

# 개정 기업결합 심사기준에 대한 검토

강 보 라\*

차 례

I. 서

II. 개정 심사기준의 내용

1. 간이심사 대상 확대
2. 실질적인 경쟁제한성 심사대상 M&A 확대
3. 단독효과
4. 협조효과
5. 구매력 증대(Buying Power)에 따른 효과
6. 강력한 구매자(powerful buyers)의 존재
7. 기타

III. 결 론

\* 고려대학교 ICR 센터 선임연구원, 법학박사.

접수일자 : 2012. 4. 29 / 심사일자 : 2012. 6. 18 / 게재확정일자 : 2012. 6. 22

## I. 서

기업결합이란 둘 이상의 기업이 하나의 지배체제로 통합되는 것을 의미한다. 수평적 기업결합은 동일시장 내에서 경쟁기업들간의 결합으로 기업결합 후에는 경쟁사업자의 수가 줄어들게 된다. 이에 따라 반경쟁적 효과 내지 독점효과(monopoly effect)가 직접적으로 발생할 수 있다. 그러나 한편으로는 기업결합 이후 생산, 판매, 자금조달, 인력투자, R&D 투자, 자원의 보완 등을 통한 규모의 경제의 실현으로 비용 절감 효과(cost-saving effect)가 생기게 된다. 이 때 기업결합으로 인한 반경쟁적인 효과가 이러한 생산성 효과를 능가하게 되면 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제7조에서 규정하는 “경쟁을 실질적으로 제한하는” 경우에 해당하게 된다.<sup>1)</sup> 윌리엄슨에 따르면 많은 경우 독점효과보다 생산성 효과가 더욱 크게 나타난다<sup>2)</sup>고 하고 있지만, 현실적으로 독점효과나 생산성효과의 측정이 어렵고, 이미 기업결합 전에도 어느 정도의 시장지배력이 있어서 이미 가격이 평균비용수준보다 높은 경우이거나 독점의 효과가 반드시 당해 산업에만 국한되어 일어나지는 않고 다른 산업의 가격에도 영향을 미칠 수 있으며, 기업의 내부성장(internal expansion) 등을 통한 생산성효과 실현가능성도 배제할 수 없다는 측면에서 기업결합의 효과를 낙관할 수만은 없다고 본다.<sup>3)</sup>

개정 기업결합 심사기준은 이러한 기업결합의 경쟁제한성을 평가하는데 있어서 시장점유율에 의한 양적 평가뿐만 아니라 실질적인 경쟁제한성을 가져오는지에 대한 질적 평가기준을 구체화했다는 점에서 의의를 지닌다. 개정 기업결합 심사기준은 기업결합의 실질심사 대상을 확대하고, 경쟁제한성 판단 요소인 단독효과와 협조효과의 내용을 보완하고, 구매력 증대에 따른 효과를 반영하도록 하였으며, 경쟁제한성 상쇄요소로

1) 이기수, 유진희, 『경제법』(제8판), 세창출판사, 2009, 102~103쪽.

2) Oliver Williamson, “Economics as an Antitrust Defense Revised”, 125 University of Pennsylvania L. Rev. 699(1977).

3) 박세일, 『법경제학』, 박영사, 2007, 634~637쪽. 수평결합의 사회 후생에 대해서는 정갑영, 『산업조직론』, 박영사, 2009, 168~171쪽.

서 강력한 구매자의 존재를 고려하고, 신규진입 요소를 보다 구체화하였다. 다음에서는 개정 기업결합 심사기준의 내용을 살펴보고 미국과 EU와 비교하며 개정의 타당성 및 미비점에 대해서 논하고자 한다.

## II. 개정 심사기준의 내용

### 1. 간이심사 대상 확대

#### (1) 개정 심사기준의 내용

공정거래위원회는 간이심사 대상 M&A의 범위를 확대하고, 경쟁제한적 M&A에 대한 판단기준을 글로벌 스탠다드에 맞게 보완하고자 기업결합 심사기준을 개정하였다(2011.12.28. 공정거래위원회고시 제2011-12호). 이에 따르면 선택과 집중에 따라 사실관계 자체만으로는 경쟁제한성이 없다고 추정되는 M&A로 이에 해당할 경우 간이심사절차에 따라 원칙적으로 신고 접수 후 15일 이내 승인처리를 하게 된다. 간이심사 대상 기업결합이라 함은 경쟁제한성이 없는 것으로 추정되는 기업결합을 말한다. 기존에는 특수관계인간 M&A, 단순투자목적이 명백한 M&A, 시장점유율이 매우 낮은 M&A에 대해서만 간이심사를 인정해왔다. 개정 심사기준은 이러한 간이심사 대상을 확대하여 양 당사회사 영위업종 간 ‘상호 보완성 및 대체성 없는 혼합결합’을 하는 경우에도 간이심사 대상으로 편입하여 접수 후 15일 이내 승인 처리한다. 이 때 보완성 및 대체성은 상품의 기능 및 용도, 생산기술, 유통경로, 구매계층 등의 동일 또는 유사성을 고려하여 판단한다. 상품의 기능, 제조기술, 구매계층, 유통망 등이 동일, 유사하지 않을 경우 M&A로 인해 가격인상 등의 경쟁제한효과가 발생할 가능성이 희박하기 때문에 이를 간이심사 대상으로 편입한다고 하고 있다. 예컨대, 이종 업종간 M&A는 양 제품간 결합판매 등이 용이하게 이루어질 경우 경쟁사업자를 배제하고 진입장벽을 높여 궁극적으로 가격인상 등이 유발될 가능성이 있는데, 해당 업종간 보완성 및 대체성이 없는 경우에는 이러한 가능성 자체가 희박하기 때문이라는 것이다

(2011.12.28. 개정 기업결합 심사기준 III.3.(2)).

혼합적 기업결합의 경쟁제한성을 판단하는 기준에 대해서는 2007년 개정을 통하여 4가지 판단요소를 모두 충족하는 경우에만 경쟁제한성을 인정하던 것을 종합적 고려방식으로 전환하여 잠재적 경쟁의 저해의 판단요건을 개선하고 이들을 누적적 요건이 아닌 단순 고려요소로 바꾸었다.<sup>4)</sup> 대규모 회사 요건, 현저한 격차 요건을 삭제하고 시장점유율 및 시장집중도 요건에서 수치기준을 삭제하여 상대방 회사가 속해 있는 일정한 거래분야에 진입하려면 특별히 유리한 조건을 갖출 필요가 있는지 여부, 당사회사 이외에 다른 유력한 잠재적 진입자가 존재하는지 여부라는 요건을 신설하였다.<sup>5)</sup> 또한 잠재적 경쟁을 중심으로 하고 기타 요소로 고려해오던, 경쟁사업자의 배제, 진입장벽의 증대를 잠재적 경쟁과 대등하게 고려하도록 하였다.<sup>6)</sup> 경쟁사업자의 배제와 진입장벽의 증대는 EU의 포트폴리오 효과를 반영한 것으로 볼 수 있는데, 기존에 부가적으로 고려하던 것을 잠재적 경쟁과 대등하게 고려하도록 하고 있다. 미국의 경우 이러한 참호이론에 의한 혼합적 기업결합 규제 근거로 인정하고 있지 않으나, 유럽의 경우에는 포트폴리오효과라고 하여 이를 혼합적 기업결합 규제 근거로 인정하고 있다. 우리나라의 규제태도는 미국보다는 유럽의 태도와 더 가깝다.<sup>7)</sup> 우리나라의 경우 경제력집중의 폐해가 큰 특징을 보이고 이는 혼합결합을 통한 경우나 기업집단에 의한 경우나 동일하게 나타난다.<sup>8)</sup> 따라서 기업결합규제에 있어서도 경쟁적 측면과 경제력집중의 폐단 규제 측면도 고려해야 한다고 측면에서 이는 타당하다고 본다.<sup>9)</sup>

4) 2011 개정 기업결합 심사기준 VI. 4.가. 홍대식, “기업결합 심사기준의 개정 내용에 대한 검토 -경쟁제한성 판단기준을 중심으로-”, 『법조』 (Vol.622), 2008.7, 189~195쪽.

5) 위 심사기준 VI. 4.가.

6) VI .4.나.다.

7) 혼합적 기업결합의 경쟁제한성에 대해서는 정병덕, “혼합형 기업결합의 경쟁제한성 판단기준”, 『안암법학』 (제21권), 안암법학회, 2005; 신영수, “잠재적 경쟁이론의 내용과 실제적용”, 『경쟁법연구』 (제10권), 한국경쟁법학회, 2004; 신영수, “혼합형 기업결합의 포트폴리오 효과에 대한 규제”, 『법제연구』(제28권), 한국법제연구원, 2005; 이호영, “혼합결합의 경쟁제한성과 포트폴리오 효과”, 『법학논총』(제23권 3-2호), 한양대학교 법학연구소, 2006; 이민호, “기업결합에서의 경쟁제한성 판단기준”, 『경쟁법연구』 (제13권), 한국경쟁법학회, 2006.

8) 복합결합과 기업집단에 대해서는 정갑영, 앞의 책, 172~185쪽.

보완성 및 대체성이 없는 경우 관련시장에서 직·간접적인 반경쟁적 효과가 나타날 가능성이 희박하다는 측면에서 간이심사를 하는 것은 일면 타당하다고 할 수도 있으나, 적자기업의 손실을 흑자기업이 보조해주는 교차보조(cross-subsidization)나 일종의 내부거래로 서로의 물품을 구매해주는 상호구매(reciprocity)를 통한 시장지배력의 확대, 영향권이론(spheres of influence theory)에 따라 여러 산업에서 경쟁하는 기업이 단일시장에서만 상대기업과 경쟁하는 기업보다 가격경쟁을 실시하지 않을 가능성에 따른 암묵적인 관행이나 가격담합 및 시장분할의 폐단 등 혼합결합이 야기할 수 있는 문제점으로 지적되는 사항들은 여전히 나타날 수 있다. 또한 사업다각화를 위한 결합의 경우 계열사를 통한 기업집단의 경우와 동일하게 경제력 집중에 따른 폐단이 나타날 수도 있다는 점에서 이를 고려한 보완책이 나와야 할 것으로 보인다.

