

M&A 거래에 부수된 경업금지 약정의 경쟁제한성 판단기준*)

법무법인 세종 변호사 | 이상돈, 한예선

I. 서론

M&A 거래에 있어서 매수인이 매도인으로 하여금 일정 기간 거래대상 회사가 영위하는 영업 또는 거래대상 영업과 동일한 종류의 영업을 하지 못하도록 하는 약정, 즉 경업금지(競業禁止) 약정¹⁾을 체결하는 것은 보편적인 현상이다.²⁾

M&A 거래에서 매도인은 매수인으로부터 거래대상 회사 또는 영업의 가치를 매매대금 등의 형태로 수령한다. 그러나 매도인은 회사 또는 영업의 매도에도 불구하고 기존에 보유하고 있던 노하우, 영업비밀, 고객관계 등의 무형적 자산을 보유하고 있으므로, 이를 활용하여 동종 영업을 다시금 영위하여 추가적인 수익을 얻으려는 유인이 있을 수 있다. 이러한 경우 매도인이 동종 영업을 지속하려는 유인을 차단하고 매수인의 경제적 이익을 보호하는 것이 바로 경업금지 약정의 목적이다.

우리 상법은 이와 동일한 관점에서 경업금지에 관한 사항을 특별히 규정하고 있다.³⁾ 상법 제41조 제1항은 영업을 양도한 경우에 다른 약정이 없으면 양도인은 10년간 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에서 동종 영업을 하지 못한다고 규정하고 있고, 제2항은 양도인이 동종 영업을 하지 아니할 것을 약정한 때에는 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에 한하여 20년을 초과하지 아니한 범위 내에서 그 효력이 있다고 규정하고 있는 것이다. 그러나 상법 규정은 상법상 영업양도에 해당하는 거래에만 적용될 뿐만 아니라 경업금지 대상지역도 양도대상 회사 영업 소재지의 동일·인접 행정구역에 한정된다는 점에서 그 보호범위가 충분하지 않다. 결국, 사적자치의 원칙에 따른 거래당사자 간의 경업금지 약정이 별도로 필요한 것이다.

*) 본고의 견해는 필자들의 개인적인 견해이며, 법무법인 세종이나 그 특정 고객의 입장을 대변하지 않는다.

1) 사용자인 회사가 그 퇴직 근로자로 하여금 동종의 영업을 하지 못하게 하거나 동종의 영업을 하는 다른 회사로 전직하지 못하게 하는 약정에 대해서도 경업금지 약정이라는 용어를 사용하지만, 이에 대해서는 본고의 검토 범위에서 제외한다.

2) 상당수의 모범 계약서 양식들이 경업금지 약정을 포함하고 있다. 예컨대, American Bar Association, Model Stock Purchase Agreement with Commentary (2nd Ed., ABA Book Publishing), p. 233, 윤희웅, “M&A 관련 법률과 실무 개관”, 서울지방법변호사회 2010년 변호사연수 교육 교재, 제215면 등.

3) “영업양도의 양도인이 인근 지역에서 새로이 동종의 영업을 수행한다면, …… 결과적으로 양수인은 고객관계 등 재산적 가치 있는 사실관계를 제외하고 단순히 영업용 재산만을 양수한 것과 차이가 없으므로 양수인이 지급한 대가와 균형이 맞지 않아 불공평하다. 그러므로 상법은 양수인으로 하여금 영업양수의 실효를 거둘 수 있도록 양도인에 대해 경업을 금지하고 있다”고 설명된다. 이철송, 상법총칙·상행위(제13판), 박영사(2015년), 제285면.

2 M&A 거래에 부수된 경업금지 약정의 경쟁제한성 판단기준

그러나 경업금지 약정의 현실적·경제적 필요성에도 불구하고 경업금지 약정이 시장에서의 공정한 경쟁을 저해하여서는 안 된다는 한계를 준수해야 함은 분명하다. 예컨대, 반도체 생산장비 제조시설을 매각한 매도인이 향후 10년간 반도체 관련 산업 분야에서 일체의 영업활동을 하지 못한다는 경업금지 약정을 체결할 경우 반도체 관련 시장에서 장기간 동안 중요한 시장참여자가 배제된다. 한편, 매도인이 보유한 전국의 시멘트 생산 설비 중 수도권에 소재한 설비만을 매각하면서 매수인과 향후 10년간 수도권을 제외한 지역에만 시멘트를 공급하겠다는 경업금지 약정을 체결할 경우 이는 사실상 지역에 따른 시장분할 합의로서 악용될 수도 있다.

