

공정거래법상 독행기업의 법리에 관한 연구

- SKT와 CJ헬로비전 및 LGU+와
CJ헬로 간 기업결합을 중심으로 -

이 호 영*

I. 서 론

공정거래위원회(이하 '공정위'라고 한다)는 2016년과 2019년 두 차례에 걸쳐서 자가 이동통신망을 보유한 이동통신사업자(MNO: Mobile Network Operator)이면서 동시에 자사의 이동통신망을 이용하여 인터넷멀티미디어방송 서비스(이하 'IPTV'라고 한다)를 제공하고 있는 에스케이텔레콤(주)(이하 'SKT'라고 한다)과 (주)엘지유플러스(이하 'LGU+'라고 한다)가, 각각 당시 제1위 복수종합유선방송사업자(MSO: Multiple System Operator)이면서 동시에 이동통신사업자들로부터 이동통신 주파수 및 이동통신망설비를 도매로 제공받아 가상이동통신망 서비스(이하 'MVNO' 또는 '알뜰폰 서비스'라고 한다)를 제공하고 있던 (주)씨제이헬로(이하 'CJ헬로'라고 한다)¹⁾를 인수하는 기업결합을 심사하였다.²⁾ 약 3년의 시차를 두고 시도된 위 2건의 기업결합은 향후 우리나라 유료방송시장의 판도를 좌우할 뿐만 아니라 이동통신시장에도 큰 영향을 미치는 메가 합병(mega merger)으로서 크게 주목을 받았는데, 그 심사과정에서 경쟁법상 기업결합 심사기준에 관한 다양한 흥미로운 쟁점이 제기되었다.

* 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

- 1) 2016년 당시에는 회사명이 (주)씨제이헬로비전이었으나 그 후 (주)씨제이헬로로 변경되었다. 이하 'CJ헬로'라고 통칭하기로 한다.
- 2) 공정위 의결 제2016-213호(2016. 7. 18.) 및 공정위 의결 제2019-284호(2019. 12. 11). 또한 공정위는 2016년 공정위의 기업결합 금지 결정에 따라 CJ헬로를 인수하는 데 실패한 SKT가 또 다른 유력 복수종합유선방송사업자인 (주)티브로드를 인수하는 기업결합을 심사하였다(공정위 의결 제2020-11호(2020. 1. 10)).

특히, 양 기업결합은 피취득회사가 동일할 뿐만 아니라 취득회사가 모두 IPTV 사업을 영위하고 있는 유력한 이동통신사업자라는 점에서 의견상 유사함에도 불구하고 공정위가 2016년에 시도된 SKT와 CJ헬로 간 기업결합(이하 ‘2016년 기업결합’이라고 한다)의 경우에는 유료방송시장, 이동통신 소매시장 및 이동통신 도매시장 모두에서 경쟁제한성을 인정하여 금지한 반면,³⁾ 2019년에 이루어진 LGU+와 CJ헬로 간 기업결합(이하 ‘2019년 기업결합’이라고 한다)의 경우에는 8VSB 유료방송시장⁴⁾에 대해서만 경쟁제한성을 인정하고 이에 관하여 비교적 경미한 시정조치만을 부과한 채 허용하자⁵⁾ 일각에서는 공정위의 기업결합 심사의 일관성과 공정성에 대해 의문을 제기하기도 하였다.

이처럼 유사한 기업결합에 대한 공정위의 심사결과가 달라진 가장 중요한 이유는 약 3년의 기간이 경과하면서 유료방송시장의 경우 변화한 시장상황을 반영하여 관련 상품시장의 획정이 달라진 때문이고,⁶⁾ 이동통신 소매시장의 경우 취득회사의 시장지위에 현격한 차이가 있는 점과 아울러 피취득회사인 CJ헬로가 소위 ‘독행기업’(maverick)에 해당하는지, 그리고 해당 기업결합이 독행기업에 대한 기업결합으로서 경쟁제한성이 인정되는지에 대한 판단이 달라졌기 때문이다.

경쟁법상 수평형 기업결합의 심사에 사용되는 독행기업의 법리는 우리나라를 포함한 일부 국가의 경쟁당국이 제정한 기업결합심사 관련 고시나 가이드라인 등에서 그 근거를 찾을 수 있는데, 이들 문건에서 반드시 해당 기업결합을 통하여 당사회사의 시장점유율이나 그 증가분과 같은 시장구조 지표로 판단하는 시장집중도가 현저히 증가하지 않더라도 경쟁제한성을 인정할 수 있는 여러 근거 중 하나로 규정하고 있다. 그러나 국제적으로 위 법리에 관한 논의가 빈약하여 그 개

3) 공정위 보도자료, “공정위, SK텔레콤-CJ헬로비전 인수·합병 금지”(2016. 7. 18.자).

4) 8VSB(8-level vestigial sideband) 방식 유선방송은 디지털 전송방식의 하나로서 디지털 TV를 보유한 아날로그 유선방송 가입자도 별도의 디지털 셋톱박스 없이 신호만 변환하여 디지털 방송을 볼 수 있는 유선방송 서비스이다. 정부는 2001년부터 아날로그 유선방송의 디지털 전환을 추진하였으나 막대한 비용이 소요되어 지지부진하다가 2009년 IPTV의 도입으로 화질, 양방향 서비스 및 채널 수 등의 측면에서 경쟁상 열위에 처한 종합유선방송사업자들이 적극적으로 디지털 유선방송 또는 셋톱박스를 설치할 필요 없이 제한된 채널수의 HD급 화질 유선방송을 시청할 수 있는 8VSB 케이블TV로 전환하게 되었다.

5) 공정위 보도자료, “공정위, 방송통신시장에서의 기업결합 조건부 승인”(2019. 11. 8.자).

6) 공정위는 2016년 기업결합의 경우 유료방송에 관한 관련 상품시장을 아날로그 유선방송, 8VSB 유선방송, 디지털 유선방송, 위성방송, IPTV를 포함한 ‘유료방송시장’으로 획정한 반면, 2019년 기업결합의 경우에는 그동안 아날로그 방송이 급속도로 감소한 시장상황의 변화를 반영하여 ‘8VSB 유료방송시장’과 ‘디지털 유료방송시장’을 별도의 관련시장으로 획정하였다.

념과 판단기준이 엄밀하게 확립되어 있지 않고, 하물며 국내에서는 종전에 이론적으로나 실무적으로나 본격적으로 논의된 적이 사실상 없었다고 할 수 있다.

그런데 공정위가 위 2016년 기업결합과 2019년 기업결합 사건에서 이동통신 소매시장에서의 경쟁제한성을 판단하기 위해 독행기업의 법리를 적용한 것을 계기로 그 당부에 대한 논란이 있었고 이에 관한 소수의 학술적 연구 결과가 발표되기도 하였다. 즉, 2016년 기업결합과 관련하여 CJ헬로를 독행기업이라고 인정한 공정위의 판단을 비판한 학위논문 2개가 발표되었고,⁷⁾ 이와 반대로 2019년 기업결합과 관련하여 CJ헬로가 더 이상 독행기업이 아니라고 본 공정위의 판단을 비판한 경제학 논문 2개가 발표되었다.⁸⁾

향후 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라고 한다)상 기업결합 심사과정에서 독행기업의 법리를 둘러싼 논란이 증가할 것으로 예상된다. 미국을 필두로 한 경쟁법상 기업결합을 심사하는 기준은 종전에는 대체로 관련시장 내 사업자의 수, 시장집중도, 진입장벽 등과 같은 시장구조 지표를 중시하여 기업결합으로 인하여 시장집중도가 상당히 증가하거나 당사회사의 시장점유율 합계가 큰 경우 사실상 경쟁제한성을 추정하는 접근방법(structural presumption approach)⁹⁾을 취하였다가, 1970년대 중반 이후 시카고학파의 영향으로 점차 그러한 경향은 약화되고 시장구조 지표 이외에 관련시장에 관한 기타의 다양한 요소를 분석하여 실제 기업결합 후 사업자 간 협조적 행위나 단독행위를 통한 가격인상이 초래될 것인지 여부를 판단하는 방식(totality-of-the-circumstances approach)으로 전환하였다.¹⁰⁾

7) 차호범, “방송·통신시장에서의 기업결합 심사기준 및 절차에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 2016, 137-139면 및 김혜영, “방송통신 기업결합 규제와 공익 논쟁”, 고려대학교 박사학위논문, 2018, 103-109면.

8) 김성환, “독행기업의 판단 및 그 인수의 경쟁제한 효과: LGU+의 CJ헬로 인수 사례를 중심으로”, 『정보통신정책연구』 제27권 제1호, 2020, 89-117면 및 이영주·송진, “유료방송시장에서 IPTV와 케이블TV의 기업결합 심사에 부여된 승인조건의 타당성 검토: 공정경쟁 및 공익성 제고를 위한 조건을 중심으로”, 『사이버커뮤니케이션학보』 통권 제37권 2호, 2020, 33-34면.

9) 공정거래법 제7조 제4항 제1호 역시 기업결합 당사회사의 시장점유율 합계를 기준으로 경쟁제한성을 추정하도록 규정하고 있는데, 위와 같은 접근방법을 따른 대표적인 입법례라고 할 수 있다.

10) 미국 경쟁당국의 기업결합 심사 관련 가이드라인, 심사 사례 및 판례상 접근방법의 변화에 관한 설명은 Baker, Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws, 77 N.Y.U. L. Rev. 135, 142-156 (2002) 및 Owings, Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor, 66 Vand. L. Rev. 323, 328-331 (2013) 참고.

공정위가 실제 기업결합을 심사함에 있어서 시장구조 지표에 대하여 어느 정도의 중요성을 부여하는지는 이 논문의 서술 범위를 넘는 것이긴 하지만, 적어도 추세적으로 위와 같은 변화에 보조를 같이 하고 있다고 할 수 있다. 예컨대, 공정위가 기업결합을 심사하는 기준을 정한 기업결합심사기준(이하 ‘심사기준’이라고 한다)은 1998년 제정 당시에는 각 기업결합 유형별 경쟁제한성 판단기준을 정하면서 당사회사의 점유율 또는 그 합계가 일정한 기준에 해당하면 “경쟁을 실질적으로 제한할 수 있다.”라고 규정함으로써 시장구조 지표인 시장점유율을 매우 중시하는 태도를 취하고 있었다.¹¹⁾ 그러나 그 후 2007년 심사기준 개정을 통하여 위와 같이 당사회사의 시장점유율을 근거로 경쟁제한성을 인정할 수 있다는 내용을 삭제하고 “시장집중도 분석은 기업결합이 경쟁에 미치는 영향을 분석하는 출발점으로서의 의미를 가지며, 경쟁이 실질적으로 제한되는지 여부는 시장의 집중상황과 함께 아래 . . . 사항들을 종합적으로 고려하여 판단한다.”라고 규정함으로써¹²⁾ 시장구조 지표가 기타의 고려요소와 마찬가지로 경쟁제한성을 판단하는 하나의 요소에 불과함을 명확하게 규정하였고 현재 시행 중인 심사기준(공정위 고시 제 2019-1호, 2019. 2. 27. 개정) 역시 동일한 태도를 취하고 있다고 할 수 있다.¹³⁾

위와 같은 추세에 따라 향후 기업결합을 심사하는 과정에서 점차 당사회사의 시장점유율 합계나 그 증가분과 같은 시장구조 지표의 중요성은 감소하고 관련시장의 상황에 대한 구체적·개별적 분석에 따라 당해 기업결합이 초래하는 경쟁효과를 평가하려는 시도가 증가할 것이고, 그럴 경우 독행기업의 법리의 중요성이

11) 물론 위 고시 역시 시장점유율 이외에 기타의 요소를 종합적으로 고려하도록 규정함으로써 반드시 시장점유율만을 기준으로 경쟁제한성을 판단하도록 규정하였던 것은 아니다. 공정위 고시 제1998-6호(1998. 6. 15. 제정), VII. 1. 가. (1) 가), 2. 가. (1) 가) 및 3. 가. (3) 참고.

