

EU의 기업결합규제에 있어서의 시정조치

서울대학교 법학대학원 부교수 | 이 봉 의

I. 논의의 기초

1. 유럽 경쟁법의 체계

유럽의 경쟁법은 크게 세 부분으로 이루어져 있다. 카르텔 등 공동시장에서의 거래를 부당하게 제한하는 계약이나 협정, 사업자단체의 결의를 금지하는 EU 조약(이하 “조약”이라 한다) 제101조, 시장지배적 사업자의 지위 남용을 금지하는 조약 제102조,¹⁾ 그리고 공동시장에서 효과적인 경쟁을 현저히 저해할 우려가 있는 기업결합을 금지하는 합병통제규칙(이하 “합병규칙”이라 한다)²⁾이 그것이다. 그 중 합병규칙은 조약 제101조, 제102조의 행태규제와는 달리 시장구조를 독과점화 할 우려가 있는 기업결합을 사전신고의무를 통하여 규제하고 있다.

먼저, 조약 제101조는 경쟁제한적인 합의나 계약 등을 금지하고 있는 바, 수평적인 경쟁제한(카르텔)과 수직적인 경쟁제한이 모두 포섭된다. 다만, 수직적 경쟁제한이 처음부터 경쟁제한을 목적으로 하지 않고, 아울러 효율성 증대를 수반하는 경우가 많은 점을 고려하여 동조 제3항에 따라 유럽집행위원회(이하 “위원회”라 한다)의 결정에 의한 개별예외(Individual Exemption)와 별도의 규칙을 통한 일괄예외(Block Exemption)가 가능하도록 되어 있다.

이어서 조약 제102조는 공동시장에서 시장지배적 지위를 갖는 사업자의 남용행위를 금지하고 있는 바, 1문에서 남용행위를 포괄적으로 금지하는 한편, 2문에서는 가격·거래조건의 부당한 책정, 부당한 차별취급 등 남용행위의 대표적인 유형을 네 가지로 예시하고 있다. 제102조의 남용규제와 관련하여 종래 규칙 1/2003호³⁾에서는 몇 가지 절차규정만을 두고 있을 뿐이며, 배제남용에

1) 2009년 12월 1일자로 리스본조약이 발효되면서, 기존 조약문의 번호가 일부 변경되었다.

2) Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 395/1 (1989.12.30.) amended by Regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997 and Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004.

3) Council Regulation (EC) No 1/2003 on the Implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1/1 (2003.4.1).

관해서는 2005년의 Discussion Paper⁴⁾에 이어 2008년에 Guidance⁵⁾가 마련된 바 있다.

끝으로, 1989년 합병규칙의 제정으로 유럽에서는 기업집중(Concentration of Undertakings)의 문제가 비로소 독자적인 법적 근거를 가지게 되었다. 그 후 1997년과 2004년, 두 차례에 걸쳐 개정된 합병규칙은 매출액을 기준으로 공동체 차원에서 중요성을 가지는 기업결합에 한하여 적용되며, 이 경우 위원회는 배타적인 관할권을 가진다(제1조, 제21조). 또한, 합병규칙은 기업결합을 다른 기업에 대한 '지배력의 취득'이라는 실체적인 관점에서 정의하고 있으며(제3조), 2004년의 개정규칙은 종래의 지배력 기준을 변경하여 공동시장에서 시장지배력을 유지 또는 강화하는 등의 방법으로 유효경쟁을 실질적으로 저해할 우려가 있는 기업결합을 금지하고 있다(제2조).⁶⁾ 우리나라의 독점규제법과는 달리 합병규칙은 예나 지금이나 효율성을 이유로 한 예외규정을 별도로 규정하지 않고 있으며, 종래 위원회의 실무상 '경쟁제한성'을 판단하는 과정에서 이를 함께 고려할 여지를 남기고 있다.

2. 기업결합규제의 동향

위원회는 합병규칙에 따라 신고된 기업결합이 공동시장 또는 그 중요부분에서 시장지배적 지위를 형성 또는 강화함으로써 유효경쟁을 현저히 제한할 우려가 있는지를 심사한다(규칙 제2조 제3항). 심사결과에 따라 위원회가 선택할 수 있는 대안에는 크게 세 가지가 있다.

첫째는 위원회가 어떤 기업결합이 경쟁제한의 우려가 없다고 판단하여 아무런 조건이나 별도의 결정 없이 이를 허용하는 것이다. 둘째는 위원회가 제기한 경쟁제한의 우려를 상쇄하기에 충분한 내용으로 기업결합 당사회사(이하 "당사회사"라 한다)가 그 계획의 일부를 수정하는 내용의 이른바 '시정방안' (Remedies ; Commitments)을 제안하고, 위원회가 이를 수락하여 일정한 조건과 의무를 부과함으로써 절차를 종료하는 방법이다(규칙 제6조 제2항, 제8조 제2항).⁷⁾ 이때, 위원회가 일방적으로 조건을 부과할 수는 없으며, 반드시 당사회사가 제출한 시정방안에 기초하지 않으면 안 된다(동 고시 para.6). 이 같은 '조건부 승인'의 경우, 당해 기업결합은 시정방안의 완전한 이행을 조건으로 적법, 유효한 것이 된다. 끝으로, 당해 기업결합으로 인한 경쟁제한성이 매우 심각하여 다른 방법으로는 이를 상쇄할 수 없다고 판단되는 경우로서, 위원회는 전면적인 금지결정을 내리게 된다.

여기서 조건 없는 허용과 전면적 금지 사이에 위치한 조치가 바로 '조건부 승인' 이고, 그 수단이

4) DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, 2005.12.

5) European Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, COM(2008), 3. Dec. 2008.

6) 구 합병규칙은 기업결합의 금지기준으로 이른바 'Dominance Test'를 채택하고 있었으나, 2004년 개정으로 SIEC(Substantial Impediment of Effective Competition) Test로 전환하였다. 자세한 설명은 Richard Whish, Competition Law, 2009, 851면 이하 참조.

7) 제6조 제2항은 제1단계 절차에서의 시정방안을, 제8조 제2항은 제2단계 절차에서의 시정방안을 정하고 있다.