따라서 매수인의 정당한 이익을 보호하기 위한 범주를 넘어서는 경업금지 약정은 경쟁법 위반으로서 규제할 필요가 있다. 그런데 아직까지 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 한다) 및 그 관련 법령은 경업금지 약정의 적법성 판단기준에 대한 규정을 두고 있지 않고, 이에 관하여 학계 및 실무상 논의도 구체적으로 이루어지지 않은 것으로 보인다. 국내외를 넘나드는 M&A 거래가 활발하게 이루어지고 있고 이들 중 많은 거래에서 경업금지 약정이 체결되는 점을 감안하면, 이러한 법령 및 학설의 공백 상태는 결코 바람직한 것이 아니다.

이러한 상황에서 유럽연합 집행위원회(European Commission, 이하 ‘유럽집행위원회’라 한다) 등 외국 경쟁당국의 규정 및 선례가 논의의 시작점으로서 중요한 참고자료가 될 수 있을 것으로 보인다. 특히 유럽집행위원회는 별도의 법령과 가이드라인을 두어 경업금지 약정의 적법성 판단에 대한 구체적 기준을 정하고 있을 뿐만 아니라, 최근 들어 주목할 만한 2건의 집행례를 남긴 바가 있다.

이하에서는 먼저 유럽의 경업금지 약정 관련 법령 및 유럽집행위원회 선례에 대하여 차례로 살펴본 후, 이를 바탕으로 우리 공정거래법 하에서 고려할 수 있는 경업금지 약정의 적법성 판단기준 및 관련 쟁점에 대하여 검토하기로 한다.

II. 유럽 법령상의 경업금지 약정에 대한 규율

1. 관련 법령의 체계

유럽 기업결합 규제의 핵심 법원(法源)인 ‘유럽연합 합병 이사회규칙’[Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), 이하 ‘합병규칙’이라 한다]은

‘기업결합의 실행을 위하여 직접 관련되고 필요한 계약상 제한(restrictions directly related to, and necessary for, the implementation of the concentration)’이 존재할 수 있다는 점을 인정하고, 유럽집행위원회의 기업결합에 대한 승인 결정은 그러한 계약상 제한까지 승인하는 의미를 포함한다고 규정하고 있다[합병규칙 전문 제21항, 제6조 제1항 (b)호, 제8조 제1항, 제2항].

유럽집행위원회는 위 합병규칙 조항의 해석과 관련하여 ‘기업결합에 직접 관련되고 필요한 약정에 관한 위원회 고시’⁴⁾[Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C 56/3), 이하 ‘부수약정고시’라 한다]를 두고 있다. 부수약정고시는 먼저 부수약정(ancillary restraint)의 적법성에 대한 일반적 기준에 대하여 실시한 후, 다른 사업자를 인수하는 경우(부수약정고시 Ⅲ.)와 합작회사 설립에 참여하는 경우(부수약정고시 Ⅳ.)를 나누어 각각 경쟁금지 조항(non-competition clauses), 라이선스 계약(license agreement), 공급·구매 의무(purchase and supply obligations)를 예시하면서 그에 관한 적법성 판단기준을 제시하고 있다.

이하에서는 부수약정고시에 규정된 부수약정의 적법성에 대한 일반적 기준에 대하여 살펴본 후에, 다른 사업자를 인수하는 경우(M&A)와 합작회사 설립에 참여하는 경우에 관한 그 경쟁금지 조항의 적법성 판단기준에 대하여 살펴본다.⁵⁾

2. 부수약정의 적법성에 대한 일반적 판단기준

부수약정고시는 문제된 약정이 기업결합에 직접 관련되고 필요한지 여부를 판단하는 기준은 해당 약정의 ‘객관적 목적(object in nature)’에 의한다고 규정하고 있다(부수약정고시 제11항). 해당 약정이 거래당사자들의 입장에서 거래에 직접 관련되고 필요하다고 판단한다거나, 기업결합과 동일한 기회에 체결되었다는 점만으로 그 기준에 부합한다고 볼 수는 없다(부수약정고시 제11항 및 제12항).

