



공정경쟁연합회
FAIR COMPETITION FEDERATION

2013 March Journal of Competition 경쟁저널

제167호

취임사

김학현 취임에 즈음하여

논단

권오승 자유와 창익이 존중되는 시장경제

포커스

주진열 공정거래법의 사적 집행 문제

정종채 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」상 자진신고 제도의 쟁점들 ②

스포츠라이트

윤성운, 강 일, 최원석 Most Favored Customer 약정의 경쟁제한성 검토

국내외 경쟁법 주요 심판결 사례 해설

최승재 미국에서의 주(州)행위 면책법리의 전개와 시사점

지상중계

공정거래법과 반부패법 집행 관련 국내외 동향 및 대응방안 세미나

글로벌 경쟁 리포트

김용상 미국 경쟁법상 기업 내 공모

김희은 EU 사법재판소의 AstraZeneca 판결과 제약특허 관련 경쟁법 쟁점

박제현 중국 발개위의 LCD 패널 가격담합 사건 고찰

홍순강 일본 독점금지법상의 기업결합 동향 ③

대법원 판결 다이제스트 윤인성

대법원 공정거래사건 판결 요지 (2013. 1. ~ 2.)

미국 경쟁법상 기업 내 공모 (Intra-Enterprise Conspiracy)

Arnold & Porter LLP 미국변호사 | 김 용 상

I. 글을 시작하며

미국 경쟁법에서의 ‘공모’ 혹은 ‘담합(conspiracy)’이란, 둘 이상의 사업자가 가격이나 거래상 대방 등 경쟁요소에 대하여 합의하는 것 등을 일컫는다. 담합행위는 반드시 둘 이상의 사업자의 합의된 행위(concerted action by plural actors)를 요구하기 때문에, 하나의 사업자의 단독행위(unilateral conduct)만으로는 담합이 성립될 수 없다.

그런데 소위 ‘기업 내 공모(Intra-Enterprise Conspiracy)’라는 것은, 문자 그대로 한 기업 내에서 이루어지는 담합을 말한다. 담합은 둘 이상의 사업자를 요구하는데, 한 기업 내에서 담합이 이루어진다는 말이 어떻게 성립될 수 있는가 하는 의문이 있을 수 있다. 이 의문은 기업의 입장에서 바라보는 ‘한 기업’의 정의와 미국 경쟁법에서 사용되는 ‘둘 이상의 사업자’의 정의가 다를 수 있음을 인식한다면 쉽게 풀릴 수 있다.

수많은 자회사와 계열사를 거느리고 있는 기업집단의 모든 자매·계열회사들이 하나의 기업이라는 생각에, 이들이 다른 사업자로 인식될 수 있다는 생각을 하지 않는 것은 경쟁법적으로 큰 문제를 야기할 수 있다. 소수의 대규모 기업집단이 국가경제에서 차지하는 비중이 큰 우리나라의 경우, 더욱 기업 내 공모의 문제를 진지하게 고민해보지 않을 수 없다. 현재의 미국 경쟁법의 기업 내 공모의 잣대를 우리 기업들에게 그대로 적용하였을 때, 우려스러운 결과가 초래될 수도 있기 때문이다. 본고에서는 미국 경쟁법상 기업 내 공모가 금지하는 행위에 대하여 살펴보고, 우리 기업들이 어떻게 이 문제로 인하여 미국에서 민형사 책임을 부담하게 될 위험을 최소화 할 수 있는지, 또한 그러한 문제에 직면하였을 때 어떠한 해결방안이 있는지에 대하여 다루어 보고자 한다.

II. 기업 내 공모

1. 개요

미국 경쟁법에서 하나의 사업자의 단독행위는 셔먼법 2조(Sherman Act Section 2, 이하 “섹

션 2"라 한다)¹⁾가, 둘 이상의 사업자의 담합행위는 셔먼법 1조(Sherman Act Section 1, 이하 "섹션 1"이라 한다)²⁾가 규율한다.³⁾ 섹션 1의 규율대상이 되는 담합행위는 섹션 2의 대상인 단독행위에 비하여 더 엄격한 법적 판단을 받는다.⁴⁾ 미국의 경쟁당국 또한 섹션 1의 위반행위를 더 엄격하게 다루어 왔다. 섹션 1과 섹션 2의 위반행위 모두에 대하여 이론적으로는 형사처벌이 가능하지만, 지난 수십 년간 섹션 1의 위반행위에 대해서만 형사처벌이 이루어져 왔다는 것도 이 점을 여실히 증명한다.