## 2. 실질적인 경쟁제한성 심사대상 M&A 확대

### (1) 개정 심사기준의 내용

기존에는 합병을 통해 완전히 인수를 하거나, 최대주주가 되는 등 상대회사를 단독으로 지배할 수 있는 M&A와 2 이상의 회사가 공동으로 다른 회사의 주식을 취득하는 경우에는 주식의 취득 또는 소유의 경우에서 (1) 취득회사 각각의 주식소유비율, 격차 및 계약관계 (2) 주식취득의 목적 및 주식취득에 따른 계약관계를 추가로 고려요소로 삼았었다. 개정 심사기준은 이를 보완하여 주식 비율 등 이외에도 임원의 지명권 보유여부, 예산, 사업계획, 투자계획 및 기타 주요 의사결정에 대한 거부권 보유여부, 의결권의 공동행사 약정 존재여부, 사업수행에 필요한 주요 행정 권한 보유여부 등 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 경우에도 간이심사가 아닌 실질심사를 하도록 한 것이다. 단독으로 상대회사를 지배하지 못하더라도 임원선임권, 주요결정에 대한 거부권 등의 보유로 기존 지배 주주의 의사결정에 영향력을 행사할 수 있는 경우에도 실질심사를 진행

9) 박세일, 앞의 책, 645~646, 652쪽.

하도록 하고 있다. 상대회사의 모든 경영활동을 결정하지는 못하더라도 주요한 의사결정에 영향을 미칠 수 있거나 주요 주주로서 중요정보에 접근이 가능하다면 양사간 경쟁압력이 제거되어 가격인상 등이 초래될 가능성이 존재하는 것을 고려한 태도이다.<sup>10)</sup>

지배관계 형성여부 판단기준에서 새로운 회사설립에의 참여의 경우에도 기업결합 당사회사간의 지배관계 형성여부는 주식소유에 대한 지배관계 판단 기준을 준용하는 것은 동일하지만, 참여회사 중 2 이상 회사의 신설회사에 대한 지배관계가 형성되어야 한다는 것이 추가되었다.

## (2) 유럽의 경우

EC 기업결합규칙 139/2004<sup>11)</sup> 제3조에서는 기업결합의 의미가 무엇인지에 대해서 정의하고 있다. 본질적으로 그 기준은 ‘지배권의 지속적인 변경(change of control on a lasting basis)’이 있는지 여부이다(제3조 제1항). 이러한 변경은 기존 독립적인 기업들이 합병하거나 어떤 기업의 지배권을 갖는 자가 다른 기업의 지배권을 취득하는 경우에 발생하게 된다. 지배권의 취득(acquisition of control)은 여기서 직접적 또는 간접적 취득 모두를 포함하는 넓은 의미로서 쓰인다. 또한 계약에 의한 직접적인 매입, 주식 또는 지분의 매입 및 기타 방법을 포함한다. 이에 대해서 동조 제2항에서는 지배권은 사실관계나 관련 법을 고려할 때, 개별적으로 또는 공동으로 어떤 기업에 ‘결정적인 영향력(decisive influence)’을 행사할 수 있는 가능성을 부여하는 권리나 계약 기타의 다른 수단들로 구성될 것이라고 하고 있다. 이 때 소유권(ownership)이나 권리(right) 양자 모두 지배권을 발생시킬 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따르면 소수주주가 그의 주식에 부착된 특별한 권리에 기초해서, 당해 기업의 업무에 대해 효과적으로 결정적 영향력을 부여하는 권리를 행사할 수 있다. CCIE/GTE 사건(1992)에서 19%의 주식을 보유하는 경우에도 지배권을 가질 수 있다고 결정하였다. 나머지 주식은 투자은행이 보유하고 있었으나 주요 의사결정에 있어서 그

10) 위 심사기준 IV.1.나.

11) COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings(the EC Merger Regulation)



은행의 승인을 필요로 하지 않음을 근거로 결정적인 영향력을 행사할 수 있다고 판단하였다.<sup>12)</sup> 사실상에 기초하여 소수주주가 단독 지배권을 가진 것으로 판단한 예가 또 있다. Arjomari-Prioux/Wiggins Teape Appleton 사건에서 Arjomari가 Wiggins Teape의 주식의 39%밖에 취득하지 못하였으나 나머지 주식들이 크게 분산되어 다른 주주들은 4%이상을 가진 경우가 없었다는 점에서 지배권을 취득한다고 보았다.<sup>13)</sup> 지배권이 존재하는가 하는 문제는 실제적인 관점에서 관련 기업의 경영전략이나 기관 구성, 의결, 의사결정 등에 영향력을 미치는지 여부로 결정된다. 결정적인 영향력의 존재는 모든 관련 정황에 비추어서 ‘법률적으로 그리고/또는 사실상 기초(de jure and/or de facto basis)’에 의해 판단해야 한다.<sup>14)</sup>

특정주주가 경영전략에 대한 결정권을 행사하는 단독의 지배(sole control)의 경우와 달리 공동의 지배(joint control)는 둘 또는 그 이상의 모회사가 제안된 전략적 결정에 대해서 공동으로 거절할 수 있는 권한을 갖게 되어 교착 상태(deadlock situation)의 가능성을 가져오는 것이다. 이때 당해 회사들은 협력할 것이 요구된다.<sup>15)</sup> 공동의 지배에 대한 판단에는 둘 또는 그 이상의 기업이 공동으로 과반수 의결권을 행사할 수 있거나 경영전략에 대해 거부권을 행사할 수 있는지 여부, 주식에 부착된 의결권과 주주 및 관리 계약 등의 요소를 종합적으로 고려하도록 하고 있다.<sup>16)</sup>

### (3) 미국의 경우

미국의 경우에도 지배권의 취득을 넓게 인정하여 50%의 지분을 확보하지 못하더라도 그 기업의 의사결정에 상당한 영향력을 미칠 수 있는

12) Case No IV/M.258 -CCIE / GTE [1992]

13) Case no IV/M025 - Arjomari-Prioux SA / Wiggins Teape Appleton plc.

14) Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01), para 63.

15) *Id.*, para 62. See also Judgment in Case T-282/02 Cementbouw v Commission, paragraphs 42, 52, 67 [2006] ECR II-319.

16) Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01), paras 64~82.

경우에는 실질적인 심사를 하도록 하고 있다. 클레이튼법 제7조는 “지배”를 형성하는 기업결합을 금지하는 것이 아니라 “반경쟁적인” 기업결합을 금지하는 것이기 때문이다. 다만 미국의 경우 한 기업의 지배력 형성의 여부가 중요하다기 보다는 실제로 시장에 미치는 효과를 중시하여 지배관계 형성의 다양한 형태를 일일이 규정하고 있지 않고 사안별로 유연하게 판단하고 있는 것이 다르다.

미국과 유럽의 태도 등을 고려해 볼 때 개정 심사기준은 단순히 단독으로 지배할 수 있는 경우만을 실질심사 대상으로 하여 자칫 잘못하면 취득회사를 단독으로 지배할 수 있지는 못하지만 다른 회사와 공동으로 실질적인 영향력을 미칠 수 있는 경우에 대해서 규제의 공백이 생길 수 있는 점을 보완한 것으로 볼 수 있다. 이러한 개정 심사지침의 태도는 타당하다고 본다.

### 3. 단독효과

#### (1) 차별화된 상품 시장

##### 1) 개정심사기준의 내용

개정 심사기준은 단독효과(unilateral effect)에서 시장의 특성을 감안하도록 하고 있다. 예컨대, 차별적 상품시장에 있어서는 결합 당사회사간 직접경쟁의 정도를 측정하는 것이 보다 중요하고 그에 따라 시장점유율 보다는 결합당사회사 제품간 유사성, 구매전환 비율 등을 보다 중요하게 고려한다. 단독효과란 기업결합으로 인하여 다른 경쟁자와 무관하게 일방적으로 가격인상이나 생산량을 줄이는 등 단독행위 내지 일방적 행동을 함으로써 경쟁을 저하시키는 효과를 말한다.<sup>17)</sup> 단순히 시장점유율에 의해 단독효과를 추정하기보다는 실질적인 경쟁제한 판단요소를 고려하는 것이 개정 심사기준의 취지이다.<sup>18)</sup>

17) 비협조효과(non-coordinated effect)라고 하기도 한다. 유럽에서는 기업결합 후에 시장 참여자들에 의한 독립적이거나 비협력적인 행동을 가리키는 말로 단일기업, 특히 결합당사회사의 행동을 가리키는 것으로 오해될 소지가 있다는 점을 지적한다. 홍대식, 앞의 논문, 173쪽.



기존 심사기준은 기업결합 후 당사회사가 단독으로 가격인상 등 경쟁제한 행위를 하더라도 경쟁사업자가 당사회사 제품을 대체할 수 있는 제품을 적시에 충분히 공급하기 곤란한 등의 사정이 있는 경우에는 당해 기업결합이 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 있다는 전제하에 경쟁제한성을 판단하기 위하여는 결합 당사회사의 시장 점유력 및 그 증가의 정도, 결합 당사회사 사이의 제품의 차별성 정도, 결합회사와 경쟁사업자간의 생산력의 격차, 대량구매사업의 존재 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하도록 규정하고 있었다. 이에 대해 개정 심사기준은 단순히 시장 구조적인 측면에서의 점유율뿐만 아니라 다른 요소도 함께 종합적으로 고려하여 실질적인 경쟁제한성이 있는지를 심사하도록 하고 있다. 예를 들어 차별적 상품시장과 같은 경우에는 시장점유율보다도 다른 기준들 즉, 결합 당사회사가 공급하는 제품간 수요대체가능성(유사성)이나 제품 구매자들의 타 경쟁사업자 제품으로의 구매전환 가능성(구매전환 비율) 등을 보다 중요하게 고려하도록 하여 점유율에 의한 양적인 평가보다는 실질적으로 경쟁에 미치는 영향을 우선하여 평가하는 질적 평가 쪽으로 선회한 것이다.

이에 따르면 기업결합 당사회사가 반드시 단독의 시장지배적 지위를 가지지 않더라도 수평결합의 경쟁제한적 효과가 인정되는 범위가 확장되는 효과를 가져온다. 상품차별화가 있는 시장에서는 상호간 상품의 대체성이 밀접한 반면 다른 경쟁사업자와의 상품과의 대체성은 상대적으로 미약한 당사회사들이 결합할 경우 서로 상대방을 의식한 경쟁을 감소할 유인이 발생하여 국지적인 가격인상(localized price increase)이 가능해지므로 단독효과에 의한 경쟁제한성이 발생할 우려가 있다고 볼 수 있다.<sup>18)</sup> 이는 기존 심사기준의 고려사항 중 결합 당사회사가 공급하는 제품 간 수요대체가능성의 정도 및 동제품 구매자들의 타 경쟁사업자 제품으로의 구매 전환가능성과 특히 관련이 높으므로 이를 보다 중시하도록 개정한 것이다. 이는 EU가 기존 Dominance test에서 SIEC(significantly impeding effect competition: 유효경쟁에 대한 현저한 저해)로 입장을 변경한 것과

18) 위 심사기준 VI. 2.가.

19) 홍대식, 앞의 논문, 175쪽.

SLC test(substantial lessening of competition: 경쟁의 실질적인 제한)의 일환으로 2010년의 미국의 개정 기업결합 가이드라인이 취하고 있는 바와 일맥상통하는 것으로 평가할 수 있다.

