculation and Payment of Dumping Duties

Claims

114. UNCIEPA claims that the IA violated Article 9.3 of the AA because the amount of duty paid by importers exceeded the duty calculated by the IA. UNCIEPA argues that under Mexican Customs Law, the amount of dumping duties payable is calculated based upon the custom value of the merchandise which includes costs (for example, freight expenses) derived from the importation of the products as opposed to the amount of duty calculated under Article 2 of the AA⁴⁴.

115. The IA argues that the determination of the dumping margin is consistent with the AA and the FTL⁴⁵.

Panel Analysis

116. In our view, there needs to be a distinction drawn between the calculation of the margin and the determination of the duties to be paid at the border. UNCIEPA is not challenging the calculation of the dumping margin performed by the IA. UNCIEPA is challenging the method through which Mexican customs calculate the antidumping duties owed. In response to a question by the Panel during the hearing, UNCIEPA representative confirmed that this was an issue of custom valuation regulated by Mexican Customs Law and not by the FTL⁴⁶.

117. The Panel considers that this is not a claim in which it can make a ruling. The provisions of Mexican Customs Law related to the determination of duties owed are no part of the scope of a binational panel's review. Such laws are not "relevant statutes in which a court of the importing Party would rely...in reviewing a final determination", in accordance with paragraph 2 of Article 1904 of the NAFTA. Thus, this Panel does not have jurisdiction to rule on this particular claim.

⁴⁴ UNCIEPA Brief, pages 57-65.

⁴⁵ IA Brief, paragraphs 582-605.

⁴⁶ Hearing Transcript at page 15.

7. Participation of UNCIEPA in the proceeding.

Claims

118. UNCIEPA argues that the IA violated Articles 51, 53 and 64 of the FTL and 6.1 AA because it did not allow it to participate in the proceeding.

119. IA argues that since UNCIEPA members did not participate in the underlying judicial proceeding, they were not entitled to participate in this "special" proceeding related to complying with a ruling which was only applicable to NFE members⁴⁷.

120. In response to the argument that the IA did let domestic producers participate in the proceeding, the IA stated that this was because they participated in the judicial proceeding as a third party (*'tercero perjudicado'*).

Analysis

121. We begin our analysis with the text of Articles 51 and 53 of the FTL, 164 of the FTLR and 6.1 of the AA.

122. Article 53 of the FTL provides that:

As of the day following the publication in the Diario Oficial de la Federación of the resolution initiating the investigation, the Ministry shall notify the interested parties known to it, so that they may appear in order to exercise their right to make representations.

123. Article 51 of the FTL establishes the definition of an interested party:

The term "interested party" means the producers who have submitted requests, importers and exporters of the product under investigation, as well as any foreign legal persons having a direct interest in the investigation in question and those who are so defined in international trade agreements and treaties.

124. Article 164 of the FTLR provides that:

In the case of proceedings in respect of unfair international trade practices and safeguard measures, following publication of the initiation of the administrative investigation and acceptance of the request, importers,

exporters and, if applicable, representatives of foreign governments who have been notified or who appear of their own right before the Ministry, shall have a time-limit of thirty days to formulate their defence and present the required information.

125. Article 6.1 of the AA

All interested parties in an anti-dumping investigation shall be given notice of the information which the authorities require and ample opportunity to present in writing all evidence which they consider relevant in respect of the investigation in question.”

126. As this Panel reviews the cited provisions, it could not identify nor has it been directed to any other provision which expressly authorizes the IA to exclude importers from participating in antidumping proceedings when a Court ruling is involved. Thus, the Panel considers that the fact that this proceeding derived from a Court ruling in which only NFE and domestic producers participated, does not authorize the IA, under the FTL, FTLR or the AA, to exclude other “interested parties” from participating in antidumping proceedings.

127. Therefore, the Panel considers that the IA violated Articles 51 and 53 of the FTL, 164 of the FTLR and 6.1 of the AA when it excluded UNCIEPA from participating in the underlying proceeding.

VII. ORDER OF THE PANEL

For the reasons set forth above, the Panel hereby remands this matter to the IA for further proceedings consistent with this opinion, in accordance with paragraph 8 of Article 1904 of the NAFTA. Specifically, the Panel remands this matter with instructions for IA to issue a new dumping, injury and causal link Final Determination based **exclusively** on information and data from the period of review established by the IA in paragraph 386 of its preliminary determination.

In rendering such determination the IA:

- Shall base its determination only on information and data contained on the record.
- Provide a justification in case it chooses to exclude information or data of certain months of the period established in paragraph 386 of the preliminary determination.
- Provide a justification in case it chooses to include producers that are also importers of the subject merchandise.
- Provide the percentage of the domestic industry of the subject merchandise that was considered in its analysis, in case the IA reaches an affirmative injury finding.

The IA is directed to report its Determination on Remand within sixty (60) days from the date of this decision. Any participant thereafter wishing to challenge the Determination on Remand shall file such challenge with the time prescribed in Rule 73 of the Rules of Procedure of Article 1904 Binational Panel Reviews.

SIGNED IN THE ORIGINAL BY:

Gabriela Aldana Ugarte

Gabriela Aldana Ugarte

October 15, 2009

Christian Raúl Natera Niño de Rivera

Christian Raúl Natera Niño de Rivera

October 15, 2009

Morton Pomeranz

Morton Pomeranz

October 15, 2009

Mark R. Sandstrom

Mark R. Sandstrom

October 15, 2009

Ricardo Ramírez Hernández

Ricardo Ramírez Hernández

October 15, 2009

Chairman

INFORME DE TRANSMISIÓN

T364SY00301

F562-A16

HORA : 16-10-'09 14:32

FAX N° 1 :

NOMBRE :

N.º	ARC. N.º	FECHA HORA	DURACIÓN	PÁGS	A	DPTO	MODO	ESTADO
216	555	16.10 14:23	09:22	32			EC 502	OK

Cursos de la Decisión Final del Panel de
Arbitraje al Secretariado. Canadense.
(Versión en Inglés).

HORA : 16-10-'09 13:45

FAX N° 1 :

NOMBRE :

N.º	ARC. N.º	FECHA HORA	DURACIÓN	PÁGS	A	DPTO	MODO	ESTADO
212	551	16.10 13:39	06:28	32			EC 603	OK

Envío de la Decisión Final del Panel de Manzanos
al Secretariado Estadecumidense.
(Versión Ingle's)