바로 이러한 점에서 기업 내 공모가 문제될 수 있는 상황에서 첫 번째로 쟁점이 되는 중요한 이슈는, 주어진 사실관계가 하나의 사업자의 단독행위인가 아니면 둘 이상의 사업자의 담합행위인가에 대한 판단이다. 주어진 사실관계가 단독행위로 파악되면 독점화 등 단독행위 자체로 위법인 행위가 추가로 발견되지 않는 한, 기업체 내부에서 있었던 - 다른 부서간 또는 자회사, 모회사, 계열사 간의 - 가격, 상품, 고객들에 대한 일련의 합의는 경쟁법 위반으로 간주되지 않기 때문이다. 이 쟁점사항에 대한 미국법의 기준은 1984년의 미국 대법원의 카퍼웰드(Copperweld) 사건을 통하여 그 전과는 달리 새롭게 정립되었다.

2. 카퍼웰드 사건 및 판결

카퍼웰드 사건의 사실관계는 그 사건의 중요성에 비하여 그다지 많이 알려지지 않았다. 이 판결이, 이 사건의 특수한 사실관계에만 제한적으로 적용되는 기준이 아니고, 모회사(parent company)와 완전자회사(wholly owned subsidiary)의 관계에 보편적으로 적용되는 자명한 룰(bright line rule)이기 때문이었을 것이다. 그러나 그 사실관계 자체도 무척 흥미롭기 때문에 간단히 소개해본다.

카퍼웰드라는 구조용 강관 튜브(structural steel tubing) 회사는, 레어 시글러(Lear Siegler)라는 회사의 구조용 강관 제조부서를 인수하여 리걸 튜브(Regal Tube Co., 이하 "리걸"이라 한다)라는 완전자회사를 설립하였다. 그 직후, 레어 시글러에서 해당 부서의 대표로 일했던 데이빗 그론(David Grohne)은, 인디펜던스 튜브(Independence Tube Corp.)라는 새로운 회사를 설립하여

1) 15 USC §2.

2) 15 USC §1.

3) 미국 경쟁법 관련 용어나 법규에 대해서는 <경쟁저널> 2012년 7월호에 수록된 필자의 글 "미국 경쟁법 구조와 집행"을 참조하기 바란다.

4) Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 768 (1984) ("Concerted activity subject to section 1 is judged more sternly than unilateral activity under section 2")

카퍼웰드와 경쟁하게 되었다. 그론은 레어 시글러 재직시 영업금지합의(noncompetition agreement)를 체결하였기 때문에, 카퍼웰드와 리결은 그가 새로운 회사를 설립하여 경쟁자로 부상하는 것에 대하여 법적 조치를 강구하였다. 변호사는 해당 영업금지합의는 집행불가(unenforceable)하지만, 만약 레어 시글러의 산업기밀을 그론이 사용할 경우, 법적조치가 가능하다는 자문을 하였다. 이에 카퍼웰드와 리결은 고객들에게 편지를 보내 그론이 구조용 강관 분야에서 리결과 경쟁할 경우, 가능한 모든 법적 조치를 취하겠다고 통보하였다. 이 편지로 인하여 그론의 새 회사는 요더(Yoder)라는 회사와 이미 체결한 계약도 파기되는 등의 피해를 입었다. 그론의 새 회사는 카퍼웰드와 리결 등을 대상으로 경쟁법 위반으로 인한 민사소송을 제기하였다. 카퍼웰드와 리결도 반소(counter-claim)를 제기하였지만 1심 법원에서 패소하고, 그 문제는 대법원에 상고되지 않았다. 그론의 새 회사는 소장에서 카퍼웰드와 리결, 그리고 요더 3곳이 담합에 가담하였다고 주장하였지만, 재판에서 배심원단은 요더는 담합에 가담하지 않고 카퍼웰드와 카퍼웰드의 완전자회사 리결만 담합에 가담하였다고 평결하였다. 결국, 연방대법원에 상고된 유일한 문제는 모회사와 완전자회사가 담합을 할 수 있느냐는 법적인 질문이었고, 이것에 대하여 연방대법원은 그렇지 않다는 결론을 내렸다.

