

米国における企業結合審査にかかる経済分析

モルガン・ルイス・バッキアスLLP¹ 弁護士 ハリー・T・ロビンズ
(Harry T. Robins)

弁護士 アレクシス・J・ギルマン
(Alexis J. Gilman)

TMI総合法律事務所² 弁護士 菊池 きよみ
弁護士 花本 浩一郎
弁護士 吉井 久美子

I はじめに

米国の企業結合規制の主たる根拠規定であるクレイトン法第7条は、「競争を実質的に減殺することとなり、又は独占を形成するおそれ」(競争制限)がある株式・資産取得を禁止する³。米国における企業結合規制執行機関である米国司法省(以下「DOJ」)及び連邦取引委員会(以下「FTC」。以下DOJと併せて「競争当局」)は、競争制限となる企業結合に該当するか否かを1992年水平合併ガイドライン(その後の改正を含む。以下「92年ガイドライン」)⁴に従って判断する。92年ガイドラインは、水平的企業結合審査の概略を定めており、競争当局の競争法執行指針であるだけでなく、裁判所も判決意見の中でその考え方を採用することがあるが、同ガイドラインは施行から18年が経過し、競争当局が企業結合分析にあたり使用する経済ツールや裁判で使用する証拠など、必ずしも現在の競争当局の審査実務を正確に反映しているとは言えない状況にある。

本稿においては、92年ガイドラインの下での競争当局における企業結合審査の実務及び裁判実務につき、特に関連市場の画定方法に焦点を当て、日本の企業結合ガイドライン及び企業結合審査の実務と比較しながら紹介し、最後に本年4月20日に公表された92年ガイドラインの改正案(以下「改正案」)⁵の内容及び今後の実務への影響について考察する。

II 92年ガイドラインに基づく企業結合分析

1 概要

92年ガイドラインは、競争当局が競争法の観点から企業結合を阻止すべきか否かを判断する際に、以下の分析手順を履践すべきこととしている。

① 関連市場の画定及び市場集中度の算出— 関連製品市場及び地理的市場を画定し、企業結合後の市場集中度及び集中度の増加を検討する。

② 反競争的效果の分析— (i) 複数企業の協同行動(coordinated interaction)による競争の減少及び(ii) 結合企業の一方的行為(unilateral effects)による阻害効果を分析する。

③ 参入分析— 反競争的效果を打ち消すほどの容易な市場参入、すなわち「時宜を得た(time-ly)、蓋然性があり(likely)、かつ十分な(suffi-

1 ハリー・T・ロビンズはニューヨーク・オフィスに所属するパートナー弁護士、アレクシス・J・ギルマンはコロンビア特別地区オフィスに所属するアソシエート弁護士である。

2 同事務所所属弁護士の長坂省及び石井恵介が執筆に協力した。

3 15U.S.C. § 18 (http://www.law.cornell.edu/uscode/15/usc_sec_15_00000018----000-.html)

4 U.S. DEP'T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM'N, HORIZONTAL MERGER GUIDELINES (rev. ed. 1997) (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf>). Guidelines § 0.1.

5 改正案は2010年6月4日までパブリックコメントに付されている。

cient)」参入が生じるかを分析する。

④ 効率性—企業結合により「認識しうる効率性 (cognizable efficiency)」, すなわち当該企業結合以外の方法によっては当事会社が合理的に達成しえないような効率性の改善があるか否かを検証する。

⑤ 経営破綻—当該企業結合が行われなければ当事会社のいずれかが破綻し, 市場から退出することが見込まれるか否かを判断し, かかる危険が存する場合には, 当該企業結合は競争を阻害するおそれがないとされる。

