

A-146-81

A-146-81

Noury Chemical Corporation and Minerals & Chemicals Ltd. (Applicants)

v.

Pennwalt of Canada Ltd. (Respondent)

and

Anti-dumping Tribunal (Tribunal)

Court of Appeal, Pratte and Le Dain JJ. and Lalande D.J.—Montreal, January 22; Ottawa, February 16, 1982.

Judicial review — Anti-dumping — Application to review and set aside a decision of the Anti-dumping Tribunal that the dumping of benzoyl peroxide, t-butyl peroctoate, t-butyl perbenzoate and lauroyl peroxide was causing material injury to the production in Canada of like goods — Preliminary determination of dumping identified four product classes — Tribunal held that it was not appropriate to deal with each product class as a separate case since the manufacturing and marketing of the products were closely related — Whether Tribunal erred in law in not making a separate inquiry as to material injury with respect to each of the four classes of goods — Whether the definition of “like goods” in subs. 2(1) of the Anti-dumping Act means that goods which closely resemble the dumped goods are to be considered only where there are no identical goods — Application allowed — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 — Anti-dumping Act, R.S.C. 1970, c. A-15, ss. 2(1), 16.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

J. C. Chipman, Q.C. for applicants.
J. L. Shields for Tribunal.

SOLICITORS:

Ogilvy, Renault, Montreal, for applicants.

Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O’Grady, Morin, Ottawa, for Tribunal.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LE DAIN J.: This is a section 28 application to review and set aside the decision of the Anti-dumping Tribunal on March 10, 1981 in which the Tribunal made the following finding pursuant to

Noury Chemical Corporation et Minerals & Chemicals Ltd. (Requérantes)

a c.

Pennwalt of Canada Ltd. (Intimée)

et

b Le Tribunal antidumping (Tribunal)

Cour d’appel, les juges Pratte et Le Dain et le juge suppléant Lalande—Montréal, 22 janvier; Ottawa, 16 février 1982.

Examen judiciaire — Antidumping — Demande d’examen et d’annulation de la décision par laquelle le Tribunal anti-dumping a jugé que le dumping de peroxyde de benzoyle, de peroctoate de butyle tertiaire, de perbenzoate de tert-butyle et de peroxyde de lauroyle causait un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises semblables — La détermination préliminaire de dumping a distingué quatre catégories de produits — Le Tribunal a jugé qu’il était inapproprié de traiter distinctement chaque catégorie de produits, étant donné leur lien étroit du point de vue de la fabrication et de la commercialisation — Il échet d’examiner si le Tribunal a commis une erreur de droit pour ne pas avoir procédé, en matière de préjudice sensible, à une enquête distincte à l’égard de chacune des quatre catégories de marchandises — Il faut déterminer si la définition de «marchandises semblables» figurant au par. 2(1) de la Loi antidumping signifie que les marchandises qui ressemblent étroitement aux marchandises sous-évaluées ne peuvent être prises en considération qu’en l’absence de marchandises identiques — Demande accueillie — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 28 — Loi antidumping, S.R.C. 1970, c. A-15, art. 2(1), 16.

DEMANDE d’examen judiciaire.

g AVOCATS:

J. C. Chipman, c.r., pour les requérantes.
J. L. Shields pour le Tribunal.

PROCUREURS:

Ogilvy, Renault, Montréal, pour les requérantes.

Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O’Grady, Morin, Ottawa, pour le Tribunal.

i

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE LE DAIN: La Cour est saisie d’une demande fondée sur l’article 28 et tendant à l’examen et à l’annulation de la décision en date du 10 mars 1981, par laquelle le Tribunal antidumping a

section 16 of the *Anti-dumping Act*, R.S.C. 1970, c. A-15:

The Anti-dumping Tribunal, having conducted an inquiry under the provisions of subsection (1) of section 16 of the *Anti-dumping Act*, consequent upon the issue by the Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise of a preliminary determination of dumping dated December 10, 1980 respecting the dumping into Canada of benzoyl peroxide, t-butyl peroctoate, t-butyl perbenzoate, originating in or exported from the United States of America and lauroyl peroxide, originating in or exported from the Federal Republic of Germany, the United Kingdom and the Netherlands, finds, pursuant to subsection (3) of section 16 of the Act, that the dumping of benzoyl peroxide, t-butyl peroctoate, t-butyl perbenzoate, originating in or exported from the United States of America and lauroyl peroxide, originating in or exported from the Federal Republic of Germany, the United Kingdom and the Netherlands, but excluding benzoyl peroxide, 98% granular solid; benzoyl peroxide, 78% wet powder with water and silica; benzoyl peroxide, 60% granular with phlegmatizer and water; benzoyl peroxide, 50% paste in silicone oil; benzoyl peroxide, 50% granular with phlegmatizer; benzoyl peroxide, 40% emulsion with diisobutyl phthalate; and benzoyl peroxide, 35% powder phlegmatized with dicalcium phosphate, has caused, is causing and is likely to cause material injury to the production in Canada of like goods.

