



공정경쟁연합회
FAIR COMPETITION FEDERATION

2012 September Journal of Competition 경쟁저널

제164호

경쟁칼럼

김정훈 경제민주화와 입법과제

하이라이트 공정거래법상 집단소송제 도입 검토

김차동 집단소송제도 도입에 관한 기초적 이해

홍명수 독점규제법상 집단분쟁해결제도의 도입 검토

지상중계

제7차 서울국제경쟁포럼

포커스

황치오 과점시장에서의 담합과 합의의 입증

김학수 미국 제3연방항소법원의 역지급합의에 대한 최신 판결

국내외 경쟁법 주요 심판결 사례 해설

최승재 NYSE Euronext와 Deutsche Börse AG 간의 합병사건

공정거래정책 리포트

김은미 사건처리의 공정성 제고와 법 집행 강화를 위한 지침 개정 동향

글로벌 경쟁 리포트

김용상 미국 경쟁법의 주요 이슈: 인수합병

김희은 EU의 MasterCard 사례로 보는 다자간 정산수수료에 대한 경쟁법적 쟁점

대법원 판결 다이제스트

윤인성 대법원 공정거래 사건 판결 요지 (2012. 7.~8.)

미국 경쟁법의 주요 이슈: 인수합병(Mergers and Acquisitions)

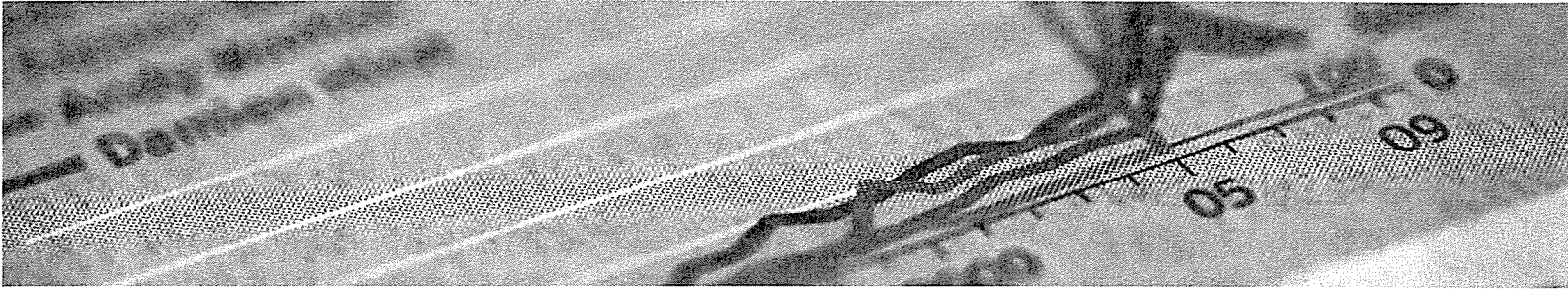
Arnold & Porter LLP, 미국변호사 | 김 용 상

I. 서론

경쟁법은 기업활동의 많은 영역을 규제한다. 제품 개발에서부터 판매와 재판매에 이르기까지의 전 과정에서 기업이 고려해야 할 경쟁법적 이슈는 하나 둘이 아니다. 제품 개발 영역의 표준 설정(Standard Setting), 제품 제도시 생산량 결정, 판매 혹은 구매 가격 결정, 도소매상과 생산자 간의 재판매가격유지 계약(Resale Price Maintenance Agreement), 심지어는 물품 진열(Shelf Space Placement)에 이르기까지, 미국에서는 경쟁법의 손길이 미치지 않는 곳이 없을 정도이다. 제품 생산과 판매의 영역 외에도 경쟁법은 다양한 기업활동에 직접적 영향을 미친다. 경쟁사와 특정 인력 고용문제에 대하여 합의하였다가 경쟁법 집행당국의 조사와 민사소송의 대상이 될 수도 있으며,¹⁾ 인수합병²⁾에 관하여 경쟁당국에 사전에 신고를 하지 않았다가 위반일로부터 매일 1만 6,000달러씩의 벌금을 부과 받을 수도 있다. 이처럼 다양한 경쟁법의 규제영역을 제대로 알지 못하고 선불리 미국시장에 진출하였다가는 우리나라 기업들이 큰 낭패를 겪을 수 있음은 자명한 일이다. 필자는 이번 호와 다음 호에 걸쳐 우리나라 기업들이 미국에서 사업을 진행할 때 고려해야 할 미국 경쟁법의 주요 쟁점들에 대하여 다루고자 한다. 먼저 이번 호에서는 인수합병시 고려해야 할 경쟁법적 이슈를 다루고, 다음 호에서는 형사조사와 민사소송에 대해서 논하고자 한다. 이 세 가지 경쟁법의 큰 쟁점을 이해하게 되면 미국 경쟁법이 우리나라 기업의 경영활동에 가장 큰 위협으로 작용하는 부분들을 미리 인지하여 문제를 사전에 예방할 수 있고, 이미 발생한 문제에 대해서도 적절하게 대처할 수 있을 것이라고 생각한다.