카퍼웰드 이전에는 모회사와 모회사가 지분을 100% 갖고 있는 완전자회사 간의 공동행위도 섹션 1의 처벌대상이 되는 것으로 간주되어 왔다.⁵⁾ 이것은 법인격 독립(corporate separateness)의 원칙에 충실한 판단이었다. 즉, 각자가 독립된 법인격을 가진 모회사와 자회사를 경쟁법 하의 2 이상의 사업자로 볼 수 없다는 것은, 법인격 독립의 원칙에 반하는 것으로 비칠 수 있기 때문이다. 카퍼웰드 이전의 판례들은 이 점을 수차례 근거로 언급하였다.⁶⁾ 카퍼웰드 사건에서도 연방대법원의 3명의 대법관이 다수 의견이 그릇되었다고 주장하는 반대의견(dissent)을 작성하며 법인격 독립의 원칙을 하나의 근거로 들었다.⁷⁾ 이에 반하여, 카퍼웰드 사건의 다수의견은 법인격 독립의 원칙을 경쟁법 분석에 적용하는 것은 본질보다 형식을 중요시하는 결과를 초래한다고 판단한 듯하다. 비록 법인격 독립의 문제를 직접적으로 논의하지는 않았지만, 다수의견에 참여한 대법관들은

5) United States v. Yellow Cab Co., 332 U.S. 218 (1947); see also, United States v. Citizens & S. Nat'l Bank, 422 U.S. 86, 116-17 (1975).

6) Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S. 593, 598 (1951) ("The fact that there is common ownership or control of the contracting corporation does not liberate them from the impact of the antitrust laws. [citation omitted] Nor do we find any support in reason or authority for the proposition that agreements between legally separate persons and companies to suppress competition among themselves and others can be justified by labeling the project a 'joint venture.'") (emphasis added); Perma Life Mufflers, Inc. v. United States, 392 U.S. 134 (1968) ("since respondents ... availed themselves of the privilege of doing business through separate corporations, the fact of common ownership could not save them from any of the obligations that the law imposes on separate entities."); United States v. Citizens & Southern National Bank, 422 U.S. 86, 116-117 (1975) ("even commonly owned firms must compete against each other, if they hold themselves out as distinct entities.").

7) Copperweld Corp., 467 U.S. at 786 ("Under the common law, the question whether affiliated corporations constitute a plurality of actors within the meaning of the statute is easily answered. The well-settled rule is that a corporation is a separate legal entity; the separate corporate form cannot be disregarded.") (dissent opinion).

모회사와 완전자회사가 담합을 할 수 있다고 판단하는 것은 형식을 실제보다 중요시 여기는(form over substance) 오류를 범하는 결과를 낳는다고 하였다.⁸⁾ 즉, 이들은 한 기업 내의 다른 부서들 끼리는 담합을 할 수 없는 것으로 이미 법이 정립되어 있음을 지적하면서, 완전자회사의 경우는 모회사의 뜻에 따라 모회사 내에 하나의 부서로 존재할 수도 있고 독립된 자회사의 형태(form)를 취할 수도 있는데, 자회사가 모회사의 뜻에 따를 수밖에 없다는 실제(substance)는 무시하고 독립회사로 존재한다는 형식(form)만을 보고 판단하는 것은 오류라고 판단하였다.⁹⁾ 따라서 한 기업 내의 부서들끼리 담합할 수 없듯이, 모회사와 완전자회사는 법률적으로 담합을 할 수 없다(legally incapable of colluding)고 판결하였다.¹⁰⁾

3. 카퍼웰드 판결 이후의 법리 발전

카퍼웰드 판결 이후, 대다수의 연방지방법원들(federal district courts)과 연방순회항소법원들(federal circuit courts)은 대법원의 카퍼웰드 판결을 문자 그대로 받아들임은 물론, 그 이상으로 적용범위를 넓혀 완전자회사뿐만 아니라 모회사가 100%에 조금 못 미치는 지분을 갖고 있는 자회사의 경우도 모회사와 담합이 법률적으로 불가능하다고 판결하였다.¹¹⁾ 또한 모회사와 자회사의 경우를 넘어서 동일 모회사의 두 자회사(two wholly owned subsidiaries of a parent corporation), 오너(owner, 사주(社主))가 같은 두 회사(two corporations with common ownership), 모회사의 완전자회사와 동일 모회사가 50% 이상의 지분을 갖고 있는 다른 자회사 간의 공동행위 등에도 카퍼웰드의 판결이 적용된다고 판단하고 있는 추세이다.¹²⁾

(1) 현재 미국 경쟁법에서의 기업 내 공모의 기준

연방대법원의 카퍼웰드 판결과 그 이후의 하급심 판결들을 보면, 일반적으로 모회사와 그 모회

8) Id., at 772.

9) Id., at 770-772.

10) Id.

11) See e.g., Siegel Transfer, Inc. v. Carrier Express, 54 F.3d 1125, 1133 (3d Cir. 1995); Computer Identics Corp. v. S. Pac. Co., 756 F.2d 200, 205 (1st Cir. 1985); Rosen v. Hyundai Grp. (Korea), 829 F. Supp. 41, 45, n. 6 (E.D.N.Y. 1993), aff'd without op., sub nom. Rosen v. Samick, 22 F.3d 1091 (2d Cir. 1994). 이와 더불어 더 많은 판결의 예는 Antitrust Law Developments (Seventh edition) p. 33, n. 192 참조하기 바란다.