The applicants attack this decision on three grounds which may be summarized as follows:

1. The Tribunal erred in law in not making a separate inquiry as to material injury with respect to each of the four classes of goods for which the Deputy Minister made a preliminary determination of dumping;
2. The Tribunal erred in law in not excluding benzoyl peroxide 70% from its finding of material injury; and
3. In finding that the profitability of the complainant, Pennwalt of Canada Ltd., had declined or deteriorated as a result of the dumping, the Tribunal based its decision on an erroneous finding of fact made without regard to the evidence before it.

The preliminary determination of dumping made by the Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise, pursuant to subsection 14(1) of the *Anti-dumping Act*, identified four classes of goods—benzoyl peroxide, t-butyl peroc-

pris les conclusions suivantes en vertu de l'article 16 de la *Loi antidumping*, S.R.C. 1970, c. A-15:

Le Tribunal antidumping, après avoir procédé à une enquête en vertu des dispositions du paragraphe (1) de l'article 16 de la *Loi antidumping*, suite à la publication d'une détermination préliminaire de dumping datée du 10 décembre 1980, faite par le sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise, concernant le dumping au Canada de peroxyde de benzoyle, de peroctoate de butyle tertiaire et de perbenzoate de tert-butyle, originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique, et de peroxyde de lauroyle, originaire ou exporté de la République fédérale d'Allemagne, du Royaume-Uni et des Pays-Bas, conclut, conformément au paragraphe (3) de l'article 16 de la *Loi*, que le dumping de peroxyde de benzoyle, de peroctoate de butyle tertiaire et de perbenzoate de tert-butyle, originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique, et de peroxyde de lauroyle, originaire ou exporté de la République fédérale d'Allemagne, du Royaume-Uni et des Pays-Bas, mais à l'exception du peroxyde de benzoyle composé à 98% de granules; du peroxyde de benzoyle composé à 78% de poudre humide (eau et silice); du peroxyde de benzoyle composé à 60% de granules (flegmatiseur et eau); du peroxyde de benzoyle composé à 50% de pâte dans l'huile silicone; du peroxyde de benzoyle composé à 50% de granules avec flegmatiseur; du peroxyde de benzoyle composé à 40% d'une émulsion de phtalate de diisobutyle; et du peroxyde de benzoyle composé à 35% de poudre flegmatisée avec phosphate de dicalcium, a causé, cause et est susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises semblables.

Les trois motifs de contestation invoqués par les requérantes contre cette décision peuvent se résumer comme suit:

1. Le Tribunal a commis une erreur de droit pour ne pas avoir procédé à une enquête distincte, en matière de préjudice sensible, à l'égard de chacune des quatre catégories de marchandises au sujet desquelles le sous-ministre a fait une détermination préliminaire de dumping;
2. Le Tribunal a commis une erreur de droit pour ne pas avoir exclu le peroxyde de benzoyle 70% de sa constatation de préjudice sensible;
3. En concluant à la baisse ou à la détérioration de la rentabilité de la plaignante Pennwalt of Canada Ltd. en raison du dumping, le Tribunal a fondé sa décision sur une constatation erronée des faits, sans tenir compte des éléments de preuve produits devant lui.

Par détermination préliminaire de dumping faite en application du paragraphe 14(1) de la *Loi antidumping*, le sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise, a distingué quatre catégories de marchandises—peroxyde de benzoyle, peroctoate-

toate, t-butyl perbenzoate, and lauroyl peroxide—and found weighted average percentages of dumping for each of the four classes as follows:

	1979	1980
Benzoyl Peroxide	10.51%	13.36%
T-Butyl Peroctoate	15.91%	14.73%
T-Butyl Perbenzoate	19.58%	17.67%
Lauroyl Peroxide	30.68%	30.68%