1) 올해 초 미국 법무부가 애플(Apple)과 구글(Google)을 비롯한 실리콘밸리의 몇몇 회사들을 대상으로 서로 상대방의 임직원을 가로채지 않기로 합의한 일이 있었는지에 대하여 조사하고 있다는 언론보도가 있었다. 그리고 곧이어 그러한 합의가 불법이었으며, 그에 따른 피해를 보상해달라는 내용의 민사소송이 제기되었다. In Re: High-Tech Employee Antitrust Litigation, No. 11-CV-2509-LHK (N.D. CA, Jan. 19, 2012).

2) 본고에서는 편의상 '인수합병'(M & A)이라는 표현을 경쟁당국이 기업결합심사를 시작할 단서를 제공하는 모든 종류의 거래를 통칭하는 말로 사용한다. 그러한 거래들에는 협의의 기업결합(Mergers)과 주식 및 자산의 획득(Acquisitions of Shares, Voting Securities or Assets)뿐만 아니라 파트너십 혹은 합작투자사 설립(Formation of Partnerships and Joint Ventures), 그리고 심지어 특허나 등록상표의 독점 사용권(Exclusive License) 획득 등도 포함된다.



II. 인수합병시 경쟁당국에 대한 신고의무(Reportability)

기업이 인수합병을 고려할 때 가장 먼저 해야 할 일 중 하나는, 그 거래와 관련하여 경쟁당국에 신고해야 할 의무가 있는지 확인하는 것이다. 여기서 주의할 점은 우리나라 기업 간의 결합일지라도 경우에 따라서는 미국이나 다른 나라의 경쟁당국에 미리 신고(Report)하고 허가(Approval)를 받아야 할 수 있다는 점이다. 우리나라의 기업들이 특정 국가의 해당 제품 시장에 미치는 영향이 일정 수준을 넘어설 경우, 그러한 기업 간의 결합이나 자산 혹은 주식 취득은 그 특정 국가 경쟁당국의 규제를 받게 되기 때문이다.

1. 신고 여부 판단

미국에서 인수합병거래를 성사시키기 위하여 경쟁당국의 심사가 필요한지 여부는 하트 스캇 로디노(Hart Scott Rodino)법(이하 “HSR 법”이라 한다)에서 정하고있다.³⁾ 일정 규모 이상의 당사자가 일정 규모 이상의 거래를 할 경우,⁴⁾ 미국 경쟁법 집행기관인 법무부(DOJ)와 연방거래위원회(FTC) 두 곳에 기업결합 전 신고서(Premerger Notification Form, 이하 “HSR Filing”이라 한다)을 제출해야만 한다. 또한 거래 당사자와 거래의 규모가 HSR법이 정한 단계 (Threshold)를 충족시키는 경우, 예외 규정에 해당되는지 여부도 검토해야 한다. 미국 기업이 아닌 외국 기업 간의 거래는, 특히 외국 기업 간의 거래 예외규정(Foreign Issuer Exemption)에 해당되는지 세밀하게 검토할 필요가 있다

3) 2012년을 기점으로 80개국 이상의 국가의 경쟁당국이 인수합병심사(Merger Review)를 하기 때문에 미국뿐만 아니라 우리나라, 유럽, 일본, 브라질, 중국, 인도 등 해당 거래가 심사대상이 될 소지가 있는 국가의 경쟁당국의 규정을 검토하고, 필요한 경우는 심사보고서를 제출해야 한다. 각국의 심사규정과 절차, 그리고 소요되는 시간들이 각각 다를 수 있기 때문에 인수합병 고려 시에 지체 없이 신고 필요 여부에 대한 분석에 곧바로 착수해야 한다.

4) 2012년 기준으로 거래 당사자가 1,360만 달러 이상의 판매액이나 자산을 가지고 있고, 다른 당사자가 그 10배, 즉 1억 3,640만 달러 이상의 판매액이나 자산을 가지고 있는 경우, HSR법이 정하고 있는 신고대상 거래 당사자 기준을 갖추게 된다(Size of the Person Test). 거래규모는 2012년 기준으로 6,820만 달러이다(Size of the Transaction Test). 거래규모에 따라 기업결합 전 신고서를 제출할 때 4만 5,000 달러에서 28만 달러까지의 접수비를 미국 경쟁당국에 지불해야 한다.