4) 이와 관련하여 유의할 점은, 고시(notice)는 법원이나 유럽집행위원회에 대한 엄밀한 법률상 구속력은 없다는 점이다. 다만, 고시는 법원 및 유럽 집행위원회가 합병규칙의 해석 및 집행과정에서 축적한 선례들을 체계화·규정화한 것이므로 관련 쟁점에 대한 중요한 가이드라인으로서의 역할을 하는 것은 분명하다. Einer Elhauge & Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics* (2d Ed., Hart Publishing 2011), p. 52.

5) 참고로, 미국의 경우 경쟁금지 약정의 적법성에 대하여 주로 각 주의 판례법으로 관련 법리가 축적되어 왔는데, 대체적으로 각 주의 법원들은 지역적 범위 및 약정기간이 합리적이고 영업비밀이나 영업권과 같은 중요한 이해관계를 보호하는 데에 필요한 이상 그 유효성을 인정하는 경향이 있다(American Bar Association, op. cit., p. 229). 한편, 법무부(Department of Justice) 및 연방거래위원회(Federal Trade Commission)는 경쟁금지 약정의 적법성 및 그 판단기준에 관한 명시적인 가이드라인을 두고 있지 않지만, 연방거래위원회 웹사이트상의 ‘Guide to Antitrust Laws’ 섹션의 ‘Market Division or Customer Allocation’ 부분에 연방거래위원회의 개략적인 입장을 추출할 수 있는 내용이 게재되어 있어 참고할 가치가 있어 보인다(<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/market-division-or>). 이에 따르면, 연방거래위원회는 “제한적인 형태의 경쟁금지 약정은 영업을 양도되는 거래에 통상적으로 포함되는 거래로서, 일반적으로 법원들은 경쟁금지 약정이 주된 거래에 부수적인 것으로서 매각되는 자산의 가치를 보호하는 데에 합리적으로 필요하고 시간적·지역적으로 제한된 범위에서 이루어지는 이상 그러한 약정이 유효하다고 판단하여 왔다”고 실시하여 판례법의 입장에 동의하고 있다. 이는 대체로 유럽집행위원회의 입장과 유사하다고 평가할 수 있다.

2 M&A 거래에 부수된 경업금지 약정의 경쟁제한성 판단기준

구체적으로는, 해당 약정이 없다고 가정할 경우 ① 기업결합이 성사될 수 없거나 ② 설사 성사되더라도 보다 불확실한 조건 하에서나 이루어지거나 상당히 큰 비용 또는 오랜 시간이 소요되거나 성사 가능성이 낮아진다면, 해당 약정은 기업결합에 직접 관련되고 필요한 것이라고 인정된다. 만약 경업금지의 목적을 달성할 수 있는 여러 방안이 있다면, 당사자들은 가장 경쟁제한의 소지가 적은 방안을 채택해야 한다(부수약정고시 제13항).

3. 다른 사업자를 인수하는 경우의 경업금지 조항에 대한 구체적 판단기준

다른 사업자를 인수하는 거래에서 경업금지 조항이 ‘기업결합에 직접 관련되고 필요함’ 적법한 약정인지 여부를 판단하는 기준에 관하여, 부수약정고시는 ① 약정기간(duration) ② 지역적 적용범위(geographical field of application) ③ 물적 적용범위(subject matter) ④ 인적 적용범위(persons subject)가 기업결합의 성사라는 정당한 목적의 달성에 합리적으로 필요한 범위를 넘지 않는 경우에 정당화될 수 있다고 규정하고 있다(부수약정고시 제19항).

1) 약정기간과 관련하여서는, 거래대상 무형자산으로서 영업권(goodwill) 및 노하우(know-how)가 모두 포함된 경우에는 원칙적으로 3년 이내이어야 하고, 영업권만이 포함된 경우에는 원칙적으로 2년 이내이어야 한다(부수약정고시 제20항). 다만, 예외적으로 그보다 긴 5년이 허용된 선례도 있는데(부수약정고시 제20항 각주 5), Volvo / Renault V. I.에서는 관련 제품(트럭) 시장에서의 고객 충성도와 제품주기가 길다는 점을 고려하였고,⁶⁾ Kodak / Imation에서는 긴 관련 제품주기(5~7년)와 노하우의 중요성 등을 고려하였다.⁷⁾ 유형자산(토지, 건물, 기계류 등)만을 대상으로 하거나 배타적 산업재산권 등만을 대상으로 하는 거래에는 기간을 불문하고 경업금지 약정이 허용되지 않는다(부수약정고시 제21항).