바로 시정방안이다. 시정방안은 당사회사가 당초 의도한 기업결합의 목적이나 효율성을 실현하면서, 동시에 위원회의 경쟁상 우려를 불식시키는 것을 가능하게 한다는 점에서 실무상 그 중요성이 매우 클 수밖에 없다.⁸⁾ 한편, 제1단계의 간이심사절차에서 위원회는 문제의 기업결합을 조건 없이 허용하거나 조건부로 허용하거나 또는 제2단계 절차로 넘기는 등 세 가지 결정을 내릴 수 있고, 제2단계의 정식심사절차에서는 조건 없는 허용, 조건부 허용 또는 조건 없는 전면 금지라는 세 가지 결정을 내릴 수 있다.

위원회는 2001년에 이래적으로 모두 5건의 전면 금지결정을 내린 바 있으나, 여전히 거의 대부분의 기업결합은 제1단계 절차에서 약식으로⁹⁾ 아무런 조건 없이 허용되고 있다. 그나마 경쟁상 문제를 야기할 우려가 있는 기업결합들도 제2단계 절차에서 대체로 당사회사가 제시한 시정방안을 조건으로 허용되고 있다. 이 점은 합병규칙이 시행된 1990년 이래 2008년 말까지 조건부로 허용된 기업결합이 모두 266건인 반면, 전면 금지된 기업결합은 불과 20건에 불과한 사실에서도 알 수 있다.¹⁰⁾ 2008년의 경우만 보더라도 위원회에 신고된 기업결합의 건수는 모두 347건으로 1990년 합병규칙의 시행 이후 세 번째로 많았으나, 그중 307건의 기업결합은 연내에 제1단계 절차에서 아무런 조건 없이 허용되었고,¹¹⁾ 19건의 기업결합은 제1단계 절차에서 조건부로 허용되었다. 반면, 2008년에 제2단계 심사절차가 개시된 10건 중 최종적으로 금지결정이 내려진 사례는 없었다.

이처럼 기업결합을 전면적으로 금지한 사례는 매우 적는데, 실무상 당사회사가 불리한 결과를 예상하여 신고를 철회하거나 심사절차 도중에 기업결합계획 자체를 포기하는 경우도 적지 않음을 고려할 때, 금지될 만한 사례는 이보다 훨씬 많았을 수 있다.¹²⁾ 이 같은 결과는 무엇보다 유럽의 합병규제에 있어서 사전신고의무가 경쟁에 미치는 효과와 상관없이 매출액만을 기준으로 발생하기 때문에 경쟁상 우려가 없는 기업결합이 상당수 심사대상에 포함되는 데에서 비롯되는 것으로 보인다.

II. 시정방안의 성격과 관련 고시

1. 시정방안의 성격

유효경쟁을 실질적으로 저해할 우려가 있는 기업결합을 전면적으로 금지하는 결정을 내리는 것

8) Giorgio Monti, EC Competition Law, 2007, 283면.

9) Commission, Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 4064/89, OJ C 217, 29.7.2000. 동 고시는 2005년 3월 개정되었다.

10) Maurice De Valois Turk, "The EC's Revised Remedies Notice - The Trustee's perspective", ECLR 2009, 30(7), 332면. 그 중 4건은 법원에 의하여 취소되었다.

11) 조건 없이 허용된 307건 가운데 118건은 통상적인 심사절차를, 189건은 이른바 '약식절차'를 거친 것이었다. Commission, Annual Competition Report 2008, 9면.

12) Maurice De Valois Turk, 앞의 글, <각주 5> 참조.

은 사적자치에 기초한 M&A 거래를 사전에 불허한다는 점에서 전형적인 규제조치에 해당한다. 반면, 기업결합계획의 일부 수정을 조건으로 당해 기업결합을 허용하게 하는 시정방안은 그 내용을 확정하는 과정에서 위원회와 당사회사 사이에 심도 있는 협의가 이루어진다는 점에서 다분히 일방적 조치인 전면 금지와 비교되는 측면이 있다. 그런데 시정방안을 통한 이른바 '조건부 승인'의 경우에서도 합병규칙에 내재된 규제의 고유한 특성을 찾을 수 있다.

먼저, 구조적 시정방안의 핵심 요소는 '분리매각될 자산이 유력한 경쟁사업자를 만들어 낼 수 있는지' 여부이고, 이때 제3의 인수기업이 독자적인 경쟁력을 가질 수 있는지를 판단하는 기준은 위원회가 기업결합의 경쟁제한성을 심사하는 데 사용해오던 기준과는 커다란 차이가 있다. 즉, 기업결합은 언제나 구조조정 이후에 과연 시장에서 유효경쟁이 이루어질 것인지에 대한 예측을 필요로 하는 바, 구조적 시정방안을 채택함에 있어서는 분리매각될 자산의 인수기업이 적절한 이윤을 내면서 시장에서 살아남을 것인지가 주요 쟁점이 된다. 그 결과, 구조적 시정방안의 경우는 경쟁력 있는 사업자를 가능하게 하기 위하여 패키지(Package)로 제공되어야 할 자산, 노하우, 인적 자원 등을 확인하고 평가하는 작업이 이루어지지 않으면 안 된다.

그러나 문제는, 경쟁제한성을 판단하는 경우와는 달리 새로이 유력한 경쟁사업자를 창출하는 데 필요한 요소가 무엇인지를 분석하는 일반적 기준이나 경제이론이 없다는 점이다. 통상 어떤 기업이 어떤 자산을 인수하여야 하는지는 상당 부분 관련 산업의 특성에 좌우되고, 이를 위하여 필요한 자산의 인위적 분리·매각은 전통적인 경쟁정책의 범주를 넘는, 당해 시장의 경쟁구조를 경쟁당국인 위원회가 좌우한다는 의미를 갖는다. 이때, 어떤 시정방안을 통하여 장래에 유효경쟁을 회복하는 것은 기업결합의 금지와는 달리, 보다 적극적이고 형성적인 규제수단을 요하게 된다는 점에서 시정방안이 갖는 고유한 규제적 성격을 찾을 수 있다.