2. 신고시점과 절차

미국의 경쟁당국에 기업결합 전 신고서를 제출하기 위해서는 확정계약서(Definitive Agreement)나 의향서(Letter of Intent, LOI)를 첨부해야 하기 때문에, 신고서 접수는 대부분 기업이 거래의 타당성 검토를 어느 정도 마치고 거래에 대한 합의서를 체결한 후에 이루어진다. 그러나 신고서를 제출한 후에도 30일의 유예기간이 지난 후에야 거래를 종결지을 수 있기 때문에 의향서나 확정계약이 체결되기 전에 미리 HSR Filing을 준비해야 한다. 이렇게 해야만 의향서 혹은 확정계약이 체결됨과 동시에 바로 신고서를 제출할 수 있기 때문이다. 별다른 경쟁법적 쟁점이 없는 거래는 기업결합 전 신고 심사 조기종결(Early Termination)을 받을 수도 있는데, 조기종결의 경우는 연방정부의 공보(Federal Register)와 FTC의 웹사이트에 거래 당사자의 이름과 조기종결이 허가되었다는 사실이 공개된다. 조기종결은 신청자가 HSR Form의 해당 난에 조기종결 의사표명을 한 경우만 고려되기 때문에, 비밀유지가 필요한 경우는 조기종결을 신청하면 안 된다. 조기종결의 경우를 제외하고는 HSR Filing에 포함된 내용은 물론 기업결합 전 신고서를 제출했다는 사실까지도 미국 경쟁당국에서는 비밀자료로 취급하여 공개하지 않는다.

HSR Filing은 경쟁당국에서 정해놓은 양식⁵⁾에 따라 작성하여 제출하면 되는데, 이 중에서 특별히 신경을 써야 하는 항목이 4(c) 항목과 4(d) 항목이다. 기업결합 전 신고서의 제4항목 (Item 4)은 문서요청으로, 이 중에서 4(c)는 회사정관에 의하여 임명된 등기이사 및 이사회에 의하여 임명된 임원진들을 위하여 혹은 그들이 직접 작성한 문서들에 대한 요청을 말한다. 내용과 관련하여 4(c) 항목은 해당 거래에 대한 경쟁 관련 분석이 되어 있는 모든 문서를 제출하도록 요구하고 있다. 그리고 4(d)는 지난 1년 간의 투자/매출 설명서(Offering Memorandum) 혹은 투자은행/컨설턴트/어드바이저 등의 분석자료, 또한 해당 거래의 효율성이나 시너지 효과 등을 분석한 문서들을 제출하도록 규정하고 있다.

이러한 문서 제출과 관련하여 특별한 주의가 요청되는 이유는, 미국 경쟁당국은 동 조항에 근거하여 제공되는 문서들에 대하여 각별한 관심을 가지고 경쟁저해요소가 있는지 여부를 가리는 분석의 근거로 삼기 때문이다. 따라서 동 조항이 잘 지켜지지 않을 경우는 그에 따른 엄격한 제재도 가하고 있다. 일례로, FTC는 지난 2000년 Hearst Corporation이 Medi-Span을 인수하는 과정에서 4(c) 문서를 제대로 제출하지 않아 HSR법을 어겼다고 판단해 조사에 착수했었다. 결국 FTC는 거래가 완료된 1998년 1월 15일부터 Hearst Corp.이 4(c) 문서를 보완하여 기업결합 전 신고서를 다시 제출한 2000년 11월 22일까지 근 3년의 기간에 대하여 벌금을 부과하기로 결정하였다. 당시 하루 1만 달러씩의 벌금이 근 3년여 기간에 대하여 부과될 수 있었지만, FTC와 Hearst

5) 양식과 작성방법에 대한 설명은 FTC의 웹 페이지 <http://www.ftc.gov/bc/hsr/hsrform.shtm> 참조.

는 그보다 적은 400만 달러의 벌금으로 합의하였다.⁶⁾ 이 외에도 최근 우리나라 기업이 4(c) 문서의 내용을 바꾸어 제출하였다가 DOJ로부터 처벌을 받은 경우가 있었다. 이 기업은 DOJ와 유죄 인정서(Plea Agreement)에 합의하여 벌금을 내게 되었고,⁷⁾ HSR Filing 제출시 문서내용을 바꾸도록 지시한 임원은 5개월의 징역형에 처해졌다.⁸⁾ 이 기업은 결국 원하던 거래를 성사시키지도 못하고 벌금과 임원의 징역형이라는 낭패만 보고 말았다.