## 2) 유럽의 경우

차별화된 시장에서는 일부 제품이 다른 제품들보다 서로에 대해 밀접한 대체제가 되는 경우가 있다. 예를 들어 프리미엄 아이스크림과 일반 아이스크림이 있는 경우 프리미엄 아이스크림에 대해서는 다른 프리미엄 아이스크림 브랜드가 자신의 라벨을 부착한 아이스크림 공급자보다 밀접한 대체제가 된다. 이 때 보다 밀접한 대체제인 제품을 생산하는 기업끼리의 합병은 반경쟁적인 결과를 가져올 가능성이 더 크다.<sup>20)</sup> 예를 들어 시장에 A,B,C,D 기업이 있고 각각 100씩 판매를 한다고 하자. 이 때 A가 가격을 5% 인상할 경우 A는 그의 판매의 20을 잃게 되고, 이것이 B가 15, C가 3, D가 2를 가져가게 된다고 하자. 이 때 B는 C나 D보다도 A와 밀접한 대체재 관계에 있게 된다. 이 경우 만약 A와 B가 합병을 하여 가격을 동일하게 인상한다면 AB는 단지 그의 판매 중 5만 잃게 된다. 이 경우 가격을 올리는 것이 이익이 되게 된다. 이는 차별화된 시장에서 단독의 가격 인상 결과가 나올 수 있는 정도는 결합 당사회사 간의 유사성에 따라 달라진다는 것을 보여준다.<sup>21)</sup> 이러한 것은 향후 개정 심사기준을 적용하는 데에 참고할 수 있다고 본다.

표 1

회사	현재 판매	A가 가격을 5% 인상할 경우 판매
A	100	80
B	100	115
C	100	103
D	100	102
AB	200	195

20) Jones and Sufirin, *EC Competition Law*(3rd), Oxford University Press, 2008, pp. 1022-1023.

21) S. Bishop and M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*(2<sup>nd</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2002), pp. 265-6.

## 3) 미국의 경우

미국의 경우 기업결합 후 시장점유율이 단일 지배력 형성 요건에 미치지 못하고 기업간 협조효과가 있을지도 불분명 하지만, 가격 인상과 같은 단독효과가 발생하는 경우 dominance 테스트로는 제재가 어렵다고 보아 SLC test를 통하여 실질적인 경쟁제한적 효과가 있는 기업결합을 제한하고 있다. 대표적인 예로 2, 3위의 아기용 식품(baby food) 생산자의 기업결합 사건<sup>22)</sup>에서 1위 기업인 거버(Gerber)의 시장점유율이 65%이고, 각각 2위와 3위인 하인즈(Heinz)와 비치넛(Beech-Nut)의 점유율은 17.4%, 15.4%로 상대적으로 낮아 이들이 기업결합을 할 경우에도 점유율이 33% 정도에 불과하였다. FTC는 그럼에도 불구하고 이들이 기업결합을 하게 되면 HHI 지수가 510포인트 증가하게 되고, 도매 단계에서 “두 번째 선반(second-shelf)”의 위치에 대한 오직 두 경쟁자 사이의 경쟁을 제거하게 되며, 이는 어떠한 효율성이나 제품혁신의 필요에 의한 것으로 보이지 않고, 이를 통해 발생하게 되는 과정에서 가격 공모를 막는 고유한 구조적 장벽도 보이지 않을 뿐만 아니라, 진입장벽 또한 높기 때문에 이들의 기업결합에 대해서 지방법원에 예비적 금지청구를 하였다. 1심법원은 FTC의 예비적 금지청구를 부정하였으나, FTC가 항소하여 항소심에서는 1심을 번복하고 하인즈와 비치넛에 대한 예비적 금지명령을 발하도록 하급법원으로 환송하였다.

이후 이러한 내용은 미국의 2010년 개정 가이드라인에 반영되었다. 개정 가이드라인은 단독효과와 관련해서 상품 차별화가 나타나는 시장에서의 단독효과를 분석할 수 있는 기준을 마련하였다. 예를 들어 high-end 제품은 low-end 제품보다는 같은 high-end 제품끼리 보다 직접적으로 경쟁하게 된다. 이러한 상품간의 차이를 단독효과 고려 시 반영해야 한다는 것이다. 서로 다른 제품을 판매하는 기업간의 결합은 기업결합 이후에 기업결합 이전 수준보다 어느 하나 또는 두 제품 모두의 가격을 단독으로 높게 올려 수익을 얻게 함으로써 경쟁을 감소시킬 수 있다. 이 때 합병기업이 판매하는 제품들간 직접적인 경쟁도가 단독효과로 인한 가격

22) FTC v. H.J. Heinz Company and Milnot Holding Corp.

상승으로 보고 있어 제품간 대체성이 경쟁제한성을 판단하는 주요 기준이 된다고 하고 있다. 동질적인 상품(homogeneous goods)과는 달리 차별화된 상품시장에서 소비자들이 합병기업들의 생산 제품간 대체성이 높다고 본다면, 합병기업이 어느 한 제품의 가격을 올릴 경우 소비자들은 합병기업의 나머지 제품을 대체품으로 구매하게 되어 이익을 창출할 수 있다는 것이다. 이는 앞의 유럽의 경우와 동일하다. 개정 가이드라인은 합병기업의 제품간 근접성을 파악하기 위한 지표로서 전환율(diversion ratios)을 제시하였고, 제품간 전환된 판매는 시장집중도보다 더 유용하다고 판단하였다.<sup>23)</sup>

또한 이러한 단독효과를 판단하기 위해 기존 가이드라인이 단순히 집중도 평가에 의해 당해 기업결합으로 집중도가 높아질 경우 반경쟁적 효과를 추정하는 것에 대해서는 실질적으로 가격을 올릴 가능성이 있는지를 평가해야 한다는 비판이 있었다. 이에 따르면 당해 기업결합으로 Upward Pricing Pressure(UPP)가 실제로 발생하는지를 평가해야 한다고 한다. 이는 UPP를 가져오는 당해 기업결합에 의한 직접적인 경쟁의 감소와 당해 기업에 의한 비용감소(margin-cost saving)를 비교하여 순(net) UPP가 발생하는지를 판별하는 것이다.<sup>24)</sup> 예를 들어 기업A, B가 합병한 후 A의 제품가격을 올리면 그 만큼 수요가 B로 전환되어 이익을 갖게 되는 반면 기업결합으로 A의 생산효율성이 높아져 A의 생산비용이 감소하게 된다. UPP는 합병기업이 A의 제품 가격을 올려 B로 수요를 전환시켜 이익을 취하려는 인센티브와 A의 비용감소효과로 A의 제품을 더 생산하도록 하기 위해 A 제품가격을 인하하려는 인센티브를 비교하는 것

---

23) Carl Shapiro, "The 2010 horizontal Merger Guidelines: from Hedgehog to Fox in Forty Years", 77 Antitrust L.J. 701, 2010. 다만 이에 대해서 유사성이 높은 기업의 합병 후 다른 기업들이 합병기업의 가격인상에 반응하지 못한다면 애초에 이들을 당해 시장에 포함시킨 것이 잘못이지 않냐는 비판이 있다. 이 경우에는 단독효과에 대한 분석을 필요로 하지 않고 단순한 'merger to monopoly'로 보는 것이 타당하다는 것이다. Hovenkamp, "Merger Policy and the 2010 Merger Guidelines", University of Iowa Legal Studies Research Paper No 10-34, 2010, pp. 29-30.

24) Joseph Farrell and Carl Shapiro, "Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition", The BE Journal of Theoretical Economics, 2010.

이다. 개정된 가이드라인은 이러한 비판을 수용한 것으로 단순히 시장집중도에 의해 경쟁제한성을 평가하기보다는 UPP가 발생하는지 여부 및 기타 요건들을 모두 고려하고 있다. UPP 방식의 단독효과 평가방법은 기업결합 시물레이션 수요함수를 추정하지 않아도 된다는 장점뿐 아니라 시장획정조치 필요로 하지 않는다는 이점을 갖고 있다.<sup>25)</sup>

다만 UPP 방식도 아직 실증적인 검증을 거친 것은 아니고, UPP방식은 일반적인 모형이지만, 경제학적 과점이론 모형에 따라 다르게 계산되는 문제가 있다. 또한 UPP 분석을 위해서는 적절한 전환률을 계산하는 것이 중요한데, 이러한 전환율, 마진을 및 UPP 관련 지표 측정도 상당한 시간이 걸리고 자료의 접근과 정확한 계산이 어렵다는 단점이 있다. 마진을 계산하기 위해서는 평균가용비용이 아닌 한계비용을 계산해야 하는데 재무제표는 이러한 계산을 내놓지 않고 있다. 이는 특히 동태적 혁신경쟁을 하는 산업의 특성을 제대로 고려하지 못할 수도 있다. 또한 비용절감 효율성에 따른 Downward pricing Pressure도 고려해야 하는데 비용절감이 라는 효율성 측정이 어려운 측면이 있다. 또한 앞의 Shapiro가 가격인상적 측면과 함께 비용절감의 효율성을 고려하도록 하고 있는 것과는 달리 가이드라인은 이러한 효율성 측정에 대해 아무런 언급도 하지 않고 있어 효율성에 따른 가격인하의 피드백 효과(Feed back effects of efficiencies)에 대해서는 어떻게 할 것인지 분명하지 않은 단점이 있다. 한계비용감소로 가격인상을 억제하는 경향이 나타나는 것도 함께 고려해야 한다. 또한 Shapiro의 이론적 분석결과도 실제 기업결합 사건에 적용한 결과와 괴리가 있고, UPP 방식에 따른 경우 안전지대와 상충하는 부분이 나타나며, UPP 방식에 대해서 법원이 이를 인정하지 않을 수도 있다는 문제점도 있다.<sup>26)</sup>

이러한 UPP 잠재력을 평가하는 주요 기술은 결합기업이 A 제품 가격을 올릴 경우 B 제품으로부터 탈환하는 수익액을 계산하는 것이다. 하이

25) 김현중, “미국 수평기업결합 가이드라인의 주요 개정사항에 대한 경제학적 검토”, 2010년 하반기 법·경제연구 발표회, 한국공정거래조정원·한국경쟁법학회·한국산업조직학회, 2010(최종합본), 188~189쪽.

26) 김현중, 최종합본, 217~228쪽.

