

독점규제법상 기업결합의 규제

- 미국 독점규제법상 수직적 기업결합을 중심으로 -

김 성 배

(法學博士)

< 目 次 >

I. 서 론

II. 미국 독점규제법상 수직적 기업결합에

대한 규제

1. 수직적 기업결합의 본질
2. 수직적 기업결합의 효율성
3. 수직적 기업결합의 문제점
4. 수직적 기업결합에 대한 규제

III. 우리나라 독점규제법상 기업결합에 대한 규제

1. 규제의 대상
2. 경쟁제한적 기업결합의 금지
3. 불공정한 방법에 의한 기업결합의 금지
4. 탈법행위의 금지

IV. 결 론

I. 서 론

기업결합은 기업간의 자본적·인적·조직적인 결부를 통하여 기업활동을 단일한 의사결정과 관리체제하에 통합시킴으로써, 개별기업의 경제적인 독립성을 소멸시키는 기업간의 결합을 이루는 각종의 행위로 정의되고 있다.¹⁾ 또한 기업결합은 일반적으로 세 가지 유형으로 나눌 수 있는바, 동일한 시장 내에 경쟁관계에 있는 둘 이상의 기업결합인 수평적 기업결합(horizontal integration)과 동종산업이나 업종에

1) 권오승, 「경제법」, 법문사, 2001, 181면; 박세일, 「법경제학」, 박영사, 2000, 633면; 이남기, 「경제법」, 박영사, 1999, 104면; 권재열, “독점규제법상 기업결합의 규제에 관한 소고”, 「사법행정」, 2001.3, 10면; 홍대식, “독점규제법상 기업결합의 규제”, 「경제법의 제문제」(재판자료 제87집), 법원도서관, 2000.6, 296면.

속하지만 거래단계를 달리하는 기업간의 결합인 수직적 기업결합(vertical integration) 및 수평적 기업결합과 수직적 기업결합이 아닌 나머지 모든 기업결합을 의미하는 혼합적 기업결합(conglomerate integration) 등이 그것이다.²⁾

이러한 기업결합에 대하여는 긍정적인 평가와 부정적인 평가가 동시에 이루어진다. 즉, 기업결합을 통하여 동일한 사업분야에서 경쟁하는 기업이 중복을 피하여 기업마다 전문체제를 확립하여 생산을 집중시킬 수 있다는 점, 생산공정에 관련된 기업이 결합하면 일관화에 의하여 중간거래의 손실을 제거함으로써 합리화를 도모할 수 있다는 점, 사업분야를 달리하는 기업간의 결합에 있어서도 경영다각화와 시너지효과를 통하여 불황에 대하여 저항력을 증대시키는 한편 기업의 신용이 높아짐에 따라 장래 생산규모의 확대를 적극적으로 추진할 수 있다는 점등이 전자의 내용이며, 후자에 있어서는 기업결합이 시장에서의 경쟁을 제한함으로써 독과점적 지위를 형성하고 시장지배의 수단으로 이용되는 등 반경쟁적인 폐해를 초래할 수 있다는 점을 대표적으로 지적하고 있다.³⁾

본고에서는 여러 유형으로 분류되고 있는 기업결합 중 수직적 기업결합에 대하여 그 본질과 연계하여 효율성을 검토한 후, 이러한 효율성에도 불구하고 수직적 기업결합이 독점금지법상 규제되어야 하는 문제점 내지 규제의 필요성과 규제법리를 미국 독점규제법상 논의를 중심으로 살펴보고자 한다.

II. 미국 독점금지법상 수직적 기업결합에 대한 규제

1. 수직적 기업결합의 본질

수직적 기업결합이 판매자와 구매자의 관계에 있는 기업간의 결합과 같이 동종산업 또는 동종업종에 속하지만 그 거래단계를 달리하는 기업간의 결합을 의미함은 이미 살펴본 바와 같다.

일반적으로 기업은 다음과 같은 방법에 의하여 수직적으로 결합할 수 있다. 첫째, 기업자신이 새로운 시장에 진입함으로써 수직적으로 결합하는 것으로 가장 일반적

2) 권오승, 위의 책, 187-188면; 박세일, 위의 책, 633-652면; 이남기, 위의 책, 105-106면; 권재열, 위의 논문, 11-12면; 홍대식, 위의 논문, 297-298면.

3) 권재열, 위의 논문, 11면.

인 형태이다.⁴⁾ 둘째, 기업이 이미 제2차 시장(the secondary market)⁵⁾에서 경제활동을 하고 있는 다른 기업을 인수함으로써 수직적으로 결합할 수 있다.⁶⁾ 셋째, 기업은 특정 재화나 서비스에 관한 장기계약을 체결함으로써 다른 기업과 수직적으로 결합할 수 있다.⁷⁾

이상의 세 가지 방법 중 어느 방법에 의하여 기업이 수직적으로 결합하는가는 여러 요인에 의하여 결정된다. 차례로 살펴본다.

첫째, 기업이 시장에 신규 진입함으로써 수직적으로 결합하는 경우에는 제품이나 서비스의 성질을 고려할 것이다. 즉, 제품이나 서비스가 대체 가능하거나 또는 다른 기업으로부터 취득하는 것 보다 기업 스스로 제조 또는 제공하는 것이 저렴하다면, 시장에 새로이 진입함으로써 수직적인 기업결합을 하지는 아니할 것이다. 그러나 제품이나 서비스가 특화되어 브랜드의 명성이 높아 소비자에게 신뢰받는 경우라면, 높은 인지도가 있는 그러한 제품을 생산하는 기업과 수직적으로 결합함으로써 보다 많은 이익을 창출하려고 할 것이다.⁸⁾

둘째, 기업의 규모 역시 수직적 기업결합에 대한 결정요인으로 작용할 수 있다. 예를 들어 전국적으로 수백 개의 체인을 가진 대규모 회사인 경우에는 이들 체인점에 상품을 공급하고 있는 기업과 수직적으로 결합함으로써 비용을 절감하여 높은 수익을 창출할 수 있을 것이며, 이는 동종업의 소규모 회사와 비교하면 더욱 그러하다.⁹⁾

셋째, 기업이 장기계약을 체결하여 특정 재화나 서비스에 관하여 다른 기업과 수직적으로 결합하는 경우에는, 기업이 다른 기업을 소유하기보다는 장래의 해당 시장의 불확실성을 우선적으로 고려하게 될 것이다. 이것은 기업이 상품이나 서비스

4) 음식점주인이 청소부를 고용하지 아니하고 직접 점포를 청소하거나, 변호사가 비용을 줄이기 위하여 손수 사무실 청소를 하는 것 등은 새로운 시장에 진입함으로써 수직적으로 결합하는 예에 해당된다. Herbert Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law*, St. Paul: West Publishing Co., 1985, p. 191.