2 関連市場の画定方法：SSNIP テスト

92年ガイドラインにおいては, 上記①の関連市場の画定が分析の中核的概念である。同ガイドラインの下で市場を画定する場合, もっぱら需要代替要素 (demand substitution factors), すなわち価格引上げに伴う需要者の反応に焦点が当てられる。そして, 分析ツールとして, 独占者が小幅であるが実質的かつ一時的でない価格の引上げ (Small but significant and nontransitory increase in price。以下「SSNIP」) を実施することが可能である製品及びそれらが販売される地理的地域により関連市場を画定する仮定的独占者テスト⁶ (hypothetical monopolist test。以下「SSNIP テスト」) が用いられる。具体的には, 当事会社が販売する製品につき利潤最大化を図る独占者が存在すると仮定した上で, かかる仮定的独占者がSSNIPに基づく価格引上げ(5%を原則とする⁷)を行うと, 当該製品の多数の購買者が他の代替品に乗り換えてしまうために利潤を生まない場合には, さらに当該製品の次善の代替品を含めた上で, それらの製品群に対して再度SSNIPを行って利潤を生むか否かを検討し, SSNIPを行って利潤を生むまで同様のテストが繰り返され, 利潤を生むこととなるその時点の製品群が製品市場を構成するものとされる⁸。同様のテストは, 地理的市場を画定するためにも実施され, 関連市場が画定する。

3 日本の企業結合ガイドライン

この点, 日本の企業結合ガイドライン(平成16年5月31日公表。最終改定平成22年1月1日)にお

ける関連市場の画定は, 基本的には米国と同じく需要者にとっての代替性という観点から判断されるが, 必要に応じて供給者にとっての代替性という観点も考慮される。そして, 需要者にとっての代替性をみるに当たっては, SSNIPテストを採用することが明らかにされている。SSNIPテストを採用することがより明示的に記載されたのは, 平成19年1月31日に改定された企業結合ガイドラインにおいてである。平成19年改定前の企業結合ガイドラインにおいてもSSNIPテストの考え方は取り入れられていたものの⁹, 関連商品市場の画定においては需要者からみた取引対象商品の機能及び効用の同種性が主たる検討要素であって, SSNIPテストはかかる機能及び効用の同種性を判断するための一つの判断材料と位置づけられており, 平成19年改定によりSSNIPテストがより前面に押し出されたといえる。前述のとおり, SSNIPテストは92年ガイドラインにおいて採用されていただけでなく, 欧州でも採用されていた方法であるため, 平成19年改定においては, これらの考え方との平仄を揃えることがより意識されたものと思われる。

6 SSNIPテストは, 1982年の合併ガイドラインで採用された手法であるが, もともとは1956年のデュボン事件 (United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co. 351 U.S. 377 (1956)) の中で現われ, 1959年に経済専門家が提唱し始めた概念である (Gregory J. Werden, *The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm*, 71 *Antitrust Law Review* 253 (2003), available at <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11256.htm>.)。

7 Guidelines § 1.11.

8 仮定的独占者が価格差別(特異な購買者に異なる価格を請求すること)を行うことが可能な場合には, より狭い製品市場の画定の検討が可能である。Guidelines § 1.12.

9 平成19年改定前の企業結合ガイドライン第2・2では, 「取引対象商品の機能及び効用と他の商品の機能及び効用とが同種であるか否かは, 仮に当該商品の価格引き上げ等が生じた場合, 需要者が当該商品に代えて他の商品を購入し得るため, 当該他の商品が, 当該商品の価格, 数量等の自由な動きを妨げる要因となるか否かを基準に判断される。」として, SSNIPテストの考え方が取り入れられており, 第2・3においても, 同内容の文言で地理的範囲が画定されることが示されている。

III 92年ガイドラインの実務上の取扱い

1 米国競争当局による企業結合審査手続及び経済分析の実務

1976年ハート・スコット・ロディノ反トラスト改善法（以下「HSR法」）¹⁰により、一定規模以上の企業結合については、競争当局に対して当該取引執行の30暦日前までに事前届出を行うことが義務づけられている¹¹。届出はDOJ及びFTCの双方に対して行う必要があり、届出受理後の当初の審査も両競争当局が共に担当する。当初審査において問題がないと判断された事案については、30暦日の待機期間が終了するまでに承認がなされ¹²、問題があると判断された事案については、両競争当局間で当該事案をどちらの当局が担当するかを協議・決定し¹³、より綿密な調査が行われる。待機期間中、担当当局は、届出の際に当事会社から提出された資料（競合他社及び市場占有率に関する情報等）及び公開されている情報・統計資料（産業レポート、業界団体及び市場調査会社等から取得・購入する情報・データなど）を用いた調査を実施するほか、当事会社の顧客・競合他社から意見を聴取し、当事会社職員と面談を行うとともに、競合製品、売上高、市場占有率、製造工場の場所及び最大生産量などの書類の提出を要求する^{14, 15}。担当当局により追加情報の提供・質問状に対する回答や幹部職員からの宣誓証言の録取（deposition）を求める二次リクエストが行われた場合には、当事会社は、追加情報の提供・質問状に対する回答から原則として更に30日間は、企業結合を行うことができない¹⁶。