테크 산업과 제약 시장 및 제품은 종종 높은 마진으로 판매되는데 제품 판매 가격의 대부분은 생산비용이 아닌 R&D 비용이기 때문이다. 심지어 가장 경쟁적인 시장도 분명하게 높은 마진(R&D 비용을 고려하지 않음)을 벌어들이는 수많은 경쟁자를 포함할 것이다. 그러나 가이드라인에 설명된 기술은 높은 마진의 제품에 대해서 더 높은 UPP를 나타낼 수 있기 때문에 이 기술을 만약 기계적으로 적용하게 되면 하이테크와 제약 시장에서의 기업결합이 다른 많은 산업들보다 경쟁 문제를 제안할 가능성이 높다.<sup>27)</sup> 또한 동태적으로 혁신경쟁을 하는 산업의 특성을 UPP분석방식이 고려하지 못할 수 있는 문제점이 있다.

미국의 개정 가이드라인이 제시하고 있는 UPP 방식에 의한 단독효과의 분석방식(기타 마진율, 전환율)은 우리나라의 경우에도 시사하는 바가 크고 이를 도입하는 것에 대해서 고려해볼 필요가 있다. 다만 앞에서 지적한 문제점들에 대한 해결방안을 마련해야 하며, UPP 지표에 대해서도 우리실정에 맞는지 여부를 실증적인 검증단계를 거쳐서 판별한 후 우리 산업의 특색을 반영하여 효과적이고 실효성 있다고 판단되는 것만을 도입하도록 하는 것이 타당하다고 본다.<sup>28)</sup>

## (2) 단독효과 고려에서 향후 고려할 사항

### 1) 가격 차별의 경우

미국 개정 가이드라인은 수요자 별로 가격을 차등화하는 경우에 있어서 대상고객만을 관련시장으로 확정할 수도 있음을 밝히고 있다. 예를 들어 유리그릇은 다양한 용도를 가진다. 유리그릇의 가격이 오른다면 어떤 사용자들은 대체물인 플라스틱이나 금속 그릇으로 대체할 수도 있다. 그러나 유아식품 판매업자들은 그렇지 않다. 가설적 독점자가 가격을 분

---

27) Eric J. Stock, "New U.S. Merger Guidelines Suggest Increased Focus on Deals in High Tech and Pharmaceutical Sectors", 2010 Oct.; 높은 마진이 있다고 해서 반경쟁적 시장 지배력을 발휘하는 것은 아니라는 점, 높은 마진이 비탄력적 수요와 관련되어 있다는 것은 설득력이 약하고 정확한 수요탄력성을 위해서는 마진이 아니라 수요측면에 대한 정보가 필요하다는 비판으로는 김현중, 최종합본, 211~212쪽.

28) 김현중, 최종합본, 229~234쪽.



리해서 책정하고 차익거래(arbitrage)를 제한한다면 유아식품판매업자들은 유리그릇의 가격 증가의 타겟이 되어 해를 입기 쉽다. 경쟁당국은 이에 대해 시장을 유아식품패키지에 사용되는 유리그릇시장으로 확정할 수 있다.<sup>29)</sup> 이는 또한 높은 R&D 비용과 상대적으로 낮은 생산 비용이 소요되는 하이테크 및 제약 산업에서도 중요한 의미를 갖는다. 이런 시장은 종종 가능한 많은 고객들에게 제품을 공급하고자 하는 강한 인센티브를 갖게 되고 이는 생산자들로 하여금 다른 이들이 지불하는 가격대로 지불하고자 하지 않는 고객들에게 특별 할인을 제공함으로써 “가격 차별”을 시도할 수 있다.<sup>30)</sup> 아직 우리 심사기준은 이를 고려요소로 명시적으로 밝히고 있지 않으나 향후 발생가능성이 농후하므로 구체적으로 이를 심사기준에 명시하여 고려요소로 판단함이 타당하다고 생각한다.

## 2) 시장획정의 유연화

우리의 개정 심사기준은 ‘시장획정’에 대한 부분에 있어서는 개정된 사안이 없다. 이에 비해 2010년에 개정된 미국 수평적 기업결합 가이드라인은 단독효과를 살피는 데 있어서 관련시장 획정을 엄밀히 하지 않거나 구체적인 관련시장 획정 과정 없이 경쟁제한성에 대한 직접적인 증거가 있다면 시장획정에 의존할 필요가 없이 경쟁제한성을 인정할 수 있다는 입장을 보이고 있다. 그리하여 기업결합 분석은 어느 하나의 방법론에 의하지 않고 당해 기업결합이 경쟁을 실질적으로 제한하는지 여부를 결정하는 증거를 분석하는데 다양한 수단을 사용함으로써 사실특정과정(Fact-specific process)에 따라 이루어진다고 명시적으로 밝혔다.<sup>31)</sup>

29) U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, August 19, 2010, pp. 8-13. Whole Foods와 Wild Oats 기업결합에서 항소법원은 지방법원이 고급자연유기농 대형소매점시장(premium natural and organic supermarkets: PNOS) 사이의 기업결합에 대한 예비적 금지명령을 부정한 것을 파기하였다. 이는 시장획정에서 한계고객보다는 핵심고객을 보다 중요하게 판단한 것이다. F.T.C. v. Whole Foods Market, Inc., 548 F.3d 1028 (C.A.D.C.,2008).

30) Eric J. Stock, *supra note 27*, 2010 Oct.

31) U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, August 19, 2010, p. 1.

가장 중요한 변화는 기업결합 분석에 있어서 시장획정이 반드시 그 자체로 목적이거나 필수적인 시작점이 아니라고 밝힌 것이다. 따라서 시장획정이 선행되지 않더라도 경쟁을 제한하는 효과를 보여주는 증거가 발견되거나 단독 내지 협조 효과가 있다는 증거로 경쟁제한성을 판단할 수 있다고 하고 있다.<sup>32)</sup> 예컨대 기업결합을 통하여 특정 상품을 판매하는 중요한 경쟁자가 사라짐으로써 그 상품의 가격이 오른다는 증거가 있다면 이 상품은 관련시장을 형성한다고 하여 시장획정이 선행되지 않더라도 나타난 (반)경쟁적 효과로 시장획정을 하여 경쟁제한성을 판단한 것과 같은 결과를 낼 수 있다는 것이다.<sup>33)</sup> 이에 따르면 시장획정의 중요성 감소하게 된다. FTC가 이와 같은 입장을 밝힌 이유는 합병으로 인하여 가격차별화로 손해를 보게 되는 특수한 대상고객에 국한한 경쟁제한성을 검토하기 위해서이다. 경제분석을 시장획정부터 하지 않으면 해당기업결합으로 특수하게 손해를 볼 수 있는 대상고객에 대해 검토할 수 있는 토대를 마련할 수 있기 때문이다. 다만 이러한 시도는 잘못된 시장획정으로 법원이 오판할 우려가 있듯이 법원이 기업결합의 경쟁에 대한 효과를 분석할 경우, 시장획정의 사용을 포기하도록 권유하는 것 또한 바람직하지 못할 수 있다. 시장획정이 내포하고 있는 문제점에도 불구하고 아주 잘못된 판단을 하는 것을 막아주는 역할을 하는 것도 부인할 수 없는 것이다. 즉 경제이론에 비전문적인 법원이나 기업이 일관성과 예측성을 가지고 판단할 수 있도록 하는 시장획정의 중요성을 간과해서는 안 된다.<sup>34)</sup>

이러한 시장획정완화를 우리 법에 그대로 적용할 것인지에 대해서도 논란이 있다. 즉 전통적인 시장획정 방식을 고수할 것인지, 실질적인 경쟁제한성에 치중할 것인지에 대해서는 학자들의 견해가 갈린다. 전자의 견해에 따르면 경쟁제한성 자체가 ‘관련시장에서의 경쟁제한성’을 의미하

32) *Id.*, pp. 7-8. 전통적인 시장 획정 분석이 고도로 차별화된 제품 시장에 적용하는 것은 둥근 구멍에 사각 못을 맞추는 것과 같다. Eric J. Stock, *supra* note 27, 2010 Oct.

33) 황태희, “미국의 개정 수평 기업결합 가이드라인에 관한 법적 검토”, 『2010년 하반기 법·경제연구 발표회』, 한국공정거래조정원·한국경쟁법학회·한국산업조직학회, 2010, 206쪽.

34) 김현중, 앞의 논문, 158~160쪽.

는 것이므로 시장획정의 역할을 축소시키는 것은 명문에 반한다고 한다. 또한 금융지주회사 합병과 같이 시장획정이 어려운 경우, 심사숙고 없이 시장획정을 건너뛸 수 있는 유인을 가질 수 있게 되고 규제당국의 의도에 따라 제1종 오류(긍정오류, 잘못된 긍정, false positive) 또는 제2종 오류(부정오류, 잘못된 부정, false negative)<sup>35)</sup> 모두 발생할 수 있으며 법원의 사후통제도 어렵다고 한다. 따라서 우리나라의 경우 시장획정의 중요성을 그대로 유지하는 것이 타당하다는 것이다.<sup>36)</sup> 후자의 견해에 따르면 경쟁당국이 시장획정에서부터 조사를 시작할 필요가 없어 보다 유연하게 실제 경쟁제한성을 평가할 수 있다는 장점이 있다고 한다. 또한 도식화된 방법에 의해 시장을 획정하고 획정된 시장 내에서 고객이 가격차별을 당할 수 있는 가능성에 대해서 조사하는 경우 고객의 가격차별조사를 등한시할 가능성이 있음을 지적한다. 특히 우리나라의 경우 시장점유율을 근거로 당해 기업의 경쟁제한성을 추정하고 있도록 하고 있어 관련시장 획정의 비중이 상대적으로 크기 때문에 보다 유연한 판단을 위한 검토단계의 순서에 대한 논의가 필요하다고 한다. 따라서 미국의 시장획정관련 조항의 개정의 의미가 현실적이고 중요한 사항을 중점적으로 다루도록 한다는 의미를 부여하고 있으므로 이러한 관점에서는 우리의 심사기준에 대해서도 많은 시사점이 있다는 것이다.<sup>37)</sup> 시장획정 자체를 원천적으로 하지 않아도 된다고 보는 것은 타당하지 못하지만 후자의 견해처럼 유연한 판단을 위한 검토요소로서 반영하는 것에 대해서는 긍정적으로 판단해 볼 수 있다고 본다. 개정된 심사지침은 이러한 시장획정완화여부에 대한 논의가 반영되지 않은 것은 아쉬운 점으로 향후 이에 대한 고려가 필요하다고 본다.

미국 가이드라인은 관련시장 획정을 하는데 쓰이는 가설적 독점자 테

35) 귀무가설이 참인데 이를 기각하는 오류를 1종 오류라고 하고 귀무가설이 거짓인데 이를 기각하는데 실패하는 것을 2종 오류라고 한다. 류근관, 『통계학』, 법문사, 2005, 388-389쪽. [http://en.wikipedia.org/wiki/Type\\_I\\_and\\_type\\_II\\_errors](http://en.wikipedia.org/wiki/Type_I_and_type_II_errors).