5) 제조업자나 유통업자 수준의 시장을 제1차 시장(primary market)이라고 함에 대비하여 제조단계나 유통단계 수준의 시장을 제2차 시장이라고 칭한다. 정완, 「미국반트러스트법 시행 가이드라인」(법무자료 제127집), 법무부, 1990. 7, 79-80면 참조.

6) 변호사가 자신의 사무실을 청소하기 위하여 청소회사를 인수하지는 아니하겠지만, 정유회사가 스스로 자사제품의 배급 또는 소매를 위하여 기존의 다른 배급회사 또는 소매회사를 인수할 수 있을 것이다. 마찬가지로 제조업자가 소매회사를, 전력생산회사가 석탄이나 정유회사를 인수함으로써 수직적으로 결합할 수 있을 것이다. Hovenkamp, *supra* note 4, pp. 191-192.

7) *Id.*, p. 192.

8) Herbert Hovenkamp, *Antitrust*, St. Paul: West Publishing Co., 1993, p. 133.

9) *Id.*

의 성질을 고려하여 새로운 시장에 참여함으로써 결합하는 경우 및 기업의 규모가 기업결합의 결정요인으로 작용하는 경우에 결합기업이 피결합기업을 소유하는 형태를 취하게 되는 것과 대비된다 할 것이다.¹⁰⁾

이러한 기업결합의 여러 가지 결정요인들은 독점규제법의 기업결합에 대한 규제 태도와 함께 기업의 선택과 결정에 영향을 미치게 된다. 즉, 수직적 기업결합에 대하여 보다 엄격하게 법적 규제를 가하게 되면, 기업은 이미 존재하는 기업과의 결합을 꺼리는 대신에 수직적으로 관련되는 새로운 기업을 창설하게 될 것이다. 이는 독점규제정책이 효율성을 고려하지 아니하고 엄격히 시행된다면, 기업은 법적인 규제를 피하기 위하여 전혀 결합하지 아니하거나 고비용이 요구되는 결합을 할 수밖에 없다는 의미이다.¹¹⁾

2. 수직적 기업결합의 효율성

수직적 기업결합에 대한 법적 규제를 살펴보기에 앞서 기업이 수직적 기업결합을 선택하는 까닭을 우선적으로 생각해 보아야 할 것이다. 즉, 대부분의 경우 기업은 시장독점 또는 독점을 통한 이익의 극대화를 추구하기 위해 기업결합을 하기보다는 비용절감을 위하여 기업결합을 선호한다는 점을 간과해서는 아니 될 것이다. 이는 경쟁적 시장에서 결과적으로 기업의 비용절감에 따른 혜택이 소비자에게 돌아가게 될 것이므로, 수직적 기업결합의 대부분은 독점규제법상 적법하게 인정되어야 한다는 분석도 가능하게 될 것이다.¹²⁾

(1) 생산비 절감

기업은 수직적 기업결합을 통하여 생산비를 절감할 수 있다. 이러한 생산비의 절감은 수직적으로 결합하지 아니한 기업에게는 이용이 불가능한 기술력을 수직적으

10) Hovenkamp, supra note 4, p. 192.

11) Hovenkamp, supra note 8, p.134.

12) 수직적 기업결합의 효율성과 관련하여서는 비용절감의 측면뿐만 아니라, 독점거래로 인한 규제를 회피할 목적 및 제품의 판매 또는 판매이익의 극대화를 위한 시장분배와 관련하여도 논의되고 있다. Hovenkamp, supra note4, pp. 198-199; Christopher S. Yoo, Vertical Integration and Media Regulation in the New Economy, 19 Yale J. R. 171, 187-205(2002); Irwin M. Stelzer and Richard Schmalensee, Potential Costs and Benefits of Vertical Integration, 51 Antitrust L. J. 249(1983); Andy Chen and Keith Hylton, Procompetitive Theories of Vertical Control, 50 Hastings L. J. 573, 623(1999).

로 결합된 기업은 그 이용이 가능하기 때문이다.¹³⁾

그러나 기술력을 이용한 생산비절감은 완전한 수직결합을 위한 새로운 공장의 설립이 필요하기 때문에 수직적 기업결합을 통해서는 생산비절감이라는 경제적 목적을 이룰 수 없다는 것이 일반적인 주장이다. 다만 이러한 주장이 수직적 기업결합을 통한 기술력의 경제적 효용, 즉 어느 정도의 비용절감효과까지를 완전히 부인하는 것은 아니다.¹⁴⁾

(2) 거래비용의 절감

수직적 기업결합의 효율성은 생산비절감의 측면보다는 거래비용의 절감에 있어서 훨씬 크게 나타난다. 즉, 일반적으로 기업은 거래를 위한 협상, 계약의 체결, 상대방에 대한 신뢰, 제품공급계획의 수립 등등의 시장관련비용을 지출하게 된다. 이러한 비용은 기업이 내부적으로 소요하여야 하는 비용보다 훨씬 많이 지출될 뿐만 아니라, 이기적인 경제주체들과의 거래의 속성상 보다 큰 위험에 노출되기도 한다. 다시 말해 기업의 거래비용은 시장 의존적 비용이므로 기업은 수직적 결합을 통하여 이러한 비용을 줄일 수 있다는 것이다.¹⁵⁾

3. 수직적 기업결합의 문제점

수직적 기업결합은 그 효용성 및 제한된 경제적 해악의 한계에도 불구하고, 중소기업과 경쟁자인 비결합기업에 미치는 필연적인 손해의 예방 및 그들 기업의 보호를 위하여 독점금지법상 규제를 받기에 이른다.

13) 수직적 기업결합을 통한 생산비절감의 고전적인 예로는 제강공장(steel mill)과 압연공장(rolling mill)을 들고 있다. 즉 제강공장에서는 강괴의 형태로 철을 생산하는 반면에, 압연공장에서는 이러한 강괴를 가열하여 철구조물로 가공된 제품을 생산하는 것이다. 이 경우에 만약 제강공장이 강괴의 가공을 위하여 일반시장에 강괴를 판매하려 한다면, 강괴의 운송비 및 가공을 위한 재가열비용 등이 필수적으로 소요될 것이다. 그러나 제강공장이 자체적으로 압연공장을 보유하게 된다면 강괴를 생산한 후 즉시(재가열의 필요없이) 압연공장으로 강괴를 옮겨 가공함으로써 철구조물을 생산할 수 있을 것이다. 이처럼 생산비절감을 이유로 제강공장과 압연공장은 모두 대규모의 설비를 필요로 하는 각기 다른 제품을 생산하는 사업체임에도 불구하고 제강공장이 압연공장을 소유하여 운영하는 것이다. Hovenkamp, supra note 4, p. 193.