2. 시정방안에 관한 고시

위원회는 2001년 12월, 세계에서 처음으로 기업결합의 시정방안에 관한 접근방법을 담은 고시¹³⁾를 채택하였다. 위 고시는 1990년 이후 합병규칙을 적용한 경험과 나름의 시행착오를 거친 미국 연방거래위원회(FTC)의 기업분할절차에 관한 실무를 폭넓게 반영하고 있었다. 그 후 위 고시는 위원회 및 유럽법원의 시정방안에 관한 실무 축적과 2005년에 발간된 위원회의 Merger Remedies Study¹⁴⁾ 등을 토대로 2008년에 대폭 개정되었다. 무엇보다 위 보고서는 1996년부터 2000년까지 처리된 40건의 기업결합에서 수용된 96개의 시정방안을 그 구조, 집행 및 효과라는 측면에서 검토한 후, 분할대상 사업의 올바른 범위 확정, 분할이 이루어지기까지의 잠정적 보호조치, 적절한 인

13) Commission, Notice on remedies acceptable under Council Regulation No. 4064/89 and under Commission Regulation No. 447/98.

14) Commission, Merger Remedies Study, Oct. 2005.

수기업의 승인 및 시정방안의 효과적인 사후 감독 등 몇 가지 결론을 도출하고 있다.

한편, 2008년에 개정된 고시(이하 “동 고시”라 함)¹⁵⁾는 Form RM을 도입하여 당사회사에게 자료 제출의무를 보다 강화하는 한편, 기업분할(Divestiture)의 범위와 구매기업의 적정성 판단기준을 보다 엄격하게 규정하고, 분리매각절차나 수탁자의 역할 등 시정방안 이행요건을 명확하게 제시하고 있다. 특히, 무엇보다 중요한 개정사항은 기업분할 이외의 시정방안은 분할매각과 그 효과 면에서 동등한 경우에만 가능하고, 사후 모니터링의 곤란함과 조치의 실효성에 대한 우려가 인정되는 경우에는 분할매각 이외의 시정방안을 거절할 수 있다고 명시한 부분이다(동 고시 para.14, 61).

동 고시의 일차적 목표는 당사회사가 제안한 시정방안이 내용상 명확한지, 위원회가 제기한 경쟁상의 문제를 완전히 해결하여 시장지배적 지위의 형성이나 강화를 막을 수 있는지 여부 등을 합리적으로 판단하도록 하는 데 있다. 이때, 당해 기업결합이 경쟁상 위험을 야기한다는 점에 대한 입증책임은 마땅히 위원회가 지는 동시에, 어떤 시정방안이 그러한 경쟁상 위험을 제거하기에 적절하지 못하다는 점, 즉 시정방안에도 불구하고 여전히 당해 기업결합이 유효경쟁을 현저히 저해할 것이라는 점에 대한 입증책임 또한 위원회가 부담한다(동 고시 para.8).¹⁶⁾ 여기서 위원회는 당해 기업결합을 가능한 완벽하게 평가하기 위하여 가능한 모든 정보를 얻지 않으면 안 되고, 이러한 사정은 개정 고시에서 당사회사의 정보제공의무 강화로 반영되었다.

동 고시의 또 다른 목표는 위원회가 수용한 시정방안이 효과적이고, 가능한 단기간 내에 이행될 수 있도록 담보하는 데 있다. 이를 위하여 시정방안은 원칙적으로 일단 이행된 후에 추가적이고 지속적인 이행감독을 요하지 않아야 하는 바, 행태적 시정방안의 경우에 사후 감독 시스템이 철저하지 않을 경우는 일단 내린 허용결정을 취소하기도 매우 곤란하기 때문이다(동 고시 para.13). 이것이 바로 구조적 시정방안이 선호되는 가장 큰 이유이다. 이를 위하여 시정방안에는 이행에 관한 구체적이고도 상세한 내용과 방법이 포함되어 있어야 한다.

Ⅲ. 시정방안의 유형별 검토

1. 시정방안의 개관

유럽 경쟁법상 경쟁제한적 기업결합에 대한 시정방안이란, 당초 의도한 기업결합에 대하여 위원

15) Commission, Notice on remedies acceptable under Council Regulation No. 139/2004 and under Commission Regulation No. 802/2004, OJ C 267, 22.10.2008.

16) 종전의 고시에서는 시정방안이 영구적으로 유효경쟁을 유지시킬 것이라는 점에 대한 입증책임이 당사회사에 있음을 명시하고 있었으나(구 고시 para.6), 2005년 유럽1심법원(CF)의 EDP 판결의 취지에 따라 개정고시에서는 입증책임의 전환이 이루어지게 되었다. *Energias de Portugal SA(EDP) v. Commission* [2005] ECR II-3745 at 65.

회가 제기한 경쟁제한의 우려를 제거하기 위하여 이를 일부 수정(Modifications)하는 것을 말한다.¹⁷⁾ 실무상으로는 Model Texts for Divestiture Commitments가 마련되어 있는데, 이는 비록 구속력은 없으나 그와 다른 내용의 시정방안을 제시할 경우에는 이를 명시하고 그 사유를 설명하여야 한다는 점에서 나름 중요한 의미를 갖고 있다(동 고시 para.21 참조).

비록 이론상 다툼의 소지는 있으나, 시정방안의 유형은 크게 다음의 두 가지로 대별할 수 있다.¹⁸⁾ 하나는 구조적 시정방안(Structural Remedy)으로서 시장구조에 직접 영향을 미칠 수 있는 보유사업의 (분할)매각, 단순한 지분매각 등이 포함된다. 다른 하나는 비구조적 내지 행태적 시정방안(Non-structural or Behavioral Remedy)으로서 당사회사의 재산권 제한을 주된 내용으로 하며, 생산설비 등의 제3자 개방이나 비차별적 접근 보장, 강제라이선스 등의 조치가 포함될 수 있다. 실무상 구조적 시정방안과 행태적 시정방안의 조합도 충분히 가능하며, 경우에 따라서는 구조적 방안의 실효성을 담보하기 위하여 행태적 방안이 반드시 수반되어야 하는 경우도 있다.¹⁹⁾