12) 공정위 고시 제2007-12호(2007. 12. 20. 개정), VII. 가 (1). 그 밖에도 2007년 개정된 기업결합심사기준은 시장집중도를 평가하는 지표로서 CRk 대신 HHI(허쉬만·허핀달 지수)를 도입하여 이를 기준으로 안전지대를 설정하고 수평형 기업결합의 경쟁제한성 판단기준으로 ‘결합당사회사 단독의 경쟁제한 가능성’을 추가하는 등 중요한 사항을 새로이 규정하였다.

13) 현행 심사기준은 수평형 기업결합의 경쟁제한성을 판단하는 기준에 관하여 기업결합 전후의 시장집중상황 이외에도 단독효과, 협조효과, 해외경쟁의 도입수준 및 국제적 경쟁상황, 신규진입의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재 여부 등을 종합적으로 고려하도록 규정하면서, 나아가 단독효과에 관하여 당사회사의 시장점유율 합계, 시장점유율 증가폭 및 경쟁사업자와의 점유율 격차 등과 같은 시장구조 지표 이외에도 당사회사가 공급하는 제품 간 수요대체가능성의 정도 및 제품 구매자들의 타 경쟁사업자 제품으로의 구매 전환가능성, 경쟁사업자의 당사회사와의 생산능력 격차 및 매출증대의 용이성 등을 종합적으로 고려하여 판단하도록 규정하고(동 심사기준 VI. 2. 가), 협조효과에 관해서도 단순히 시장구조 지표 이외에 다양한 요소를 고려하여 경쟁사업자 간 협조의 용이성, 이행감시 및 위반자 제재의 용이성 등을 판단하도록 규정하고 있다(동 심사기준 VI. 2. 나).

더욱 부각될 것이다.¹⁴⁾ 그런데 2016년 기업결합 및 2019년 기업결합과 관련하여 논란이 제기된 것에서 볼 수 있는 것처럼 실제 독행기업의 법리를 객관적이고 일관되게 적용하기 위해서는 독행기업의 개념과 판단기준, 독행기업에 대한 기업결합으로서 경쟁제한성을 인정하기 위한 요건, 그리고 이러한 기업결합이 초래하는 경쟁제한적 폐해의 이론(theories of harm)을 명확하게 제시할 필요가 있다.

아래에서는 위와 같은 논지에서 먼저, 각국 기업결합 심사 관련 고시나 가이드라인 및 학설상 제시된 독행기업의 개념과 그 식별방법을 살펴본다(II). 그리고 종래 공정위와 법원이 기업결합의 경쟁제한성을 판단하면서 독행기업의 법리를 적용한 사례를 분석한 뒤(III), 비교법적 관점에서 미국 및 EU의 경쟁당국과 법원이 독행기업의 법리를 적용한 사례를 살펴본다(IV). 나아가 이상의 논의를 바탕으로 공정거래법상 독행기업의 법리에 관한 시사점을 도출하고 기업결합 심사기준의 내용상 보완할 점과, 공정위의 기업결합 심사관행상 개선할 점을 제시하고(V) 글을 맺기로 한다(VI).

II. 경쟁법상 독행기업의 개념 및 식별방법

1. 독행기업의 개념

경쟁법상 독행기업의 개념은 일부 국가의 경쟁당국이 제정하여 기업결합 심사에 사용하고 있는 기업결합 관련 심사기준이나 가이드라인에서 찾아볼 수 있다. 먼저, 현행 기업결합심사기준(공정위 고시 제2019-1호, 2019. 2. 27. 개정)은 명시적으로 독행기업이라고 표현하고 있지는 않지만, 수평형 기업결합의 경쟁제한성을 판단하는 기준을 서술하면서 협조효과를 판단하기 위해 고려할 사항으로서 ‘경쟁사업자 간 협조의 용이성’ 및 ‘이행감시 및 위반자 제재의 용이성’과 아울러 “결합상 대회사가 결합 이전에 상당한 초과생산능력을 가지고 경쟁사업자들 간 협조를 억

14) 전 미국 연방법무부 독점금지국 부차관보인 William J. Kolasky 역시 2002년 행한 연설에서 향후 미국 경쟁당국의 기업결합 심사에 있어서 독행기업의 지위가 점차 중요한 고려요소가 될 것이라고 예측하였다(Kolasky, Coordinated Effects in Merger Review: From Dead Frenchmen to Beautiful Minds and Mavericks, Remark before the ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting Washington DC, April 24, 2002, at 11).

제하는 등의 경쟁적 행태를 보여 온 사업자인 경우에도 결합 후 협조로 인해 경쟁이 실질적으로 제한될 가능성이 높아질 수 있다.”라고 규정하고 있다(심사기준 VI. 2. 나. (3)). 동 규정은 2007년 심사기준 개정 시 포함된 이래 사실상 동일한 내용으로 유지되고 있는데, 내용상 아래에서 소개하는 1992년 미국 연방법무부와 연방거래위원회가 공동으로 제정한 수평합병 가이드라인(1992 Horizontal Merger Guidelines)의 관련 내용 중 일부를 따온 것으로 보인다.

현재까지 독행기업의 법리를 가장 상세히 서술하고 있는 것은 미국 경쟁당국이 제정한 합병 가이드라인이라고 할 수 있다. 우선, 현재 시행 중인 2010년 제정된 미국 수평합병 가이드라인(2010 Horizontal Merger Guidelines)은 경쟁에 미치는 부정적 효과를 입증할 수 있는 증거의 유형을 열거하고 있는데, 이미 이루어진 기업결합에서 실제로 관찰된 부정적 효과, 경험에 따른 직접적 비교, 관련시장에서의 시장점유율 및 시장집중도, 상당한 정도의 직접적 경쟁(Substantial Head-to-Head Competition)과 함께 ‘당사회사의 파괴적 역할’(disruptive role)을 규정하면서 다음과 같이 서술하고 있다.¹⁵⁾

경쟁당국은 기업결합이 독행기업, 즉 시장에서 수요자를 유리하게 하는 파괴적 역할을 하는 기업을 제거함으로써 경쟁을 감소시키는지를 고려한다. 예컨대, 당사회사 중 일부가 기준에 강한 시장 지위를 가지고 있고 다른 당사회사가 새로운 기술이나 사업모델로써 시장조건을 파괴하려 위협하는 경우라면 이들 간 기업결합은 실재적 또는 잠재적 경쟁의 상실을 초래할 수 있다. 당사회사 중 일부가 가격할인 등의 경쟁촉진적 행위를 선도하거나 업계의 가격인상에 저항할 유인을 가지는 경우도 마찬가지이다. 또한 보유한 생산능력을 이용하여 신속하게 공급을 증가시킬 능력과 유인에 기초하여 가격을 억제할 수 있는 기업 역시 가격 또는 다른 경쟁 요소에 관하여 협조하려는 일반적인 업계의 관행에 자주 반대하는 기업과 마찬가지로 독행기업이 될 수 있다.

나아가 위 가이드라인은 기업결합의 협조효과(coordinated effects)를 설명하면서 “협조적 행위에 취약한 시장에서 독행기업을 제거하는 기업결합은 부정적인 협조효과를 초래할 수 있다.”라고 규정하고 있다.¹⁶⁾

2010년 위 가이드라인이 제정되기 전까지 시행되던 1992년 Horizontal Merger

15) U.S. Department of Justice & the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (2010), 2.1.5.

16) Id. at 7.1.

Guidelines 역시 유사한 내용을 규정하고 있는데 아래와 같이 독행기업을 제거하는 기업결합이 초래하는 경쟁제한적 우려와 독행기업을 판단하는 기준을 더 상세히 설명하고 있다.¹⁷⁾

일정한 경우에 협조적 상호작용이 독행기업, 즉 대부분의 경쟁자보다 협조의 조건에서 이탈할 경제적 유인이 더 큰 기업(예컨대, 시장에서 이례적으로 파괴적이고 경쟁촉진적 영향을 미치는 기업)에 의해서 방해되거나 제한될 수 있다. 따라서 독행기업을 인수하는 것이 협조적 상호작용의 개연성과 성공가능성을 높이거나 이를 더 완전하게 만드는 방법이 될 수 있다. 예컨대, 많은 경쟁자의 생산능력이 심각하게 제약된 경우에 해당 기업의 매출액이나 전체 생산능력 대비 초과생산능력 또는 전환가능한 생산능력이 클수록, 그리고 관련시장에서 출하량을 증가시키는 데 소요되는 직접비용이나 기회비용이 작을수록 독행기업일 개연성이 크다. 그 이유는 가격을 인상하고 생산을 제한하는 협조적 조건으로부터 이탈하려는 유인은 해당 기업이 협조적 조건을 준수함으로써 얻을 수 있는 매출액에 대비하여 이윤을 올리면서 공급을 늘릴 수 있는 비율이 높을수록, 그리고 가격을 할인하여 협조적 상호작용으로부터 이탈하기 이전에 높은 이윤을 누리는 매출액 기반이 작을수록 크기 때문이다. 또한 해당 기업이 협조적 조건을 준수함으로써 얻을 수 있는 매출액에 비하여 비밀리에 매출을 증가시킬 수 있는 이례적인 능력을 가진 경우 역시 독행기업이 될 수 있다. 이러한 능력은 하류시장에서 활동하는 자회사에게 공급하는 내부생산(captive production)을 증가시킬 기회가 있을 경우 생길 수 있다.¹⁸⁾

또한 2004년 제정된 EU의 수평합병심사 가이드라인 역시 독행기업에 관해 언급하고 있다. 즉, 동 가이드라인은 수평형 기업결합의 경쟁제한성을 판단하기 위한 고려요소로서 시장점유율과 시장집중도를 제시하고 비록 HHI와 그 증가분이

17) U.S. Department of Justice & the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (1992), 2.1.2.

18) 위 1992년 수평합병 가이드라인이 제정되기 이전에 연방법무부가 1968년과 1982년 제정한 합병 가이드라인도 명시적으로 독행기업이라고 표현하지는 않았지만 간략하게나마 독행기업의 법리에 해당하는 내용을 규정하고 있었다. 즉, 전자는 수평형 기업결합의 경쟁제한성을 판단하는 기준을 규정하면서 시장점유율에 기초한 것 이외의 기준 중 하나로서 “시장을 특히 휘젓거나(disturbing) 파괴적이거나, 또는 이례적으로 경쟁을 촉진하는 경쟁자를 인수하는 경우”를 제시하였고(U.S. Department of Justice, Merger Guidelines (1968), 8. (a)), 후자 역시 수평형 기업결합의 경쟁제한성을 판단하는 기준을 기술하면서 시장구조 지표 이외의 고려요소 중 하나로서 “피취득회사가 시장에서 이례적으로 파괴적이고 경쟁촉진적 영향을 미치는 것”을 제시하고 “이러한 요소를 적용하기 전에 해당 시장이 파괴적 기업을 제거함으로써 시장성고가 악화될 것인지를 판단할 것이다.”라고 기술하였다(U.S. Department of Justice, Merger Guidelines (1982), III. C. 3. c)).