14) Id.; Ranom Casadesus-Masanell and Daniel F. Spulber, The Fable of Fisher Body, 47 J. L. & Econ. 67, 99-100(April, 2000).

15) Hovenkamp, supra note 4, pp. 193-194.

(1) 신규시장진입장애

수직적 기업결합은 신설기업의 신장진입을 더욱 어렵게 할 수 있다. 예를 들어 알루미늄을 생산하는 기업이 모든 알루미늄가공업체에 독점적으로 알루미늄을 공급하는 경우에, 신규시장진입을 위해서는 어떠한 기업도 알루미늄의 생산 및 가공시장에 동시에 진입해야만 할 것이다. 왜냐하면 신규기업의 시장진입이 생산시장과 가공시장에 동시에 이루어지지 않으면 그 기업은 거래기업이 없을 수 있기 때문이다. 다만 이러한 현상은 일반적으로 결합하고자 하는 기업의 시장점유율이 매우 높은 경우에 발생하게 된다.¹⁶⁾

(2) 부당한 가격차별

수직적 기업결합은 가격차별을 용이하게 하기 위하여 때때로 이용되기도 한다. 즉, 어떠한 제품을 생산하는 기업이 한편으로는 자사의 제품대신에 대체재를 사용할 수 있는 기업과는 수직적으로 결합하여 자사제품을 상대적으로 저가에 공급하여 그 제품의 유출을 방지하고, 다른 한편으로는 자사제품을 대체할 수 없는 기업에 대하여는 높은 가격으로 제품을 판매하는 경우이다.¹⁷⁾

그러나 가격차별화를 위한 수직적 기업결합이 독점금지법상 반드시 규제되어야 하는가에 대하여는 논란이 있다. 왜냐하면 수직적 기업결합을 통한 가격차별의 결과 전체로서의 소비자는 점점 더 가난하게 하는 반면에 생산자는 더욱 더 이익을 챙긴다는 점에서는 비난의 여지가 있지만, 때때로 기업이 수직적 결합을 통하여 생산량을 증가시키고 독점적 지위를 이용하여 재화의 손실을 줄일 수도 있기 때문이다.¹⁸⁾

일반적으로 독점금지법은 끼워팔기의 경우를 제외하고는 가격차별을 수직적 기업결합의 규제에 있어서 유일한 논거로 삼지는 아니한다.¹⁹⁾

(3) 요금규제의 회피

요금규제를 받는 기업이 요금규제를 받지 아니하는 기업과 수직적으로 결합함으

16) Hovenkamp, supra note 8, p. 140.

17) Id., pp. 140-141.

18) Id.

19) Id.

로써 요금에 관한 규제를 회피하는 경우가 있다. 예를 들어 요금규제를 받는 전력 회사가 그렇지 아니한 석탄회사와 수직적으로 결합함으로써 석탄공급가를 부풀려 석탄에 대한 독점적 이익을 얻는 경우에, 이는 요금규제를 받는 전기요금에서의 이익이 아니라 요금규제를 받지 아니하는 부풀려진 석탄가로부터의 이익으로 하는 것이다. 즉, 부풀려진 석탄가격은 전력회사의 회계장부에는 전력생산비의 인상으로 나타날 것이고, 이는 곧 전기요금인상을 정당화하는 근거로 이용될 수 있다는 것이다.²⁰⁾

4. 수직적 기업결합에 대한 규제

수직적 기업결합은 독점에 비하여 그 효율성 및 비용절감의 가능성으로 인한 긍정적 측면이 없지 아니하지만, 그것이 독점기업에 의하는 경우이거나 가격규제를 회피하기 위한 경우처럼 반경쟁적인 경우에는 독점규제법상 제재를 받게 된다.²¹⁾

(1) 판례의 변천

1) 결합기업의 의도(Subjective Intent)

애초에 법원은 수직적으로 결합하고자 하는 기업(이하 '결합기업'이라 칭함)의 '의도(subjective intent)'에 초점을 맞추어 수직적 기업결합을 분석하였다. 그리하여 법원이 결합기업으로부터 거래나 통상의 일부에 관한 독점의 의도 또는 일정 재화나 용역의 가격인상의 의도를 발견한 경우에는 이를 규제하였다.²²⁾ 기업결합의 의

20) 이러한 까닭으로 특히 공공요금을 규제하는 경우에 행정당국은 요금규제를 받는 기업이 요금규제를 받지 아니하는 기업과의 수직적 결합을 예방하거나, 수직적으로 결합된 기업 간의 내부거래에 대하여 엄격히 감시할 필요가 있다. Id.

21) 수직적 기업결합의 규제에 관한 본고의 논의에 있어서 계약에 의한 다양한 형태의 수직적 기업결합, 예를 들면 끼워팔기라든지 배타적 거래조건부계약 등은 제외하였다.

22) 결합기업의 '부당한 목적과 불법적인 방법에 의한 결합'이 이루어지고, '완전한 담배생산에 필수 불가결한 시장에 대한 점진적인 잠식'이 행하여 졌으며, '일용 개별 기업에 의한 시장지배가 다른 기업의 담배시장진입에 끊임없는 장애가 된' 경우에, 법원은 결합기업의 의도는 거래제한을 금지하는 보통법상의 원칙을 위배하였다고 판결하였다. U.S. v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106, 182-183, 31 S.Ct. 632, 649(1911); 한편 여러 도시에서 독점으로 운영되고 있는 택시회사들을 택시제조회사가 인수한 사건에 대하여 법원은 택시제조회사가 '규제 받을 정도의 반경쟁적 의도'를 가지고 있지 아니하다고 하면서 택시회사의 인수를 인정한 하였다. U.S. v. Yellow Cab Co., 332 U.S. 218, 67 S.Ct.

도를 중시하는 법원의 태도는 이 판결 이후 약 40여 년간 지속되었다.