위원회가 구조적 시정방안, 즉 '독자적으로 생존 가능한 사업' (Viable Stand-alone Business)의 분할매각을 선호하고 있는 점에는 의문이 없으나,²⁰⁾ 예컨대 비수평적 결합이나 접근(Access), 요금 등에 대한 규제가 이루어지고 있는 산업에서의 결합에서는 행태적 시정방안이 문제된 기업결합의 경쟁제한효과를 보다 적절히, 비례원칙에 맞게 해소할 수도 있다.²¹⁾ 즉, 어느 시정방안이 보다 적합한 것으로서 선호될지는 'Case by Case'로 판단할 필요가 있다(동 고시 para.15).²²⁾ 따라서 구조적 조치를 선호함에도 불구하고 제안된 시정방안이 행태적 조치만을 담고 있다는 이유만으로 위원회가 반드시 이를 배척하는 것은 아니다.²³⁾

반면, 비구조적 시정방안은 그 내용을 적절하게 특정하기가 어려울 뿐만 아니라, 무엇보다도 효과적인 사후 감시가 곤란하기 때문에 예외적인 경우에만 고려된다(동 고시 para.69).²⁴⁾ 행태적 시정방안은 당사회사의 장래 행위에 대한 예측을 요한다는 점에서 그 이행 여부 및 실효성이 확실히 담보되기 어렵고, 따라서 당사회사 또한 스스로 효과적인 감시 시스템을 마련하여야 할 뿐만 아니라 경쟁당국으로서도 장기에 걸친 사후 감독(Long-term Monitoring)을 수행하지 않으면 안 된다.

이처럼 구조적 시정방안은 유효경쟁을 구조적으로 유지하기에 확실한 수단으로서 그 이행 여부가 명확하여 사후 감시가 요구되지 않는다는 점에서 행태적 시정방안보다 우수한 것으로 평가되고

17) Commission, Annual Competition Report 2008, 8면; Sophie Papon, "Structural v. Behavioral Remedies in Merger Control: A Case-to-Case Analysis", ECLR 2009, 30(1), 36면.

18) Alison Jones/Brenda Sufrin, EC Competition Law, 3rd Ed., 2008, 983면.

19) 예컨대, 인수기업이 취득자산을 효과적으로 활용할 수 있도록 보장하기 위하여 기업의 분할매각에 부수하여 상표나 상호 또는 특허의 라이선스 계약이 체결될 필요가 있을 수 있다.

20) G. Monti, 앞의 책, 283면 이하.

21) Penelope Papandropoulos/Alessandro Tajana, "The Merger Remedies Study - In Divestiture We Trust?", ECLR 2006, 453면.

22) S. Papon, 앞의 글, 37면. 그에 따르면, 특히 수직결합의 경우에 행태적 시정방안이 적절할 수 있다고 한다.

23) 이러한 맥락에서 제출된 시정방안이 구조적인 것인지 행태적인 것인지 여부는 중요하지 않다. R. Whish, 앞의 책, 874면; CFI, T-102/96 [1999] ECR II-753 "Gencor" 판결 참조.

24) 이러한 태도는 미국의 경우에도 별반 다르지 않다. 무엇보다 Richard Parker/David Balto, The Evolving Approach to Merger Remedies, Antitrust Report, May 2000 참조.

있다. 다만, 구조적 시정방안은 위원회의 예측이나 판단이 잘못된 경우에도 원상회복이 거의 불가능하다는 점에서 매우 위험한 측면이 있고, 당사회사의 자산을 분리매각함에 있어서 생존 가능성이 없거나 충분히 경쟁적이지 않은 부적절한 매수인이 선정될 경우, '경쟁 회복'이라는 당초의 목표를 달성하기 어려워질 수 있다. 따라서 시정방안의 이행을 감독할 자, 이른바 '수탁자' (Trustee)를 위촉하는 것이 적절할 수 있는데, 이 경우 당사회사가 기업분할을 위한 시정방안에 제시된 기한 내에 적절한 매수인을 찾지 못할 때에는 수탁자가 매각가격에 구애받지 않고 주어진 기간 내에 당해 사업부문을 처분할 수 있는 권한을 위임받아야 한다. 실제로 위원회는 수탁자를 적극 활용하고 있는데, 예컨대 2001년에 조건부 허용결정이 내려진 사례 중에서 단 한 건을 제외하고는 모두 수탁자가 임명되었다.²⁵⁾

한편, 기업분할과 같은 구조적 시정방안을 이행하는 과정에서 매각자산에 대한 제3자의 매수청구권이 존재하거나, 핵심적인 계약관계나 특허권 등의 양도가 불가능해지거나 또는 적절한 인수기업을 찾을 수 없는 등의 불확실성이 존재할 수 있다. 더구나 당사회사는 촉박한 기한 내에 적절한 인수기업을 찾아 해당 사업을 매각하여야 하는 처지에 있기 때문에 이와 같은 불확실성은 예상보다 클 수 있다. 이 경우, 위원회는 시정방안 이행의 불확실성에 따른 경쟁보호 측면의 리스크를 감수하기보다는 흔히 '예비적 시정방안' (Alternative Commitments)을 함께 제안하도록 하는 바, 이를 '왕관보석' (Crown Jewel)이라고 한다(동 고시 para.44 이하).

2. 구조적 시정방안

(1) 기업분할의 대상(Scope of the Divestiture)

중복자산의 매각만으로 언제나 당해 기업결합의 경쟁상 우려가 완전히 해소되는 것은 아니다.²⁶⁾ 이 점은 매각자산에 대하여 통상 10년의 재취득 금지기간(동 고시 para.43, 71-75)을 설정하더라도 마찬가지이다. 분할매각의 경우에도 그 실효성을 위협할 만한 여러 가지 위험요소, 예컨대 매각 대상 자산과 인수기업의 확정과정에서 나타나는 위험뿐만 아니라 실제 분할매각이 진행 중인 과정에서도 고객이나 인력 이탈 등의 위험이 발생할 수 있기 때문이다.²⁷⁾ 그럼에도 불구하고 위원회는 금지결정을 내리지 않는 한 효과적인 경쟁구조를 회복시키는 가장 신속하고 효과적인 방법은 기업분할을 통하여 새로운 경쟁자를 출현시키거나 기존의 경쟁자를 강화시키는 것이라는 관념을 갖고

25) Mario Monti, "The Commission's Notice on Merger Remedies", Merger Remedies in American and European Union Competition Law, 2003, 9면.