2) 지역적 적용범위와 관련하여서는, 매도인이 당해 거래 이전부터 관련 제품·용역을 공급하던 지역으로 한정되어야 한다. 단, 매도인이 신규 시장진입을 위하여 거래시점에 이미 투자를 집행한 지역으로까지 확대될 수 있다(부수약정고시 제22항).

3) 물적 적용범위는, 거래대상 사업자의 경제적 활동을 구성하는 제품·용역에 한정되어야 한다. 여기에는 거래시점에 이미 개발이 충분히 진행된 단계이거나 개발이 완료된 제품·용역이 포함된다(부수약정고시 제23항).

4) 인적 적용범위와 관련하여서는, 매도인 본인, 자회사(subsidiaries) 및 상업대리인에

6) Case No COMP/M.1980, para. 56.

7) Case No IV/M.1298, para. 73.

한정되어야 하고, 그 외의 제3자에 대해서는 적용될 수 없다(부수약정고시 제24항). 매도인이 거래대상 영업과 경쟁관계에 있는 회사의 주식을 매수 또는 보유하는 것을 금지하는 것은 허용되지만, 경영에 관여하지 않거나 중대한 영향력을 취득하지 않고 순수한 투자의 목적으로 주식을 매수하거나 보유하는 것을 금지하는 것은 허용되지 않는다(부수약정고시 제25항).

4. 합작회사 설립에 참여하는 경우의 경업금지 조항에 대한 구체적 판단기준

합작회사 설립시 경업금지 약정의 적법성 판단기준도 앞에서 살펴본 다른 사업자를 인수하는 경우와 대체로 유사하다. 우선 합작회사의 존속기간 동안 유지되는 합작회사와 모회사 간의 경업금지 조항은 합작회사 설립에 의한 기업결합에 직접 관련되고 필요한 약정으로 보아 적법하다고 인정된다(부수약정고시 제36항). 지역적 적용범위는 모회사가 당해 거래 이전부터 관련 제품·용역을 공급하던 지역으로 한정되어야 하고(부수약정고시 제37항), 물적 적용범위는 합작회사의 경제적 활동을 구성하는 제품·용역에 한정되어야 한다(부수약정고시 제38항). 인적 적용범위와 관련하여서는, 합작회사를 지배하지 않는 모회사(non-controlling parent)와 합작회사 간의 경업금지 조항은 적법하지 않다(부수약정고시 제40항). 합작회사의 모회사들 사이의 공동행위를 초래하는 경업금지 조항도 적법하지 않은 것으로 해석된다.⁸⁾

III. 유럽집행위원회의 최근 집행례

유럽집행위원회는 2012년과 2013년에 잇달아 경업금지 약정과 관련된 중요한 집행 선례를 남겼다. 2012년 Siemens / Areva 사건에서는 동의의결절차로 위법한 경업금지 약정을 자진시정하게 하였고, 2013년 Telefónica / Portugal Telecom 사건에서는 시장지배적 사업자들의 위법한 경업금지 약정을 조사하여 거액의 과징금을 부과하였다. 이하에서는 이 2건의 선례를 차례로 검토하기로 한다.

1. 유럽집행위원회의 Siemens / Areva 결정(2012)⁹⁾

(1) 사실관계

8) Lennart Ritter, W. David Braun, European Competition Law: A Practitioner's Guide (3rd Ed., Kluwer Law International, 2004), p. 644.

9) Case Comp/39736.

2 M&A 거래에 부수된 경업금지 약정의 경쟁제한성 판단기준

Siemens AG(이하 'Siemens'라 한다)와 Areva SA(이하 'Areva'라 한다)의 전신인 Framatome SA는 2001년경 민간 원자력 발전사업을 공동으로 영위하고자 각각 34%와 66%의 지분을 출자하여 합작회사인 Areva NP SAS(이하 'Areva NP'라 한다)를 설립하였다. 합작회사의 설립을 위한 주주간 계약서에는 Areva NP와 모회사들 간의 경업금지 조항 및 비밀유지 조항을 두었는데, 이는 합작회사의 운영기간 동안은 물론 Siemens가 Areva NP에 대한 지배권을 상실한 이후에도 4년 동안 적용되는 것이었다.¹⁰⁾ 또한 그 적용대상은 합작회사가 영위하는 사업영역[원자로 관련 시설(nuclear island), 원자력 서비스(nuclear services) 및 핵연료 집합체(nuclear fuel assemblies)] 뿐만 아니라 원자로 관련 시설 부품과 2차측 건물¹¹⁾(conventional island) 관련 시장까지 포함하는 것이었다. Siemens는 Areva에게 Areva NP에 대한 지분을 양도한 이후, 2009년 10월경 지나치게 포괄적인 경업금지 의무와 비밀유지 의무 등을 규정한 주주간 계약이 유럽연합의 기능에 관한 조약(Treaty of the Functioning of the European Union, 이하 '유럽기능조약'이라 한다) 제 101조 등에 위반된다는 이유로 유럽집행위원회에 신고서(complaint)를 제출하였다.