2) 배척이론(The Foreclosure Theory)

1950년이래 법원은 소위 '배척이론'에 의하여 수직적 기업결합을 규제하게 된다. 여기서의 '배척'은 결합기업이 다른 기업의 시장접근을 부인하는 경우에 발생한다.

예를 들면 독점으로 제품을 생산하는 기업이 자사생산 제품의 전량을 판매할 수 있을 정도로 충분한 수의 소매점을 매입해 버린다면, 여타의 소매점은 그 제품의 판매를 위하여 그 제품을 구입하려고 하여도 더 이상 그 제품을 구입할 수 없게 되는 경우이다.²³⁾

이러한 배척이론에 의거 법원은 자동차마감제 시장의 약 1/3에 대한 배척이 발생한 경우에, 자동차마감제 생산회사가 자사제품을 사용하는 자동차회사의 주식 23%를 취득한 행위를 규제하였다.²⁴⁾

나아가 법원은 제화회사와 제화소매상간의 결합으로 인하여 시장에 단지 1% 내지 2%의 배척이 발생한 경우에도 배척이론을 적용하였다. 법원의 논거는 비록 낮은 수치의 배척이라 할지라도 그것이 본질적으로 경쟁을 저해하거나 독점으로 이어질 징후가 있는 경우에는 규제되어야 한다는 것이었다.²⁵⁾

그러나 이러한 법원의 견해에 대하여는 수직적 결합을 통하여 기업은 운영비를 절감하게 됨으로써 시장은 어느 정도는 수직적 기업에 노출되어 있다는 사실을 간과하고 있다는 비판이 가해지고 있다. 즉, 수직적으로 결합한 기업간의 경쟁은 결합하지 아니한 기업의 비용 아래로 가격을 내릴 것이다. 이 경우 결합하지 아니한 기업들은 소매점이 없거나 제품의 판로가 없어서가 아니라, 수직적으로 결합하지 아

1560(1947).

23) 그러나 진정한 의미의 배척은 수직적 기업결합에 있어서 최소한 하나의 기업이 독점인 경우에만 발생하게 될 것이다. 왜냐하면 하나의 시장에 다수의 생산기업과 다수의 소매점이 있는 경우에는, 어느 한 생산기업에 의한 일부 소매점과의 결합이 있더라도 나머지 생산기업과 소매점이 복수로 존재하여 시장이 재편됨으로써 배척이 발생하지 아니하기 때문이다. 실제 법원도 수직적 기업결합에도 불구하고 시장에 대체할 수 있는 판매자와 구매자가 있는 경우에는 배척이론의 적용을 거부하였다. U.S. v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, 507-510, 68 S.Ct. 1107, 1114-1115(1948).

24) U.S. v. E.I. du Pont De Nemours & Co., 353 U.S. 586, 77 S.Ct. 872(1957). 이 소송은 1949년에 제기됨으로써, 1950년에 개정된 Clayton Act 제7조가 수직적 기업결합을 규제하기 이전의 사건이다. 그리고 재판 당시 법원은 개정된 Clayton Act 제7조를 원용하지는 않았지만, 개정취지를 인용하였다. 오늘날 이 판례는 Clayton Act 제7조의 수직적 기업결합에 관한 판례로 다루고 있다.

25) Brown Shoe v. U.S., 370 U.S. 294, 82 S.Ct. 1502(1962).

니하면 결합한 기업들과 경쟁할 수 없기 때문에 결합하게 된다는 것이다.²⁶⁾

한편 법원은 점차 배척이론을 적용함에 있어서 보다 유연한 태도를 취하고 있다. 그리하여 배척이 발생한 경우에 그것이 여타의 잔존 기업이 구매자 또는 판매자를 찾기 어려울 정도에 이르지 아니한 경우에는 수직적 기업결합의 유효함을 인정하고 있다.²⁷⁾

3) 진입장벽이론(The Entry Barrier Theory)

이 이론은 자동차제조회사가 부품회사를 인수한 행위에 대하여, 법원이 이러한 기업결합은 동종의 부품시장에 참여하려는 신설기업에 대한 진입장벽이 된다고 판결한 사건에서 원용되었다.²⁸⁾

실제로 자동차제조회사는 부품회사를 인수한 후 자체적으로 부품을 생산함으로써 자사가 사용하는 해당부품 시장에 대한 신규진입을 불가능하게 하였다.

(2) 클레이튼법 제7조

1950년 이전에는 수직적 기업결합은 셔먼법 제1조²⁹⁾에 의하여 규제되었다.³⁰⁾ 그러나 1950년에 클레이튼법 제7조³¹⁾가 셀러-키포버법에 의해 개정되어 수직적 기업결합뿐만 아니라 다른 종류의 기업결합에도 적용됨으로써, 기업결합에 대한 법적 규제가 전환점을 맞이하게 된다.

그리하여 오늘날 모든 형태의 수직적 기업결합은 클레이튼법 제7조의 실질적인 적용을 받고 있는 바, 어떠한 기업결합도 그것이 '경쟁을 실질적으로 제한하거나 또는 독점이 형성될 가능성이 있는(may be substantially to lessen competition, or to tend to creat a monopoly)' 경우에는 본 조문의 규제를 받게 된다.³²⁾

26) Hovenkamp, supra note 4, pp. 205-206.

27) Alberta Gas Chemicals v. E.I. du Pont de Nemours, 826 F.2d 1235(3d Cir. 1987), cert. denied, 486 U.S. 1059, 108 S.Ct. 2830(1988).

28) Ford Motor Co. v. U.S., 405 U.S. 562, 92 S.Ct. 1142(1972).

29) 15 U.S.C. §1.

30) Sherman Act 제1조는 '여러 국가들간 또는 외국과의 거래나 통상을 제한하는 어떠한 계약이나 결합, 또는 공모는 불법한 것'으로 한다고 규정하고 있다.

31) 15 U.S.C. §18.

32) Hovenkamp, supra note 8, p.142.

(3) 법무부의 지침

1984년 법무부가 발표한 반트러스트법 시행 가이드라인³³⁾은 합병과 반트러스트정책에 관한 것이다.