26) Commission, XXXth Report on Competition Policy 2000, para.272.

27) 이처럼 분할매각과정에서 발생할 수 있는 위험은 크게 Composition Risk, Purchaser Risk 및 Asset Risk로 표현할 수 있다. Maurice D. V. Turk, 앞의 글, 333면.

있다(동 고시 para.22).

분리매각되는 사업에는 적절한 구매자(Suitable Purchaser)가 인수할 경우에 결합회사와 효과적으로 경쟁할 수 있을 정도의 생존 가능한 사업이 포함되어 있어야 한다(Viability, Competitiveness ; 동 고시 para.23). 이때, '생존 가능한 사업'이라 함은 그 자체가 독립된 상태로 운영될 수 있는 기존의 사업, 이른바 'Stand-alone Business'를 말한다. 이를 위해서는 자산을 인수한 사업자가 시장에서 생존 가능한 경쟁자가 되기 위하여 필요한 사업의 구성 요소, 예컨대 유형적 요소(연구개발, 생산, 분배, 판매활동 등)와 무형적 요소(지적재산권, 영업권 등), 자산, 인력, 부품 조달 및 판매처, 고객명단, 제3자 서비스 계약, 기술 지원 등을 취득할 수 있어야 한다(동 고시 para.26-27). 그런데 어떤 사업의 생존 가능성은 때때로 인수기업이 보완적인 자산을 보유하고 있는지 여부에 의하여 좌우되거나, 규모의 경제 또는 하드웨어와 소프트웨어 간의 네트워크 효과를 기대할 수 있을 때에만 당해 사업이 제 기능을 발휘할 수도 있다. 그 결과, 경우에 따라서는 매각대상사업이 생존 가능성을 갖추기 위하여 경쟁제한의 우려가 없는 시장에 관련된 당사회사의 사업을 기업분할계획에 포함시키는 것이 필요할 수도 있다.

한편, 분할매각에서 제외될 자산은 명시적으로 특정되어야 하며, 당사회사가 해당 자산이 매각 사업의 생존 가능성과 경쟁력에 별다른 영향을 미치지 않는다는 점을 입증할 수 있는 경우에 위원회는 그러한 매각제외(Exclusion from the Divestiture)를 용인하게 된다(동 고시 para.29) 그밖에 매각자산을 인수하는 회사가 이미 관련 시장에서 활동 중인 사업자일 수도 있다. 이 경우, 피취득회사의 모든 중복자산을 매각할 필요가 있는지는 의문이며, 기업분할은 특정 생산공장 또는 판매점, 브랜드(Brand) 등에 국한될 수 있다.

(2) 인수기업의 적절성

매각사업의 생존 가능성은 인수기업의 지위에 상당부분 달려 있다. 만약 경쟁자가 시장에서 어떠한 경험도 없거나 적절한 노하우, 자금력 등이 없다면 시정방안에 문제가 발생하게 된다. 향후 관련 시장의 경쟁정도는 인수기업의 경쟁력에 달려 있기 때문이다. 따라서 시정방안의 실효성을 담보하기 위하여 인수기업의 결정, 즉 누가 당해 자산을 인수할 것인지는 위원회의 승인을 요한다. 이때, 인수기업은 생존 가능성이 있는 사업자이어야 하고, 당사회사와 독립적이거나 특수한 관계가 없어야 한다. 또한, 자금력, 입증된 전문적 식견과 더불어 당사회사와 경쟁함에 있어서 분할된 사업을 유지·발전시킬 충분한 유인을 가지고 있어야 한다(동 고시 para.48).

일반적으로 매각자산이 적절한 인수기업에게 이전되는 것을 담보하는 방법에는 세 가지가 있다(동 고시 para.50, 53, 56). 첫째는 위원회가 승인한 인수기업에게 정해진 기한 내에 당해 사업을

양도하도록 하는 것이고, 둘째는 인수기업과 구속력 있는 계약을 체결하기 전까지는 계획된 기업 결합을 실행하지 못하도록 하는 것이며, 셋째는 위원회의 결정절차가 진행 중인 동안 당사회사가 특정 인수기업을 정하여 구속력 있는 계약을 체결하도록 하는 것이다. 이 중, 둘째가 'Up-Front Buyer', 셋째가 'Fix-It-First' 방식이며, 양자의 차이라면 Up-Front Buyer 방식의 경우는 위원회가 허용결정을 내리기 전까지 인수기업이 누구인지를 알 수 없다는 점이다. 적절한 인수기업을 찾는데 허용되는 시간은 통상 6개월이며, 3개월까지 추가로 연장될 수 있다.

(3) 기업분할의 난점

일반적으로 구조적 시정방안은 경쟁제한의 우려가 있는 기업결합에 대한 최선의 해결방법이다. 위원회가 'Mix and Match' 방식보다는 사업 전체의 분리매각을 선호하는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 앞서 지적한 바와 같이 구조적 시정방안은 위원회가 계속해서 감시·감독을 하지 않아도 된다는 또 다른 장점이 있다. 일단 인수기업이 정해지고, 분리된 자산의 매각이 성립하면 위원회가 공동체조약 제101, 제102조 위반의 경우를 제외하고는 더 이상 당해 기업결합에 대해서 감독할 필요가 없기 때문이다. 그러나 구조적 시정방안에도 문제점은 있다.

첫째로, 정보의 구조적 비대칭성과 경쟁 회복이라는 목적에 비추어볼 때 당사회사에게는 실효성 있는 시정방안을 마련할 유인이 없을 수밖에 없다. 즉, 당사회사가 분할된 자산을 인수할 기업이 경쟁력 있는 기업이기를 바랄 이유가 없는 것이다. 이것은 추가로 몇 가지 문제점을 가져올 수 있다. 예컨대, 자산이 매각되는 동안 당사회사가 이를 관리하면서 인력을 이전하거나, 특정 상표·특허 등을 제거하거나, 생산공장 또는 판매점포를 부적절하게 관리함으로써 그 가치를 감소시키려는 유혹이 있을 수 있다. 당사회사가 나름 경쟁력 있는 적절한 인수기업을 찾고자 하는 유인도 적을 수밖에 없다. 이러한 위험을 방지하기 위하여 동 고시는 'Monitoring Trustee' 'Divestiture Trustee' 'Hold Separate Manager' (HSM) 등을 규정하고 있는 바(동 고시 para.114, 117 이하),²⁸⁾ 이러한 장치들은 모두 매각기업이 자산가치를 감소시키는 행위 또는 사업활동을 방해하는 행위를 하지 못하도록 하기 위한 것이다.