낮다고 하더라도 예외적으로 경쟁제한적 우려를 제기할 수 있는 특별한 상황을 열거하면서, 그중 하나로서 “당사회사 중 일방이 협조적 행위를 파괴할 개연성이 높은 독행기업인 경우”를 규정하고,¹⁹⁾ 나아가 수평형 기업결합이 초래하는 협조효과를 평가하는 기준에 관하여 다음과 같이 서술하고 있다.

집행위원회는 협조적 조건을 도출하는 것이 가능한지 여부, 그리고 협조가 지속될 것인지 여부를 검토한다. 이와 관련하여 집행위원회는 해당 기업결합이 초래하는 변화를 고려한다. 시장에서 활동하는 사업자의 수가 감소하는 것 자체가 협조를 용이하게 하는 하나의 요소가 될 수 있다. 그러나 기업결합은 그와 다른 방식으로 협조효과의 개연성과 정도를 증가시킬 수 있다. 예컨대, 기업결합이 경쟁자들의 가격인상을 추종하지 않음으로써 협조적 행위를 방해하거나 파괴한 적이 있는 독행기업 또는 협조적으로 행동하는 경쟁자들이 선호하는 것과는 다른 전략적 선택을 선호할 유인을 가지게 되는 특성을 가진 독행기업을 포함할 수 있다. 피취득회사가 다른 경쟁자와 유사한 전략을 채택하면 나머지 기업들이 협조적으로 행동하기 쉽게 되고, 당해 기업결합으로 인하여 협조적 행위의 개연성과 안정성 및 효과성이 증가하게 된다.²⁰⁾

이상에서 살펴본 각국 기업결합 관련 심사기준 및 가이드라인에서 제시하고 있는 독행기업의 개념은 다음과 같이 요약할 수 있다. 즉, 독행기업은 “관련시장에서 파괴적 역할을 수행함으로써 가격인상을 억제하거나 기타 거래조건이 수요자(소비자)에게 불리하게 되는 것을 억제하는 기업”이라고 정의할 수 있다. 또한 시장에서 볼 수 있는 독행기업의 구체적인 모습은 다양한데, 예컨대, 새로운 기술이나 사업모델로써 기존의 시장조건을 파괴하려 위협하는 경우, 가격할인 등의 경쟁촉진적 행위를 선도하거나 다른 사업자들의 가격인상 시도에 저항할 유인을 가진 경우, 초과생산능력을 보유하여 다른 사업자들이 가격을 인상할 경우 신속하게 공급을 증가시킬 유인과 능력을 가진 경우, 가격 등에 관하여 협조적으로 행동하는 업계의 관행에 자주 반대하는 경우 등이 이에 해당한다.

19) European Commission, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004), para. 20 (d).

20) Id. para. 42.

2. 독행기업의 식별방법

위 기업결합 관련 심사기준 및 가이드라인이 제시하고 있는 바와 같이 독행기업인지 여부는 경쟁자의 생산능력이 제약된 상황에서 해당 기업의 매출액이나 전체 생산능력 대비 초과생산능력 또는 전환가능 생산능력이 큰지 여부, 출하량을 증가시키는 데 소요되는 직접비용이나 기회비용이 작은지 여부, 협조적 조건을 준수함으로써 얻을 수 있는 매출액에 비하여 이윤을 올리면서 증가시킬 수 있는 공급의 비율이 높은지 여부, 비밀리에 매출액을 증가시킬 수 있는 능력을 가지는지 여부(예컨대, 수직적으로 통합된 기업으로서 하류시장에서 활동하는 자회사에 공급하는 내부생산을 증가시킬 수 있는 경우) 등을 고려하여 판단한다.

독행기업인지 여부를 식별하는 구체적으로 방법으로는 미국 연방거래위원회 경제분석국장을 지낸 Baker 교수가 제시한 다음의 3가지 방법을 참고할 만하다.²¹⁾ 먼저, 현시선호(revealed preference)에 기초한 방법은 예컨대, 다른 기업들이 동조적으로 가격을 인상하였는데 해당 기업이 가격을 인상하지 않아서 다른 기업들이 가격을 원래 수준으로 환원시키는 것과 같이 실제로 시장가격을 제한하고 있음을 보임으로써 독행기업임을 입증하는 방법이다. 둘째, 자연실험(natural experiments) 방법에 따르면 예컨대, 해당 기업의 한계비용이 그 생산과정의 성질이나 생산설비의 위치와 관련된 이유로 증감한 경우에(따라서 경쟁기업의 비용 증감을 초래하지 않아서 이들의 가격인상을 유발할 수 없음) 이에 따라 시장가격이 증감한다면 해당 기업을 독행기업이라고 판단할 수 있다. 셋째, 선형요소 접근법(a priori factors approach)은 위 가이드라인이 제시한 바와 같이 경쟁자와 비교하여 상당히 큰 초과 생산능력, 가격을 인하함으로써 매출액을 늘려서 이윤을 증가시킬 수 있는 능력, 상대적으로 비용을 적게 들이면서 출하량을 증가시킬 수 있는 능력 등 경쟁자보다 낮은 가격을 선호하거나 경쟁자들과는 달리 협조적 조건에서 이탈하려는 경제적 유인이 큰 구조적 특성을 가진 기업을 독행기업으로 보는 방법이다.

물론 위와 같은 독행기업의 식별방법은 상호 배타적인 것이 아니라 수집 가능한 자료와 시장상황에 따라서 선택적으로 또는 둘 이상의 방법을 상호 보완적으

21) Baker, Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws, 77 N.Y.U. L. Rev. 135, 174-177 (2002).

로 사용할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 우리나라의 독행기업의 법리 적용 사례

1. (주)신세계와 (주)월마트코리아 간 기업결합 사건

현재까지 공정위의 기업결합 심사 및 관련 소송 과정에서 명시적으로 독행기업의 법리가 적용된 사례는 2016년 기업결합 사건과 2019년 기업결합 사건 이외에는 (주)신세계와 (주)월마트코리아 간 기업결합 사건을 찾아볼 수 있을 뿐이다. 이 사건에서 공정위는 전자가 후자의 발행주식 전부를 인수하는 기업결합에 관하여 양 당사회사의 지점이 모두 위치한 지역별로 경쟁제한성을 심사한 결과 4개 지역에서 경쟁제한성을 인정하였는데, 특히 인천·부천지역에서의 경쟁제한성을 다음과 같이 평가하였다.

위 지역에서 기업결합 후 상위 3사의 시장점유율이 총 83.8%에 이르게 되고 4위 업체까지 더하면 상위 4개사에 의한 시장 과점화의 정도가 92.4%에 달하게 되는데, 이들 4사는 매장구성, 브랜드파워 등 여러 측면에서 다른 할인점에 비해서 동질성(homogeneity)이 강한 업체로 볼 수 있고 이들 4사만이 최저가격 신고보상제도를 실시하고 있다고 하였다. 나아가 기업결합 전 월마트는 이 지역 내에 3개의 지점을 골고루 분포시킴으로써 다른 지역에 비해 상대적으로 높은 시장점유율을 갖고 있었고, 따라서 상위 4사가 당해 지역에서 가격경쟁을 자제하기로 합의하더라도 월마트가 유력한 대체적 경쟁사업자로서 존재하므로, 이 시도는 실패로 돌아갈 가능성이 높았다고 하였다. 따라서 이 사건 기업결합은 위 지역에서 잠재적 ‘독행기업’(maverick firm)을 사라지게 함으로써 경쟁사업자 간 협조효과의 가능성을 높이게 되므로 경쟁을 제한할 가능성이 있다고 판단하였다.²²⁾

결국 공정위는 이 사건 기업결합으로 인한 경쟁자의 감소 및 시장집중도 변화와 함께 기업결합 심사기준이 규정하고 있는 바에 따라 높은 상품 간 동질성과 가격책정 등이 경쟁사업자 간에 쉽게 노출될 가능성을 근거로 경쟁사업자 간 협조의 용이성을 인정함(기업결합 심사기준 VI. 2. 나. (1) (나) 및 (다) 참조)과 아울러

22) 공정위 의결 제2006-264호(2006. 11. 14).

잠재적 독행기업을 취득하는 기업결합에 해당함을 근거로 협조효과를 인정하였다.

그런데 이 사건 공정위의 시정조치에 대하여 제기된 불복의 소를 심리한 서울고법은 공정위가 경쟁제한성을 인정한 4개 지역 중 인천·부천지역을 포함한 3개 지역에 대하여 경쟁제한성이 인정되지 않는다고 판단하고 다른 한 개 지역인 대구·경산지역의 경우에도 경쟁제한성은 인정되지만 공정위의 양도명령이 비례의 원칙에 위반되어 위법하다고 판시하였다.²³⁾ 이 사건 서울고법 판결문은 독행기업의 법리를 간략히 언급하고 있을 뿐인데, 피취득회사인 월마트의 경우 2003년부터 2005년까지 매출액의 증가율은 감소추세를 보이고 있고, 영업이익률도 대부분 적자를 내고 있어서 장래에 잠재적 독행기업으로서의 역할을 할 수 있을지는 의문이라고 하였다.²⁴⁾

2. 2016년 기업결합 사건

공정위는 2016년 기업결합 사건에서 독행기업의 법리를 적용하면서 그 근거를 비교적 상세히 설명한 바 있다. 공정위는 이동통신소매시장과 관련하여 단독의 경쟁제한행위 가능성(단독효과)과 경쟁사업자 간 공동행위 가능성(협조효과)이 인정된다는 이유로 경쟁제한성을 인정하였는데, 양자 모두와 관련하여 독행기업의 법리를 적용하였다. 먼저, 공정위는 단독효과를 인정하는 근거로서 ① 시장점유율 확대에 따른 효과, ② 경쟁사업자의 사업활동 제약 및 ③ 결합상대회사의 가입자 확보효과를 제시하였는데, 그중 ①과 관련하여 이 사건 의결서에서 다음과 같이 서술하였다.

이 사건 기업결합으로 증가되는 당사회사의 시장점유율은 그 절대적 수치는 크지 않지만 MVNO가 이동통신 소매시장에서 MNO들에게 강한 경쟁압력으로 작용하고 있는 상황에서, SKT가 알뜰폰시장의 1위 사업자로서 향후 MNO들에게 가장 유력한 경쟁사업자가 될 가능성이 있는 CJ헬로를 인수하는 이 사건 기업결합은 이동통신 소매시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한할 우려가 크다고 하면서, 이와

23) 서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결.

24) 같은 판결, 55면. 흥미로운 점은 공정위는 경쟁제한성이 인정된 4개 지역 중 인천·부천지역과 관련하여만 독행기업의 법리를 적용하였는데, 서울고법은 피취득회사 전체의 매출액과 영업이익률 추이를 근거로 독행기업 여부를 판단하였다.