以上の審査手続を行う上で、92年ガイドラインは競争当局の規制方針を定めるものの、実際には、競争当局はガイドラインに厳格に拘束されることはなく、その後の企業結合差止訴訟における主張・立証方法も92年ガイドラインの内容に制約されるものではないと考えられている。例えば、ステーブルズ事件¹⁷において、FTCは、製品市場を証明するために、消費者の価格反応度（price sensitivity）を示す書類の他に、合併当事会社と競合他社との価格を比較する内部資料を提出し、スィーデイッシュ・マッチ事件¹⁸にお

いてFTCのエコノミストは、需要弾力性を測定する場合、通常は、SSNIPテストのみに依拠するのではなく、製品の価格及び数量を使った経済分析も行うと証言した。また、FTCは、シカゴ・ブリッジ事件¹⁹で高度な市場集中度の存在を証明するため、HHI指数²⁰のみに依拠するの

10 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976

11 なお、日本における実務とは異なり、届出前の事前相談制度は存在せず、実際に事前届出がなされた後も、競争当局からの情報提出及び面談の要請がなされた場合を除き、競争当局及び当事会社との間で会話がなされることは稀で、その場合、当事会社は文字通り30日間「待機する」のが原則である。

12 実際には、待機期間に競争当局により何らの措置も行われなければ、当該事案は承認されたものとみなされる。

13 どちらの競争当局が当該案件の主担当となるかの決定については、稀にかかる決定が遅れ、事前届出後の30日の待機期間が経過する例もあるが、ほとんどの場合は、過去に主に担当してきた産業をそれぞれの競争当局が担当する（例えば、FTCの場合は医薬品産業、DOJは軍需産業など）。

14 ホールフーズ事件では、FTCは高級有機商品スーパーマーケット市場という狭い市場の存在を証明するため、審査の過程で同社から取得したCEOのブログやメールまで証拠として提出した。競争当局において独自のデータを保有し、使用することはほとんどない。

15 競争当局には多数のエコノミストが在籍しており、主要な作業として、事前届出制度の中で情報収集、質問事項を策定、取得した情報・データ等の経済分析を行っているが、新たな経済原理や経済ツールなどの研究成果を刊行物に発表することもある。

16 審査の結果、法令違反があると判断される場合、担当当局がFTCであれば、同意命令・審決による企業結合の禁止、問題解消措置を講ずることができ、担当当局がDOJであれば、企業結合差止めを求める民事訴訟の提起、同意判決による問題解消措置が講じられ、さらに、いずれの当局も仮差止命令を求めて提訴することが可能である。

17 *FTC v. Staples, Inc.*, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997) (citing *Brown Shoe and E.I. du Pont de Nemours cases*).

18 *FTC v. Swedish Match et al.*, 131 F. Supp. 2d 151 (D.D.C. 2000).

19 *Chicago Bridge & Iron Co. N.V. v. FTC*, 534 F.3d 410, 434 n.13 (5th Cir. 2008)

20 ハーフィンダール・ハーシュマン・インデックス（Herfindahl-Hirschman Index）。ある産業市場における企業の競争状態を表す指標の一つ。

ではなく、新規参入の困難性、合併当事者及び潜在的参入者との差異に関する顧客の意見も提出し、ホールフーズ事件²¹では、関連市場の画定の必要性すらも否定した²²。

2 米国裁判所による市場画定方法

米国裁判所も、差止訴訟において92年ガイドラインに言及することはあるが、必ずしも同ガイドラインを企業結合規制分析の出発点とは考えておらず、分析にとって十分であるとも考えていない^{23, 24}。例えば、ステーブルズ事件において裁判所は、(後述する)需要の交差弾力性を検討するためにSSNIPテストを用い、合併の予測的効果を計るためにHHI指数を採用したものの、「92年ガイドラインは、もちろん裁判所を拘束しない」と判示した。また、スイーデッシュ・マッチ事件判決においては、92年ガイドラインのSSNIPテストは2つの製品間の価格反応度(price sensitivity)を計る一手法であるとし、また、HHI指数を検討したものの、最終的には、製品市場の画定においてかかる経済分析手法は説得力がないとして、その他の証拠(合併当事会社の競合相手の意見、製品販売業者の陳述、当事会社の内部資料等)の方が説得力を有すると判示した。