(2) 유럽집행위원회의 결정

유럽집행위원회는 2011년 12월 16일 Areva NP 설립에 관한 주주간 계약에 포함된 경업금지 의무와 비밀유지 조항의 위법성 여부에 대한 예비검토서(preliminary assessment)를 Siemens 및 Areva에게 송부하였다. 이에 Siemens 및 Areva는 2012년 2월 16일 그에 대한 시정방안(commitments)을 마련하여 제출하였는바, 유럽집행위원회는 2012년 6월 18일 위 시정방안을 수락함으로써 동의의결방식으로 사건을 종결하였다.

유럽집행위원회는 예비검토과정에서, Siemens가 Areva NP의 지분을 Areva에 양도하여 지배력을 상실한 이후에도 부과되는 경업금지 및 비밀유지 의무가 유럽기능조약 제 101조에 위반될 우려가 있다고 판단하였다. 합작회사의 사업상 가치를 보전하기 위하여 합작회사와 그 모회사들 간에 경업금지 및 비밀유지 약정을 체결할 필요성은 인정되지만, 합작관계 종료 이후 경업금지 의무의 적용기간과 대상이 지나치게 광범위하여 비례성(proportionality)이 상실되었다고 보았기 때문이다.

유럽집행위원회는 ① Siemens가 Areva NP 운영에 관여하면서 취득할 수 있는 영업비밀의 시의성과 비밀성이 유지되는 기간을 고려할 때 Siemens가 Areva NP에 대한 지배권을 상실한 이후부터 3년을 넘지 않는 범위에서¹²⁾ ② 합작관계 종료 이후 경업금지 조항의 적용범위는 Areva NP의 투자에 기반을 두어 생산된 제품으로 사업을 영위하는 시장

10) 최초 합작계약서에는 Siemens가 Areva NP에 대한 지배력을 상실한 날로부터 8~11년까지 경업금지 의무 등을 부과하는 것으로 되어 있었지만, 이후 중재절차에서 4년으로 축소되었다. Ibid., para. 33.

11) 원자력발전소에서 일반 화력발전소와 공통적으로 존재하는 1차측 주증기 공급계통과 무관한 터빈이나 발전기 등이 위치하는 건물을 말한다.

12) Ibid., para. 72.

으로 한정되어야 하며, Areva NP가 사업을 영위하지 않거나 단순 재판매업자(reseller)로 활동하는 시장은 제외되어야 한다고 보았다. 유럽집행위원회는 Siemens가 Areva NP 운영에 참여하면서 관련 영업비밀을 취득할 수 있고, 이를 활용하여 합작회사를 겨냥한 직접적인 경쟁관계를 형성하거나 사업상 이익을 취할 수 있기 때문에 합작관계 종료 이후에도 경업금지 의무의 필요성이 인정된다고 판단하였으므로, 이러한 취지에 부합하는 범위 내에서 경업금지 의무가 부과되어야 한다고 본 것이다.

이에 Siemens와 Areva는 ① Siemens가 Areva NP의 주된 사업영역과 직접 관련되지 않은 시장에서는 자유로이 경쟁할 수 있고 ② Areva NP의 주된 사업영역에 한해서만 합작관계 종료 이후 3년 동안 경업금지 의무와 비밀유지 의무가 적용되는 것으로 주주간 계약을 수정하는 방안을 제시하였다. 유럽위원회는 이러한 시정방안이 예비검토에서 도출된 결론에 부합한다고 보아 이를 수용하였다.