12) See, e.g., Novatel Commc'ns, Inc. v. Cellular Tel. Supply, Inc., No. C85-2674A, 1986 WL 15507, at *6 (N.D. Ga. Dec. 23, 1986) ("The 51% ownership retained by [the parent corporation] assured it full control over [the subsidiary] and assured it could intervene at any time that [the subsidiary] ceased to act in its best interest."); Direct Media Corp. v. Camden Tel. & Tel. Co., 989 F. Supp. 1211 (S.D. Ga. 1997) (holding that parent corporation and 51%-owned subsidiary incapable of conspiring where plaintiff failed to present sufficient evidence to show that the parent and subsidiary were "separate businesses with independent business interests").

사가 50% 이상의 지분을 갖고 있는 자회사와의 협력관계 혹은 한 오너가 두 회사를 각각 50% 이상의 지분을 소유하고 있을 때, 그 두 회사의 협력관계는 경쟁사 간의 담합으로 간주되지 않고 한 기업의 내부 활동으로 여기고 있다. 따라서 이러한 활동들은 미국 경쟁법 섹션 1의 규제대상이 되지 않는다.

다만, 관할 법원과 사실관계에 따라 카퍼웰드의 적용이 조금 달라질 수도 있음은 주의해야 한다. 한 가지 예로, 2002년 뉴욕의 한 연방지방법원(federal district court)에서는, 한 오너가 두 개의 다른 회사를 각각 50% 이상 소유하고 있더라도 오너의 경영권 행사 없이 두 회사가 공동행위를 한 경우는 불법적 담합에 해당한다고 판결하였다.¹³⁾ 이 사건의 경우, 비록 한 오너가 한 회사의 100% 지분을 그리고 다른 회사의 63% 지분을 갖고 있기는 하였지만 실제로 경영권을 행사하지 않은 수동적 투자자(passive investor)에 불과하였고, 재판과정에서 이 두 회사가 독립된 의사결정체제를 갖춘 별개의 회사라는 점이 부각되었다. 따라서 이 사건에 한하여, 법원은 섹션 1 적용의 전제조건인 사업자의 다수성을 인정하였다. 그러나 이 사건은 현재 전체적인 판결의 흐름과는 동떨어진 아웃라이어(outlier) 판결인 것으로 보인다. 현재 미국 경쟁법의 기업 내 공모에 대한 일반적인 이해는, 미국 법무부 반독점국(U.S. Department of Justice Antitrust Division)은 50% 이상의 지분이 공유되고 있는 두 회사의 협력관계에 대해서는 형사조사를 하지 않을 것이라는 것이다. 다만, 이 사건에서 보듯이, 두 회사의 절반 이상의 지분이 한 오너에 의하여 소유되는 경우도 사인(private party)에 의한 민사소송이 제기될 가능성은 여전히 남아있다고 볼 수 있다. 필자의 소견으로는, 그 경우도 대부분의 법원에서는 카퍼웰드 사건 그 후의 하급심 사건들의 법리에 따라 본안 재판 전에 피고(기업 측)가 기각 신청(motion to dismiss)을 제기한다면, 피고 승소를 판결할 확률이 상당히 높다고 본다.

(2) 절반 미만의 지분으로 실제적 지배(effective control)를 하는 경우

모기업이 자회사의 절반 미만의 지분(less than 50%)을 갖고 있는 경우, 만약 모회사와 자회사가 같은 제품을 생산하고 판매하는 등 경쟁자의 관계에 있다면, 미국 법무부의 형사조사(criminal investigation)의 위험에 노출되어 있다고 볼 수 있다. 이러한 경우, 모회사와 자회사가 제품의 가격, 생산량, 집중해야 할 지역시장, 상품시장 혹은 고객군에 대하여 합의를 한다면, 미국 경쟁법 섹션 1에 금지된 담합으로 간주될 위험이 크다.

그렇다면 모회사가 비록 절반 미만의 지분을 갖고 있지만, 실제로 자회사를 지배하고 전적인 경영권을 행사하는 경우는 어떠한가. 미국의 일부 법원에서는 카퍼웰드 판결의 적용 여부를 단순히 지분을 하나로만 판단하는 것은 옳지 않고, 지분율과 더불어 모회사가 실제로 경영권을 행사하였

13) See Geneva Pharm. Tech. Corp. v. Barr Labs., Inc., 201 F. Supp. 2d 236, 275 (S.D.N.Y. 2002) (finding that the two companies were "admittedly independent entities with an overlap only in the ownership of the entities").