둘째로, 매각기업과 인수기업 사이에 존재하는 정보의 비대칭성으로 인하여 인수기업으로서는 해당 산업에서 효과적인 경쟁자가 되기 위하여 어떠한 자산이 필요한지 모를 수 있고, 그 결과 성공적인 시장 진입에 필요한 자산 패키지를 구성하기 어렵다. 더욱 심각한 문제는 매각기업으로서는 오히려 인수기업에게 꼭 필요한 자산을 패키지에 포함시키지 않으려는 유혹을 갖는다는 점이다. 이때, 경쟁당국 또한 관련 산업분야를 충분히 알지 못하므로 적절한 도움을 주기 어렵다.

28) 다만, HSM은 매각사업의 관리·감독을 위하여 당사회사가 임명하는 제3자로서, 당사회사의 부담으로 위원회가 임명하는 수탁자(Trustee)와 구별된다.

셋째로, 인수기업이 추후 특정 부품의 공급 또는 기술 지원을 지속적으로 필요로 하는 경우에는 구조적 시정방안만으로 경쟁을 회복시키기 어렵다. 이를테면, 기술 이전이 기업분할에 필수적일 수도 있는 바, 정보의 비대칭성으로 인하여 인수기업은 자신이 인수하는 자산의 성격과 가치를 제대로 평가하기 어렵고, 매각기업으로서도 적절한 기술이나 노하우를 제공할 유인이 없기 때문이다. 그밖에도 매각기업은 특정 브랜드를 매각한 후에 그와 유사한 브랜드를 출시하거나 기존의 판매망을 이용하여 해당 브랜드의 활용을 방해할 유인이 있다.

넷째로, 당사회사는 자신의 지위를 위태롭게 하지 않을 인수기업을 선택할 유인이 있는 반면, 구조적 시정방안은 - 다분히 이론적이기는 하지만 - 다른 경쟁사업자의 지위 강화를 통한 힘의 균형(Symmetry)과 그에 따른 답합을 용이하게 할 수 있다.²⁹⁾ 예컨대, 경쟁관계에 있는 사업자 간에 자산매각이 이루어진 사례로는 프랑스 생수산업에서 진행되었던 네슬레/페리에(Nestlé/Perrier) 사건³⁰⁾을 들 수 있다. 위원회는 Nestlé의 Perrier 인수와 동시에 Perrier의 주요 브랜드 중 하나인 볼빅(Volvic)의 소유권을 Nestlé의 경쟁사인 BSN(Boussois-Souchon-Neuvesel)에 이전하기로 하는 일련의 제안을 조건으로 기업결합을 승인하였다. 여기서 위원회는 Volvic이 BSN에 매각됨으로써 Nestlé와 BSN 간에 균형이 회복될 수 있다고 판단하였다.³¹⁾ 그런데 이 경우, 경쟁사업자의 지위가 그 만큼 강화되어 독점기업의 일방적 시장지배라는 위험은 줄어드는 반면, 시장점유율이나 자산이 균형 있게 배분될수록 이들 간의 공동행위의 위험성은 증가하게 되는 것이다.

3. 비구조적 시정방안

기업분할이 언제나 용이하거나 실효적인 것은 아니며, 몇 가지 경우에는 행태적 시정방안에 의해서 대체 또는 보완될 필요가 있다.

먼저, 매각대상인 자산을 인수하려는 자가 나타나지 않을 수 있고, 이때는 행태적 시정방안만으로 만족할 수밖에 없게 된다. 예컨대, 행태적 시정방안이 수용된 보잉/맥도넬더글라스(Boeing/McDonnell Douglas) 사건³²⁾에서는 기존의 어떤 항공기 제작업체도 Boeing으로부터 McDonnell Douglas의 민간항공기부문인 Douglas Aircraft Company(DAC)를 인수하는 데에 관심이 없었고, DAC를 인수하여 민간제트항공기시장에 진입하려는 잠재적 경쟁자도 찾을 수 없었다. 또한 배타적 협정, 네트워크 효과, 핵심 특허기술의 존재로 인하여 구조적 조치만으로는 경쟁상의 우려를 충분히 해결할 수 없거나, 기업분할이 관련 R&D 노력을 분산시킴으로써 비효율성을

29) Massimo Motta/Michele Polo/Helder Vasconcelos, "Merger Remedies in the EU", Merger Remedies in American and European Union Competition Law, 2003, 106면; Papandropoulos/Tajana, 앞의 글, 449면.

30) Commission, OJ L 356/1, 1992.12.5.

31) 이 문제는 기업결합에 의한 독점적 시장구조의 강화와 이를 해결하기 위한 기업분할의 친(親)공동행위적 여건조성 간의 모순관계로 이해할 수 있다.

32) Commission, OJ L 336/16, 1997.12.8.

수반하는 경우는 분할매각에 더하여 비구조적 시정방안이 보충적으로 고려된다. 그밖에 비수평 결합의 경우, 당초부터 경쟁제한효과가 당해 결합 이후의 시장행태, 예컨대 결합판매나 거래거절 등에서 야기될 수 있는 경우에는 행태적 시정방안이 ‘보다 일반적으로’ (More Generally) 효과적일 수 있다.³³⁾

한편, 비구조적 내지 행태적 시정방안은 대체로 경쟁사업자의 존속을 보장하기 위하여 당사회사로 하여금 다른 사업자와 협력하는 내용으로 이루어진다. 그 결과 행태적 시정방안에는 당사회사가 보유하고 있는 주요 자산, 원재료, 기술 등을 경쟁사업자가 이용할 수 있도록 하는 내용이 주를 이룬다.³⁴⁾ 이러한 상황은, 특히 당사회사가 수직적으로 결합된 경우에 주로 발생하는데, 전후방 시장의 연계를 통한 봉쇄효과를 상쇄하는 데에는 경쟁사업자에게 주요 자산에 대한 접근을 허용하거나 차별적인 취급을 하지 않는 등의 조치가 효과적일 수 있기 때문이다.