The applicant Noury Chemical Corporation, an exporter of the first three classes of goods, and the applicant Minerals & Chemicals Ltd., an importer of all four classes of goods, contended in the hearing before the Tribunal that the Tribunal was obliged to make an inquiry as to material injury with respect to each of the four classes of goods. The Tribunal rejected this contention for the following reasons:

Counsel for Minerals & Chemicals Ltd. and Noury Chemical Corporation advanced the argument that each of the four product classes covered by the Deputy Minister's preliminary determination should be dealt with as separate cases. Notwithstanding that the preliminary determination does name four distinct product classes which are not generally substitutable for each other, the Tribunal does not find the argument persuasive. There is one plant producing the subject goods in Canada. The production mix is dictated essentially by sales demand. The interdependence of one product upon another determines the overall efficiency of the plant, and the loss of one product out of the product line throws the burden of the substantial fixed overhead onto the remainder. It appears inappropriate and unjustifiable to separate, for the purpose of assessing injury, production activities that are so closely interdependent. Furthermore, in its consideration of the evidence on market competition and price suppression, it is apparent to the Tribunal that there is a pattern of market behaviour on the part of both the major suppliers and the major buyers that is common to all four product classes.

In my opinion the Tribunal erred in law in adopting this approach and failed to conduct the inquiry required of it by the Act. The Tribunal is required by section 16 to inquire whether the dumping of the goods to which the preliminary determination of dumping applies has caused, is causing, or is likely to cause material injury to the production in Canada of like goods. The Tribunal found, as the foregoing passage from its statement of reasons indicates, that the preliminary determination of dumping applied to "four distinct product classes which are not generally substitutable for each other." It was, therefore, the duty of the Tribunal to inquire whether the dumping of each

te de butyle tertiaire, perbenzoate de tert-butyle et peroxyde de lauroyle—à l'égard desquelles il a établi comme suit les pourcentages moyens pondérés de dumping:

	1979	1980
Peroxyde de benzoyle	10.51%	13.36%
Peroctoate de butyle tertiaire	15.91%	14.73%
Perbenzoate de tert-butyle	19.58%	17.67%
Peroxyde de lauroyle	30.68%	30.68%

La requérante Noury Chemical Corporation, exportatrice des trois premières catégories de produits, et la requérante Minerals & Chemicals Ltd., importatrice de toutes les quatre catégories de produits, avaient fait valoir au Tribunal qu'il était tenu, en matière de préjudice sensible, de procéder à une enquête à l'égard de chacune des quatre catégories de produits. Le Tribunal a rejeté cet argument par les motifs suivants:

Le procureur de Minerals & Chemicals Ltd. et de Noury Chemical Corporation a soutenu que chacune des quatre catégories de produits sur lesquelles portait la détermination préliminaire du Sous-ministre devrait être traitée distinctement. Bien que la détermination préliminaire désigne quatre catégories distinctes de produits qui ne sont pas règle générale, substituables, le Tribunal conclut que l'argument n'est pas persuasif. Il existe une usine qui fabrique des marchandises en cause au Canada. Le profil de la production dépend essentiellement de la demande. L'interdépendance d'un produit par rapport à un autre détermine l'efficacité globale de l'usine et, si l'on cesse de fabriquer un produit, le reste de la production devra supporter le fardeau des frais généraux fixes. Il semble inapproprié et injustifiable de faire une distinction, aux fins de l'évaluation du préjudice, entre des activités de production qui sont si étroitement interdépendantes. En outre, dans son examen des éléments de preuve touchant la concurrence sur le marché et la réduction des prix, le Tribunal semble d'avis que les principaux fournisseurs et les principaux acheteurs ont le même comportement sur le marché des quatre catégories de produits.

A mon avis, le Tribunal a commis une erreur de droit pour avoir tenu ce raisonnement; il n'a donc pas procédé à l'enquête requise par la Loi. Le Tribunal est tenu par l'article 16 de faire enquête pour savoir si le dumping des marchandises auxquelles s'applique la détermination préliminaire de dumping a causé, cause ou est susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises semblables. Comme le montre le passage précédent de son exposé des motifs, le Tribunal a conclu que la détermination préliminaire de dumping s'appliquait aux «quatre catégories distinctes de produits qui ne sont pas règle générale, substituables». Il lui incombait

class of goods, for which separate margins of dumping had been determined, had caused, was causing, or was likely to cause material injury to the production in Canada of goods that could be considered to be like goods in relation to that class, and not to consider whether it was causing material injury to the production of other classes of goods being produced by the same manufacturer, which, however closely related from a manufacturing or marketing point of view, were not like goods within the meaning of the Act. The Act is concerned with the effect of dumping on the production of like goods, not with consequential effects on the production of other goods.