는지를 살펴야 한다는 취지의 판결들이 있다. 이것을 ‘효율적 지배이론(effective control theory)’이라고 한다.¹⁴⁾ 일례로 Century Oil Tool, Inc. v. Production Specialties, Inc. 사건¹⁵⁾에서 제5연방순회항소법원은 카퍼웰드 판결을 적용하여 3명의 투자자가 각각 두 회사에 30%, 30%, 40%의 지분을 갖고 있는 경우, 이 두 회사는 법적으로 담합이 불가능한 하나의 사업자라고 판단하였다. 이 사건의 경우는 3명의 투자자 모두가 두 회사의 공동 이사와 임원으로 재직 중이었던 사실도 법원이 이 두 회사가 궁극적으로는 하나의 사업자라고 판단하는데 도움을 주었다. 3명의 투자자가 도합 100%의 지분율을 갖고 공동으로 두 회사를 실질 경영한다는 사실에서, 법원은 이 두 회사가 공동의 이해관계와 목적으로 이루어진 하나의 사업자라고 판단한 것이다. 그리고 비록 판결과 상관없는 방론(dicta)에 지나지 않지만, 필라델피아의 한 연방지방법원은 한 회사가 다른 회사의 지분을 비록 20% 밖에 갖고 있지 않다고 하더라도, 다른 주주들이 모두 미량의 주식만을 보유하고 있어서 실질적으로는 20% 지분을 가진 주주가 경영권을 행사할 능력이 있고 또한 실제 상당한 영향력을 행사하고 있을 경우, 카퍼웰드 판례가 적용되어 두 회사가 이해관계가 일치하는 하나의 사업자로 간주될 수 있다고 하였다.¹⁶⁾ 만약 이러한 효율적 지배이론이 미국 경쟁법 판례에서 지지를 얻어 자리를 잡는다면, 우리 기업들이 갖고 있는 잠재적 위험이 상당 부분 해소될 수 있을 것이다. 그러나 안타깝게도 아직 이 이론은 미국에서는 극히 소수의 법원들에 의하여 드물게 언급되고 있을 따름이다. 기업 내 공모의 문제가 본격적으로 불거질 경우, 법원에서 피고로 제소된 이가 주장할 수 있는 하나의 방어이론(defense theory)에 불과하기 때문에, 이 이론에 의존하여 사업계획을 세우는 것은 현재로서는 지극히 위험할 수 있다. 결론적으로, 현재의 미국 경쟁법 하에서는 50% 이상 지분이 공유되고 있는 두 회사의 협력관계는 경쟁법에 저촉될 위험이 낮지만, 50% 미만의 경우는 담합으로 의심될 수 있을 만한 협력관계는 피하는 것이 바람직할 것이다.

III. 경쟁사간 협력(competitor collaboration)

경쟁법이 경쟁사 간의 모든 협력관계를 금지하고 있는 것은 아니다. 경쟁법은 경쟁촉진적(procompetitive) 행동은 권장하고, 반경쟁적인(anticompetitive) 행동은 억제하려는 목적을 갖고 있다. 즉, 경쟁사간 협력을 통하여 반경쟁적 위해보다 더 큰 경쟁촉진적 이익이 발생한다면, 그

14) 우리나라 공정거래법 상의 공동행위 심사기준은 이 이론과 유사한 것으로 알고 있다.

15) 737 F.2d 1316 (5th Cir. 1984). See Geneva Pharm. Tech. Corp. v. Barr Labs., Inc., 201 F. Supp. 2d 236, 275 (S.D.N.Y. 2002) (finding that the two companies were “admittedly independent entities with an overlap only in the ownership of the entities”).

16) Fresh Made, Inc. v. Lifeway Foods, Inc., No. Civ. A. 01-4254, 2002 WL 31246922, at *7 (E.D. Pa. Aug. 9, 2002) (suggesting in dicta that the Copperweld doctrine could arguably apply even where the one company held only a 20% ownership interest in the other if the minority owner “controls or exercises significant and substantial influence” over the other company, making two companies essentially “a single entity with unity of interests.”)

러한 협력관계는 많은 경우에 허용된다. 경쟁사 간의 협력관계 중에서 금지되는 행동과 허용되는 행동에 대하여 크게 3가지 경우로 나누어 보면 다음과 같다.¹⁷⁾

첫째, 가격담합(price-fixing)과 시장 및 고객 분할(territory / customer allocation) 등의 노골적 담합행위(hardcore cartel conduct)는, 어느 경우에도 허용되지 않는다. 이것은 미국의 경쟁법에서 당연위법(per se illegal)으로 규정하고, 개개의 행위에 대한 반경쟁적 효과에 대한 분석이 필요 없이 무조건적으로 금지하고 있는 행위들이다. 따라서 경쟁사간에 가격, 시장 및 고객 분할, 생산량, 생산·판매하는 제품의 종류 등에 대한 합의가 있다면, 이것은 그러한 행위가 시장에 미치는 영향과 관계없이 불법행위로 간주되어 형사처벌과 민사소송의 대상이 된다.