36) 주진열, “토론문-미국 수평기업결합 가이드라인의 주요 개정사항에 대한 경제학적 검토”, 『2010년 하반기 법·경제연구 발표회』, 한국공정거래조정원·한국경쟁법학회·한국산업조직학회, 2010, 199쪽.

37) 김현중, 앞의 논문, 163~164쪽.

스트(hypothetical monopolist test)에 대한 설명과 FTC가 이를 실무에서 어떻게 실행하는지에 대한 설명을 업데이트하였다. 또한 SSNIP 테스트의 경우에도 5%보다 낮거나 높은 가격인상율을 사용할 수 있음을 밝혔으며<sup>38)</sup>, 관련시장의 특성을 살려 상대적으로 협소하게 시장이 획정될 수도 있음을 밝혔다. 관련시장에 대체성이 낮은 제품들까지 포함되게 될 경우 독점자의 시장점유율이 실제보다 낮게 나올 수 있기 때문이다. 이는 보다 유연하게 실제 시장상황 별로 구체적 타당성을 도모하고자 하는 것으로 보인다. 다만 앞의 시장획정의 경우와 마찬가지로 잘못하면 일관성과 예측성을 담보할 수 없게 되고, 시장 특성이나 제품특성에 따른 차이를 제대로 평가하지 못할 경우 오판의 가능성도 배제할 수 없다는 점에서 우리법의 적용에는 신중할 필요가 있다고 본다.

### 3) 혁신 시장의 고려-상품 다양성의 감소와 혁신의 효율성

이 밖에서도 IT시장 등 새로운 시장에서 기업결합이 혁신에 미치는 영향을 고려하도록 하였다. 이에 따르면 기업결합을 통하여 결합기업이 결합이전보다 혁신을 하지 않는다면 당해 기업결합은 경쟁제한적 단독효과를 가져오는 것으로 평가될 수 있다. 또한 상품의 다양성과 관련해서도 기업결합에 의해 상품 다양성의 감소가 야기되는 경우에 있어서의 반경쟁성에 대해서도 다루고 있다. 다만 단순히 상품의 다양성이 감소되었다고 해서 반경쟁적이라고 평가하지는 않는다. 예를 들어 A기업이 high-end 상품을 프리미엄 가격에 판매를 하고 B기업이 보다 가격에 민감한 고객들을 위해 보다 낮은 가격에 중간 정도의 상품을 판매할 경우를 생각해 보자. 이 때 A기업이 합병을 통해 B기업이 생산하던 제품을 더 이상 공급하지 않기로 한다면 A기업은 B기업 고객의 대부분을 억제할 수 있다. A기업은 합병 후에 그의 high-end 제품의 가격을 올리는 것이 이익이 되지 않는다고 판단할 것이다. 왜냐하면 그렇게 하는 것은 B기업의 보다

---

38) EC와 일본의 경우 5-10%, 최소 인상기간은 1년으로 보고 있다. 개정 가이드라인은 5-10%로 상향 조정하려 했으나 그대로 유지하는 대신 유연하게 조정할 수 있도록 한 것이다. 우리나라도 5-10%로 판단하고 있다(하이트진로사건). 단 심사기준에 몇 퍼센트라고 명시하고 있지는 않다.

가격에 민감한 고객을 통제하는 능력을 감소시킬 수 있기 때문이다. 이에 대해 경쟁당국은 B기업의 제품을 생산하지 않는 것은 경쟁의 감소로부터 온 것으로 고객들에게 실질적으로 해가 될 수 있다고 할 수 있다고 판단할 수 있다.<sup>39)</sup> 기업결합으로 인한 반경쟁적 효과뿐만 아니라 더 큰 혁신을 촉진하는 보완적인 능력이라는 기업결합으로 인한 R&D의 효율성도 같이 평가하도록 하고 있다.<sup>40)</sup> 다만 개정 기업결합에 따르면 시장획정이 좁게 될 가능성이 있으므로 특정 고객에 대한 효과를 기준으로 반경쟁성을 판단할 수 있다. 그러나 이러한 변화는 과거 20년에 걸쳐 실제로 행해온 미국 경쟁당국의 태도를 반영한 것으로 극적인 변화를 전조한 것은 아니다.<sup>41)</sup>

다만 개정 가이드 라인은 가격적 요소에만 치중하여 거래가 품질, 서비스, 혁신 및 상품다양성 등 비가격요소들에 미치는 영향(경쟁당국과 법원이 점차 고려해온 요소)에 대해서는 소홀히 다루고 있다는 비판이 있다. SSNIP 테스트를 하지만 품질이나 서비스의 ‘작지만 의미 있는’ 변화가 뭉치는 설명하지 않고 있다. 또한 제품 품질이나 서비스에 대한 기업결합의 효과를 어떻게 평가할 지에 대한 구체적인 세부사항을 제공하고 있지 않다. 상품 다양성의 감소를 평가함에 있어서도 경쟁당국이 어떻게 다양성의 감소가 기업결합에 의한 경쟁적인 인센티브의 감소에 기인한다고 평가할 수 있는지에 대해서도 명확하지 않다(Section 6.4). 기업결합의 예견된 가격 효과가 하나의 집행 결과를 나타내지만 혁신 효과는 다른 결과를 나타낼 경우 집행자들이 어떻게 사건을 해결해야 하는지, 아직 발명되지 않은 상품의 전환율은 어떻게 결정할 것인지도 의문이다. 또한 혁신시장이 이러한 혁신에 대한 우려가 단독효과로만 제한되는지 혹은 협조효과로부터 발생할 수 있지 않은지에 대한 고려가 부족하다. 개정 가이드 라인은 현재 경쟁당국이 합병심사를 하는 방식이 반영되어야 한다는 ‘투명성’ 요건도 충족시키지 못하고 있고, “높은” 가격을 독점

39) U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, August 19, 2010, pp. 23~24.

40) *Id.*, p. 31.

41) Eric J. Stock, *supra note 27*, 2010 Oct.



력을 추론하는 기초로 삼을 수 없다는 항소 법원의 태도<sup>42)</sup>도 반영하지 못하고 있다고 비판한다.<sup>43)</sup> 또한 혁신 집중시장에서 결합하는 기업들의 시장에서의 현재의 지위는 미래 경쟁력을 충분히 대변하지는 못한다는 점을 반영하고 있지 못하고,<sup>44)</sup> 시장획정에 있어서도 혁신시장의 동태적 요인을 고려하지 못하고 있다.<sup>45)</sup>

우리나라의 심사기준에서도 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합에 대해서 소비자의 선택 가능성에 영향을 미치는 경우도 고려요소로 하고 있어 이러한 상품 다양성의 감소를 판단요소로 보고 있다. 다만 앞의 미국심사지침에서 지적한 것과 같은 문제는 우리나라의 경우에도 아직까지 해결되지 않았다. 이에 대한 고려가 필요하다고 본다.

#### 4. 협조효과

##### (1) 개정 심사지침

개정 심사기준은 공동행위에까지는 이르지 않더라도 M&A로 인해 관련시장의 사업자간 경쟁유인이 구조적으로 약화되고 사업자간 경쟁압력이 제거되어 동조적 가격인상 등이 유발될 가능성도 고려하도록 하고 있다. M&A로 인해 시장집중도가 매우 높아질 경우(예, 2-3개의 사업자만 존재) 시간이 흐르면 상대방의 행동에 대한 예측가능성이 커져 상호 적극적으로 카르텔을 하지 않더라도 일방의 가격인상에 동조적으로 가격을 인상할 가능성이 존재하는 만큼 이를 고려하도록 하고 있다. 기존에 공동행위로 표현된 것을 협조행위로 바꿈으로써 그 적용범위를 확대하고

42) Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic, 65 F.3d 1406, 1411-12 (7th Cir.1995) (Posner, J.); United States v. Eastman Kodak Co., 63 F.3d 95, 107-09 (2d Cir. 1995); Harrison Aire, Inc. v. Aerostar Int'l Inc., 423 F.3d 374, 381 (3d Cir. 2005).

43) STATEMENT OF COMMISSIONER J. THOMAS ROSCH ON THE RELEASE OF THE 2010 HORIZONTAL MERGER GUIDELINES, <http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmgrosch.pdf>. 다만 이런 단점들에도 불구하고 많은 진보를 가져왔고 위원회의 지지를 받을 만하다고 하고 있다.

44) Jay Ezrielev and Janusz A. Ordovery, The 2010 Horizontal Merger Guidelines: A Static Compass in a Dynamic World?, 2010, antitrustsource.com.

45) 김현중, 최종합본, 199~200쪽.



보다 명확히 한 것으로 평가할 수 있다.

종래 카르텔에 해당하지 않는 동조적 행위인 협조행위도 포함되는지 여부에 대해서 논란이 있었다. 그리하여 심사기준이 용어 선택에 문제가 있다는 지적이 있었다. 즉 기업결합에 의해 일단 시장구조가 경쟁사업자 간에 의식적인 상호의존적인 작용이 나타나기 쉽게 된 이후에 사후적 규제로서 이를 규제하는 것만으로는 경쟁제한 효과를 초래하는 경쟁사업자 간의 사업조정행위를 효과적으로 차단할 수 없으므로, 사전적 기업결합 규제에서 이러한 협조효과를 고려하는 근본적인 의의가 있는데, 기존의 심사기준 상의 ‘공동행위’가 이를 충분히 포함하는지 불분명하다는 것이다.<sup>46)</sup> 개정 심사기준은 이러한 비판을 수용한 것으로 평가할 수 있다.

기업결합에 따른 경쟁자의 감소 등으로 인하여 사업자간의 가격, 수령, 거래조건 등에 관한 협조(공동행위뿐만 아니라 경쟁사업자간 거래조건 등의 경쟁유인을 구조적으로 약화시켜 가격인상 등이 유도되는 경우를 포함한다, 이하 같다)가 이루어지기 쉽거나 그 협조의 이행여부에 대한 감시 및 위반자에 대한 제재가 가능한 경우에는 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 높아질 수 있다고 명시적으로 규정함으로써 기업결합규제에서 협조효과를 고려하는 근본취지에 보다 부합하게 되었다. 기존에는 경쟁사업자간 공동행위의 용이성, 이행감독 및 위반자 제재의 용이성이라는 제목으로 협조효과를 고려하고 있었다. 이에 추가로 동조적 가격인상 가능성을 고려 요소로 명문화한 것이다.<sup>47)</sup> 이는 미국과 유럽의 태도와도 일맥상통하는 것이다. 수직형 기업결합에도 기존에 공동행위 가능성을 고려한다고 한 것을 협조효과를 고려하는 것으로 수정하였다.<sup>48)</sup> 협조효과는 게임이론(Game Theory)에 기초한 동태적 과점모형<sup>49)</sup>에서 사업자 간의 협조적 상호작용이 초래하는 현상을 규명한 것에 기초한 것이다. 동태적 과점모형에 의하면, 기업결합으로 인하여 시장구조가 협조적 상호작용

46) 홍대식, 앞의 논문, 179~180쪽.