(3) 의의 및 평가

이 결정에서는 거래대상 회사와 직접 경쟁관계에 있는 매도인에게 경업금지 의무를 부과하는 것은 거래대상 회사의 가치를 유지하는데 적당하고 필요한 수단임을 전제로, 그 내용이 적법한 부수약정으로 인정되기 위한 구체적 기준에 관하여 판단하였다. Siemens는 Areva NP의 경영에 참여하여 영업비밀을 지득할 수 있었을 뿐 아니라 동일 시장 내의 경쟁사업자이므로 경업금지 약정이 주된 거래의 이행에 필요하고 직접적 관련성이 있다는 점은 인정되었지만, 다만 그 범위의 적정성이 문제된 것이다. 유럽집행위원회는 경업금지 및 비밀유지 조항의 적용기간, 지리적 범위, 물적 범위를 구체적으로 제시하여 거래당사자들의 자발적 시정을 유도하였다. 경업금지 약정이 M&A 거래를 달성하기 위한 부수적 수단으로 사적 자치의 영역에 가깝다는 점, 강력한 제재처분보다는 자발적 시정을 통하여 법 위반을 해소하도록 하는 것이 예방적 측면에서 효과적이라는 점 등을 고려하면 동의의결절차를 활용하기에 적합한 사안으로 이해된다.

2. Telefónica / Portugal Telecom 결정(2013)¹³⁾

(1) 사실관계

스페인 최대의 통신사업자인 Telefónica, S.A.(이하 ‘Telefónica’라 한다)는 2010년 7월 28일 포르투갈 통신시장의 1위 사업자인 Portugal Telecom SGPS, S.A.(이하 ‘Portugal Telecom’이라 한다)으로부터 Brasilcel NV(이하 ‘Brasilcel’이라 한다)의 지분 50%를 매

13) Case Comp/39839.

2 M&A 거래에 부수된 경업금지 약정의 경쟁제한성 판단기준

매대금 7,500만 유로에 양수하는 주식매매계약(이하 본 항목에서 ‘본건 주식매매계약’ 또는 ‘본건 거래’라 한다)을 체결하였다. Telefónica와 Portugal Telecom은 2002년경 각 50%씩 지분을 출자하여 네덜란드에 투자목적회사인 Brasilcel을 설립한 뒤 Brasilcel을 통하여 브라질의 이동통신 서비스 업체인 Vivo Participacoes, S.A.(이하 ‘Vivo’라 한다)를 공동으로 지배하고 있었는데, Vivo는 2010년 당시 브라질의 통신 서비스 시장에서 약 30%의 시장점유율을 차지하는 유력한 사업자였다. Telefónica는 Portugal Telecom이 보유하고 있던 Brasilcel의 지분을 양수함으로써 Vivo에 대한 단독지배를 취득하고자 하였다.

그런데 Brasilcel 주식매매계약에는 다음과 같은 경업금지 조항(이하 본 항목에서 ‘본건 조항’이라 한다)이 포함되어 있었다. “법률상 허용되는 범위에서, 당사자들은 본건 거래 종결일부터 2011년 12월 31일까지 이베리아 반도의 시장 내에서 당사자들이 직접 또는 계열회사를 통해 직·간접적으로 경쟁관계에 놓일 수 있는 통신사업(유선·이동통신 서비스, 인터넷 접속·텔레비전 서비스를 포함하며, 다만 현재 진행 중인 투자나 사업활동은 제외) 관련 프로젝트에 참여하거나 투자하여서는 아니 된다.”¹⁴⁾

유럽집행위원회가 2011년 1월경 본건 조항의 경쟁법 위반 여부에 관한 조사를 개시하자 Telefónica와 Portugal Telecom은 2011년 2월 4일 본건 주식매매계약에서 위 조항을 삭제하였다. 그러나 유럽집행위원회는 2013년 1월 23일 본건 조항이 존속하였던 기간 동안 유럽기능조약 제101조에 위반되는 시장분할 합의(market-sharing agreement)가 존재하였다고 판단하고, Telefónica에 66,894,000유로, Portugal Telecom에 12,290,000유로의 과징금을 각각 부과하였다.

(2) 유럽집행위원회의 결정

당사자들은 ① 유보적이고 추상적인 본건 조항의 내용에 비추어 거래당사자를 구속하는 경업금지에 관한 합의가 확정적으로 성립되었다고 볼 수 없고 ② 동 조항은 본건 주식매매거래에 필수적이고 밀접한 부수약정(ancillary restraints)으로서 효율성증대효과가 존재하므로 유럽기능조약 제101조에 위반되지 않는다고 주장하였다. 그러나 유럽집행위원회는 이러한 주장을 배척하고, 본건 조항이 잠재적 경쟁사업자들 간의 관련 시장¹⁵⁾을 분할하는 경쟁제한적 합의라고 판단하였다.