이 가이드라인은 수직적 기업결합을 규제하기 위하여 원용하였던 배척이론을 사실상 포기하였다. 뿐만 아니라, 수직적 기업결합의 효율성과 적법성에 대하여도 상당히 긍정적인 태도를 취하고 있다. 그럼에도 불구하고 이 가이드라인은 수직적 기업결합으로부터 야기될 수 있는 반경쟁적 요인으로 다음과 같은 세가지 문제점을 지적하고 있다.³⁴⁾

1) 시장진입장애

앞서 수직적 기업결합의 문제점으로써 신규시장진입장애에 관하여 살펴본 바에 의하면, 수직적 기업결합이 규제되기 위해서는 우선 수직적 결합에 의하여 두 시장의 결합정도가 너무 강하여 기업의 신규시장참여가 두 시장에 동시에 이루어지지 않으면 아니 될 정도가 되어야 한다. 또한 이 경우에도 한 시장의 진입조건의 충족이 다른 시장의 진입을 상당히 어렵게 하여 다른 시장의 진입이 가능하지 않을 정도가 되어야 한다. 그리고 수직적 기업결합이 시장의 구조나 특성으로 인하여 반경쟁적으로 되어 시장참여의 어려움에 영향을 미치는 경우이어야 한다.

법무부는 이러한 요건의 충족을 판단함에 있어서 두 시장동시진입의 필요성과 어려움 및 시장구조와 기능 등을 고려할 것이다.³⁵⁾

2) 결합에 관한 공모의 조장

기업이 수직적 결합을 통하여 시장집중 및 상품판매에 관한 공모를 조장하는 경우에 시장집중도를 고려하여 법무부는 이를 문제삼을 수 있다.³⁶⁾

33) Department of Justice Antitrust Division[Order No. 1060-84], 1984 Merger Guidelines, 49 FR 26823-03(June 29, 1984).

34) Hovenkamp, supra note 8, p 145.

35) 1984 Merger Guidelines, supra note 33, pp.26835-26836.

36) 이 경우 시장집중도와 관련하여서는 HHI 지수(Herfindahl-Hirschman Index) 1,800을 기준으로 삼고 있다. Id., p.26836.

3) 요금규제의 회피

수직적 결합을 통하여 기업은 요금규제를 피할 수 있다. 그러나 이 경우에도 기업의 수직적 결합이 가질 수 있는 진정한 경제성을 법무부는 인정한다. 다만 수직적 기업결합의 남용이 있는 경우에는 법무부가 관여할 것이다.³⁷⁾

Ⅲ. 우리나라 독점규제법상 기업결합에 대한 규제

1. 규제의 대상

(1) 기업결합의 주체

우리 나라 '독점규제법 및 공정거래에 관한 법률'(이하 인용에 있어서는 단순히 '법 제몇조'로 표기한다)은 전체의 입장에서 경제적 일체로서 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합과 불공정한 방법에 의한 기업결합을 그 규제 대상으로 하고 있다.³⁸⁾ 그리하여 누구든지 직접 또는 특수관계인을 통하여 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합행위를 하여서는 아니되고(법 제7조 제1항), 불공정한 방법으로 기업결합을 하여서는 아니된다(법 제7조 제3항).

(2) 기업결합의 유형

1) 주식의 취득 또는 소유

다른 회사의 주식을 취득 또는 소유(법 제7조 제1항 제1호)하는 경우이다. 여기서 주식의 취득은 주식을 취득하는 행위를 말하며, 주식의 소유는 주식을 취득한 상태를 말한다.³⁹⁾ 그리고 주식의 취득은 한 기업이 다른 기업의 주식의 전부 또는 일부를 그 주주로부터 취득하는 것으로서 취득기업과 피취득기업의 주주간의 직접적인

37) Id.

38) 권재열, 앞의 논문, 14-15면.

39) 권오승, 앞의 책, 185면.

거래관계를 내포하는 점에서 영업의 양수와 구별된다.⁴⁰⁾

일반적으로 주식이란 회사에 대한 사원의 법률상의 지위를 가리키는데, 주식회사 이외의 회사에 있어서는 회사에 대한 사원의 법률상의 지위가 출자지분에 따라 결정되므로, 여기서 말하는 주식에는 출자지분도 포함되는 것으로 이해하여야 할 것이다.⁴¹⁾

2) 임원겸임

자산총액 또는 매출액의 규모가 2조원 이상인 대규모회사가 직접 또는 특수관계인을 통하여 임원의 겸임을 함으로써 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 해서는 아니된다.⁴²⁾

임원의 겸임이란 어떤 회사의 임원 또는 종업원이 다른 회사의 임원지위를 보유하는 것을 의미한다(법 제7조 제1항 제2호). 그리고 임원이라 함은 이사·대표이사·업무집행을 하는 무한책임사원·감사나 이에 준하는 자 또는 지배인 등 본점이나 지점의 영업전반을 총괄적으로 처리할 수 있는 상용사용인을 말하며(법 제2조 제5호), 종업원이란 계속해서 회사의 업무에 종사하는 자로서 임원 이외의 자를 말한다(법 제7조 제1항 제2호).

일반적으로 기업들간의 인적 결합관계는 그 자체로서 기업결합 내지 지배의 수단이 되기보다는 이미 성립한 기업결합관계를 보완·강화하기 위한 수단으로써 사용되므로, 이 요건이 갖는 독립적 의미는 그다지 크지 않다.⁴³⁾

한편 임원의 파견과 관련하여서는 임원공동관계는 임원의 겸임뿐만 아니라 임원의 파견이나 사장단회의와 같은 다양한 형태로 나타날 수 있으므로 임원의 겸임 이외에 임원의 파견도 이 규정에 포함하는 것으로 해석하여야 한다는 견해⁴⁴⁾와 법문상으로 무리한 해석이므로 경우에 따라 경제제한적인 효과를 고려하여 탈법행위로 금지하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.⁴⁵⁾

40) 홍대식, 앞의 논문, 301-302면; 이규억·박병형, 「기업결합: 경제적 효과와 규제」, 한국개발연구원, 1993, 25면.

41) 권오승, 앞의 책, 185면.

42) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제12조의 2.

43) 홍대식, 앞의 논문, 302면; 권오승, 「기업결합규제법론」, 법문사, 1987, 81면.

44) 권오승, 「경제법」, 185면.

45) 홍대식, 앞의 논문, 303면.

3) 다른 회사와의 합병

누구든지 직접 또는 특수관계인을 통하여 다른 회사와의 합병을 함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니된다(법 제7조 제1항 제3호).

일반적으로 회사의 합병에는 흡수합병과 신설합병이 있는데 기업결합의 규제대상이 되는 합병에는 이들 두 합병이 모두 포함되며, 회사의 합병은 둘 이상의 회사가 법적인 단일체를 형성하는 완벽한 형태의 기업결합으로서 법적으로 단일인격이 형성된다는 점에서 사실상의 합병인 영업의 양수와 구별된다.⁴⁶⁾

4) 영업의 양수

영업의 양수란 다른 회사의 영업의 전부 또는 주요부분의 양수·임차 또는 경영의 수임이나 다른 회사의 영업용고정자산의 전부 또는 주요부분을 양수함을 말한다(법 제7조 제1항 제4호).