둘째, 당연위법에 해당하지 않는 경쟁사 간의 협력관계는 합리의 원칙(rule of reason)에 따른 분석을 거쳐 허용 여부가 결정된다. 그러나 합리의 원칙에 따른 분석이 매우 복잡한 경우가 많기 때문에, 법무부 반독점국과 연방거래위원회(Federal Trade Commission; FTC)는 2000년 4월에 경쟁사들의 협력관계에 대한 가이드라인(Competitor Collaboration Guidelines)¹⁸⁾을 발표하였다. 이 가이드라인을 통하여 법무부 반독점국과 연방거래위원회는 반경쟁적인 경쟁사들의 공동행위는 억제하되, 경쟁촉진적 협력행위마저 제한되어 경쟁적 이익이 실현되지 못하는 것은 방지하려고 하였다. 또한 시장점유율이 도합 20% 미만인 두 기업이 당연위법에 해당되지 않는 공동행위(예를 들어, 제품의 공동개발이나 공동구매)를 할 경우, 공동행위의 목적(purpose)과 성격(nature)이 반경쟁적이지 아닌 한 법무부 반독점국과 연방거래위원회의 조사대상이 되지 않는다는 안전지대(safe harbor)도 설정하였다. 지나친 단순화의 위험이 있기는 하지만, 일반적으로 제품 공동개발(joint R&D)과 공동구매(joint purchasing) 등의 공동행위는 경쟁촉진적 행위로 볼 수 있는 여지가 많다. 반대로, 공동생산(joint production)이나 공동판매(joint sales and marketing) 등의 행위는 경쟁제한적인 위해가 발생할 수 있는 여지가 많기 때문에, 경쟁법 집행기관들이 세심한 관심을 갖고 예의주시하는 행위들이다.

셋째, 앞서 말했듯이 공동생산과 공동판매 등의 경우는 더욱 각별한 주의가 필요하다. 따라서 같은 계열사라고 할지라도 지주회사나 모회사의 공동 지분율이 50%에 미치지 못하는 경우, 각각의 공동행위에 대하여 경쟁법 분석을 통하여 위법적 요소를 사전에 제거하는 것이 필요하다. 생산과 판매에 관한 공동행위도 당연위법으로 무조건 금지되는 것은 아니기 때문에, 경쟁법적 위해를 충분히 방지하면 합법적 틀 안에서의 공동행위가 가능할 수 있다. 물론 공동판매와 관련하여

17) 본고에서 다른 경우 외에도, 경쟁법 적용제외영역은 다수 존재한다. 그 하나의 예로 노얼 페닝턴 원칙(Noerr-Pennington doctrine)이 있다. 이 원칙은 경쟁사들이 공동으로 로비행위를 하는 것을 경쟁법 규제대상에서 제외시키는 것으로, 이 원칙은 연방대법원의 노얼(Noerr) 사건과 페닝턴(Pennington) 사건에서 관습법으로 확립되었다. 이것은 미국 연방수정헌법 제1조의 표현의 자유(freedom of speech)가 하위법률인 경쟁법을 우선하는 상위법이기 때문에, 경쟁사들의 집단적 의사표현인 로비행위에 대해서는 경쟁법의 적용을 배제하는 것이다. Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127, 135 (1961); United Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657, 670 (1965).

18) Competitor Collaboration Guidelines, Department of Justice and Federal Trade Commission (April, 2000), available at www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf.