47) 위 심사기준 VI. 2.나.

48) 위 심사기준 VI. 2.다.

49) 이규억·이성순, 『기업과 시장: 경영전략·산업조직·공정거래』, 지민사, 2005, 189쪽; 게임이론과 과점행태에 대한 설명은 정갑영, 앞의 책, 92~100쪽.

을 초래할 정도로 과점화될 경우(과점적 상호의존성(oligopolistic interdependence)이 크게 나타날 경우) 기업결합 당사회사를 포함하여 그 시장에서 집합적 지배력을 갖고 있는 사업자들이 협조적 상호작용을 통해 경쟁을 자제함으로써 경쟁 상태보다 더 높은 가격과 이윤 수준에서 균형을 이루는 것을 상시적으로 가능하게 하는 암묵적 협력(tacit coordination) 또는 동조적 가격인상(conscious parallelism)을 초래할 수 있다.

부당공동행위 규제에서도 이러한 동조적 가격인상을 인정하면 사실상의 카르텔화를 인정하게 되는 것이 되고, 반면에 동조적 가격인상을 엄격히 금지하면 사실상 과점시장구조 자체를 부정하는 것이 되어 이에 대해 규제를 해야 하는지에 대한 견해의 대립이 있었다. 다만 동조적 행위에 대해 부당공동행위로 규제하는 것에 대해 소극적인 입장인 윌리엄슨도 예외적으로 동일한 상품(homogeneous product)을 생산하는 대단히 시장집중도가 높은 산업이면서 동시에 시장진입장벽이 큰 경우에는 예외가 성립할 수 있다는 것을 인정하고 있다. 적극론 중에서도 과점시장 자체를 해제해야 한다는 극단론적인 입장은 독과점 시장 구조 자체의 해체가 아닌 부당한 행위에 대한 규제라는 독점규제법 근본 취지에 역행하는 것이라고 보이므로 타당하다고 볼 수 없다. 적극론 중 다른 하나는 동조적 가격인상이라는 현상이 발견되고 거기에 묵시적 담합의 존재를 추정케 할 상황적 증거만 존재하면 이를 불법으로 규제하자는 것이다. 일반 카르텔의 경우는 공동행위에 대한 구체적인 합의의 증명이 요구되지만 동조적행위에 대한 규제에서는 반드시 회합을 했다가 혹은 의사소통의 기회가 있었다든가 등의 직, 간접적 증거를 제시할 필요가 없고, 구체적 증거가 없어도 상황적 사항이 그러한 합의가 묵시적으로라도 있었음을 보여 준다면 충분하다는 것이다.<sup>50)</sup> 다만 우리법 상 이러한 동조적 행위에 대해서 부당공동행위로 규제 할 수는 없다. 우리 법은 제 19조 제5항에서 부당공동행위의 외형상 일치와 합의를 추정케 하는 정황사실 및 이러한 정황사실과 공동행위 간에 상당한 개연성을 요건으로 하고 있기 때문에, 동조적 행위는 부당한 공동행위의 증거인 회합이나 직접적인 정보

---

50) 박세일, 앞의 책, 627~632쪽.

교환 없이도 이루어진다는 점에서 부당공동행위로 볼 수는 없다.

과점적 시장에서 두 개 이상의 기업 간의 기업결합으로 인해 전체 기업의 수가 감소하는 경우에 발생 가능한 효과는 담합행위에는 이르지 않지만 병행행위(parallel conduct)의 경향이 나타난다는 점이다. 이는 특히 상품이 동질적이고, 시장이 매우 집중되어 있고, 시장이 투명하여 정보흐름이 활발하고, 시장이 비교적 안정적인 경우에 그러하다. 이러한 경우에는 과점시장의 구성원들이 과점적 시장에서 이익을 높이기 위해 적극적인 담합을 할 필요가 없는 것이다. 기업결합 심사에서 이러한 협조효과를 규제하는 것은 향후 협조적 상호작용을 야기할 원인을 미연에 구조적으로 차단하고자 하는 것이다.<sup>51)</sup>

최근에 공정위가 이러한 협조효과를 고려하여 세계 2,3위 하드디스크 드라이브(HDD) 업체인 웨스턴디지털코퍼레이션(western Digital Corporation)과 비비티테크놀로지엘티디(Viviti Technology Ltd, 이하 히타치GST)에 대해서 기업결합은 허용하되 3.5인치 부문 주요자산의 매각(관련 지식재산권의 사용권 부여 등을 포함)을 명하는 구조적 시정조치를 부과하였다. 다만 경쟁제한성 추정요건에 해당되는 노트북용HDD 시장 및 기업용 BCE(Business Critical Enterprise) HDD<sup>52)</sup>은 도시바의 견제 및 성장가능성을 고려할 때 경쟁제한 가능성이 불명확하다고 판단하였다. 이들의 기업결합 후 3.5인치 데스크톱용HDD와 가전용HDD 시장에서 주요 사업자 수가 크게 줄고, 히타치GST와 같은 독행기업<sup>53)</sup>이 사라짐에 따라 시장 환경이 사업자간 명시적, 묵시적 공동행위가 용이해지고 관련시장 내 정보공유가능성도 커질 뿐만 아니라, 의식적 병행행위 가능성도 증대할 것이라

51) 홍대식, 앞의 논문, 178~179쪽.

52) BCE는 MCE(Mission Critical Enterprise)보다 고용량의 저장을 필요로 하고 기술적인 측면에서 데스크탑용 HDD와 유사한 점이 많으나 데스크탑용보다 훨씬 강한 안정성을 요구함에 따라 테스트과정을 더 거치고 결과적으로 단가도 더 비싸다. 대용량을 요구하는 Google, Facebook 등에 의해 사용된다.

53) 독행기업(maverick firm)이란 공격적으로 경쟁을 하는 기업으로써 협조적 행위를 어렵게 하는 기업. 이러한 독행기업을 결합하는 것도 경쟁제한의 증거가 될 수 있다. 개정 기업결합심사기준(2011.12.28.고시 제2011-12호) VI.2.나.(3);U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, August 19, 2010, pp. 3-4.

는 것이다. HDD 시장은 생산자간 약간의 품질 차이만 있을 뿐 기본적으로 동질적 재화이고, 공급 측 집중도는 높은 반면(HHI 지수 5000 이상), 수요 측 집중도(HHI지수 1000내외)는 매우 낮고, HDD 업체의 가동률이 최고수준에서 지속되고 있으며 여유설비가 적다는 점을 감안할 때 협조 상태에서의 이탈가능성이 낮다고 판단하였다. 또한 이들 기업결합에 의한 비용절감 효과는 기업결합만의 특수한 효과(merger specific)라고 보기 어려워 경쟁제한효과를 상쇄할 만큼 충분하지 않다고 하였다.<sup>54)</sup>

## (2) 유럽의 경우

유럽의 경우 이러한 협조효과(coordinated effect)를 집단적 시장지배(collective dominance)<sup>55)</sup>라고 하면서 일찍이 기업결합 규제에 포함시켜왔다. 이와 관련한 대표적인 사건인 Gencor 사건<sup>56)</sup>에서 전 세계의 보석, 플래티늄, 로듐 시장에서 단지 세 개의 주요 경쟁기업들 중 두 개의 기업의 합병은 경제적 상호의존성을 높이게 된다고 판단하였다. 합병으로 인해 경쟁자의 수를 둘로 감소시킬 것이고, 이미 남아프리카공화국 시장에서 병행행위의 전력도 있었다. 법원은 시장 집중도, 투명성, 제품 동질성 측면에서 이렇듯 집중된 과점시장에서는 당사자들이 서로의 행동을 예측하는 것이 쉬워서, 상대기업이 시장점유율을 증가시키기 위해 가격을 인하할 경우 다른 기업도 동조적 행위를 할 가능성이 높아 결국 암묵적으로 가격을 인상하여 생산을 제한함으로써 공동의 이익을 최대화할 가능성이 높다고 보았다.

단거리 외국 패키지여행여행사와 단거리 전세비행기 좌석 판매 시장에서의 주요 4개의 기업 중 두 기업의 기업결합 사건인 Airtours 사건<sup>57)</sup>에서도 위원회는 집단적 시장지배를 입증하기 위해 당사자 간의 담합이 있

54) 공정위 보도자료, 세계2,3위 하드디스크 생산업체간 국제M&A 제동, 2011.12.26.

55) EU의 집단적 시장지배에 대해서는 이효석, “공동의 시장지배와 과점규제-EU 경쟁법상의 논의와 시사점-“, 『부산대학교 법학연구』(제52권 제1호), 2011년; 이봉의 “경제적 동일체 이론과 공동의 시장지배에 관한 소고”, 『경제법판례연구』(제5권), 법문사, 2009.

56) Case t-102/96 Gencor Limited v. Commission [1999] ECR II-753, [1999]4 CMLR971.

57) Case T-342/99, [2002] ECP II-2585

있음을 입증할 필요가 없다고 밝혔다. 위원회는 제품의 동질성, 낮은 수요 증가, 낮은 수요의 가격 탄력성, 주요 공급자들의 유사한 비용구조, 상당한 진입장벽, 강력한 구매자의 부재 등의 요건이 갖추어지면 집단적 지배를 인정할 수 있다고 하였다. 이에 대해 경제 컨설팅 회사인 NERA는 ‘패키지 여행상품은 차별화된 브랜드 상품’이고 그 시장은 판매자의 시장점유율과 이윤에 있어 큰 변동이 있었고 프로파일이 매우 높은 시장으로 극적인 시장진입과 성장으로 상쇄되어 왔던 시장이라고 주장하였다. 이후 위원회의 판단은 CFI에서 파기되었다. CFI는 Gencor 사건의 이론을 확인하면서 이행감시의 능력(시장투명성), 암묵적인 협조의 유지 가능성(위반자에 대한 보복 가능성), 현재 및 미래 경쟁사의 반응과 소비자의 반응으로 공동정책의 결과가 위태롭게 되지 않을 것이라는 세가지 요건을 충족하게 되면 집단적 지배가 인정될 수 있다고 하였다(para 62). 그리하여 위원회가 기업결합을 금지한 결정은 잘못된 것이라고 판단하고 CFI가 이를 파기하였다.