裁判所が市場の範囲を検討する場合には、むしろ、判例の準則に従うのが通常であり、製品市場の画定においては、「需要の交差弾力性(cross-elasticity of demand)」及び「合理的な代替可能性(reasonable interchangeability)」の基準に従った画定作業が行われる²⁵。例えば、消費者がある製品の値上げに応じて他の製品に切り替えるという関係にある場合には、「需要の交差弾力性」が高く、かかる2つの製品は同一市場に属するものとみなされる²⁶。また、業界関係者が2つの製品を代替可能と見ている場合には、それらの製品には「合理的な代替可能性」があると判断される。かかる代替可能性の指標としては、業界・一般の認識、製品の特性や用途、製品設備の特殊性、独特な顧客、特殊な価格、価格変化への反応度、特別な供給者等が挙げられる²⁷。

なお、米国においては、競争当局による企業結合審査を経た後、訴訟に至るのが通常であると思われがちだが、実際には、競争当局限りで

の審査、具体的にはHSR法に基づく事前届出制度における一次審査(当初の待機期間の中での審査)で終結する事案がほとんどで、競争当局に対して届出がなされた取引の中で訴訟に至るケースは実に1%未満である²⁸。また、企業結合審査及び訴訟におけるエコノミスト(経済専門家)の関与については、競争当局においては、必ず局内のスタッフ・エコノミストが両方の過程に関与するが、当事会社においては、結合審査の中で競争当局による綿密な調査が行なわれることが予測される場合に限り、また、訴訟に至った場合にはエコノミストを雇うのが通例である。

3 日本における企業結合審査の実務

一方、日本の公正取引委員会(以下「公取委」)の実務を見ても、企業結合ガイドライン第2・2では、「商品の代替性の程度は、当該商品の効用

21 FTC v. Whole Foods Market, Inc., 548 F.3d 1028, 1036 (D.C. Cir. 2008).

22 ただし、裁判所はかかる主張はクレイトン法第7条に反することを理由に却下した。

23 United States v. Oracle Corp., 331 F. Supp. 2d (N.D. Cal. 2004). “[While the] Guidelines provide some instruction on the necessary elements of a unilateral effects claim involving differentiated products,” which “may be a helpful start,” but “the factors described [in the Guidelines] are not sufficient to describe a unilateral effects claim.”

24 Chicago Bridge & Iron Co. N.V. v. FTC, 534 F.3d 410, 434 n.13 (5th Cir. 2008) (“[T]he Merger Guidelines are not binding on the courts and the [FTC] during adjudication but are only highly persuasive authorities as a ‘benchmark of legality’.”)

25 製品市場の画定においてはBrown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962) 及びUnited States v. E.I. du Pont de Nemours & Co. 351 U.S. 377 (1956) に従う。

26 ABA Section of Antitrust Law, Mergers & Acquisition: Understanding the Antitrust Issues, 2nd Edition, at 41-42 (2004).

27 Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962).

28 なお、2006年度から2008年度までに競争当局に対して事前届出がなされた5,510件の企業結合取引のうち、待機期間を経て、二次リクエスト・審査に進んだ事案は149件(2.7%)に留まり、そのうち、さらに差止訴訟に至ったケースは6件のみ(0.1%)であった。従って、米国においても、実際に訴訟に至るケースは多くない。