3. 추가 자료 요구

조기종결이 되거나 30일의 유예기간이 지나는 동안 경쟁당국이 특별한 조치를 취하지 않는 경우, 거래당사자들은 거래를 종결시킬 수 있다. 그러나 경쟁당국이 경쟁저해(Competitive harm) 요소가 존재하는지 더 조사할 필요가 있다고 판단할 경우는 추가 자료 제출을 요구한다. 추가 자료 요구(Second Request)가 있게 되면 유예기간은 그 요구에 성실히 응한(Substantial Compliance) 시점으로부터 30일까지 연장된다. 추가 자료 요구는 거래와 관련된 모든 자료를 제출해야 하기 때문에 검토해야 하는 문서의 범위와 양이 방대하게 된다. 따라서 답변을 준비하는데 걸리는 시간만으로도 통상 두세 달이 소요되며, 법률비용도 몇 십억 원(Several Million US Dollars)에 달하는 경우가 흔하다. 추가 자료를 검토한 후 경쟁당국은 ① 해당 거래를 그대로 진행되게 할 것인지 ② 일부 수정을 가해서 허(許)할 것인지 아니면 ③ 거래가 진행되지 못하도록 막을 것인지를 결정한다. 그 결정은 결합 전 거래신고서에 제공된 정보와 신고서와 함께 제출된 문서들을 검토 분석하고, 경쟁당국 스스로 추가 조사를 벌여 결정하게 된다.

III. 경쟁당국의 기업결합심사

1. 미국 경쟁당국의 심사와 기준

기업결합 전 신고서(Premerger Notification Filing)는 FTC와 법무부 반독점국(DOJ Antitrust Division) 두 곳에 동시에 제출해야만 한다. 일단 제출되면 이 두 기관은 내부조율절차를 거쳐 두 기관 중 어느 곳에서 해당 거래신고서를 검토할 것인지 결정한다. 주로 전통적으로 한

6) U.S. v. The Hearst Trust and the Hearst Corporation 사건 관련 소장과 최종 판결문은 DOJ Antitrust Division의 웹 페이지 <http://www.justice.gov/atr/cases/indx330.htm> 참조.

7) <http://www.justice.gov/opa/pr/2011/August/11-at-1047.html>

8) <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/May/12-at-572.html>

기관에서 주로 조사해왔던 산업분야의 경우는 자동적으로 그 기관에서 맡고(예를 들어, 병원 인수합병의 경우는 FTC, 통신분야 인수합병의 경우는 DOJ Antitrust Division), 새로운 분야의 경우에는 양 기관의 협의를 거쳐 결정한다. 이외에도 해당 산업분야와 관련 있는 연방정부기관(예를 들어, 통신분야 인수합병의 경우는 연방통신위원회(Federal Communications Commission, FCC))도 해당 거래의 검토에 참여하며, 미국의 각 주(州)의 검찰(Attorneys General)이 해당 주의 이익을 보호하기 위하여 검토에 참여하기도 한다.

미국 경쟁당국은 상품시장(Relevant Product Market)과 지역시장(Relevant Geographic Market)의 두 영역에서 해당 거래가 경쟁저해를 초래할 것인지 분석한다. 상품시장 분석에는 인수합병 후 소비자들이 대신 선택할 수 있는 대체재가 존재하는지 여부가 중요한 쟁점이 되며, 지역시장 분석은 소비자들이 일정 상품의 가격 상승시 대체재를 선택할 수 있는 지역적 한계를 고려한다. 일반적으로 지역시장을 넓게 정의하면 할수록 인수합병 허가에 유리하고, 반대로 지역시장을 좁게 정의하게 되면 심사에 고려되는 경쟁사의 수가 적어지게 되어 인수합병 허가에 불리하다. 일례로, 2006년에 있었던 미국 가전제품 1위 업체인 Whirlpool Corporation이 3위 업체였던 Maytag Corporation을 인수할 당시, Whirlpool에서는 세계시장이 Relevant Geographic Market이라고 주장하였고, 미국 경쟁당국은 미국시장을 Relevant Geographic Market으로 보고자 하였다. 결국 경쟁당국이 미국시장을 지역시장으로 보기는 하였지만, LG와 삼성 등 우리나라 업체(미국 입장에서는 해외업체)들이 Whirlpool과 Maytag의 합병 후에 가격이 상승하면 얼마든지 미국시장으로의 수출을 늘릴 수 있다는 논리로 Whirlpool의 Maytag 인수를 승인하였다.⁹⁾ 형식적으로는 미국시장으로 지역시장을 제한하는 것처럼 하였음에도 불구하고, 결국 세계시장에서 활동하고 있는 주요 경쟁사들을 고려하여 인수합병 허가 여부를 판단한 것이다.