이후 EU 2004년 수평결합 심사지침은 이러한 세가지 요건, 즉 이탈에 대한 감시와 협조행위 유지 및 이탈의 억제, 경쟁자와 소비자의 반응이라는 Airtours 사건의 판단요소를 도입하였다. Impala 사건<sup>58)</sup>에서도 이러한 협조효과에 대한 판단을 하였다. 다만 CFI는 Airtours 사건에서의 기준의 입증에 있어서 유연한 접근법을 택할 수 있다고 하였다. Sony/BMG 기업결합 사건인 본 사건에서 위원회는 음반시장과 온라인 음악 라이선스 도매시장에서 집단적 시장지배를 강화한다고 심사보고서를 송부하였으나, 당사자들이 이를 반박하는 상당한 경제적 증거들을 제시하자 당해 기업결합을 승인하였다. 이에 대해 기업결합 당사자가 아닌 Impala가 CFI에 항소한 것이다. CFI는 집단적 시장지배를 인정하기 위해서 Airtours 사건에서 제시된 요건들은 필수적이지만 여러 정황과 증거들에 미루어 간접적으로 증명될 수 있다고 하였다. 그리하여 시장투명성에 대한 직접증거가 부족한 경우에도 경쟁가격보다 높은 가격으로 장기간 안정적으로 지속된 경우 과점적 시장구조와 안정적 시장점유율 등의 요소를 종합적으로 고려할 때 집단적 시장지배를 인정할 수 있다고 판단하였다. 비록

58) Case T-464/04 [2006] ECR II-2289, [2006] 5 CMLR 19.



이 기업결합은 제품들이 차별화(각각의 CD앨범이 다름)되어 있지만 과거 6년 동안 가격이 비슷하게 유지되어 왔고, 수요가 감소한 경우에도 가격은 안정적인 수준으로 유지되었다는 점에서 다른 요소들과 종합적으로 고려했을 때 시장투명성에 대한 증거가 충분하지 않은 경우에도 집단적 시장지배를 인정할 수 있다고 하면서 위원회의 결정을 무효화하였다.<sup>59)</sup>

### (3) 미국의 경우

미국의 가이드 라인의 경우 기업결합 당사자 간의 상호협조로 경쟁을 저해할 위험이 있다고 볼 경우에는 협조적 효과를 가진다고 볼 수 있다고 하고 있다. 이를 판단하기 위해서 세가지 요건을 실시하고 있다. (1) 당해 기업결합이 매우 집중된 시장에서 집중도를 적절히 또는 현저히 증가시키는 경우 (2) 당해 기업결합이 일어나는 시장이 협조행위에 매우 취약한 경우 (3) 경쟁당국이 그러한 취약성을 증가시킨다고 판단할 수 있는 신뢰할 충분한 기초가 있는 경우가 그것이다. 이 때 시장이 협조행위에 매우 취약한지 여부에 대해서는 당해 기업결합이 일어나는 시장에서 상당한 점유율을 차지하고 있는 사업자 간에 이전에 관련시장에서 명시적인 담합행위가 있었고, 그로부터 시장상황이 크게 바뀌지 않았다면 일단 당해 시장이 협조행위에 취약하다고 추정할 수 있다고 하고 있다. 연방 대법원은 협조행위 가능성을 판단하기 위해 시장점유율 외에 진입장벽의 존재와 높이, 시장참여자를 규율 할 지위에 있는 구매자와 공급자 및 기타 다른 자들의 정교함, 판매방식, 운송비용, 관행 활성화의 유효성, 제품 차별화 정도 등으로 일응의 위법성 추정(*prima facie illegality*)을 위한 구조적인 물을 발전시켜왔다.<sup>60)</sup> 또한 과거의 공모나 공모의 시도가 다른 지역시장이나 상품 시장에서 일어난 경우에도 시장상황이 그와 유사하다면 중요 고려요소로 판단할 수 있다고 하고 있다. 비록 과거에는 공모에 실패하였다고 하여도 기업결합은 이러한 공모의 성공가능성을 높이는 경향이 있다는 것이다.<sup>61)</sup> 이러한 상호 협조에 의한 혁신의 감소가 있을 것

59) 당해 기업결합은 이후 위원회의 재심사를 거쳐 2007년이 되어서야 허용되었다.

60) U.S. v. Philadelphia Nat. Bank, 374 U.S. 321, 355-366(1963). Hovenkamp, *supra note 21*, pp. 43-45.



이라고 하면서 혁신시장을 문제 삼은 사건도 있다. 가격공모의 가능성 등에 초점을 맞추었는데 혁신이 감소할 가능성을 증가시키기도 한다고 하였다.<sup>62)</sup> 다만 개정 가이드라인에 따르면 기업결합의 중심이 이러한 협조효과보다는 단독효과분석으로 옮겨지게 되었다. 하이테크 시장과 제약 시장은 고도로 차별화된 시장과 경쟁사 사이의 격렬한 경쟁으로 특징지어지기 때문에 기업결합에서 종종 단독효과 문제가 더 발생할 수 있다.<sup>63)</sup>

## 5. 구매력 증대(Buying Power)에 따른 효과

### (1) 개정 심사기준

원재료 구매시장 등에서 구매력 증대에 따라 발생할 수 있는 경쟁제한 효과를 명시하였다. 이에 따르면 관련 시장에서의 지배력 증대에 따른 직접적 가격인상 효과뿐만 아니라, 원재료 구매시장 등에서의 구매력 증대가 소비자 시장의 공급 및 선택가능성 제한으로 이어질 가능성도 검토하도록 하고 있다. 예를 들어 원재료 공급업체에 대해 구매단가 인하를 위해 구매물량 축소 등의 방식으로 구매력을 행사할 경우 소비자 시장에서의 상품공급제한으로 이어질 가능성이 존재하는지도 검토하도록 하고 있다. 이는 기존에 관련 시장에서의 시장 지배력 증대에 따라 직접적으로 발생하는 소비자 대상 가격인상, 물량축소 등의 경쟁제한 효과 기준만 규정하고 있던 것을 보완한 것이다.

당해 기업결합으로 인해 결합 당사회사가 원재료 시장과 같은 상부시장에서 구매자로서의 지배력이 형성 또는 강화될 경우 구매물량 축소 등을 통하여 경쟁이 실질적으로 제한될 수 있는지를 고려한다. 이러한 경쟁의 실질적인 제한 가능성 판단에 있어서는 단독효과와 협조효과의 기준을 준용하도록 하고 있다.<sup>64)</sup>

61) U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, August 19, 2010, p. 25.

62) In re S.p.A., FTC Docket. No. C-3889(July 28, 1999); Medtronic, Inc., FTC Docket No. C-3842(Dec. 21, 1998).

63) Eric J. Stock, *supra note* 27, 2010 Oct.

64) VI. 2.다.

## (2) 미국의 경우

미국의 경우에도 이러한 구매력 증대에 의한 수요독점을 고려하도록 하고 있다. 다만 우리와 다른 점은 구매단가의 인하를 통해 소비자 시장에서의 상품공급제한으로 이어질 가능성을 검토하지 않고, 가격인하로 인해 직접적인 피해를 받는 공급자들의 측면만을 고려한다는 점이다. 즉 관련 농산품 시장에서 오직 A, B 두 개의 구매기업이 있는 경우 A, B기업의 합병은 구매자 파워를 증가시켜 농민들에게 구매단가를 인하하도록 하게 된다. 이는 농민들로부터 결합기업으로 부의 이전을 가져오게 되고 비효율적으로 공급을 감소시킨다. 이러한 효과는 비록 기업결합이 결합기업이 그의 생산량에 대해 부과하는 가격의 인상을 초래하지 않을 경우에도 발생할 수 있다고 하면서 소비자의 피해로 이어지지 않을 경우에도 농민들의 피해를 고려하도록 하고 있다는 점에서 구별된다.<sup>65)</sup> 이는 예외적으로 ‘농업’이라는 특수산업에 대한 보호적 성격을 띤 것으로 보인다. 이를 일반적인 경우에 적용할 수는 없다고 본다.

## 6. 강력한 구매자(powerful buyers)의 존재

### (1) 개정 심사기준

대량 구매사업자의 존재 여부를 단독의 경쟁제한 가능성에서 검토하도록 하였던 것을 별도로 명시하였다. 결합 당사회사로부터 제품을 구매하는 자가 기업결합 후에도 공급처의 전환, 신규 공급처의 발굴 및 기타 방법으로 결합 기업의 가격인상 등 경쟁제한적 행위를 억제할 수 있는 때에는 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 낮아질 수 있다. 이 경우 그 효과가 다른 구매자에게도 적용되는지 여부를 함께 고려한다.<sup>66)</sup>

65) U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, August 19, 2010, pp. 32-33.

66) 위 심사기준, VII.4. 1999년 철도차량 3사의 통합법인 설립에 관한 건에서 국내 총수요의 대부분을 차지하는 조달청의 존재로 3사 통합 후 시장구조는 쌍방독점 상태가 되어 공급자의 시장지배력 행사에는 한계가 있다는 점이 고려된 바 있다. 본 건은 이외에도 부실사업부문간의 결합으로 효율성증대효과가 경쟁제한 폐해효과보다 크다고 보아 기업결합이 승인되었다. 1999.07.02. 철도차량 3사의 통합법인 설립에 관

## (2) 유럽

유럽의 경우에도 이러한 구매력에 의해 경쟁제한성 상쇄효과를 고려하도록 하고 있다(상쇄구매력: Countervailing buyer power). 경쟁자뿐만 아니라 상쇄 구매력을 가진 고객에 의해서도 반경쟁적인 비협조효과나 협조효과를 상쇄하는 경쟁적인 제한이 있을 수 있다. 이러한 강력한 구매자는 공급자가 가격을 인상시키려고 한다면<sup>67)</sup> 공급자를 바꾸거나 수직적으로 통합하여 또는 신규 진입을 설득하거나 후원하는 방법으로 다른 공급자로 전환할 것이라고 확실하게 위협할 인센티브<sup>68)</sup>를 가질 수 있다. 이 경우 상쇄 구매력은 당사자의 시장지배력을 무력화시킬 수 있다.<sup>69)</sup>

## (3) 미국

미국의 개정 가이드라인도 이러한 강력한 구매자의 존재가 협조적 효과를 상쇄하는 경우를 고려하도록 하고 있다. 강력한 구매자는 각각의 공급자와 자신에게 유리하게 가격을 협상할 수 있고, 이로 인해 결합 기업의 가격인상 가능성을 제어할 가능성도 있다. 이러한 강력한 수요자가 이용할 수 있는 선택, 그리고 그 선택 가능성이 기업결합으로 인하여 바뀔 수 있는지에 대해서 고려하여야 한다.<sup>70)</sup>

---

한 심결. [http://www.ftc.go.kr/news/ftc/reportView.jsp?report\\_data\\_no=423](http://www.ftc.go.kr/news/ftc/reportView.jsp?report_data_no=423).