14) 해당 부분의 원문은 다음과 같다. “To the extent permitted by law, each party shall refrain from engaging or investing, directly or indirectly through any affiliate, in any project in the telecommunication business (including fixed and mobile services, internet access and television services, but excluding any investment or activity currently held or performed as of the date hereof) that can be deemed to be in competition with the other within the Iberian market for a period starting on the date of Closing until December 31, 2011.” Ibid., para. 29.

15) 유럽집행위원회는 본건 거래의 관련 상품시장을 ① 당사회사들이 사업을 영위하는 이베리아 반도의 모든 전자통신 서비스 시장과 ② 본건 경업금지 조항에 명시적으로 언급된 텔레비전 서비스 시장으로 확정하되, 본건 조항의 경업금지 범위가 넓은 점을 고려할 때 관련 상품시장의 한계에 관한 보다 상세한 판단은 유보하였다. 관련 지리적 시장은 당사회사들의 주된 사업지역인 스페인과 포르투갈 시장으로 보았다. Case Comp/39839, paras. 131-143.

전문가 기고

당사자들은 ① 본건 조항에서 경업금지 의무가 ‘법률상 허용되는 범위(to the extent permitted by law) 내’에서 성립된다는 점을 명시하고 있으므로, 거래당사자로서는 본건 거래에 적용될 수 있는 경업금지 약정의 범위와 적법성에 대하여 자체적으로 평가할 의무를 부담할 뿐 경업금지에 관한 확정적 합의가 성립된 것이 아니고 ② 본건 조항의 내용이 추상적이기 때문에 이행범위에 대하여 추가로 합의하지 않는 이상 거래관계에 그 조항을 직접 적용하는 것은 불가능하며 ③ 경쟁제한적 의도도 인정되지 않는다고 주장하였다.¹⁶⁾

그러나 유럽집행위원회는 본건 조항의 문언상 경업금지 의무를 부과하는 것이 명백하다고 판단하였다. 유럽집행위원회는 ① 거래당사자들이 협상과정에서 법률 자문을 받아 추상적인 문구로 된 조항을 의도적으로 삽입하였다는 점 ② 경업금지 의무의 내용과 범위에 관한 검토 내지 평가가 마무리된 날이 아니라 ‘거래 종결일’부터 경업금지 의무가 발생하도록 명시하였다는 점 ③ 추가적인 합의가 없더라도 본건 조항에 따라 거래상대방에게 경업금지 의무의 이행을 요구할 여지가 있다는 점 등을 근거로 거래당사자들의 주장을 배척한 것이다.¹⁷⁾

다음으로, 본건 약정이 대상거래의 이행에 직접적으로 관련되고 필요한 부수약정에 해당하는지에 대해서도 심도 있는 검토가 이루어졌다. 유럽집행위원회는 ① 주된 거래의 이행에 객관적으로 필요한 제한인지(whether the restriction is objectively necessary for the implementation of the main operation) ② 그것이 적절한 수준인지 여부(whether it is proportionate to it)를 기준으로 부수약정의 적법성을 판단한다고 실시

피심인의 주장	유럽집행위원회의 판단
포르투갈 정부가 경업금지 조항을 포함시키지 않을 경우 본건 거래를 불승인할 것이라는 합리적 믿음이 있었으므로, 본건 조항은 거래에 직접적으로 연관되는 필수적 조항임	주된 거래에 직접적이고 불가결한 조건인지 여부는 거래당사자의 주관적 인식이 아니라 객관적 관점에서 판단되어야 하고, 포르투갈 정부가 본건 조항을 거래승인의 전제로 하였다는 증거도 없음
Portugal Telecom이 본건 조항을 거래 종결의 전제로 요구하였음	본건 거래가 성사되기 위한 필수조건이었다는 입증이 없음
본건 조항은 주된 거래와 연관된 다른 거래와 밀접하고 불가결한 관계에 있는 부수약정임	‘주된’ 거래에 필수적인 조건이어야 하지만, 피심인은 주된 거래가 아닌 인위적으로 세분한 일부 거래와 밀접한 관련이 있다고 주장하고 있음
본건 주식매매계약 체결 당시에는 본건 조항이 합법적이라고 판단될 가능성을 배제할 수 없는 합리적 신뢰가 있었으므로, 본건 주식매매계약 체결 이후에 본건 조항이 위법하다고 판단되었다는 사후적 사정을 고려하여서는 아니 됨	계약 체결 당시와 계약 이후 소위 거래당사자들의 자체 평가과정에서 판단의 전제가 된 정보에 근본적 차이가 없음. 특히 본건 조항은 이베리아 반도 전체에서의 경업금지 의무를 약정하고 있어서, 궁극적으로는 브라질 회사인 Vivo를 인수하는 본건 거래를 이행하는데 직접적으로 연관된다고 볼 수 없음

16) Ibid., paras. 245–247.