경쟁당국의 입장에서는 인수합병 이후의 시장집중화(Market Concentration)가 큰 고려사항이다. 집중화의 정도는 통상 HHI로 약칭되는 허핀달-허쉬만 지표(Herfindahl-Hirschman Index)를 사용하여 분석한다.¹⁰⁾ 2010년에 개정된 미국 경쟁당국의 기업결합 가이드라인¹¹⁾에 따르면, 미국 경쟁당국은 HHI가 1,500 미만이면 시장이 집중화되어 있지 않은 것으로 보는 반면, 역으로 HHI가 2,500 이상이면 관련 시장이 고도로 집중화되어 있는 것으로 판단한다고 하였다.¹²⁾

9) http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2006/215326.htm ("The Division found that, despite the two companies' relatively high share of laundry product sales in the United States, any attempt to raise prices likely would be unsuccessful. Whirlpool and Maytag represent two well-known brands in the industry, but rival appliance brands such as Kenmore, General Electric and Frigidaire are also well established, and newer brands such as LG and Samsung have quickly established themselves in recent years. LG, Samsung, and other foreign manufacturers could increase their imports into the U.S. Existing U.S. manufacturers have excess capacity and could increase their production. Further, the large retailers through which the majority of these appliances are sold - Sears, Lowe's, The Home Depot and Best Buy - have alternatives available to help them resist an attempt by the merged entity to raise prices. Finally, the parties substantiated large cost savings and other efficiencies that should benefit consumers.")

기업결합 후 HHI 증가치가 100 미만이면 별다른 경쟁저해 요소가 없다고 판단하지만, 100 이상인 경우는 심도 있는 조사가 필요하다고 보고 있으며, HHI가 200 이상 증가하는 경우는 해당 기업결합은 심사 초기부터 반경쟁적으로 간주하고 다른 예외요소가 존재하지 않으면 거래를 허가하지 않게 된다. 시장집중화 이슈에서는 현존하는 경쟁사의 숫자가 기업결합 승인을 받는데 대단히 중요한 요소 중 하나라고 볼 수 있다.¹³⁾

2. 반경쟁적 기업결합에 대한 경쟁당국의 조치

기업결합 전 심사보고서와 추가 자료 요구(Second Request)의 요건을 충족시켜 HSR법이 보장하고 있는 유예기간을 시작하게 만드는 주도권은, 대부분 기업결합을 원하는 당사자들에게 있다. 다른 말로 하면, 기업이 최대한 신속히 기업결합 전 심사보고서를 제출하면 미국 경쟁당국은 30일 이내에 해당 기업결합에 경쟁저해요소가 있는지를 판단하여 추가 자료 요구의 조치를 취해야만 한다. 그렇지 않고 30일의 유예기간이 지나면 거래당사자들은 거래를 종결할 수 있다.¹⁴⁾ 경쟁당국에서 추가 자료 요구를 한다고 하더라도 거래당사자들이 부지런히 자료를 준비하여 상당한 응답을 한 경우(Substantial Compliance), 그 시점부터 다시 30일의 유예기간이 시작되고 그 후 거래당사자들은 거래를 종결할 수 있다.

추가 자료 요구에 따른 자료 검토 후, 미국 경쟁당국이 궁극적으로 해당 거래를 당사자들이 원하는 형태로 승인할 수 없다고 판단하는 경우에 경쟁당국은 법원에 금지신청(Injunctive Motion)이나 소장(Complaint)을 접수시켜 거래가 더 이상 진행되지 못하도록 해야 한다. 그렇기 때문에

10) HHI는 시장에 현존하는 경쟁자들의 시장점유율의 제곱을 더하여 집중화의 정도(Concentration Level)를 측정하는 것으로, 최대치는 100의 자승인 10,000(독과점으로 100%의 시장점유율이 있을 경우)이 된다. 시장점유율의 제곱으로 시장집중도를 계산하는 이유는 시장점유율이 높은 경쟁사에 가중치를 부과하기 위함이다. 따라서 20%의 시장점유율을 가진 5개 경쟁사가 있는 경우의 HHI는 $2,000(20 \times 20 = 400, 400 \times 5 = 2,000)$, 10%의 시장점유율을 가진 10개 경쟁사가 있는 경우의 HHI는 $1,000(10 \times 10 = 100, 100 \times 10 = 1,000)$ 이 된다. 각각 40, 30, 20, 10%의 시장점유율을 가진 4개의 경쟁사가 존재하고 있는 시장의 HHI는 $40 \times 40 = 1,600, 30 \times 30 = 900, 20 \times 20 = 400, 10 \times 10 = 100$ 등 총 3,000이 된다.

11) Horizontal Merger Guidelines by U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (Aug. 19, 2010), available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>

12) 1992년 가이드라인에서는 HHI가 1,000 미만이면 관련 시장이 집중화되어 있지 않고, 1,800 이상이면 시장이 고도로 집중화되어 있는 것으로 보았다. 그러나 실제 미국 경쟁당국의 기업결합심사에서는 그보다 완화된 기준이 이미 사용되고 있었고, 2010년 가이드라인은 현재 사용되고 있는 실제적인 기준을 가이드라인 자체에 문서화한 것에 불과하다.