같은 경쟁제한 우려는 CJ헬로가 MVNO 중 가장 많은 가입자를 확보하고 있는 사업자로서 이동통신 소매시장에서 독행기업으로서 역할해온 점에서 더욱 그러하다고 하였다.²⁵⁾ 나아가 피취득회사인 CJ헬로를 독행기업으로 볼 수 있는 근거를 다음과 같이 제시하였다.²⁶⁾

첫째, CJ헬로는 반값-무약정 LTE 유심 요금제, 국내 최저 LTE 요금제, 알뜰폰 최초 데이터 중심 요금제 등 꾸준히 MNO 3사와 경쟁할 수 있는 LTE 관련 요금제를 출시해 왔는데, CJ헬로는 LTE를 기반으로 한 저렴한 요금제를 선도적으로 도입함으로써 MVNO의 경쟁력 제고 및 이동통신서비스의 품질향상에 획기적인 계기를 마련하고, 품질 측면에서도 MNO의 실질적인 경쟁자로서의 역할을 하고 있다고 볼 수 있다고 하였다.

둘째, 일반적으로 알뜰폰은 요금이 저렴하여 MVNO들이 최신기기 도입에 소극적인 편이었으나, CJ헬로는 MVNO 중 처음으로 아이폰5 기기를 판매하기 시작하는 등 MNO들과 실질적인 경쟁이 가능한 최신기기 도입에도 적극적이라고 하였다.

셋째, CJ헬로는 사실상 유일한 대기업집단 소속의 MVNO로서, 계열회사로서 유력한 복수방송채널사용사업자인 씨제이이엔엠(주)와의 제휴를 통해 이동통신서비스와 방송콘텐츠의 결합 내지 융·복합 상품을 출시하는 등 계열회사와의 각종 제휴마케팅을 통해 경쟁력을 강화할 수 있는 강점이 있다고 하였다.

또한 공정위는 협조효과를 인정하는 근거로서도 CJ헬로가 독행기업임을 제시하였다. 즉, 이 사건 기업결합으로 이동통신 소매시장에서 독행기업으로서 MNO 3사를 견제할 수 있는 유력 사업자인 CJ헬로가 MNO의 계열사가 될 경우 알뜰폰 서비스는 일반 이동통신서비스에 비해 ARPU가 낮아 알뜰폰시장의 확대는 MNO의 영업이익 확대 등에 도움이 되지 않을 뿐만 아니라 MNO의 시장점유율 축소로 이어질 개연성이 높으므로 MNO의 계열 MVNO는 치열하게 경쟁하기보다는 오히려 알뜰폰시장의 현상유지 내지 축소 방향으로 협조할 가능성이 높다고 하였다.²⁷⁾ 나아가 특히 이동통신 소매시장에서 MNO 3사 및 MNO 3사의 계열 MVNO

25) 공정위 의결 제2016-213호(2016. 7. 18), 47면. 동 의결서는 “독행기업”의 개념에 관하여 “시장점유율은 작지만 수요자의 이익을 위해 가격 인하, 혁신 등을 주도하며 시장의 경쟁을 활성화하는 사업자로서, 결합 상대회사가 독행기업인 경우에는 결합으로 인하여 경쟁이 실질적으로 제한될 가능성이 높아질 수 있다.”고 하였다(같은 의결, 48면 각주 86).

26) 같은 의결, 48-49면.

를 제외한 이동통신사업자는 대부분 중소기업자이고 시장점유율도 낮아 이들의 협조행위를 효과적으로 견제하기 어려운 구조임으로 감안할 때, 이 사건 기업결합으로 경쟁사업자 간 공동행위 가능성이 높아진 것으로 판단된다고 하였다.²⁸⁾

3. 2019년 기업결합 사건

2019년 기업결합 사건에서 공정위는 2016년 기업결합 사건에서와는 달리 그동안의 사정 변화를 근거로 피취득회사인 CJ헬로를 더 이상 독행기업으로 볼 수 없다고 판단하였다. 우선 주목할 것은 공정위는 2016년 사건에서와는 달리 이 사건 의결서에서 단독효과와 관련하여 독행기업의 법리를 언급하였을 뿐, 협조효과와 관련해서는 그에 관한 아무런 언급 없이 이동통신 소매시장의 경쟁상황에 비추어 볼 때 이 사건 기업결합으로 인하여 협조행위가 용이해진다고 보기는 어렵다고 하였다.²⁹⁾

공정위는 2019년 기업결합 사건에서 이동통신 소매시장과 관련하여 시장점유율 확대에 따른 경쟁제한 우려가 크지 않고, 기업결합 후 당사회사가 요금을 인상할 경우 경쟁사업자 제품으로의 구매전환 가능성이 크며, 기업결합 후 시장에서 1위 및 2위를 차지하고 있는 경쟁사들과 당사회사 간 생산능력의 격차가 크다는 점을 근거로 단독의 경쟁제한행위 가능성을 인정하지 않았는데, 특히 시장점유율 확대에 따른 효과를 다음과 같이 평가하였다. 우선 이 사건 기업결합으로 인한 시장점유율 증가도가 미미함을 지적한 뒤, 2016년 기업결합 사건에서 CJ헬로를 독행기업으로 인정한 근거를 재차 언급하면서. 그러나 2016년 이후 동 회사의 가입자수와 점유율 및 매출액 감소 등으로 인해 이동통신 소매시장에서 경쟁을 촉진하는 역량이 상당부분 약화되었고, 이에 따라 이 사건 기업결합으로 인해 LGU+와 결합한다고 하더라도 이동통신 소매시장의 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성은 크지 않을 것으로 판단된다고 하였다.³⁰⁾

즉, 국내 MVNO 가입자 수가 2016년 6,832천 명에서 2018년 7,989천 명으로

27) 같은 의결, 50-51면.

28) 같은 의결, 51면.

29) 공정위 의결 제2019-284호(2019. 12. 11), 74면.

30) 같은 의결, 71면.

16.9% 증가하고 MVNO 가입자가 이동통신 소매시장에서 차지하는 비중도 2016년 11.1%에서 2018년 12.0%로 증가하는 등 MVNO 시장이 성장세를 지속하였음에도 불구하고, 2015년까지 지속적으로 증가하던 CJ헬로의 알뜰폰 가입자 수는 2016년 이후 정체 또는 감소하고 있으며(2018년 가입자 수는 786천 명으로 전년 대비 8.4% 감소하였음) 가입자 수 정체로 인해 CJ헬로의 이동통신 소매시장 점유율은 2016년 1.4%에서 2018년 1.2%로 감소하였고, 알뜰폰 시장 점유율도 2016년 12.5%에서 2018년 9.8%로 감소하는 등 감소추세를 이어가고 있으며, 또한 최근 3년 간 CJ헬로의 알뜰폰 사업부문 매출액 증가율 역시 감소 추세를 보이고 있고, 나아가 알뜰폰 사업의 영업이익이 적자를 기록하고 있는데 적자폭도 계속 증가하고 있음을 지적하였다.³¹⁾

또한 2019년 기업결합을 심사한 후 공정위가 배포한 보도자료에서 독행기업의 법리에 관한 추가적인 언급을 찾아볼 수 있다. 즉, 공정위는 그간의 이동통신 소매시장의 경쟁상황 변화로 인하여 CJ헬로의 독행기업으로서의 성질이 크게 약화되었을 뿐만 아니라, 설령 CJ헬로의 독행기업성을 인정한다고 할지라도 경쟁제한성 추정 요건에 해당하지 않고 오히려 안전지대에 해당하는 점, LGU+의 시장에서 지위와 1위 및 2위 사업자와의 격차 등을 고려할 때 경쟁제한의 우려가 크지 않다고 판단하였다.³²⁾

4. 평 가

이상에서 살펴본 바와 같이 그간 공정위는 소수의 기업결합 사건에서 독행기업의 법리를 적용하였는데 독행기업인지 여부를 판단한 근거와 독행기업의 법리를 적용하여 경쟁제한성 여부를 판단한 논거를 지나치게 간략하게 서술하고 있어서 그 구체적인 내용을 파악하기 곤란하다. 다만, 이들 사건 의결서의 내용으로 종래 공정위의 독행기업의 법리 적용을 다음과 같이 평가할 수 있다.

첫째, 독행기업의 실정법적 근거가 되는 각국 경쟁당국의 기업결합 관련 심사 기준이나 가이드라인은 독행기업의 법리를 수평형 기업결합의 협조효과를 인정하는 논거로서 규정하고 있는데, 공정위는 반드시 협조효과에 국한하지 않고 단독효

31) 같은 의결, 71-72면.

32) 공정위 보도자료, “공정위, 방송·통신시장에서의 기업결합 조건부 승인”(2019. 11. 8.자).

과를 인정하는 근거로서 원용하고 있다. 즉, 공정위는 2016년 기업결합 사건에서 CJ헬로가 독행기업에 해당한다고 판단하고 이를 단독효과를 인정하는 근거 중 하나로 원용하였을 뿐만 아니라 협조효과를 인정하는 근거로도 원용하였고, 2019년 기업결합 사건에서는 단독효과를 인정하지 않으면서 그 근거로서 시장점유율 증가도가 미미함과 아울러 CJ헬로가 더 이상 독행기업에 해당하지 않는다는 점을 들었을 뿐, 협조효과와 관련해서는 독행기업의 법리에 관하여 아무런 언급을 하지 않았다.

둘째, 공정위는 주로 피취득회사가 독행기업인지 여부에 초점을 맞추고 기업결합 후 독행기업의 경쟁 능력과 유인에 미치는 영향에 대한 분석은 상대적으로 소홀히 하였다. 즉, 기업결합의 심사과정에서 독행기업의 법리를 적용할 때 종국적으로 중요한 것은 해당 기업결합이 이루어질 경우 피취득회사인 독행기업 또는 당사회사 이외의 제3자인 독행기업의 경쟁 능력과 유인에 미치는 영향을 평가하는 것인데, 관련 사건의 공정위 의결서에서 이에 대한 분석은 생략되었거나 매우 간략하게 서술되었을 뿐이다. 다만, 위에서 살펴본 바와 같이 2016년 기업결합 사건 의결서는 협조효과를 인정하는 근거를 서술하면서 해당 기업결합이 이루어질 경우 CJ헬로의 경쟁 유인에 미칠 영향을 제시하였고, 2019년 기업결합 사건 관련 보도자료에서 설령 CJ헬로가 독행기업이라고 가정하더라도 취득회사와 시장지위를 고려할 때 경쟁제한의 우려가 인정되지 않음을 지적하였다.

셋째, 공정위는 독행기업을 식별하는 기준을 명시적으로 제시하지는 않았지만 위에서 소개한 3가지 방법 중 주로 선형요소 접근법(a priori factors approach)을 사용하였다고 할 수 있고, 아울러 지속적으로 독행기업으로의 역할을 수행할 수 있는 능력이 인정되는 경우에만 독행기업으로 판단하였는데 이는 법원 역시 마찬가지였다. 즉, 공정위는 (주)신세계와 (주)월마트코리아 간 기업결합 사건에서 피취득회사가 관련시장 내 다른 4개 경쟁자가 동질적인 상황에서 이들이 공동행위를 할 경우 이를 무산시킬 수 있는 유력한 대체적 경쟁자라는 이유로 독행기업으로 인정하였고, 2016년 기업결합 사건에서 CJ헬로가 요금이나 품질 측면에서 MNO 3사와 실질적으로 경쟁할 수 있는 유일한 MVNO임을 근거로 독행기업으로 인정하였다.