두 기업이 각자의 제품을 판매함에 있어서 가격·생산량·판매량 등에 대한 정보를 교환하는 것 등은 당연위법으로 담합에 해당할 가능성이 상당히 높다. 그러나 만약 두 기업이 각자 생산하는 제품을 판매하기 위한 판매 조인트벤처 기업(sales joint venture)을 설립하고, 그 조인트벤처 기업이 판매와 관련된 일련의 행위에 대하여 독립적 결정을 내린다면 그것은 허용될 수 있다.¹⁹⁾ 또한 경쟁촉진적 이익(procompetitive benefits)이 반경쟁적 위해(anticompetitive harm)보다 크다는 것을 입증할 수 있다면, 두 기업이 각자 생산하는 물건을 둘 중 한 기업이 맡아 판매하는 경우도 경쟁법상 허용될 수 있다. 이것은 두 기업 중에서 한 기업의 유통능력이 뛰어나서 두 기업이 각자 생산·판매에 제한된 역량을 나누어 사용하는 것보다 더 나은 유통망을 갖추고 있는 기업의 유통능력을 활용하고, 다른 기업은 제품 개발과 생산에만 전념하는 것이 전반적인 경쟁에 도움이 될 수도 있기 때문이다. 이때 하나의 도구로 사용될 수 있는 것이 전속유통계약(exclusive distribution agreement)이다. 전속유통계약을 경쟁법적으로 분석할 때는 당연위법이 아닌 합리의 원칙(rule of reason)이 적용되기 때문에, 경쟁촉진적 이익이 반경쟁적 위해보다 명백히 큰 경우 큰 위험부담이 없이 활용할 수 있다.

IV. 기업 내 공모 규제 위험에의 대처방법

기업 내 공모에 해당하는 행위가 이미 발생하고 있는 경우, 혹은 앞으로 고려하는 기업 활동이 기업 내 공모에 해당되는 경우, 미국의 경쟁법 조사와 소송의 대상이 될 위험을 최소화할 수 있는 방법을 강구할 필요가 있다.

1. 기존 활동이 기업 내 공모로 간주될 가능성이 높은 경우

이미 기업 내 공모의 위험에 노출되어 있는 경우는, 반경쟁적 행위로 인식될 수 있는 활동을 즉각 중단하고 실제 담합이 있었는지를 분석해야 한다. 담합이 있었다는 판단이 들면, 자진신고자 면책(leniency application) 등의 제도 활용도 고려해봐야 한다.²⁰⁾ 지주회사나 모회사가 50% 미만의 지분을 갖고 있는 계열사들이 같은 시장에서 경쟁하고 있다면, 그 경쟁을 저해하는 행위는 담합으로 간주될 수 있다. 따라서 계열사 간의 경쟁으로 인한 비효율을 줄이기 위한다는 목적으로 무턱대고 지주회사나 모회사가 계열사간 경쟁을 제한해서는 안 되고, 우선 해당 계열사들에 대한 지분을 50% 이상으로 올리거나,²¹⁾ 앞서 말한 대로 조인트벤처 혹은 전속유통계약 등의 방법으로

19) See *Texaco Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1 (2006).

20) 자진신고자 면책제도에 대해서는 <경쟁저널> 제165호 (2012년 11월호)에 수록된 필자의 글 “미국 경쟁법의 주요이슈 : 형사조사”를 참조하기 바란다.

대처해야 할 것이다.

2. 실행을 고려 중인 공동행위 : Business Review Letter

현재의 기업 활동은 기업 내 공모의 위험에 노출되어 있지 않지만, 향후 고려하고 있는 인수합병 또는 자회사나 계열사와의 협력 활동이 기업 내 공모로 간주될 여지가 있는지에 대하여 분석이 필요한 경우가 있을 수 있다. 장차 고려하고 있는 행동에 대하여 가장 안전한 답을 얻을 수 있는 방법 중 하나는, 법무부 반독점국에 그러한 행동이 경쟁법 위반에 해당되는지를 반독점국의 비즈니스 리뷰 레터(Business Review Letter) 절차를 통하여 문의하는 것이다.

비즈니스 리뷰 레터 절차를 통하여 기업은 특정 행동이 발생할 경우, 법무부 반독점국이 그것을 경쟁법 위반행위로 간주하고 규제할 의사가 있는지에 대하여 문의할 수 있다. 반독점국은 기업의 요청에 대하여 다음 3가지 중 하나의 회신을 하게 된다. ① 해당 행위에 대하여 규제할 의사가 없음을 밝히거나 ② 해당 행위에 대한 현재의 규제의사를 밝히기를 거부하거나 혹은 ③ 해당 행위가 발생하면 소송을 제기하겠다는 것이다. 법무부 반독점국이 비즈니스 리뷰 레터에 대한 회신에서 규제의사를 밝히지 않는 경우는, 주로 이미 해당 행위가 발생하고 있거나 다른 정부기관의 허가를 얻어야 하는 경우에 한한다.²²⁾

비즈니스 리뷰 레터 절차는 우리 기업들에게 생소할 수 있다.²³⁾ 사실 비즈니스 리뷰 레터에 대한 법무부 반독점국의 회신은 오랜 시간이 걸릴 수도 있고,²⁴⁾ 또한 비즈니스 리뷰 레터와 그에 대한 회신뿐만 아니라 법무부에 제출한 관련 자료도 산업기밀 등을 제외하고는 모두 공개되는 것을 원칙으로 하기 때문에, 기업들이 선뜻 활용하기 어려운 것도 사실이다. 또한 비즈니스 리뷰 레터에 대한 반독점국의 회신이 사인의 원고(private plaintiff)에게는 구속력이 없는 것도 그 활용도를 떨어뜨리는 이유 중 하나로 들 수 있다. 그럼에도 불구하고 법무부 반독점국의 현재의 규제의사를 확실히 알 수 있다는 점에서, 비즈니스 리뷰 레터 제도를 적절하게 활용하는 것도 미국에서의 기업 활동에 도움이 될 수 있다고 본다.