여기서 영업이란 회사의 사업목적을 위하여 조직화되고 유기적 일체로서 기능하는 재산권의 집합을 말하며, 판매권, 특허권·상표권 등 무체재산권, 기타 인허가와 관련되어 재산상의 가치가 있는 것을 포함한다.⁴⁷⁾ 또한 주요부분이라 함은 양수 또는 임차부분이 독립된 사업단위로서 영위될 수 있는 형태를 갖추고 있거나 양수 또는 임차됨으로써 양도회사 매출의 상당한 감소를 초래하는 경우로서, 영업양수금액이 양도회사의 직전사업연도 종료일 현재 대차대조표상의 자산총액의 100분의 10 이상이거나 50억원 이상인 경우를 말하고, 경영의 수임이라 함은 영업의 양도·양수회사간에 경영을 위탁하는 계약의 체결 등을 통하여 수임인이 경영권 행사의 주체로서 활동하는 것을 말한다.⁴⁸⁾

5) 새로운 회사설립에의 참여

누구든지 직접 또는 특수관계인을 통하여 새로운 회사의 설립에 참여함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니된다(법 제7조 제1항 제5호). 이 규정은 새로운 회사가 설립되어 신규진입이 발생함으로써 어

46) 권오승, 「경제법」, 186면.

47) 홍대식, 앞의 논문, 304면; 공정거래위원회 고시 제 1999-3호, 기업결합의 신고요령 참조.

48) 홍대식, 위의 논문, 305면.

면 시장에 참여하는 경쟁자의 수가 증가하는 경우에도 경쟁제한의 가능성이 있다는 점을 고려한 것이다.⁴⁹⁾

한편 제7차 개정법은 새로운 회사설립에의 참여 중에서 특수관계에 있는 자들만 참여하는 경우 또는 상법 제530조의 2 제1항(단순분할)의 규정에 의하여 분할에 의한 회사설립에 참여하는 경우에는 기업결합의 규제를 받지 아니하도록 하고 있다.⁵⁰⁾

2. 경쟁제한적인 기업결합의 금지

(1) 경쟁제한적 기업결합금지의 목적

기업결합을 규제하는 가장 중요한 목적은 기업의 과도한 집중현상을 방지하려는 것이다. 즉, 기업결합으로 시장에서의 경쟁가능성을 축소시키거나 기존의 경쟁을 더 제한하게 되거나 또는 잘 작동되지 아니하였던 경쟁을 회복시키는데 있어서 장애가 되는 기업결합을 규제하고 있다.⁵¹⁾

이것은 독점규제법이 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합을 금지하고 있음을 뜻하는 것이다.⁵²⁾

(2) 경쟁제한적 기업결합의 주체 및 방법

우리 독점규제법은 규제대상기업결합의 주체를 '누구든지'로 규정하고 있으므로 독점규제법의 적용을 받는 모든 사업자는 그 주체가 될 수 있고, 사업자가 직접적으로 행하는 기업결합 및 특수관계인을 통하여 이루어지는 기업결합도 규제하고 있다.⁵³⁾

(3) 경쟁제한적 기업결합금지의 심사기준

1) 기업결합심사기준

49) 홍대식, 위의 논문, 305면; 권오승, 「경 제법」, 186-187면.

50) 권오승, 「경 제법」, 187면.

51) 권재열, 앞의 논문, 15면.

52) 이기수, 「경 제법」 제3판, 세창출판사, 2000, 96-97면.

53) 권재열, 앞의 논문, 15면.

공정거래위원회가 고시한 '기업결합심사기준(1999. 4. 15. 제정, 고시 제1999-02호)에 의하면 경쟁제한적 기업결합에 해당하기 위해서는 먼저 기업결합 당사회사간에 이 심사기준에 규정된 지배관계가 형성되어야 하며, 그 기업결합이 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하여야 한다.⁵⁴⁾

2) 지배관계의 형성

합병이나 영업양수의 경우에는 그 행위로 인하여 바로 지배관계가 형성되지만, 주식취득, 임원겸임 또는 회사신설에의 참여의 경우에는 취득회사 또는 그 특수관계인이 그 기업결합으로 인하여 피취득회사의 경영에 상당한 영향력을 행사할 수 있게 되는 경우에만 지배관계가 형성된다.⁵⁵⁾

3) 일정한 거래분야의 확정

일정한 거래분야는 경쟁관계가 성립될 수 있는 거래분야를 말하며, 거래대상, 거래지역, 거래단계, 거래상대방 등에 따라 구분될 수 있다.⁵⁶⁾

4) 경쟁의 실질적 제한

경쟁을 실질적으로 제한하는 행위라 함은 일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위를 말한다(법 제2조 제8의2호).⁵⁷⁾

5) 경쟁의 실질적 제한의 추정

기업결합의 당사회사의 시장점유율(계열회사의 시장점유율을 합산한 점유율)의 합계가 다음의 각호의 요건을 갖춘 경우에는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으

54) 권오승, 「경제법」, 203-204면; 권재열, 위의 논문, 15면; 홍대식, 앞의 논문, 306-307면.

55) 권오승, 「경제법」, 204면; 공정거래위원회 고시 제1999-2호, 기업거래심사기준, V. 지배관계 형성여부 판단기준 참조.

56) 공정거래위원회 고시 제1999-2호, 기업결합심사기준, VI. 일정한 거래분야의 판단기준 참조.

57) 공정거래위원회 고시 제1999-2호, 기업결합심사기준, VII. 경쟁제한성 판단기준 참조.

로 제한하는 것으로 추정한다. 즉, 가. 시장점유율의 합계가 시장지배적 사업자의 추정요건에 해당할 것, 나. 시장점유율의 합계가 당해 거래분야에서 제1위일 것, 다. 시장점유율의 합계와 시장점유율이 제2위인 회사의 시장점유율과의 차이가 그 시장점유율의 합계의 100분의 25 이상일 것(법 제7조 제4항 제1호).