等の同種性の程度と一致することが多く、この基準で判断できることが多い²⁹とした上で、判断の考慮要素として、用途の同一性、価格・数量の動き、需要者の認識・行動等が掲げられている。そして、公取委の公表事例においても、これらの考慮要素を分析して商品の機能・効用が同種であるか否を中心的に検討し、特にSSNIPテスト等の経済分析に言及することなく関連市場を画定している事例が目立っており、企業結合ガイドラインから受ける印象とは異なり、関連市場の画定において常にSSNIPテスト等の経済分析が用いられているとは考えられない。もっとも、公表事例の平成18年度事例2「日清食品株式会社による明星食品株式会社の株式取得について」³⁰においては、市場画定にあたって需要の交差弾力性³¹を計測したが必ずしも有意な結果は得られなかった旨が示されるなど、一定の場合にSSNIPテスト等の経済分析が市場画定方法の一つとして用いられていることは確かである。

また、公取委は、関連市場画定において、SSNIPテストに必要なデータのみを入手・考慮するのではなく、実際には、当該商品の形状、特性、原材料、製法、用途、商流・物流、競合商品の情報等、様々な情報を当事者から入手して検討している³²。

以上のように、日本の関連市場画定の実務においても、米国と同様、企業結合ガイドラインに必ずしも厳密に拘束されるわけではないといえる。

IV その他の経済理論及び分析手法：SSNIPテストに代る分析手法

92年ガイドラインの提示する分析手法については問題点も指摘され、最近では、それに代わる手法も提唱されている。

例えば、競争当局及び当事会社がともに92年ガイドラインに従った分析を行う場合にも、前提とする理論及び使用するツールにより、全く異なる結論が生じるとの指摘がなされている。ホールフーズ事件においては、FTC及び当事会社の双方が仮定的独占者テストを採用したが、SSNIPテストを実施する際に当事会社側専門家

は「臨界損失分析(Critical Loss Analysis)」を、FTCは「臨界ダイバージョン分析(Critical Diversion Analysis)」を使用したため、両者の結論は異なることとなった。「臨界損失分析」とは、価格を上昇させた場合に仮定的独占者が損失を被る場合の販売数量の減少と実際損失とを比較する手法で、実際損失が臨界損失よりも少ない場合は、SSNIP(価格上昇)により仮定的独占者は利益を得ることとなる³³(なお、競争政策研究センター(CPRC)の2005年11月報告書「企業結合審査と経済分析」によれば、日本の公取委では臨界損失分析を用いている。)。他方、「臨界ダイバージョン分析」は、価格を上昇させた場合に1つの製品の販売数量が減少することにより顧客が他の製品を購入する割合を分析するもので、基本的には市場を去る一方の当事会社の製品から(競合他社との比較において)他方の当事会社の製品に乗り換える顧客の人数を測定するものである。

また、最近DOJ・FTCの首席エコノミストらにより、差別化された製品市場における一方的行為の効果に関する新たな経済理論、「価格上昇圧力(Upward Pricing Pressure)」テスト(以下「UPPテスト」)³⁴が導入された。これは、合併会社同

29 企業結合ガイドラインを平成19年に改定するにあたり公表したパブリックコメントに対する公取委の考え方においても、「SSNIPテスト法による一定の取引分野の画定は、効用等の同種性に基づく結論と一致することが多いという整理を行った」と述べられている。

30 <http://www.jftc.go.jp/ma/jirei2/H18jirei2.html>

31 当該事例では、「需要の交差弾力性とは、A商品の価格が1%上昇した場合に、A商品と競合関係にあるB商品の需要が何%増加するかを示す指標であり、需要の交差弾力性が正の大きな値になるほど、A商品とB商品の代替性は高いと評価される。」と説明されている。

32 なお、筆者らの経験によれば、公取委は、関連市場の画定に必要なデータを自ら収集することはなく、例えばSSNIPテストを行う場合には、必要なデータ(POSデータなど)の提出を当事者に要請することが通例である。

33 David T. Scheffman and Joseph J. Simons, The State of Critical Loss Analysis: Let's Make Sure We Understand the Whole Story, Antitrust Source (Nov. 2003) (<http://www.abanet.org/antitrust/at-source/03/11/scheffman.pdf>.)