This conclusion is sufficient to dispose of the application, but since the matter will have to be referred back to the Tribunal I propose to consider briefly the other two grounds of attack.

The applicants' second point is that the Tribunal should have excluded benzoyl peroxide 70% from its finding of material injury for the same reason that it appears to have excluded certain other benzoyl peroxide products, namely, that Pennwalt was not manufacturing it in Canada, but chose as a matter of policy to import its limited requirements for the Canadian market. The applicants contended that the goods manufactured by Pennwalt which closely resembled benzoyl peroxide 70%, such as benzoyl peroxide 78%, could not be considered to be like goods for purposes of material injury because Pennwalt was importing identical goods. It was argued from the definition of "like goods" in subsection 2(1) of the Act that goods which closely resemble the dumped goods are to be considered only where there are no identical goods. The definition reads as follows:

2. (1) . . .

"like goods" in relation to any goods means

(a) goods that are identical in all respects to the said goods, or

(b) in the absence of any goods described in paragraph (a), goods the characteristics of which closely resemble those of the said goods;

donc de faire enquête pour savoir si le dumping de chaque catégorie de marchandises, pour lesquelles des marges distinctes de dumping avaient été établies, avait causé, causait ou était susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises qu'on pouvait qualifier de semblables pour ce qui était de cette catégorie; il ne lui appartenait pas d'examiner si le dumping causait un préjudice sensible à la production d'autres catégories de marchandises produites par le même fabricant, lesquelles, peu importe leur lien étroit du point de vue de la fabrication et de la commercialisation, n'étaient pas des marchandises semblables au sens de la Loi. Celle-ci ne vise que les effets du dumping sur la production de marchandises semblables et non sur la production d'autres marchandises.

Cette conclusion suffit à elle seule pour trancher la demande, mais puisque l'affaire sera renvoyée devant le Tribunal, je me propose d'examiner brièvement les deux autres motifs de recours.

Selon le deuxième argument des requérantes, le Tribunal aurait dû exclure le peroxyde de benzoyle 70% de sa constatation de préjudice sensible pour la même raison que celle qui l'aurait amené à exclure certains autres produits de peroxyde de benzoyle, savoir que Pennwalt ne fabrique pas ce produit au Canada mais a choisi d'en importer le peu dont elle a besoin pour le marché canadien. Les requérantes soutiennent que les produits les plus proches du peroxyde de benzoyle 70%, et que fabrique Pennwalt, par exemple du peroxyde de benzoyle 78%, ne pouvaient être considérés comme marchandises semblables aux fins de l'évaluation du préjudice sensible, puisqu'elle importait des produits identiques. Elles concluent de la définition de «marchandises semblables» figurant au paragraphe 2(1) de la Loi que les marchandises qui ressemblent étroitement aux marchandises sous-évaluées ne peuvent être prises en considération qu'en l'absence de marchandises identiques. Cette définition porte:

2. (1) . . .

«marchandises semblables», par rapport à toutes marchandises, désigne

a) des marchandises qui sont identiques à tous égards auxdites marchandises, ou

b) en l'absence de toutes marchandises décrites au sous-alinéa a), des marchandises dont les caractéristiques ressemblent étroitement à celles desdites marchandises;

The applicants emphasized the disjunctive form of the definition and the words "in the absence of any goods described in paragraph (a)". Although these features of the definition lend considerable force to the contention, I am of the opinion that that cannot be what was intended since the purpose of the Act must be to protect the production of goods which, because they are identical to or closely resemble the dumped goods, are in competition with the latter. The view contended for would mean that a manufacturer who produced both kinds of goods would only be protected from material injury to identical goods. On this view of the definition it may be that the Tribunal could have properly concluded that there was no material injury caused to the production in Canada of like goods by the dumping of benzoyl peroxide 70%, but this was a question of fact, and I can see no basis for concluding that in failing to do so the Tribunal committed a reviewable error within the meaning of section 28.