13) 이 장에서 다룬 수평적 기업결합(Horizontal Merger: 같은 레벨에 있는 경쟁사 간의 기업결합, 즉 생산자와 다른 생산자 혹은 중간도매상과 다른 중간도매상 간의 기업결합) 이외에도 수직적 기업결합(Vertical Merger/Integration)도 경쟁저해를 초래할 수 있고 경쟁당국의 심사대상이 되지만, 편의상 본고에서는 논의하지 않는다.

14) 비공식적이지만, 30일의 유예기간이 며칠 남지 않은 시점에 미국 경쟁당국에서 거래 당사자에게 연락을 취하여 추가 자료 요구(Second Request)를 받을 것인지 아니면 미국 경쟁당국에 기업결합 전 심사보고서(Premier Notification Filing)를 검토할 시간을 추가로 줄 것인지 문의하는 경우도 있다. 이러한 경우는 거래의 종결이 조금 늦어지더라도 추가 자료 요구의 부담을 피할 가능성이 있는지를 우선 판단해야 한다. 그리고 추가 자료 요구를 피할 수 있다는 판단이 들면, 거래 당사자가 자발적으로 기업결합 전 심사보고서를 자발적으로 철회(Withdraw)하였다가 다시 접수(Refile)하는 형식을 취하여 경쟁당국에 30일 간의 비공식적 추가심사기간을 줄 수도 있다.

거래당사자들은, 경쟁당국이 법원 절차를 시작하기 전에, 경쟁당국과 활발한 의사소통과 협상을 통하여 경쟁당국이 염려하는 경쟁저해요인이 무엇인지 알아내고, 그 부분에 대한 염려를 해소시키는 노력을 실행해야 한다. 대부분은 경쟁저해요소가 있다고 판단되는 사업영역에 대하여 제3자에게 처분하는 것(Divestiture)을 통하여 문제를 해결할 수 있다. 일례로, 미국 통신회사인 Verizon이 Alltel이라는 다른 통신회사를 매입할 때, DOJ Antitrust Division은 100개가 넘는 CMA(Cellular Market Area)¹⁵⁾의 Verizon 혹은 Alltel 비즈니스를 경쟁사에 처분(Divest)하는 것을 조건으로 거래를 승인하였다. 또 다른 옵션(Option)으로는 일정 기간 가격을 인상시키지 않겠다거나 다른 경쟁저해요인에 대하여 특정한 조치를 취하겠다는 일종의 행위제약(Conduct Restriction)도 있기는 하지만, 많은 경우에서 자유시장경제체제에 맞지 않는 부분이 있고 위헌의 요소도 있기 때문에 경쟁당국에서 선호하는 방법은 아니다. 제3자로의 처분이나 행위제약 등의 동의절차(DOJ의 경우는 Consent Decree, FTC의 경우는 Consent Order)를 통해서도 경쟁저해요인이 제거되지 않는 경우, 경쟁당국은 거래를 완성시키지 못하도록 조치를 취한다. 이러한 경우, 기업의 입장에서는 재판을 통한 법원의 판단을 거쳐 거래를 종결하거나 스스로 거래를 포기할 수 있다. 경쟁당국에서 거래를 중단시키기 위한 강한 의사를 표명하면 거래당사자들이 거래를 포기하는 경우가 많다.¹⁶⁾

3. 연방경쟁당국 외의 기업결합심사 주체들

(1) 주 검찰(State Attorneys General)의 심사

기업결합이 특정 주(州)에 미치는 영향이 큰 경우, 해당 주의 검찰(State Attorney General)은 연방경쟁당국의 심사와 동시에 병행적인 혹은 별도의 심사를 할 수 있다. 이러한 경우는 주로 경쟁저해 요인보다는 그 주의 고용상황 등에 미치는 영향 등이 주된 관심사가 된다.

(2) 사인에 의한 소송

경쟁사나 소비자 또한 Section 7¹⁷⁾에 근거하여 특정 기업결합을 막으려는 시도를 할 수 있다.

15) 미국 연방통신위원회(Federal Communication Commission, FCC)가 미국 내의 이동통신사업자들에 대한 허가권 목적상 지역을 나누어 놓은 것으로, 미국 전역에 734개의 CMA가 있다.