또한 전자의 기업결합 사건에서 공정위가 명한 시정조치에 대한 불복의 소를

심리한 서울고법은 피취득회사의 매출액 증가율이 감소하는 추세이고 영업이익률이 적자라는 이유로 독행기업으로 인정하지 않았고, 2019년 기업결합 사건에서도 공정위는 CJ헬로의 가입자 수와 점유율 및 매출액이 감소하고 있다는 이유로 독행기업으로 인정하지 않았다.

IV. 외국의 독행기업의 법리 적용 사례

1. 미국의 사례

종래 미국의 경쟁당국은 상당수 기업결합 사건에서 비교적 적극적으로 독행기업의 법리를 적용하였고 법원에서도 그 당부가 다투어졌다. 미국 경쟁당국의 독행기업의 법리 적용에 관한 선행연구에 따르면, 미국의 경쟁당국은 오바마 대통령 재임 당시 2010년 수평합병 가이드라인을 개정하는 등 상대적으로 공격적인 기업결합 규제정책을 펼쳤는데, 그 법리적 수단으로서 독행기업의 법리를 적극적으로 활용하였다.³³⁾

(1) 2010년 이전 독행기업의 법리 적용 사례

2010년 이전에 독행기업의 법리가 적용된 사례들 역시 어렵지 않게 찾아볼 수 있는데, 대표적으로 Union Pacific Co./Southern Pacific Transportation Co. 기업결합 사건, Heinz/Beech Nut 기업결합 사건, Arch Coal/Triton 기업결합 사건 등을 들 수 있다.

먼저, Union Pacific Co./Southern Pacific Transportation Co. 기업결합 사건에서 미국 서부지역에서 활동하는 3개 주요 철도사업자 중 2개 간 기업결합이 문제가 되었는데, 철도사업자의 기업결합에 대한 승인권한을 가진 육상운송위원회(Surface Transportation Board)는 경쟁당국인 연방법무부의 반대의견에도 불구하고 승인 결정을 내렸다. 즉, 연방법무부는 해당 기업결합으로 인하여 관련시장 내 주요 철도사업자의 수가 3개에서 2개로 감소하여 복점이 형성되므로 복점사업자

33) Lang, The Maverick Theory: Creating Turbulence For Mergers, 59 St. Louis U.L.J. 257, 270 (2014).

간 협조적 요금 인상이 용이해질 것이라는 이유로 반대의견을 제시하였으나, 육상운송위원회는 다양한 이유를 제시하면서 해당 지역 철도운송시장에서 묵시적 담합이 용이하지 않다고 판단하였다.³⁴⁾ 아울러 피취득회사인 Southern Pacific Transportation Co.가 공격적인 요금할인을 제공하는 독행기업이라는 주장에 대하여, 피취득회사가 간헐적으로 제공하는 요금할인은 제공하는 상품의 품질이 낮기 때문이고 더욱이 동 회사가 현재의 요금체제로 얻는 매출은 자본을 유지하기 불충분한 수준이므로 장기적으로 현재와 같은 경쟁압력을 유지하지 못할 것이라고 하면서 그 주장을 배척하였다.³⁵⁾

또한 Heinz/Beech Nut 기업결합 사건에서는 미국 병입 유아식 시장에서 각각 17.4% 및 15.4%의 시장점유율을 가진 2위 및 3위 사업자 간 기업결합이 문제가 되었는데, 1위 사업자인 Gerber의 시장점유율은 65% 이상이였다. 연방거래위원회는 주로 동 기업결합이 주요 유아식 사업자 간 묵시적 담합을 용이하게 한다는 이유로 금지명령을 청구하였다. 즉, 대부분의 슈퍼마켓은 주요 유아식 브랜드 중 2개 브랜드 제품을 매대에 진열하여 판매하는데 위 3개 사업자 중 1위 사업자인 Gerber의 제품은 반드시 구비하고 추가적으로 당사회사 중 하나의 제품을 구비하여 판매하고 있었으므로 종전에 당사회사 중 하나가 Gerber와 담합을 할 경우 다른 당사회사가 슈퍼마켓에게 매력적인 조건을 제안함으로써 그 담합을 와해시킬 개연성이 컸지만, 당해 기업결합이 이루어질 경우 그와 같은 담합을 억제할 유인이 사라지게 된다고 주장하였다.

이에 대하여 당사회사는 병입 유아식 시장에서 협조적 행위가 이루어지기 어렵다고 항변하고 나아가 이 사건 기업결합을 통하여 결합회사의 효율성이 향상되어 Gerber와 적극적으로 경쟁할 수 있는 능력을 갖추게 됨으로써 오히려 관련시장 내 주요 사업자 간 협조적 관계가 불안정하게 될 것이라고 주장하였다. 이 사건을 심리한 D.C. 연방지방법원은 당사회사의 주장을 받아들여 관련시장 내 묵시적 담합이 이루어지기 어려울 뿐만 아니라 이 사건 기업결합을 통하여 당사회사의 효율성이 향상되어 Gerber와 경쟁하기 위해 혁신적인 제품을 출시할 가능성이 커진다고 인정하였다.³⁶⁾ 특기할 점은 이 사건은 기업결합으로 인하여 종전의 독행기

34) Union Pacific Co. et al., Control and Merger—Southern Pacific Rail Co. et al., 1 S.T.B. 233, 1996 WL 467636 (August 6, 1996).

35) Id. at 221.

업이 소멸되어 경쟁제한적 효과가 초래되는 것인지 여부가 문제가 되는 일반적인 사례의 경우와는 달리 기업결합으로 인하여 독행기업이 출현하여 경쟁을 촉진하는지 여부가 문제가 된 사례라고 할 수 있다.

한편, Arch Coal/Triton 기업결합 사건에서는 와이오밍의 남부 파우더강 유역 지역에서 활동하는 주요 석탄회사가 중소석탄회사 Trinton이 보유한 탄광을 인수하는 것이 문제가 되었는데, 종래 취득회사를 포함한 3개의 주요 석탄회사가 해당 지역 석탄 채굴량의 대부분을 차지하고 나머지는 중소석탄회사들이 보유하고 있었다. 연방거래위원회는 해당 기업결합으로 인하여 중소석탄회사가 보유한 채굴량이 주요 석탄회사로 이전되면 해당 지역 내 석탄 공급의 가격탄력성이 심각하게 감소하여 주요 석탄회사들이 석탄 공급을 감소시키기 위한 협조적 행위를 할 개연성이 증가한다고 주장하였다.

연방거래위원회가 제기한 금지명령 청구의 소를 심리한 D.C. 연방지방법원은 해당 지역 석탄시장의 구조와 역동성에 비추어 볼 때, 이 사건 기업결합으로 인하여 묵시적 협조 가능성이 증가하지 않을 것이라고 판단하고, 나아가 인수대상인 Triton의 광산은 해당 지역에서 가장 고비용 탄광으로서 재무적으로 부실하여 부채를 충당하기 위해 높은 이윤을 올려야 하는 상황에 처해 있고, 실제로 관련시장에서 가격인하를 선도하거나 영향을 미치지도 않았고 오히려 높은 가격을 얻어 내려는 전략을 취하였으므로 관련시장 내 독행기업이라고 볼 수 없다고 하였다.³⁷⁾

(2) 2010년 이후 독행기업의 법리 적용 사례

2010년 이후 독행기업의 법리가 적용되었던 대표적인 기업결합 사례로 AT&T/T-Mobile 기업결합 사건, H&R Block/TaxACT 기업결합 사건 및 ABI/Modelo 기업결합 사건을 들 수 있다. 먼저, AT&T/T-Mobile 기업결합 사건에서 미국 전국 및 주요 지역별 이동통신시장에서 2위 사업자인 AT&T가 4위 사업자인 T-Mobile을 인수하는 것이 문제가 되었다. 연방법무부는 T-Mobile이 종래 공격적

36) F.T.C. v. H.J. Heinz, 116 F.Supp.2d 190, 198-200 (D.D.C. 2000). 그 후 이 사건 항소심에서 D.C. 연방항소법원은 관련시장에서의 협조적 행위의 용이성 및 동 기업결합으로 인한 효율성 제고 효과에 대한 연방지방법원의 판단이 오류라는 이유로 파기·환송하였다(F.T.C v. H.J. Heinz, 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001)).

37) F.T.C. v. Arch Coal, 329 F.Supp.2d 109, 146-147 (D.D.C. 2004).

인 경쟁자로서 공격적인 가격책정과 혁신을 통해 이동통신시장에서 가치 있는 선택(value option)으로 자리매김하였고 AT&T는 T-Mobile의 혁신으로부터 상당한 경쟁압력을 받았다고 지적하면서, 이 사건 기업결합이 이루어질 경우 4개의 전국적 이동통신사업자 중 하나가 제거되어 이동통신시장의 집중도가 상당한 정도로 증가하고 경쟁자의 수가 4개에서 3개로 감소하게 되므로 경쟁제한적 협조의 우려가 증가하고, 양자 간 특히 치열한 경쟁(head-to-head competition)이 제거됨으로써 가격이 인상되고 투자가 감소하고 서비스의 다양성과 혁신의 감소로 이어질 것이라고 주장하였고,³⁸⁾ 결국 AT&T는 T-Mobile 인수를 포기하였다.

또한 H&R Block/TaxACT 기업결합 사건에서는 디지털 자가 납세준비(digital do-it-yourself tax preparation) 서비스 시장에서 2위 사업자인 H&R Block이 3위 사업자인 TaxACT를 인수하는 것이 문제가 되었는데, 해당 시장에서 1위 사업자의 시장점유율은 60% 이상이었고 당사회사를 포함한 상위 3개 사업자의 시장점유율 합계는 약 90%에 육박하였다. 연방법무부는 TaxACT가 일부 서비스를 무료로 제공하는 등 지속적으로 가장 경쟁적인 거래조건을 제시하고 혁신적인 서비스를 제공함으로써 관련시장에서 독행기업의 역할을 수행하고 있으므로 이 사건 기업결합이 이루어질 경우 취득회사는 해당 산업에서 가격에 대한 통제권을 회복하고 더 이상의 가격인하를 회피할 수 있을 것이라고 주장하였다.³⁹⁾

이 사건 기업결합에 대하여 연방법무부가 제기한 금지명령 청구의 소를 심리한 D.C. 연방지방법원은 피취득회사가 독행기업으로 인정하기 위해 가장 중요한 것은 해당 사업자가 관련시장의 경쟁구조에서 가격을 억제하는 역할을 지속적으로 수행하였는지 여부라고 전제하고, TaxACT는 무료 납세준비 서비스를 출시함으로써 관련시장 내 지배적 가격책정 규범에 반항하고, 상당한 시장점유율을 보유하면서 높은 품질과 전면적 서비스를 무료로 제공하고 관련 상품을 염가에 판매하는 사업전략을 취하는 유일한 사업자이므로 독행기업으로 볼 수 있다고 하였다.⁴⁰⁾ 나아가 당사회사가 주장하는 효율성 제고 항변을 수용할 수 없고 관련시장에서 다른 경쟁자의 성장이 용이하다는 주장도 받아들일 수 없으므로 이 사건 기업결합

38) Amended Complaint, *United States v. AT&T*, Civil Action No. 11-01560 (Sep. 16, 2011), para. 27-40.