21) 계열사에 대한 지분을 확대하는 경우, 경쟁당국에 기업결합 전 신고서를 제출해야 할 필요가 발생할 수 있다. 이때 경쟁당국에서 50% 이상의 지분 취득을 위한 기업결합을 승인한다면, 두 기업 간의 공동행위가 가져오는 경쟁적 이익이 반경쟁적 위해보다 크다는 판단을 한 것으로 보일 수 있다. 50% 이상의 기업결합에 대하여 미국 경쟁법 하에서 존재하는 가장 높은 수준의 경쟁법적 잣대가 적용되어 분석되기 때문이다.

22) 28 C.F.R. §50.6; Business Review Letter에 대한 자세한 안내는 다음의 링크를 참조하기 바란다. <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/index.html>

23) 우리나라의 공정거래법에도 '사전심사청구제도'라는 이름으로 존재하지만, 활용도는 높지 않은 것으로 알고 있다.

24) 법무부 반독점국의 내규 등에 따르면, 미국 기업의 수출(export trade)과 관련해서는 30일 이내에, 그리고 조인트벤처와 비즈니스 정보교환에 대해서는 60~90일 이내에 회신하도록 노력한다고 되어 있지만, 심한 경우는 Business Review Letter에 대한 회신에 약 3년이 걸린 경우도 있다.

3. 기업 내 공모로 제소된 경우

계열사 간의 공동행위로 인하여 법무부 반독점국의 형사조사나 사인에 의한 민사소송이 제기되었다면, 협상을 통하여 해결하는 방법과 재판을 하는 방법을 고려할 수 있을 것이다. 협상과 재판에 대해서는 <경쟁저널> 165호(2012년 11월호)와 166호(2013년 1월호)에 걸쳐 형사와 민사로 나누어 개략적으로나마 살펴보았기 때문에, 본고에서는 생략한다.

다만, 한 가지만 언급하자면, 기업 내 공모에 대하여 재판을 통하여 다투게 될 경우, 하트 스코트 라디노법(Hart Scott Radio Act, 이하 “HSR법”이라 한다)²⁵⁾의 ‘지배(control)’에 대한 정의와 카퍼웰드 룰(Copperweld Rule)²⁶⁾의 차이에 대하여 지적해볼 만하다. 현재 HSR법 하에서 ‘지배(control)’란, 타 회사에 대하여 50% 이상의 지분을 획득하는 것 또는 절반 이상의 이사회 구성원을 임명할 수 있는 권리 중 하나를 갖게 되는 것을 말한다.²⁷⁾ 이 법안 규정은 현재의 미국 기업 내 공모이론보다는, 앞서 말한 효과적 지배이론에 더욱 가까운 듯 보인다. 미국 경쟁법이 인수합병과 담합제재의 영역에서 서로 다른 이론을 적용하고 있는 점을 지적하며, HSR법의 보다 넓은 ‘지배’의 개념이 담합의 영역에도 적용되어야 한다는 주장은 충분히 가능한 것으로 보인다. 이 주장이 받아들여진다면, 우리 기업의 사업 운영의 폭도 그 만큼 넓어질 수 있을 것이다.

V. 글을 마치며

많은 아시아 기업들이 1980~1990년대에 큰 문제의식이 없이 행하였던 가격담합으로 인하여, 현재 미국에서 민형사상으로 큰 어려움을 겪고 있다. 기업 내 공모로 인하여 다시 한 번 같은 고충을 겪지 않기 위해서라도, 이 문제에 대하여 세심한 주의가 필요하다고 본다. 본고가 우리 기업들이 미국에서 기업 활동을 성공적으로 영위하는데 조금이라도 도움이 되기를 바란다. 

25) 현재 기업결합 전 심사보고서 제출을 규정하고 있는 법률로 15 U.S.A. §18a (클레이튼법 섹션 7A)에 규정되어 있다.

26) 모회사가 50% 이상의 지분을 갖고 있어야 섹션 1의 규제대상에서 제외된다는 원칙이다.

27) 16 C.F.R. §801.1(b).