67) 다만 당해 과점이 상쇄구매력을 넘어서 가격을 인상할 수 있다면 이는 시장의 전반적인 가격상승을 가져올 것이다. 위원회는 이러한 가능성에 대해 조사하였다. Case IV/M.1225, Enso/Stora, 1999 O.J. L 254/9. para. 65. 본 사건에서 종이와 보드 제조회사들의 기업결합이 그의 구매자인 액체 포장(liquid packaging board)에 대한 물질 제조사인 테트라 팩의 상쇄구매력에 의해 신문용지와 잡지 용지 시장에서의 독점적 지위가 창출 또는 강화되지 않을 것이라고 판단하였다.

68) *Id.*, para. 91.

69) Case IV/M.833, The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S[1998]OJL145/41,[1997]5CMLR564. Paras.79-81. 대형 슈퍼마켓 체인의 존재가 고려되었다.

70) 미국의 경우 U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, August 19, 2010, p. 27. 이러한 상쇄구매력을 고려한 사례로는 U.S. v. Baker Hughes Inc. 908 F.2d981(D.C.Cir.1990); U.S. v. Country Lake Foods, Inc., 754 F. Supp 669(1990).

## 7. 기타

### (1) 신규진입

경쟁제한성을 상쇄하는 신규진입이 충분하기 위해서는 기업결합으로 인한 경쟁제한 우려가 억제될 수 있을 정도의 규모와 범위를 갖추어야 한다. 특히, 차별화된 상품 시장에서는 결합 당사회사의 제품과 근접한 대체 상품을 충분히 공급할 수 있는 능력과 유인이 존재하는지를 고려한다.<sup>71)</sup>

### (2) 심사기준 체계 변경

수평결합 판단기준 내에 존재하는 다양한 경쟁제한성 완화요인을 독립된 장으로 편성하여 비수평결합에도 고려될 수 있도록 규정하였다. 즉 신규진입, 해외경쟁 압력, 인접시장 압력, 강력한 구매자 등에 대해서 수직결합과 혼합결합에서도 고려하도록 하였다. 이에 따르면 해외경쟁의 도입 수준 및 국제적 경쟁상황, 신규진입의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 강력한 구매자에 대해서 수직결합과 혼합결합에서도 경쟁제한성 판단 시 완화요소로 고려하게 된다.

## Ⅲ. 결 론

개정 수평적 기업결합 심사기준은 기업결합의 실질심사 대상을 확대하고 경쟁제한성 판단의 질적 판단 요소를 보다 구체화하여 글로벌 스탠다드에 부합하도록 하였으며, 경쟁제한성 상쇄요소에 대해서도 보완하고 심사기준의 체계를 변경하여 수평적 기업결합 이외의 수직적, 혼합적 기업결합에 있어서도 다양한 경쟁제한성 완화요소를 고려할 수 있도록 하였다. 이러한 점에서 많은 부분 기존의 심사기준의 미흡한 점을 보완하였으나, 그러나 앞에서 지적한 바와 같이 혼합결합의 경제력집중의 문제

---

71) 위 심사기준 VII.2.라.

및 차별화된 시장에서 UPP 지표를 고려하는 것이나 수요자 별로 가격을 차별화하는 경우에 있어서 대상고객만을 관련시장으로 확정하는 것과 시장확정의 유연화 및 하이테크와 제약시장과 같은 혁신시장의 특수성 고려 등과 관련하여 아직까지 미흡한 부분들도 존재한다. 다만 이러한 부분들은 향후 충분한 논의를 거쳐 신중하게 받아들여야 한다는 점에서 반드시 잘못된 것이라고 할 수만은 없다. 개정 기업결합 심사기준은 공정거래법 집행에 있어서의 수범자에 대한 예측가능성과 투명성, 법적 안정성 확보와 더불어 경쟁제한성 판단에 있어서의 실질 심사라는 두 마리 토끼를 모두 잡기 위해 노력한 것으로 법률 전문가와 비법률가와 경제학자와 비경제학자 모두를 위해 최선인 방안을 피하고자 한 것으로 보인다. 또한 급진적인 변화·개혁이 아닌 점진적인 발전을 피하여 개정에 의한 혼란을 최소화했다는 점에서도 높이 평가할 만하다.

## 참 고 문 헌

### 1. 국내 문헌

#### 〈단행본〉

류근관, 통계학, 법문사, 2005.

박세일, 법경제학, 박영사, 2007.

이기수, 유진희, 경제법(제8판), 세창출판사, 2009.

이규억·이성순, 기업과 시장: 경영전략·산업조직·공정거래, 지민사, 2005.

정갑영, 산업조직론, 박영사, 2009.

#### 〈논 문〉

김현중, “미국 수평기업결합 가이드라인의 주요 개정사항에 대한 경제학적 검토”, 『2010년 하반기 법·경제연구 발표회』, 한국공정거래조정원·한국경쟁법학회·한국산업조직학회, 2010.

신영수, “잠재적 경쟁이론의 내용과 실제적용”, 『경쟁법연구』(제10권), 한국경쟁법학회, 2004.

\_\_\_\_\_, “혼합형 기업결합의 포트폴리오 효과에 대한 규제”, 『법제연구』(제28권), 한국법제연구원, 2005.

이봉의, “경제적 동일체 이론과 공동의 시장지배에 관한 소고”, 『경제법판례연구』(제5권), 법문사, 2009.

이민호, “기업결합에서의 경쟁제한성 판단기준”, 『경쟁법연구』(제13권), 한국경쟁법학회, 2006.

이호영, “혼합결합의 경쟁제한성과 포트폴리오 효과”, 『법학논총』(제23권 3-2호), 한양대학교 법학연구소, 2006.

이효석, “공동의 시장지배와 과점규제-EU 경쟁법상의논의와 시사점-“, 『부산대학교 법학연구』(제52권 제1호), 2011년.

정병덕, “혼합형 기업결합의 경쟁제한성 판단기준”, 『안암법학』(제21권), 안암법학회, 2005.

주진열, “토론문-미국 수평기업결합 가이드라인의 주요 개정사항에 대한 경제학적 검토”, 『2010년 하반기 법·경제연구 발표회』, 한국공정



- 거래조정원·한국경쟁법학회·한국산업조직학회, 2010.
- 홍대식, “기업결합 심사기준의 개정 내용에 대한 검토-경쟁제한성 판단기준을 중심으로-“, 『법조』 (Vol.622), 2008.7.
- 황태희, “ 미국의 개정 수평 기업결합 가이드라인에 관한 법적 검토”, 『2010년 하반기 법·경제연구 발표회』, 한국공정거래조정원·한국경쟁법학회·한국산업조직학회, 2010.

## 2. 국외 문헌

### 〈단행본〉

- Jones and Sufrin, *EC Competition Law(3rd)*, Oxford University Press, 2008.
- S. Bishop and M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement(2nd ed.)*, Sweet & Maxwell, 2002.

### 〈논문〉

- Oliver Williamson, “Economics as an Antitrust Defense Revised”. 125 *University of Pennsylvania L. Rev.* 699, 1977.
- Carl Shapiro, “The 2010 horizontal Merger Guidelines: from Hedgehog to Fox in Forty Years”, 77 *Antitrust L.J.* 701, 2010.
- Eric J. Stock, “New U.S. Merger Guidelines Suggest Increased Focus on Deals in High Tech and Pharmaceutical Sectors”, 2010 Oct.
- Hovenkamp, “Merger Policy and the 2010 Merger Guidelines”, *University of Iowa Legal Studies Research Paper No 10-34*, 2010.
- Joseph Farrell and Carl Shapiro, “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition”, *The BE Journal of Theoretical Economics*, 2010.

### 〈기 타〉

- U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, August 19, 2010.

FTC, Federal Trade Commission Seeks Views on Proposed Update of the Horizontal Merger Guidelines.

COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings(the EC Merger Regulation).

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01).

Jay Ezrielev and Janusz A. Ordovery, The 2010 Horizontal Merger Guidelines: A Static Compass in a Dynamic World?, 2010, antitrustsource.com.

STATEMENT OF COMMISSIONER J. THOMAS ROSCH ON THE RELEASE OF THE 2010 HORIZONTAL MERGER GUIDELINES.

## <국문초록>

개정 기업결합 심사기준은 기업결합의 경쟁제한성을 평가하는데 있어서 시장점유율에 의한 양적 평가뿐만 아니라 실질적인 경쟁제한성을 가져오는지에 대한 질적 평가기준을 구체화했다는 점에서 의의를 지닌다. 개정 기업결합 심사기준은 기업결합의 실질심사 대상을 확대하고, 경쟁제한성 판단 요소인 단독효과와 협조효과의 내용을 보완하고, 구매력 증대에 따른 효과를 반영하도록 하였으며, 경쟁제한성 상쇄요소로서 강력한 구매자의 존재를 고려하고, 신규진입 요소를 보다 구체화하였다. 본 논문에서는 개정 기업결합 심사기준의 내용을 살펴보고 미국과 EU와 비교하며 개정의 타당성 및 미비점에 대해서 논하고자 한다.

**주제어** : 시장획정 유연화, 시장점유율, 경쟁을 실질적으로 제한하는 M&A, 단독효과, 차별화된 시장, 가격차별, 협조효과, 구매력 증대, 강력한 구매자, 상쇄구매력, 진입장벽, 신규진입, 혁신시장

## Review on the Revised Korean Merger Guidelines

Kang, Bo-La\*

When assessing anticompetitive effects of Merger, the Revised Merger Guidelines consider not only the market share but also the several criteria which consist of M&A substantially restricting competition. The Revised Merger Guidelines specify the qualitative criteria for assessing anticompetitive effects. The Revised Merger Guidelines expand the real targets of merger review, improve the contents of unilateral effect and coordinated effect, reflect the effects of Buying Power, consider the existence of powerful buyers as the countervailing factor of anticompetitive effects and more specify the factors of new entrants. In addition, by changing the system of guideline and placing the factors alleviating anticompetitive effects in the separate chapter, the guidelines make it clear that the criteria are also applicable to vertical mergers and conglomerate mergers. In this regard, they complement a large part of the insufficiency of the existing guidelines. However, as mentioned above, there still remain unsolved problems, which are the concentration of economic power of conglomerate mergers, considering differentiated product markets, narrowly defining only the categories of customers specifically targeted for a price increase, flexibilization of market definition and considering the uniqueness of the innovation markets such as high-tech or pharmaceutical markets. Notwithstanding these flaws, the guidelines bring the significant advancements so that it can not be necessarily wrong and condemned.

**Key Words** : Flexibilization of Market Definition, Market Share, M&A Substantially Restricting Competition, Unilateral Effect, Differentiated Product Market, Price Discrimination, Coordinated Effect, Buying Power, Powerful Buyers, Countervailing Buyer Power, Entry Barrier, New Entry, Innovation Market.

---

\* Research Fellow, ICR Law Center at Korea University Law Institute, Ph. D. in Law