39) Complaint, *United States v. H&R Block*, No. 1:11-CV-00948 (May 23, 2011), para. 2-3, 28-36.

40) *United States v. H&R Block*, 833 F.Supp.2d 36, 80 (D.D.C. 2011).

이 경쟁제한적인 협조효과를 초래할 것으로 인정된다고 하였다.⁴¹⁾

한편, ABI/Modelo 기업결합 사건에서는 미국 맥주시장에서 약 39%의 점유율을 가진 1위 사업자 Anheuser-Bush InBev가 종전에 시장점유율이 약 7%에 불과하지만 유력한 프리미엄 맥주 브랜드인 코로나(Corona)를 보유한 3위 사업자 Modelo의 지분 50%를 보유하고 있었는데, 나머지 지분 50%를 취득하는 것이 문제가 되었다. 연방법무부는 취득회사가 매년 경쟁자들이 추종하도록 가급적 투명하게 가격을 인상하는 전략을 취하는데 2위 사업자인 MillerCoors는 대체로 가격 인상을 추종하는데 반하여, 정작 취득회사가 지분을 가지고 있는 Modelo는 이를 추종하지 않는 경우가 많은 독행기업으로서 맥주가격에 인하압력을 가하고 있으므로 이 사건 기업결합이 이루어질 경우 1위 사업자인 취득회사와 2위 사업자인 MillerCoors 간 협조적 가격책정이 이루어질 개연성이 크다고 주장하였다.⁴²⁾ 이 사건 기업결합은 결국 맥주 브랜드에 대한 라이선스를 포함하여 Modelo가 보유한 모든 미국 내 자산을 제3자에게 매각하는 내용의 동의판결로 종결되었다.⁴³⁾

2. EU의 사례

종래 EU의 경쟁당국인 유럽 집행위원회(이하 '집행위'라 한다)가 기업결합을 심사하면서 독행기업의 법리를 적용한 사례는 상대적으로 많지 않다. EU 집행위가 독행기업의 법리를 적용한 사례를 조사한 선행연구에 따르면, 집행위는 1990년대까지 독행기업의 법리를 적용한 적이 없고 2000년부터 2013년까지 22건의 기업결합 사건에서 독행기업의 법리를 적용하였는데 그중 독행기업임을 인정한 경우는 아래에서 소개하는 4건을 포함하여 5건에 불과하다.⁴⁴⁾

먼저, T-Mobile.Austria/tele.ring 기업결합 사건에서 오스트리아 이동전화 소매

41) Id. at 80-81.

42) Complaint, United States v. Anheuser-Bush InBev et al., Case 1:13-cv-00127 (Jan. 31, 2013), para. 44-61.

43) Final Judgment, United States v. Anheuser-Bush InBev et al., Case 1:13-cv-00127 (Oct. 24, 2013).

44) Lyons, *Mavericks in Merger Analysis*, Presentation at the Economic Developments in Competition Law, CRA Conference, Brussel (3 December, 2008); Bromfield & Olczak, *The Role of the Maverick Firm Concept in European Commission Merger Decisions*, *Journal of Competition Law & Economics*, 14(2), 2018, at 81-185.

시장에서 2위 사업자인 T-Mobile이 3위 사업자인 tele.ring을 인수하는 것이 문제가 되었는데, 당사회사의 시장점유율 합계는 30~40%로서 여전히 1위 사업자인 Mobilkom에 뒤지는 2위에 해당하였다.⁴⁵⁾ 이 사건 기업결합을 심사한 집행위는 다음과 같은 근거를 제시하면서 비협조적 경쟁제한 효과(non-coordinated effects)를 인정하였다. 즉, 과거 시장점유율 데이터가 1위 및 2위 사업자의 고객 중 상당수가 3위 사업자인 tele.ring으로 전환하였음을 나타내고 요금 역시 해당 사업자가 가장 낮은 수준임을 근거로 피취득회사는 관련시장에서 가장 적극적인 경쟁자로서 1위 및 2위 사업자에 대하여 상당한 경쟁압력을 가하고 그들의 가격책정을 제약하는 독행기업의 역할을 수행하고 있다고 하였다.⁴⁶⁾ 나아가 이 사건 기업결합으로 인하여 tele.ring이 사라질 경우 하위 사업자인 H3G나 그 밖의 MVNO 사업자들은 그와 같은 역할을 수행할 수 없고, 상호 대칭적인 1위 및 2위 이동통신사업자가 남게 되므로 관련시장에서 상당한 정도로 경쟁이 감소할 것이라고 판단하였다.⁴⁷⁾

또한 Linde/BOC 기업결합 사건에서 유럽경제지역(EEA) 또는 각 회원국별 산업용가스 또는 특수가스 시장에서 유력한 지위를 보유한 Linde가 역시 해당 시장에서 상당한 지위를 가진 BOC를 인수하는 것이 문제가 되었는데, 각 가스 종류별로 특히 폴란드시장과 영국시장에서 당사회사의 사업이 중복되어 해당 시장에서 시장점유율 합계가 높게 나타났다.⁴⁸⁾

집행위는 이 사건 기업결합이 이루어질 경우 헬륨시장에 신규로 진입하여 공격적으로 경쟁하고 있는 Linde가 종전처럼 경쟁할 유인이 감소하고 실제로 공급을 감소시킬 능력을 가지게 되므로 비협조적 경쟁제한 효과를 초래할 개연성이 크고, 또한 협조적 행위에 취약한 헬륨시장에서 공격적인 독행기업인 Linde가 사라지면 사업자 간 협조적 효과도 초래될 것이라고 하였다.⁴⁹⁾ 특히, 후자와 관련하여 신규

45) European Commission Decision of 26 April 2006, Case No COMP/M.3916-T-Mobile Austria/Tele.ring, para. 29-43.

46) Id. para. 49-73.

47) Id. para. 102-126. 결국 집행위는 tele.ring의 오스트리아 내 UMTS 주파수와 이동통신설비를 그보다 점유율이 낮은 제3자에 매각하는 시정확약의 이행을 조건으로 이 사건 기업결합을 승인하였다.

48) European Commission Decision of 6 June 2006, Case No COMP/M.4141-Linde/BOC, para. 87-159.

49) Id. para. 160-192.

진입자인 Linde를 잠재적으로 기존 사업자들 간 협조적 행위를 방해하는 공격적인 독행기업으로 규정하였는데, 그 이유로서 다른 경쟁사에 비하여 더 큰 공급량을 보유하고 있고 도매시장에서 입지를 구축하기 위해 시장점유율을 증가시키는 것을 목표로 삼고 있으므로 시장에서 특히 공격적인 조치를 취할 것이라고 하였다.⁵⁰⁾

특기할 만한 사례로서 Oracle/Sun Microsystems 기업결합 사건에서 집행위는 피취득회사의 독행기업성을 인정하면서도 기업결합 후 적극적인 경쟁을 회피할 능력과 유인이 제한적이고, 만일 그와 같은 전략을 취할 경우 독행기업의 역할을 대신할 다른 경쟁자가 존재한다는 이유로 경쟁제한 효과를 인정하지 않았다. 이 사건에서 미국 소프트웨어 사업자인 Oracle이 역시 미국 하드웨어 및 소프트웨어 사업자인 Sun Microsystems를 인수하는 것이 데이터베이스 시장, 미들웨어 시장 등에서 경쟁을 제한하는지 여부가 다투어졌는데, 그중 세계 관계적 데이터베이스 관리서비스(RDBMS) 시장과 관련하여 Sun의 자회사로서 최대 오픈소스 데이터베이스인 MySQL이 독행기업으로서 이 사건 기업결합이 비협조적 경쟁제한 효과를 초래할 것인지 여부가 다투어졌다. 위 관련시장에서 Oracle의 점유율은 40~50%, MySQL의 점유율은 5% 미만이었다.⁵¹⁾

집행위는 MySQL이 그 기술적·기능적 특징, 이용자에 무료로 제공되는 오픈소스 사업모델 등의 측면에서 적어도 일부 데이터베이스시장에서는 Oracle에 대해 잠재적으로 중요한 경쟁압력을 행사할 수 있지만, MySQL의 오픈소스 성격 및 당사회사의 공개적 다짐 등에 비추어 볼 때 이 사건 기업결합이 이루어진 후 Oracle이 MySQL의 제공을 중단하거나 그 경쟁촉진적 역할을 중단할 능력과 유인이 제한될 것이고, 만일 그와 같은 전략을 취할 경우 PostgreSQL을 포함한 다른 오픈소스 데이터베이스가 MySQL의 역할을 대신할 수 있고 그 밖에 MySQL 코드에 기반을 두고 변형된 다른 데이터베이스(forks of MySQL) 역시 Oracle에 대하여 경쟁압력을 행사할 여지가 있다고 하면서 이 사건 기업결합의 경쟁제한성을 부정하였다.⁵²⁾

50) Id. para. 189-191. 결국 집행위는 Linde의 영국 내 산업용가스 사업과 BOC의 폴란드 내 산업용가스 및 특수가스 사업을 매각하고 양 당사회사의 헬륨 도매공급계약 중 상당수를 양도하는 등의 시정확약의 이행을 조건으로 이 사건 기업결합을 승인하였다.

51) European Commission Decision of 21 January 2010, Case No COMP/M.5529-Oracle/Sun Microsystems, para. 115-127.

마지막으로 T-Mobile/Orange 기업결합 사건에서는 France Telecom의 영국 자회사인 Orange UK와 Deutsche Telecom의 영국 자회사인 T-Mobile UK가 영국 내에서 공동으로 이동통신사업 등을 영위하기 위해 각각 지분 50%를 보유한 조인트벤처를 구성하는 것이 문제가 되었는데, 당사회사가 아닌 제3자의 독행기업으로서의 역할이 쟁점이 되었다. 집행위는 이 사건 기업결합의 관련시장을 영국 내 이동전화 소매시장으로 획정하였는데, 당사회사의 시장점유율은 각각 10~20%로서 3위 및 4위 사업자이었다.⁵³⁾

집행위는 당사회사 모두 시장점유율이 점차 감소하고 가장 저렴한 요금을 책정 하지도 않는 등 독행기업으로 볼 수 없고, 오히려 5위 사업자인 3UK가 당사회사 들로부터 시장점유율보다 더 많은 고객을 빼앗아 오고 요금할인 및 서비스 혁신 을 선도하는 등 독행기업으로 볼 수 있다고 하였다.⁵⁴⁾ 그런데 3UK는 영국에서 오직 3G 네트워크만을 기반으로 서비스를 제공하고 있는 유일한 이동통신사업자 로서 비용절감과 서비스지역 확대를 위해 당사회사와 3G RAN 공유약정 및 2G 전국 로밍약정을 체결하고 있는데, 이 사건 기업결합이 이루어진 후 당사회사가 3UK와의 이들 약정을 조기에 해지하거나 그 기능을 저하시킬 능력과 유인이 있 고, 실제로 그와 같은 전략을 취한다면 3UK가 시장에서 퇴출되거나 경쟁력이 심 각하게 약화될 수 있고 그럴 경우 관련시장에서 심각한 경쟁제한 효과를 초래할 우려가 있다고 판단하였다.⁵⁵⁾

V. 시사점 및 개선방안

1. 시사점

독행기업의 범리에 관한 각국의 기업결합 관련 심사지침이나 가이드라인의 내

52) Id. para. 202-759.