이와 관련된 사례로는 예컨대 보다폰에어터치/만네스만(Vodafone Airtouch/Mannesmann) 사건³⁵⁾을 생각할 수 있다. 이 기업결합을 통하여 ‘유럽 전역에 걸친 단일 무선망’ (Seamless Pan-european Mobile Telecommunications Network)이 처음으로 구축되었다. 그 결과 당사회사는 통합 무선망을 통하여 8개 회원국에서 압도적인 시장지배력을 갖게 된 반면, 다른 경쟁사업자들은 중·단기적으로 전 유럽에 걸친 무선서비스를 제공할 수 없었다. 당사회사는 다른 사업자들에게도 전 유럽에 걸친 서비스가 가능하도록 자신의 통합 무선망에 대한 접근을 허용하는 내용의 시정방안을 제시하였다. 다만, 위원회는 이 분야의 기술 발전이 매우 빠르고, 3세대 UMTS(Universal Mobile Telecommunications System) 면허가 부여되었으며, 다른 경쟁사업자들도 대체망을 구축할 예정이라는 점을 감안하여 망(網) 개방의무를 3년에 국한하였다.

그밖에 처음부터 비구조적 시정방안만 ‘제안’ 되었던 사례로는 비방디/커널플러스/시그람(Vivendi/Canal+/Seagram) 사건³⁶⁾을 들 수 있다. 이 사건에서는 유럽의 유료TV시장에서 경쟁상 우려가 제기되었다. Seagram은 할리우드의 6대 영화사 중 하나로서, 자회사인 유니버설(Universal)을 통하여 콘텐츠에 대한 지배력을 가지고 있었다. 동 기업결합으로 인하여 Canal+는 유럽 최대의 유료TV사업자로 미국 메이저 영화사, 특히 Universal로부터 유료TV용 고품질영화를 사실상 배타적으로 제공받게 되었다. 이에 위원회는 동 기업결합 이후 전방의 콘텐츠 공급자가 후방의 다른 사업자에 대하여 고품질영화에 대한 접근을 거절하거나 제한할 것을 우려하였다. 이에 당사회사는 Universal의 계약자 선정 시스템이 경쟁사를 차별하지 않을 것을 제안함으로써 이러한 우려를 불식시키려고 하였으나, 위원회는 이를 받아들이지 않았다. 그 후 Vivendi가 영국의 유

33) Papandropoulos/Tajana, 앞의 글, 449면.

34) 예컨대, Case M.1439 Telia/Telenor [2001] OJ L 40/1과 같이 가입자선로의 개방을 약속하거나, Case M.1601 AlliedSignal/Honeywell [2001] OJ L 152/1과 같이 상호연동성을 촉진할 것을 약속하는 경우를 들 수 있다.

35) Commission, COMP/M. 1795, 2000.4.12.

36) Commission, COMP/M. 2050, 2000.10.13.

료TV회사인 BSkyB(British Sky Broadcasting)의 지분을 매각함과 아울러 Universal의 영화작품 중 50% 이상에 대해서 Canal+에게 '우선방영권' (First-window Rights)을 부여하지 않겠다는 등의 보다 강력한 시정방안을 제안하면서 동 기업결합이 허용되었다.³⁷⁾

그런데 행태적 시정방안이 비록 그 내용은 사례별로 상이하더라도, 공통적인 것은 바로 다른 경쟁사업자의 존속(存續)을 촉진한다는 데에 있고, 이를 통하여 구조적 시정방안과 결과적으로 동일한 목표를 지향하고 있다는 점이다. 양자의 차이는 무엇보다 대부분의 비구조적 시정방안이 그 성질상 계속적인 규제·감독을 요한다는 데에 있다. 문제는 지속적 감시·감독이 여러 가지 이유로 그 실효성을 담보하기 어렵다는 데에 있다. 예컨대, 차별취급의 금지나 접근보장의무 등은 갖가지 공급 지연이나 부가서비스의 감소 등의 방법으로 쉽게 규제를 회피할 수 있고, 차별이나 접근거절이 발생하는지 여부는 요금이나 거래조건만 가지고 판단하기 어렵다.

경쟁사업자에게 주요 기술이나 설비에 대한 접근을 보장하여 시장 진입을 촉진하고자 하는 시정방안도 그리 효과적인 것으로 평가받지 못하고 있다.³⁸⁾ 그에 따라 개정 고시는 접근 보장이 효과적이고 경쟁사업자들도 봉쇄를 피하기 위하여 접근을 적극 활용할 것으로 기대되는 경우에 이를 수용할 수 있음을 정하고 있다(동 고시 para.64, 65). 그런데 이 경우의 관건은, 대체로 당사회사와 접근을 요하는 제3자 사이에 일시적이거나 협력에 원활하게 이루어지는지 여부이다. 제3자가 현실적 또는 잠재적 경쟁자인 경우에 당사회사가 제3자의 성공적인 진입을 조장하기 위하여 일정 기간 이거나 효과적으로 협력하여야 할 유인을 찾기가 매우 어렵기 때문이다. 비구조적 시정방안이 갖는 이러한 문제들은, 결국 구조적 시정방안을 우선시하여야 하는 또 하나의 이유가 된다.

끝으로, 당사회사가 기업결합 이후에 시장지배적 지위를 갖게 될 경우, 그러한 지위를 남용하지 않겠다는 내용의 시정방안은 대체로 위원회가 수용하지 않는다는 점에도 주목할 필요가 있다. 남용을 하지 않겠다는 약속으로 관련 시장에서 유효경쟁이 회복되지도 않을 뿐만 아니라, 자칫 합병 규제를 사전 규제에서 사후 규제로, 사전심사에서 사후 감시로 대체할 우려가 있기 때문이다.³⁹⁾

37) 그밖에 유력한 경쟁사업자에 대하여 독점판매권을 부여하는 내용의 시정방안이 승인된 예로는 아스트라/제네카(Astra/Zeneca) 사례(Commission, COMM/M. 1403, 1999.2.26) 참조.

38) Commission, Merger Remedies Study, 2005, 135면.