16) 가장 최근의 예로, AT&T와 T-Mobile의 기업결합신청에 대하여 DOJ Antitrust Division이 법원에 소장을 제출하여 거래 자체를 막겠다는 의사를 표명하자, AT&T의 경영진에서 거래를 포기하였다. See December 19, 2011 AT&T press release available at <http://www.att.com/gen/press-room?pid=22146&cdvn=news&newsarticleid=33560>

17) 미국 경쟁법 관련 용어나 법규에 익숙하지 않은 독자들은 <경쟁저널> 2012년 7월호에 필자가 쓴 “미국 경쟁법 구조와 집행”을 참조하기 바란다.

가장 최근의 예로, AT&T가 T-Mobile을 인수하려고 하였을 때 통신업계의 경쟁사인 Sprint에서 경쟁당국과 연방통신위원회(FCC)의 심사과정에 적극적으로 개입하고, 궁극적으로 소송까지 제기한 것을 들 수 있다.¹⁸⁾ 경쟁당국에서 기업결합을 허가하면 경쟁사가 제기한 소송이 성공할 확률은 많지 않다. 경쟁법의 목표는 경쟁(Competition)을 보호하는 것이지 경쟁사(Competitor)를 보호하는 것이 아니기 때문이다. 그러나 경쟁당국의 심사과정이나 기업결합을 막기 위한 소송과정에서, 경쟁사가 심사나 소송에 필요한 정보와 자료를 제출하거나 소비자가 민원을 제기하는 것이 결과에 영향을 미칠 수 있음은 자명하다.

IV. 기업결합 전 보고면제거래들(Non-reportable Transactions)에 대한 조사

최근의 연구결과에 따르면, 2008년과 2009년 두 해 사이에 기업결합 전 심사대상이 되지 않았던 거래들(Non-reportable Transaction)을 경쟁당국이 조사하고 규제(Challenge)한 횟수는 16건으로, 2001년부터 2007년까지의 3배의 기간 동안 있었던 12건의 조사와 규제에 비하여 급증하였다고 한다.¹⁹⁾ 따라서 기업결합 고려시 단순히 신고대상이 되는지 여부만을 검토하는 것뿐만 아니라, 신고대상이 아니더라도 경쟁당국이 반경쟁적으로 볼 만한 요소가 존재하는지에 대한 검토도 병행해야 할 것이다.

1. 조사 및 규제방법과 조사대상 선정방식

HSR법의 요건에 해당되지 않아서 경쟁당국에 기업결합 전 심사보고서를 제출하지 않아도 되는 거래(대부분의 소규모 거래가 이에 해당한다)에 대하여 경쟁당국은 대체로 다음의 두 가지 형태로 조사나 규제를 진행한다. 첫째, 경쟁당국은 뉴스 등을 통하여 정보를 입수하여 기업결합 전 심사보고서가 제출되지 않은 거래에 대해서도 정보 제출을 요구할 수 있고, 경쟁저해요인이 있는 경우는 금지신청이나 소송을 통하여 거래가 종결되지 못하도록 막을 수 있다. 둘째, 이미 거래가 종결된 건에 대해서도 특별히 큰 경쟁저해요인이 있다고 판단될 경우, 소송을 통하여 거래 종결 전 상태로의 복귀를 요구하거나 혹은 비즈니스의 일부분을 제3자에게 매각(Divestiture)하도록 법원의 강제명령을 얻어낼 수 있다. 기업결합 전 심사보고서를 제출하지 않아도 되는 거래들이

18) <http://www.reuters.com/article/2011/09/06/us-sprint-lawsuit-idUSTRE7854ZR20110906>

19) Mary K. Markes and Beverly J. Ang, Agency Merger Enforcement in Non-Reportable Transactions, The Antitrust Source (Feb. 2010).

경쟁당국의 규제대상이 되는 경우는 크게 다음의 3가지를 들 수 있다. 첫째, 경쟁사가 많지 않은 산업분야의 기업결합(예를 들어, 경쟁사의 수가 3~4개에 불과하여 기업결합 후 2~3개로 줄어드는 경우; 3 to 2 Merger) 둘째, 기업결합 직후 별다른 가격 상승요인이 없음에도 불구하고 가격이 올라간 경우(이러한 경우에 경쟁당국에서는 기업결합으로 경쟁이 줄어드는 것이 가격 상승의 직접 요인이 되었다고 판단하고 조사에 착수한다) 셋째, 기업결합 후 소비자들의 불만신고가 잇따르는 경우이다.