또한 대규모회사가 직접 또는 특수관계인을 통하여 행한 기업결합이 일정한 요건을 갖춘 경우에도 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 추정한다(법 제7조 제4항 제2호). 이러한 추정은 대규모사업자가 중소기업들로 구성되어 있는 시장에 침투하여 그 시장의 경쟁질서를 교란시키는 것을 막기 위하여 마련된 것이다.⁵⁸⁾

6) 경쟁제한적 기업결합금지의 예외

공정거래위원회는 경쟁제한적 기업결합이 효율성을 증대 또는 희생 불가한 회사와의 기업결합에 있어서 일정한 경우에는 이를 예외적으로 인정하고 있다(법 제7조 제2항).⁵⁹⁾

3. 불공정한 방법에 의한 기업결합이 금지

누구든지 강요 기타 불공정한 방법으로 기업결합을 하여서는 아니된다(법 제7조 제3항). 불공정한 방법에 의한 기업결합은 그 기업결합의 경쟁제한성과 상관없이, 그 기업결합의 방법이나 절차 등이 다른 법령의 규정에 명백히 위반되거나 현저히 부당한 경우를 말한다. 따라서 이 경우에는 회사의 규모나 기업결합의 형태 등은 문제되지 아니한다.⁶⁰⁾

4. 탈법행위의 금지

경쟁제한적인 기업결합의 금지에 있어서 이미 살펴본 주식의 취득 또는 소유, 임원겸임, 다른 회사와의 합병, 영업의 양수, 새로운 회사설립에의 참여뿐만 아니라, 기타의 방법에 의한 탈법행위도 금지된다(법 제15조 제1항).⁶¹⁾

58) 권오승, 「경제법」, 207면; 권재열, 앞의 논문, 17면.

59) 공정거래위원회 고시 제1999-2호, 기업결합심사기준, VIII. 효율성 증대효과 및 희생이 불가한 회사의 판단기준 참조.

60) 권오승, 「경제법」, 227면; 공정거래위원회 고시 제1999-2호, 기업결합심사기준, IX. 불공정한 방법에 의한 기업결합판단기준 참조.

IV. 결 론

이상에서 독점규제법상 기업결합의 규제에 대하여 미국법상 수직적 기업결합에 대한 규제법리를 중심으로 살펴 본 후, 우리나라의 기업결합에 대한 규제를 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 의거 개관하였다.

미국 법원의 수직적 기업결합에 대한 규제태도를 살펴보면, 우선 수직적 기업결합의 본질을 파악한 후 이와 연계하여 그 효율성은 인정하면서도, 수직적 기업결합의 속성상 피할 수 없는 반경쟁적 시장저해의 영향력을 결합기업의 의도, 배척이론, 진입장벽이론 등 다양한 법리를 전개하여 분석한다는 것이다. 즉, 기업이 수직적 결합을 통하여 생산비와 거래비용을 절감하여 소비자에게 이익이 되는 경우에는, 기업결합의 반경쟁적인 요소에도 불구하고 기업결합의 효용성을 인정하여 법원은 규제에 있어 관대한 입장을 견지하고 있다.

그리고 판례의 축적으로 인한 제정법의 개정을 통하여 법적 안정성을 추구하려는 노력도 엿보인다. 오늘날 수직적 기업결합뿐만 아니라 어떠한 형태의 기업결합도 그것이 '경쟁을 실질적으로 제한하거나 또는 독점이 형성될 가능성이 있는 경우'에는 개정된 클레이튼법 제7조가 실질적으로 적용되고 있다.

한편 1984년 미국 법무부가 발표한 기업결합에 관한 가이드라인을 살펴보면, 법무부의 기업결합에 대한 규제정책을 분명하게 함으로써, 기업결합의 셔먼법 제1조 또는 클레이튼법 제7조에 대한 위반여부를 판단하는 자료로 사용될 수 있도록 하고 있다. 또한 이 가이드라인에 적시한 일정한 요건의 흠결 시에는 법무부가 적극적으로 시장에 개입하여 독점규제정책을 수행하려는 강력한 의지도 표방하고 있다. 이러한 법무부의 지침은 시장에서의 공정한 경쟁의 촉진과 현실적으로 기업을 경영하는 주체들 모두에게 매우 유용한 지침으로 원용될 것이다.

우리의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률도 경쟁을 제한하거나 또는 아직 독과점화되어 있지 아니한 새로운 시장에서 독점을 형성하거나 형성될 우려가 있는 기업결합을 규제하고 있다. 특히 공정거래위원회는 기업결합과 관련하여 1999년 4월 15일 기업결합심사기준을 고시하여, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 규정에 의한 기업결합에 대하여 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는지 여부, 기업결합의 방법이 강요 기타 불공정한 방법에 해당하는지 여부, 기업결합으로 인해 효율성 증대효과가 발생하는지 여부 및 희생이 불가한 회사와의 기업결합에 해

61) 탈법행위의 유형 및 기준에 관하여는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제21조의 3 참조.

당되는지 여부 등에 대한 심사기준을 제시하고 있다.

미국 및 한국의 기업결합에 대한 독점규제법상 규제태도를 살펴보면, 기업결합이 공정한 경쟁이나 시장에 미치는 영향이 다양함을 전제로 하고 있다. 그러므로 기업결합이 공정한 경쟁이나 시장에 미치는 긍정적 효과와 부정적 효과를 동시에 종합적으로 분석하여 기업결합에 대한 규제가 이루어져야 할 것이다.

《参考文献》

- 권오승, 「경제법」, 법문사, 2001
 권오승, 「기업결합규제론」, 법문사, 1987
 박세일, 「법경제학」, 박영사, 2000
 이기수, 「경제법」, 세창출판사, 2000
 이남기, 「경제법」, 박영사, 1999
 이규억·박병형, 「기업결합: 경제적 효과와 규제」, 한국개발연구원, 1993
 정완, 「미국반트러스트법시행가이드라인」(법무자료 제127집), 법무부, 1990.7
 권재열, “독점규제법상 기업결합의 규제에 관한 소고”, 「사법행정」, 2001.3
 홍대식, “독점규제법상 기업결합의 규제”, 「경제법의 제문제」(재판자료 제87집), 법원도서관, 2000.6
 공정거래위원회 고시 제1999-2호, 기업결합심사기준, 1999. 4. 15.
- Herbert Hovenkamp, Economics and Federal Antitrust Law, West Publishing Co., 1985
 Herbert Hovenkamp, Antitrust(2d Ed.), West Publishing Co., 1993
 Areeda, Solow, and Hovenkamp, Antitrust Law(Vol. II A), Little, Brown and Company, 1995
 Irwin M. Stelzer, Richard Schmalensee, Potential Costs and Benefits of Vertical Integration, 52 Antitrust L. J. 249, 1983
 Frank H. Easterbrook, Vertical Arrangements and the Rule of Reason, 53 Antitrust L. J. 135, 1984
 Andy Chen, Keith Hylton, Procompetitive Theories of Vertical Control, 50 Hastings L. J. 573, 1999
 R.H. Coase, The Nature of the Firm: Meaning, 4 J.L. Econ. & Org. 19, 1988
 Benjamin Klein, Vertical Integration as Organizational Ownership, 4 J.L. Econ. & Org. 199, 1988
 Roger Blair and David Kaserman, Vertical Integration, Tying, and Antitrust Policy, 68 Am. Econ. Rev. 397, 1978
 B. Klein, R.G. Crawford, and A.A. Alchian, Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, 21 J.L. & Econ. 297, 1978