39) 반면, 유럽법원은 테트라 라발(Tetra Laval) 판결에서, 이 경우에도 위원회는 남용을 하지 않는다는 시정방안이 문제된 경쟁제한성을 해소할 수 있는지 여부를 심사할 의무는 있다고 판시하였다. ECJ, Case C-12/03, 2005.2.15.

IV. 맺는말

1. 기본 원칙의 정립

우리나라에서 경쟁정책적 관점에서 기업결합을 규제한지도 어언 30여년이 다 되어간다. 그런데 경쟁제한적 기업결합에 대하여 어떠한 시정조치를 부과할 것인지와 관련해서는 지금까지 별다른 기본 원칙이나 지도원리(Guiding Principles)를 찾을 수 없다. 유럽의 사례에서 알 수 있듯이 시정조치의 기본 원칙이란 다년간에 걸쳐 축적된 사례와 이들 사례에서 부과된 시정조치의 실효성 내지 효과에 대한 분석을 통하여 다듬어질 수 있는 것이다.⁴⁰⁾ 그런데 공정거래위원회가 지금까지 내려진 기업결합 시정조치의 실효성을 깊이 있게 분석한 적이 없거나, 실효성 있는 가이드라인이 없다는 사실로부터 기본 원칙의 부재를 다시 한 번 확인할 수 있다.

유럽 경쟁법의 사례에서 확인할 수 있는 중요한 원칙은 시정조치가 효율성을 증대시킬 기업결합을 억제하지 않으면서 경쟁제한의 우려를 해소할 수 있어야 하며, 이 점에서 언제나 실효성의 원칙과 비례의 원칙 사이에서 조화를 이루지 않으면 안 된다는 점이다. 아울러 구조적 시정조치와 행태적 시정조치와의 관계를 이론적으로 정립하는 작업은 결코 용이하지 않을 뿐만 아니라, 각각의 조치가 갖는 장단점에 따라 구체적인 사례마다 최적의 시정조치는 상이할 수 있다는 점에서 지나치게 경직된 접근방법은 피하여야 할 것이다.

2. 제도 개선의 방향

유럽의 경쟁법 집행에 있어서 합병규제에 널리 활용되고 있는 '시정방안'은 독점규제법상 시정조치의 운영에도 많은 시사점을 줄 수 있다. 무엇보다 유럽의 합병규칙상 금지결정이나 시정방안이 경쟁제한적 시장구조의 해소를 최우선 과제로 삼고 있다는 점은, 적지 않은 사례에서 경쟁제한적 시장구조를 그대로 방치하면서 폐해 방지에 치중하거나 구조적 조치와 비구조적 조치의 관계를 충분히 고려하지 않아온 우리나라의 시정조치제도 운영에 시사 하는 바가 크다.

여기서 제도 개선의 출발점은 기업결합규제의 본래 취지를 준수하는 것이다. 기업결합규제는 시장지배적 지위 남용의 규제와 달리 시장지배력이 남용될 수 있는 시장구조의 형성을 가능한 사전에 막는 데 의미가 있다. 이러한 맥락에서 유럽의 합병규제 실무상 구조적 시정방안이 원칙적으로 우선한다는 원칙에 유념하되,⁴¹⁾ 행태적 시정방안이 보다 효과적일 수 있는 전제조건을 보다 구체화

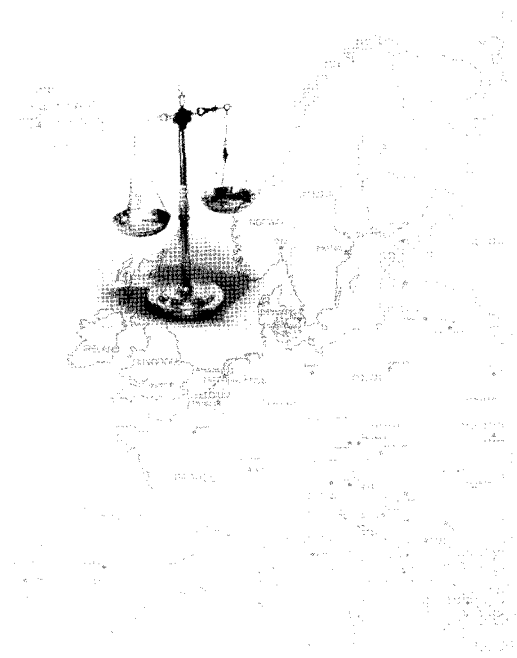
40) Papandropoulos/Tajana, 앞의 글, 454면.

41) 이봉의, "독점규제법상 기업결합 시정조치의 재검토", 경쟁법연구 제20권, 2009, 319면 이하; 이호영, "독점규제법상 기업결합에 대한 시정조치의 개선", 저스티스 제90호, 2006.4, 221면.

하여 양자의 관계를 명확히 정립할 필요가 있다.⁴²⁾

또한, 시정조치의 내용을 정함에 있어서 경쟁당국의 일방적 판단 외에 당사회사에게 이니셔티브(Initiative)를 줄 수 있는 유럽의 '시정방안'은 기업결합의 경쟁제한성을 해소하면서 당해 결합에서 의도하는 효율성을 최대한 발휘할 수 있게 하는 장치로서, 독점규제법에 '조건부 승인'을 명시하는 방법으로 도입할 필요가 있다. 이때, 동법 제7조 제2항의 예외적 허용제도가 그대로 존치될 수 있는지, 향후 도입될지도 모를 동의명령제와의 관계는 어떻게 이해할 것인지 등에 대해서는 별도의 논의가 이루어져야 할 것이다.

아울러 아무리 합리적인 시정조치라도 그 이행이 사후적으로 충분히 감시되지 않으면 안 되는바, 공정거래위원회의 심사대상 기업결합을 다소 줄이더라도 시정조치의 이행감독에 보다 많은 노력을 기울여야 할 것이다. 끝으로, 공정거래위원회가 관련 시장의 경쟁구조를 보다 효과적으로 보호하면서도 비례의 원칙이나 법적 안정성 등 시정조치의 기본원칙이 준수될 수 있도록, 관련 법 규정의 정비와 더불어 현행 「기업결합에 관한 시정조치 부과지침」(2006.12.27)을 정비할 필요가 있다.



42) 보다 자세한 내용은 이봉의, 위의 글, 309면 이하.