The applicants' third ground of attack is that there was no evidence whatever to support the finding of fact, on which the conclusion as to material injury was based, that the "profitability" of Pennwalt's Lucidol Division had declined or deteriorated in 1979 and the first eight months of 1980 as a result of the "price suppression" caused by the competition of the dumped goods. The applicants argued that the only evidence of Pennwalt's profitability in these periods were unaudited financial statements that showed an increase in overhead costs that was attributable in some measure to a change in 1979 in the accounting method of allocating overhead costs. It was contended that in view of this change in the allocation of overhead costs it was impossible to compare the profitability in 1979 and the first eight months of 1980 with that in the previous years. I find considerable force in this contention, in so far as these financial statements are concerned, but I am unable to conclude that this was the only evidence before the Tribunal on which the Tribunal could base a finding that there had been a decline or deterioration in profitability amounting to material injury. There was evidence, to which the Tribunal referred in its reasons, of "price suppression" and

Les requérantes insistent sur la forme disjonctive de la définition et sur l'expression «en l'absence de toutes marchandises décrites au sous-alinéa a)». Bien que les caractéristiques ci-dessus de la définition donnent du poids à cet argument, j'estime que telle ne saurait être l'intention du législateur, puisque le but de la Loi doit être de protéger la production de marchandises qui, étant donné qu'elles sont identiques ou ressemblent étroitement aux marchandises sous-évaluées, subissent la concurrence de ces dernières. Accueillir pareil argument reviendrait à dire qu'un fabricant qui a produit les deux catégories de marchandises ne serait protégé que contre le préjudice sensible causé aux marchandises identiques. Si cette définition devait être interprétée de cette façon, le Tribunal aurait pu conclure à juste titre que le dumping de peroxyde de benzoyle 70% ne causait pas de préjudice sensible à la production au Canada de marchandises semblables; mais il s'agit là d'une question de fait, et rien ne permet de conclure que faute de l'avoir fait, le Tribunal a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire par application de l'article 28.

Pour ce qui est de leur troisième motif de recours, les requérantes soutiennent qu'il n'existait aucune preuve permettant au Tribunal de conclure au préjudice sensible en constatant que la «rentabilité» de la Division Lucidol de Pennwalt a connu une baisse ou une détérioration en 1979 et pour les huit premiers mois de 1980, et ce, en raison de la «réduction des prix» occasionnée par la concurrence des marchandises sous-évaluées. Toujours selon les requérantes, la seule preuve touchant la rentabilité de Pennwalt au cours de ces périodes consistait dans des états financiers non vérifiés qui indiquaient une augmentation des frais généraux, imputable dans une certaine mesure à un changement en 1979 de la méthode comptable de ventilation de ces frais. Elles soutiennent qu'étant donné ce changement dans la ventilation des frais généraux, il était impossible de comparer la rentabilité enregistrée pour 1979 et pour les huit premiers mois de 1980 avec celle des années antérieures. Je trouve cet argument fort défendable dans la mesure où il est centré sur les états financiers, mais je ne saurais conclure que ces derniers fussent la seule preuve produite sur laquelle le Tribunal ait pu se fonder pour conclure à une baisse ou à une détérioration de la rentabilité équivalente à un

loss of orders, from which the Tribunal could infer a decline or deterioration in profitability. Whether that amounted to material injury was a question of fact for the Tribunal. I would, therefore, reject the applicants' third ground of attack.

For these reasons I would allow the section 28 application, set aside the decision of the Tribunal, and refer the matter back to the Tribunal for a new inquiry upon the basis that the Tribunal must consider whether the dumping of each class of goods to which the preliminary determination of dumping applies has caused, is causing or is likely to cause material injury to the production in Canada of goods which are like goods in relation to each such class.

* * *

PRATTE J.: I agree.

* * *

LALANDE D.J.: I concur.

préjudice sensible. Il y avait d'autres preuves dont le Tribunal a fait état dans ses motifs qui établissaient la «réduction des prix» et la perte de commandes, et qui permettaient au Tribunal de conclure à une baisse ou à une détérioration de la rentabilité. Que ce dernier état de choses équivaille ou non au préjudice sensible, voilà une question de fait qu'il appartient au Tribunal de trancher. J'estime donc qu'il y a lieu de rejeter le troisième moyen invoqué par les requérantes.

Par ces motifs, la demande fondée sur l'article 28 sera accueillie, la décision du Tribunal infirmée, et l'affaire renvoyée devant ce dernier pour nouvelle enquête par ce motif qu'il doit examiner la question de savoir si le dumping de chaque catégorie de marchandises, auxquelles s'applique la détermination préliminaire de dumping, a causé, cause ou est susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises semblables dans cette catégorie.

* * *

LE JUGE PRATTE: Je souscris aux motifs ci-dessus.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT LALANDE: Je souscris aux motifs ci-dessus.