34 UPPテストは、もともとJ.ファレル氏及びC.シャピロ氏が競争当局に入局する前に発表した新たな経済理論で、同氏らが入局後に改正を加えたものである(Joseph Farrell and Carl Shapiro, Antitrust Evaluations of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition (Feb. 15, 2010) available at <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>.)。

士の競争が排除されることによる価格上昇圧力及び費用節減効果(効率性)による価格下落圧力を定量化し、比較することにより、差別化された製品における一方的行為の効果を分析するものである。もっとも、原告が訴状の訂正を申立て、その中で従前主張していた市場画定方法に代る新たな画定方法を追加したことに加え、UPPテストを「(市場画定に代る)一つの立証手段」として主張した最近の裁判例(以下「グループヘルス事件」)において、裁判所は、「UPPテストを採用した連邦裁判所の判例は1つも存在しない。原告は競争が阻害される特定の製品市場を主張立証すべきとする先例の明確な要請に鑑みれば、これに信頼性・説得力がないことは当然であろう。」として、原告の訂正申立を却下した³⁵。

なお、地理的市場を画定するために従来から使用されてきた「エルジンガ・ホガーティ基準(Elzinga-Hogarty Test)」(仮定的地理的市場を設定、かかる地域に対する製品の流出入を分析)も、現在では、物理的製品が存在しない場合(病院の合併など)には適用できず、単純すぎる、経済基準による裏づけがない、地域外で製品を購入することのない消費者を考慮していないなどの理由から、信頼性に欠けると考えられている³⁶。

V 最後に—92年ガイドラインの改正と実務への影響

前述のとおり、競争当局は、本年4月20日、92年ガイドラインの改正案を発表した。改正案は主に、92年ガイドラインのように段階的分析手順を踏むのではなく、広範囲な分析ツールを適用して個別事実に応じた分析を可能とし、特に、関連市場の画定よりも、競争阻害効果により重点を置くことにより、競争当局の分析手法をより柔軟化させる効果をもたらすものと考えられる³⁷。ただし、本改正の趣旨は、現行ガイドラインが今日の競争当局の企業結合分析の実務を必ずしも正確に反映しているとは言えないため、それらの点を実態に即して更新し、競争当局の合併審査における意思決定過程の透明性

を確保することにある。したがって、改正案により米国における競争当局の審査実務が劇的に変化することは想定されていない。もっとも、競争効果が証明できれば市場を画定することは必須ではないとする改正案における競争当局の見解³⁸を、関連市場の画定を企業結合分析の出発点かつ極めて重要な検討項目ととらえる米国裁判所が、今後これを承認するかについては注目されよう。特に、前記グループヘルス事件における地方裁判所は、市場画定のプロセスを省略することに対して否定的な見解を示したが、競争当局が反競争的效果を立証するより説得力ある証拠を提出した場合にまで他の裁判所がこれを否定するかどうかについては、今後の判例の集積が待たれる。

また、競争法の世界的な統一化の流れから、92年ガイドラインの改正が日本の企業結合ガイドラインにも影響を与えると思われるので、日本の実務家にとっても92年ガイドラインの改正の影響の見極めが重要である。

35 *The City of New York v. Group Health Inc. et al.*, (S.D.N.Y. May 2010).

36 Report by the Federal Trade Commission and Department of Justice, *Improving Health Care: A Dose of Competition*, available at http://www.justice.gov/atr/public/health_care/204694/chapter4.htm#2a, and Cory S. Capps et al, *The Silent Majority Fallacy of the Elzinga-Hogarty Criteria: A Critique and New Approach to Analyzing Hospital Mergers*, NBER Working Paper No. 8216, available at <http://www.nber.org/papers/w8216>.

37 その他の主要な改正点としては、競争当局が審査において使用する証拠・情報ソースを明確化したこと((1)証拠として、企業結合後の価格の引上げ、類似・近接市場における過去の例、市場占有率及び集中度のレベルに関する資料、(2)情報ソースとして、当事会社・顧客・競合他社から提供される資料、宣誓供述書、データなどを挙げている)、臨界損失分析の手法を正式に承認した点、92年ガイドラインのHHI指数の基準に基づいて企業結合が阻止されたことがないため、HHI指数の引上げを行った点、一方的行為や協調的行為の効果をより詳細に説明している点などが挙げられる。

38 *FTC v. Whole Foods Market, Inc.*, 548 F.3d 1028, 1036 (D.C. Cir. 2008) (“Inexplicably, the FTC now asserts a market definition is not necessary in a § 7 case … in contravention of the statute itself”)