-
- Christopher S. Yoo, Vertical Integration and Media Regulation in the New Economy, 19 Yale J. R. 171, 2002
- Ranom Casadesus-Masanell and Daniel F. Spulber, The Fable of Fisher Body, 47 J. L. & Econ. 67, April, 2000
- Department of Justice Antitrust Division[Order No. 1060-84], 1984 Merger Guidelines, 49 FR 26823-03, June 29, 1984

Summary

Vertical Integration and Antitrust Law in the United States

Kim, Sung Bae
(Ph.D. in Law)

A firm is 'vertically integrated' whenever it performs for itself some function that could otherwise be purchased in the marketplace.

A firm can integrate vertically in three different ways: (1) It can enter a new market on its own; (2) It can merge with another firm that carries on the vertically related activity; (3) It can enter into a long-term contract with another firm, covering the provision of a certain good or service.

Which of these routes to vertical integration a firm chooses depends on several factors. First, if a product or service is fungible and cheaper for a firm to produce itself than to procure from others, it will likely produce that product or perform that service itself from the beginning. Second, vertical integration is often profitable only for a large firms. This is so because the vertical integration process is often subject to economies of scale. Third, looser forms of vertical integration by long-term contract are very common. Under such contracts, the firms are owned and controlled separately, but they enter into long-term commitments of their resources to a particular, vertically-related contract partner.

The best way to construct an appropriate antitrust policy toward vertical integration is to determine why firms do it. In most cases simple analysis reveals that firms integrate vertically not in order to become monopolists and earn monopoly profits, but rather to reduce their costs.

Some cost savings that result from vertical integration are a result of savings in production costs, usually because the vertically integrated firm is able to take advantage of technologies unavailable to the firm that is not vertically integrated.

Transaction costs are the costs of relying on the marketplace. The potential for vertical integration to reduce transaction costs is far greater than its potential to reduce production costs. Use of the market is expensive. Negotiating, drafting contracts, trusting

another party, and planning for sufficient supplies in a market containing many self-interested actors can be much riskier and more expensive than arranging for things internally.

Vertical integration contains a much greater potential for efficiency and cost reductions than for monopolization. Nevertheless, vertical integration has been treated harshly under the antitrust laws.

Vertical integration can make it more difficult for new firms to enter a market. This will generally happen only if the integrating firm has a very large share of the market. Such integration creates a true barrier to entry, however, only if the need for two-level entry makes entry more expensive than it would be otherwise.

A firm can use vertical integration in order to facilitate price discrimination. But whether vertical integration in order to price discriminate should be condemned under the antitrust laws is a difficult question. On the one hand, such price discrimination makes consumers as a group poorer and monopolists wealthier. On the other hand, price discrimination often increases the monopolist's output and may reduce the deadweight loss caused by monopoly.

Price regulated firms can sometimes integrate vertically into unregulated markets in order to cheat on the regulatory scheme. For this reason it is important that utility regulators either prevent vertical integration into unregulated markets by price regulated firms, or else that regulators scrutinize carefully the internal transactions between a utility and its vertically related parent or subsidiary.

Initially, the Supreme Court analyzed vertical mergers by looking at the intent of the acquiring party. If it found an intent to monopolize some part of trade or commerce, or to raise the price of a certain commodity or service, the merger was usually condemned.

Since 1950 most judicial opinions condemning vertical mergers have relied on the 'foreclosure theory'. Foreclosure occurs when vertical integration by one firm denies

another firm access to a market. True foreclosure really occurs only when one of the firms being integrated is a monopolist. Nevertheless, the Supreme Court has condemned vertical mergers on the basis of low foreclosure percentages, sometimes as low as one or two percent, on a 'domino theory'. The basis for this theory is the incipency test, which condemns mergers that may substantially lessen competition or tend to create a monopoly. Recently, lower courts have been less likely to condemn mergers unless the foreclosure was sufficiently substantial to make it difficult for the remaining firms to find

buyers or sellers.

In *For Motor Co. v. U.S.*, 405 U.S. 562, 92 S.Ct. 1142(1972) the Supreme Court condemned an automobile manufacturer's acquisition of a spark plug manufacturer on the theory that the acquisition would raise a 'barrier to entry' against new firms trying to enter spark plug manufacturing.

Today vertical mergers are commonly analyzed under both the foreclosure and entry barrier theories.

Before 1950 vertical mergers were condemned only under §1 of the Sherman Act. However, in 1950 §7 of the Clayton Act was amended by the Celler-Kefauver Amendments to make clear that it covered vertical mergers as well as mergers of other kinds. Today virtually all vertical mergers are analyzed under the provisions of §7 of the Clayton Act, which condemns mergers whose effect 'may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.'

In 1984 the Department of Justice reissued Guidelines that discuss its merger enforcement policy. The Guidelines do cite three dangers to competition that might result from vertical acquisitions.

The Guidelines cite increased barriers to entry as a competitive concern of vertical mergers. Before the Department of Justice will challenge a vertical merger under an entry barrier theory the following must be true:

- (1) Vertical integration in the market must already be so extensive that new entrants would have to enter two market levels simultaneously;
- (2) There must be a showing that this need for two-level entry increases the risks, and therefore the costs, of new entry.
- (3) The structure and other characteristics of the primary market must be otherwise so conducive to non-competitive performance that the increased difficulty of entry is likely to affect its performance.

The Department of Justice might also challenge a vertical merger if it is likely to facilitate collusion. The Department is not likely to challenge a merger on this theory unless concentration in the market in which the collusion might occur exceeds 1800 measured by the HHI.

The Guidelines note that the Department may challenge a merger that will enable a price regulated firm to cheat on the rate regulation. The Department will challenge such mergers under this theory only if they provide substantial opportunities for such abuses.