53) European Commission Decision of 1 March 2010, Case No COMP/M.5650-T-Mobile/Orange, para. 20-46.

54) Id. para. 59-63.

55) Id. para. 91-109. 결국 집행위는 당사회사와 3UK 간 3G RAN 통합계획을 완성하고 3G RAN 공유약정 내 해지조항을 삭제하는 등 변경계약을 체결하고, 2G 전국 로밍약정의 기간을 연장하고 그 요금을 할인하는 등을 내용으로 하는 시정확약의 이행을 조건으로 이 사건 기업결합을 승인하였다.

용 및 우리나라와 외국 경쟁당국의 기업결합 심사 사례로부터 다음과 같은 시사점을 얻을 수 있다. 첫째, 독행기업의 개념에 관해서는 일견 상당한 정도로 통일된 견해를 제시하고 있지만 구체적으로 특정한 기업이 독행기업인지 여부를 판단함에 있어서 상당한 정도로 다양한 기준을 적용하고 있다.

즉, 독행기업이 관련시장에서 특히 경쟁촉진적인 역할을 수행함으로써 다른 사업자들이 가격을 인상하거나 거래조건을 소비자에게 불리하게 변경하는 것을 억제하는 기업이라는 점에는 일치하고 있지만, 구체적으로 독행기업인지 여부를 판단함에 있어서는 초과생산능력이나 전환가능 생산능력 또는 비밀리에 매출액을 증가시킬 수 있는 능력과 같이 독행기업으로 행동할 유인이나 능력을 고려할 뿐만 아니라, 어떤 이유에서든지 실제로 관련시장에서 그와 같은 역할을 수행하고 있다고 판단되면 독행기업으로 인정하였다. 결국 독행기업이라는 성격 규정은 특정한 기업이 가진 속성에 대한 평가라기보다는 관련시장에서 차지하는 기능적 위치(functional place)라고 이해하는 것이 더욱 적절할 것이다.⁵⁶⁾ 따라서 설령 일정한 시기에 특정한 기업이 독행기업의 역할을 수행하였다고 할지라도 추후 관련시장 내 경쟁상황의 변화로 인하여 해당 기업이 독행기업으로서의 지위를 상실할 수 있음은 당연하다.

또한 각국의 경쟁당국과 법원은 독행기업인지 여부를 판단함에 있어서 해당 기업이 관련시장에서 지속적으로 독행기업의 역할을 수행할 수 있는지 여부를 중요하게 고려한다. 따라서 해당 기업의 비용구조 또는 매출액이나 시장점유율의 추세를 고려하여 비용구조가 취약하거나 매출액이나 시장점유율이 정체 또는 하락하는 경우에는 해당 기업이 지속적으로 독행기업으로서 기능할 수 없으므로 독행기업에 해당하지 않는다고 판단한다.⁵⁷⁾

둘째, 우리나라를 포함한 각국의 기업결합 관련 심사지침이나 가이드라인은 일관되게 독행기업의 법리를 수평형 기업결합의 협조효과(coordinated effects)를 판단하는 근거 중 하나로 규정하고 있지만, 실제 각국 경쟁당국은 독행기업의 법리를 수평형 기업결합의 협조효과뿐만 아니라 단독효과(non-coordinated effects)를

56) Owings, Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor, 66 Vand. L. Rev. 323, 325 (2013).

57) 이러한 태도는 특히 기업결합의 경제제한성 심사가 기업결합 후 관련시장에서 초래될 경쟁상황의 변화를 예측적으로(anticipatory) 평가하는 것이라는 점에 기인한다고 할 수 있다.

판단하는 근거로도 사용하고 있다.

실제로 위에서 언급한 바와 같이 공정위는 2016년 기업결합 사건에서 독행기업의 법리를 단독효과와 협조효과 양자 모두를 인정하는 근거로 제시하였고, 2019년 사건에서는 오히려 단독효과와 관련해서 독행기업의 법리를 언급하면서 피취득회사가 독행기업인지 여부를 따졌을 뿐이다. 또한 위에서 소개한 외국 경쟁당국의 기업결합 심사 사례를 살펴보면, 미국의 경우 일관되게 독행기업의 법리를 협조효과를 인정하는 근거로 논의하고 있는데 반하여,⁵⁸⁾ EU의 경우 협조효과보다는 오히려 단독효과를 인정하는 근거로 독행기업의 법리를 사용한 사례가 다수였다. 미국과 EU의 기업결합 심사 사례가 위와 같은 차이점을 보여주는 이유는 미국의 경우에는 전통적으로 기업결합 규제의 초점이 단독효과보다는 기업결합을 통하여 관련시장에서 활동하는 경쟁자의 수가 감소할 경우 이들 사업자 간 명시적·묵시적 담합이 초래될 우려, 즉 협조효과였던 데 반하여,⁵⁹⁾ EU의 경우에는 기업결합 당사회사가 관련시장에서 시장지배적 지위를 형성·강화하는지에 초점을 두고 있었기 때문이라고 설명할 수도 있지만, 논리적으로 독행기업의 법리가 반드시 협조효과와 관련해서만 유용한 것은 아니고 단독효과를 판단하는 근거로도 유용하기 때문이라고 할 수 있다.

셋째, 독행기업의 법리는 중국적으로 당해 기업결합이 관련시장에서 경쟁제한적 효과를 초래하는지 여부를 판단하기 위한 것이므로 당사회사 중 하나가 독행기업이라고 인정된다고 할지라도 그 자체로서 경쟁제한성을 인정할 수 있는 것은 아니고, 당해 기업결합이 이루어질 경우 관련시장의 경쟁상황에 비추어 볼 때 해당 기업이 종전과는 달리 독행기업의 역할을 수행할 유인과 능력을 상실하게 될 것인지에 따라 경쟁제한성을 판단하여야 한다. 참고로 2006년 미국 경쟁당국이 수평합병 가이드라인을 집행함에 있어서 필요한 세부적인 사항을 정하여 발표한 주석서 역시 독행기업의 법리에 관하여, “피취득회사가 독행기업인 경우에 이를 인수하면 이로 인하여 경쟁의 성질과 강도가 상당한 정도로 변화할 수 있으므로

58) 다만, 위에서 소개한 미국 사례 중 AT&T/T-Mobile 기업결합 사건에서 연방법무부의 소장은 협조효과와 단독효과를 명확하게 구분하여 서술하지 않고 있는데 독행기업의 법리를 양자 모두와 관련하여 유용한 것으로 해석할 수도 있다(Amended Complaint, United States v. AT&T, Civil Action No. 11-01560 (Sep. 16, 2011), para. 27-40 참고).

59) Kolasky, *supra* note 14, at 1. 실제로 미국의 경우 1992년 수평합병 가이드라인에서 비로소 수평합병이 초래하는 경쟁제한의 우려로서 단독효과(unilateral effects)를 명시적으로 규정하였다.

협조적 행위의 개연성이 커진다. 그와 같은 경우에 경쟁당국은 피취득회사가 독행 기업으로 행동하였는지와 피취득회사의 행위를 결정할 유인이 달라지는지를 평가한다.”라고 설명하고 있다.⁶⁰⁾

따라서 위에서 소개한 2019년 기업결합 사건 관련 공정위의 보도자료와⁶¹⁾ Oracle/Sun Microsystems 기업결합 사건에서 보는 바와 같이,⁶²⁾ 설령 피취득회사가 독행기업에 해당한다고 할지라도 기업결합 후 관련시장의 경쟁상황에 비추어 볼 때 여전히 해당 기업이 적극적으로 경쟁할 능력과 유인을 유지할 것이라고 판단되면 독행기업의 법리를 근거로 경쟁제한성을 인정할 수 없다.

넷째, 독행기업의 법리는 반드시 당사회사 중 하나가 독행기업일 경우에만 적용될 수 있는 것이 아니라 당사회사가 아닌 제3자가 독행기업에 해당되는 경우 또는 당해 기업결합을 통하여 종전에 존재하지 않았던 독행기업을 창출할 수 있는 경우에도 유용하게 원용할 수 있다. 물론 종래 독행기업의 법리가 적용된 대부분의 사례는 당사회사 중 하나가 독행기업에 해당하는지 여부가 문제가 된 경우이지만 반드시 그런 맥락에서만 독행기업의 법리가 적용될 수 있는 것은 아니고, 예컨대 위에서 소개한 T-Mobile/Orange 기업결합 사건에서 본 바와 같이⁶³⁾ 당해 기업결합이 이루어진 후 관련시장에서 독행기업의 역할을 수행하고 있는 제3자의 경쟁능력이 심각하게 약화될 우려가 인정된다면 이를 근거로 경쟁제한성을 인정할 수 있다.

또한 드문 사례라고 할 수 있지만 위에서 소개한 Heinz/Beech Nut 기업결합 사건에서 당사회사들이 주장하고 연방지방법원이 수용한 바와 같이,⁶⁴⁾ 종전에는 독행기업의 역할을 수행할 수 없었던 당사회사가 기업결합으로 인하여 효율성이 대폭 증대되어 지배적 사업자에 대하여 적극적으로 경쟁할 능력을 갖추으로써 이제 독행기업으로서 관련시장에서의 경쟁을 촉진하는 역할을 수행할 수도 있을 것이다. 이러한 경우에는 독행기업의 법리가 기업결합의 경쟁제한성을 인정하는 근

60) U.S. Department of Justice & the Federal Trade Commission, Commentary on the Horizontal Merger Guidelines (2006), p. 24.

61) 공정위 보도자료, “공정위, 방송통신시장에서의 기업결합 조건부 승인”(2019. 11. 8.자).

62) European Commission Decision of 21 January 2010, Case No COMP/M.5529-Oracle/Sun Microsystems, para. 616-759.

63) European Commission Decision of 1 March 2010, Case No COMP/M.5650-T-Mobile/Orange, para. 91-109.

64) F.T.C. v. H.J. Heinz, 116 F.Supp.2d 190, 198-200 (D.D.C. 2000).

거가 아니라 이를 부정하는 근거로 사용된다.⁶⁵⁾

2. 개선방안

이상과 같은 논의에 기초하여 다음과 같이 기업결합 심사기준상 관련 내용을 보완하고 공정위의 기업결합 심사 관행에 변화를 줄 것을 제안한다. 먼저, 기업결합 심사기준상 독행기업의 법리에 관하여 훨씬 더 상세하게 규정할 필요가 있다. 현행 기업결합 심사기준은 독행기업의 법리에 관하여 단지 “결합상대회사가 결합 이전에 상당한 초과생산능력을 가지고 경쟁사업자들 간 협조를 억제하는 등의 경쟁적 행태를 보여 온 사업자인 경우에도 결합 후 협조로 인해 경쟁이 실질적으로 제한될 가능성이 높아질 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 이는 독행기업의 법리가 적용될 수 있는 전형적인 사례를 제시하고 있을 뿐이어서 기업결합의 경쟁제한성 판단에 관한 당사회사의 예측가능성을 확보하거나 공정위가 기업결합을 심사함에 있어서 독행기업의 법리를 객관적이고 일관되게 적용하는데 별다른 도움을 줄 수 없다.