2. 대처방법

기업결합 전 심사대상에 들지 않은 경우에도 경쟁당국이 경쟁저해요인이 있다고 판단할만한 여지가 있는 거래의 경우, 기업은 다음의 2가지 대처방법을 고려해 볼 수 있다. 첫째, 기업결합 전에 경쟁당국이 거래를 조사하는 것을 피하여 거래가 조속하게 종결되기를 원하는 경우, 거래를 최대한 비밀리에 진행하여 경쟁당국의 주의를 끌지 않도록 하는 방법이 있다. 이 방법은 거래 종결 후에는 경쟁저해요인이 대단히 심각하고 명백한 경우 외에는 경쟁당국이 법원에 소송을 제기하여 거래 전 상태로 복귀시키는 것이 어려운 점을 활용하는 것이다. 둘째, 거래 종결 후에 경쟁당국이 거래 전 상태로 복귀시킬 가능성이 있다고 판단할 경우, 거래의 종결 이전에 경쟁당국과 충분한 협의를 거침으로써 거래 종결 후 예상치 못한 소송을 막는 방법이다. 이 방법의 장점은 거래가 종결된 후에 비용과 시간이 많이 드는 소송이 제기되는 것을 막고, 최악의 경우에 소송에서 패하여 거래 전 상태로 돌아갈 가능성을 없애는 것이다. 반면, 경쟁당국의 심사로 인하여 거래 종결이 늦어지거나 아예 이루어지지 못할 가능성이 발생하는 단점도 있기 때문에 각 거래마다 특수성을 고려하여 신중하게 결정해야 한다.

V. 인수합병시 고려해야 할 다른 경쟁법 요소들

인수합병이라는 기업의 사활이 걸릴 수도 있는 중요한 결정을 하는 과정에서 기업이 인수합병 대상이 되는 기업의 정보를 상세히 검토하고 싶어하는 것은 당연한 일이다. 그러나 기업결합이 완료되기 이전에 다른 기업의 정보를 획득한다는 것은 경쟁법 측면에서 다양한 위험요소를 내포하고 있다. 특히 인수합병거래의 상대방이 수평적 경쟁관계에 있는 경우는 더욱 그러하다. 그렇기 때문에 기업결합을 위한 정보 요청이나 교환의 경우는 경쟁당국에서 판단하기에 경쟁에 민감

한 정보가 영업 등의 업무에 종사하는 임직원들에게 유입되지 않도록 하는 것이 중요하다. 따라서 인수합병팀의 구성원에게만 거래 관련 정보가 공유되고 기타 인원들에게 정보가 유출되지 않도록 하는 것, 그리고 인수합병팀 자체를 클린팀(Clean Team)으로 구성하는 것이 중요하다.

또한 기업인수의 경우에 기업결합이 완료되기 전에는 구매기업이 인수대상기업의 중요 결정에 참여해서는 안 된다. 미국 경쟁법에서는 이러한 경우를 ‘신호 전 출발’(Gun Jumping)이라고 부른다. 달리기 시합에서 출발신호인 총을 발사하기 전에 먼저 출발선을 떠나는 것을 말하는 표현(Jump the Gun)으로, 그 자체가 경쟁법 위반행위이다. 2006년 Qualcomm Incorporated와 Flarion Technologies, Inc.의 기업결합과정에서 HSR 유예기간이 경과하기 전에 Qualcomm이 Flarion의 경영에 관여했던 것으로 인하여 DOJ에서 소송을 제기하였다. 당시 산술적으로 하루 1만1,000달러씩의 벌금을 부과하여 총 330만 달러의 벌금을 부과 받을 수도 있었지만, 최종적으로 180만 달러에 합의하였다. 이는 회사가 경쟁법 위반행위를 인식한 후에 곧바로 자발적으로 DOJ에 신고하고, 문제가 된 계약서의 내용과 행동을 개선하였기 때문에 그나마 벌금 액수가 줄어든 것이다.²⁰⁾

이 외에도 Section 8의 경쟁사 임원직 겸직 금지(Interlocking Directorate) 등의 이슈와 경쟁당국의 허가를 받지 못하여 거래가 종결되지 않을 경우의 위험부담의 문제 등 다양한 이슈(Issue)들도 있을 수 있다.

VI. 결론

앞서 말했듯이 국내기업 간의 인수합병도 미국시장에 미치는 영향이 커짐에 따라, 미국 경쟁당국의 조사와 규제대상이 될 수 있다. 더불어 우리나라 기업의 미국에 대한 직접투자가 급증하고 있는 이 시점에, 미국 경쟁법을 이해하는 것은 단순히 소송을 막기 위한 방편으로서 뿐만 아니라 기업활동 전반에 걸친 적극적 고려대상으로 이해되어야 할 것이다. 다음 호에서는 민사소송과 형사조사과정에서 우리나라 기업들이 인식해야 할 경쟁법적 이슈들에 대하여 다루어보도록 하겠다.



20) United States v. Qualcomm, Inc., Complaint, Civ. No. 06-0672 (D.D.C. Apr. 13, 2006); Final Judgment, Civ. No. 06-0672 (D.D.C. Apr. 19, 2006)