물론 기업결합 심사기준의 (행정)입법적 성격을 고려할 때, 독행기업의 법리에 대해서만 지나치게 상세하게 규정하는 것은 적절하지 않을 수 있지만, 적어도 위에서 설명한 시사점으로부터 도출할 수 있는 핵심적 내용을 명시적으로 규정할 필요는 있을 것이다. 예컨대, 독행기업의 개념과 독행기업인지 여부를 판단함에 있어서 고려할 사항, 나아가 단순히 독행기업인지 여부뿐만 아니라 기업결합 후 관련시장의 경쟁상황에 비추어 독행기업의 경쟁 능력과 유인이 변화할 것인지를 평가하여야 한다는 점과 반드시 결합상대회사가 독행기업일 경우에만 독행기업의 법리가 적용되는 것은 아니라는 점을 명시적으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각된다.

둘째, 기업결합 심사기준상 독행기업의 법리를 수평형 기업결합의 협조효과뿐만 아니라 단독효과를 판단하는 기준으로 활용할 수 있도록 명시적으로 규정하는

65) Baker는 독행기업의 법리가 시장집중도를 증가시키는 기업결합에 대한 경쟁당국의 공격을 막아내는 방패(shield)로 기능할 수 있다고 표현하였다(Baker, Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws, 77 N.Y.U. L. Rev. 135, 180 (2002)).

것을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 현행 기업결합 심사기준은 미국 및 EU의 기업결합 심사 관련 가이드라인이나 지침과 마찬가지로 수평형 기업결합의 협조효과와 관련해서만 독행기업의 법리를 서술하고 있는데, 위에서 살펴본 바와 같이 우리나라를 포함한 각국의 경쟁당국은 수평형 기업결합의 협조효과뿐만 아니라 단독효과를 판단하는 기준으로서도 독행기업의 법리를 활용하고 있고 향후에도 그와 같은 관행은 지속될 것으로 보인다. 또한 논리적으로도 독행기업의 법리가 반드시 협조효과와 관련되는 것으로 볼 수 없고 단독효과를 판단함에 있어서도 유용하게 활용될 수 있기 때문이다.

셋째, 독행기업의 법리 적용과 관련된 공정위의 관행 역시 개선할 여지가 있다. 독행기업의 법리를 적용할 경우 그 성질상 시장점유율 등 시장구조 지표에 입각한 경쟁제한성 판단과 비교할 때 불가피하게 경쟁제한성 판단의 객관성과 예측가능성이 낮아질 우려가 있음을 유념하여야 한다. 이러한 우려를 최소화하기 위해서는 독행기업의 법리를 적용할 경우 기업결합 이전 관련시장의 경쟁상황을 포괄적이고 상세하게 분석하여 당사회사뿐만 아니라 관련시장 내 다른 경쟁자 중 독행기업의 역할을 수행하고 있는 사업자가 존재하는지 식별하고, 나아가 기업결합 이후 이들 독행기업의 경쟁 능력과 유인에 어떠한 변화가 발생하는지, 그리고 혹시 해당 기업결합을 통하여 종전에는 독행기업으로 활동하지 못했던 제3의 경쟁자가 독행기업의 역할을 수행할 능력과 유인을 가지게 되는지를 분석하여야 한다. 위와 같은 관련시장의 경쟁상황에 대한 포괄적 분석을 바탕으로 독행기업의 법리에 따른 경쟁제한적 폐해의 이론을 명확하게 제시함으로써 해당 법리 적용의 객관성과 타당성을 높일 수 있다.

마지막으로 독행기업의 법리가 적용되어 경쟁제한성이 인정된 기업결합에 대하여 해당 법리에 부합하는 시정조치를 고안하는 데 더욱 세심한 고려를 하여야 한다. 독행기업의 법리가 적용된 국내외 기업결합 심사 사례를 살펴보면, 설령 경쟁제한성이 인정되는 경우에도 해당 기업결합을 금지하기보다는 허용하되 일정한 시정조치를 부과하거나 동의의결(판결)을 내린 경우가 다수였다. 따라서 독행기업의 법리를 적용하여 경쟁제한성을 인정하는 많은 경우 경쟁당국으로서의 해당 기업결합이 초래하는 경쟁제한성을 배제하는 시정조치를 고안하는 것이 중요한데, 경쟁제한성 판단의 근거로 제시된 경쟁제한적 폐해의 이론에 부합하게 해당 독행

기업의 경쟁 능력과 유인을 유지하거나 강화하는 데 초점을 맞추어야 한다.

Ⅵ. 결 론

독행기업의 범리는 각국 경쟁당국이 기업결합으로 인하여 시장집중도가 현저히 증가하지 않더라도 경쟁제한성을 인정할 수 있는 근거로 활용되고 있다. 그러나 국제적으로도 위 범리에 관한 논의가 빈약하고, 더욱이 국내에서는 종전에 이론적으로나 실무적으로나 본격적으로 논의된 적이 없었다가 2016년 기업결합 및 2019년 기업결합 사건과 관련해서 비로소 논의가 되었다.

각국 경쟁당국이 기업결합을 심사함에 있어서 주로 시장구조 지표에 의존하던 관행을 탈피하고 시장구조 지표 이외에 관련시장의 경쟁상황에 관한 다양한 요소를 분석하여 경쟁제한성을 판단하는 태도를 취함에 따라 향후 독행기업의 범리를 둘러싼 논란이 증가할 것으로 예상된다. 즉, 향후 기업결합을 심사하는 과정에서 점차 당사회사의 시장점유율 합계나 그 증가분과 같은 시장구조 지표의 중요성은 감소하고 관련시장의 상황에 대한 구체적·개별적 분석에 따라 당해 기업결합이 초래하는 경쟁효과를 평가하려는 경향이 증가할 것이고, 그럴 경우 독행기업의 범리의 유용성이 부각될 것이다.

그런데 독행기업의 범리는 그 성질상 시장점유율 등 시장구조 지표에 입각한 경쟁제한성 판단과 비교할 때 불가피하게 경쟁제한성 판단의 객관성과 예측가능성을 저해할 우려가 있다. 따라서 독행기업의 범리를 객관적이고 타당성 있게 적용하기 위해서는 기업결합 심사기준에 독행기업의 개념과 판단기준, 독행기업에 대한 기업결합으로서 경쟁제한성을 인정하기 위한 요건, 그리고 경쟁제한적 폐해의 이론을 풍부하게 규정할 필요가 있다. 또한 공정위 역시 독행기업의 범리를 적용함에 있어서 당사회사뿐만 아니라 관련시장 내 다른 경쟁자 중 독행기업의 역할을 수행하고 있는 사업자가 존재하는지를 포괄적으로 분석하고, 나아가 기업결합 이후 이들 독행기업의 경쟁 능력과 유인에 어떠한 변화가 발생하는지, 그리고 혹시 해당 기업결합을 통하여 종전에는 독행기업으로 활동하지 못했던 제3의 경쟁자가 독행기업의 역할을 수행할 능력과 유인을 가지게 되는지를 상세히 분석하여야 한다.

참고문헌

▣ 국내문헌

- 공정거래위원회 의결 제2016-213호(2016. 7. 18.).
- 공정거래위원회 의결 제2019-284호(2019. 12. 11.).
- 공정거래위원회 보도자료, “공정위, SK텔레콤-CJ헬로비전 인수·합병 금지”(2016. 7. 18. 자).
- 공정거래위원회 보도자료, “공정위, 방송통신시장에서의 기업결합 조건부 승인”(2019. 11. 8.자).
- 김성환, “독행기업의 판단 및 그 인수의 경쟁제한 효과: LGU+의 CJ헬로 인수 사례를 중심으로”, 『정보통신정책연구』 제27권 제1호, 2020.
- 김해영, “방송통신 기업결합 규제와 공익 논쟁”, 고려대학교 박사학위논문, 2018.
- 이영주·송진, “유료방송시장에서 IPTV와 케이블TV의 기업결합 심사에 부여된 승인 조건의 타당성 검토: 공정경쟁 및 공익성 제고를 위한 조건을 중심으로”, 『사이버커뮤니케이션학보』 통권 제37권 2호, 2020.
- 차호범, “방송·통신시장에서의 기업결합 심사기준 및 절차에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 2016.

▣ 국외문헌

- Baker, Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws, 77 N.Y.U. L. Rev. 135 (2002).
- Bromfield & Olczak, The Role of the Maverick Firm Concept in European Commission Merger Decisions, Journal of Competition Law & Economics, 14(2), 2018.
- Kolasky, Coordinated Effects in Merger Review: From Dead Frenchmen to Beautiful Minds and Mavericks, Remark before the ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting Washington DC, April 24, 2002.
- Lang, The Maverick Theory: Creating Turbulence For Mergers, 59 St. Louis U.L.J. 257 (2014).
- Lyons, Mavericks in Merger Analysis, Presentation at the Economic Developments in Competition Law, CRA Conference, Brussel (3 December, 2008).

Owings, Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low – Cost Competitor, 66 Vand. L. Rev. 323 (2013).

European Commission, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004).

U.S. Department of Justice & the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (1992).

U.S. Department of Justice & the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (2010).

U.S. Department of Justice, Merger Guidelines (1982).

Abstract

A Study on the Theory of Maverick Firm under the Monopoly Regulation and Fair Trade Act

Ho Young Lee*

Competition authorities move away from the practice that mainly depend upon market structure indicators such as the sum of the company's market share or its increase in reviewing mergers, and instead, tend to examine their anti-competitiveness by also analyzing various factors related to the competition situation in relevant markets other than market structure indicators. Hence, the theory of maverick firm is expected to play an important role in reviewing horizontal mergers in the future.

The theory of maverick firm is used as a basis for competition authorities to hold mergers anti-competitive even if significant increase in the market concentration is not caused by the mergers. However, discussions on this theory have been scarce internationally and moreover, in Korea, discussions have not been made both theoretically or practically until filing of mergers to acquire CJ Hello in 2015 and 2019. Due to its nature, the application of the theory may inevitably create risk of impairing the objectivity and predictability of the judgment of anti-competitiveness of horizontal mergers.

In order to secure objectivity and appropriateness of merger reviews applying the theory of maverick firm, the Guidelines for Combination of Enterprises Review should be amended to provide for the concept of maverick firm and the criteria for identifying maverick firms, theories of anti-competitive harms based on this theory. In addition, the Korea Fair Trade Commission should also comprehensively analyzes in reviewing mergers whether there is a business entity playing a role of maverick firm among other competitors in the relevant markets as well as the merging parties. Moreover, it is necessary to analyze in detail what changes will be caused by the merger to the ability and incentives for the maverick firm to compete and whether third-party competitors, who were

* Professor, School of Law, Hanyang University.

previously unable to act as maverick, will have the ability and incentives to perform the role of maverick through the merger.

■ **주제어:** 수평형 기업결합, 독행기업, 협조효과, 단독효과, 기업결합 심사기준, CJ헬로 기업결합

■ **key words:** horizontal merger, maverick firm, coordinated effect, unilateral effect, Guidelines for Combination of Enterprises Review, CJHello acquisition

논문투고일자: 2020.10.27.

심사의뢰일자: 2020.11.17.

게재확정일자: 2020.11.29.