17) Ibid., paras. 249–255.

2 M&A 거래에 부수된 경업금지 약정의 경쟁제한성 판단기준

하였다.¹⁸⁾ 유럽집행위원회는 다음과 같은 이유로 당사회사들의 주장을 배척하면서, 본건 조항이 유럽기능조약 제101조의 적용이 제외되는 적법한 부수약정의 요건을 갖추지 못하였다고 판단하였다.

아울러, 본건 조항이 관련 시장에서 경쟁제한효과를 야기하지 않았다는 점을 당사회사들이 주장 및 입증하였더라도, 위법한 합의가 실제로 관련 시장에 부정적인 영향을 야기하였다는 점은 유럽기능조약 제101조 위반의 요건이 아니라는 점에서 이를 판단 또는 입증할 필요가 없다고 판단하였다.¹⁹⁾

(3) 의의 및 평가

본건 결정은 M&A 거래에서 대상회사의 가치를 유지하기 위하여 일반적으로 포함되는 경업금지 약정이 부당한 공동행위로서 문제되는 경우에 관한 판단기준을 제시한 것으로서 의미가 있다. 유럽집행위원회는 부수약정고시를 비롯한 관련 법령에서 제시된 기준은 물론, 경업금지 약정의 도입 경위와 거래당사자들의 의도, 관련 시장에 미치는 잠재적·실질적 효과와 경업금지 약정을 통하여 달성되는 거래상 효율성까지 고려하여 종국적인 위법성 여부를 판단하였다. 본건 조항은 궁극적인 거래대상 회사(Vivo)가 사업을 영위하는 브라질 시장과 무관한 이베리아 반도에서 지리적 시장 및 고객을 분할하는 내용이었고, 더욱이 거래당사자들이 스페인과 포르투갈 시장에서 시장지배력을 가지고 있었기 때문에 경쟁당국의 경쟁제한성에 대한 우려가 보다 크게 평가된 것으로 판단된다.

특히 Siemens / Areva 건에서 Siemens의 신고에 의하여 조사절차가 개시된 것과는 다르게, 이 건에서는 유럽집행위원회 직권으로 조사절차가 진행되었고 그 제재수준도 높다는 점에서 유럽집행위원회의 경업금지 약정에 대한 향후 적극적 규제방침을 시사한다고 볼 여지도 있다. 한편, 이 결정은 현재 유럽 일반법원(General Court)에 계류 중이므로 향후 법원 판결의 귀추를 주목할 필요가 있겠다.

V. 우리나라 공정거래법 해석을 위한 시사점과 쟁점

1. 경업금지 약정의 부당한 공동행위 해당 여부에 관한 검토²⁰⁾

18) Ibid., para. 367. 결정문의 해당 부분은 유럽 일반법원의 Métropole 판결(Judgment of the General Court (third chamber) of 18 September 2001, Case T-112/99, Métropole television (M6) and others, [2001] ECR II-2459)을 집중적으로 인용하고 있는데, 전술한 부수약정고시 역시 원칙적 판단기준에 관하여 이 판결을 인용하고 있다(부수약정고시 제19항 각주 4).

19) Ibid., para. 357.

20) 경우에 따라서는 경업금지 약정을 체결하게 한 매수인의 시장지배적 지위 남용행위나 불공정거래행위가 성립할 여지도 있을 것이지만, 본고에서는 부당한 공동행위와 관련된 쟁점을 중심으로 검토한다.

공정거래법 제19조 제1항 제4호는 사업자가 공동으로 ‘거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위’, 즉 시장분할 합의를 하는 것을 부당한 공동행위로 금지하고 있다. 경업금지 약정은 양수인이 대상회사나 대상사업을 새로이 영위하는 과정에서 양도인이 대상회사 등과 경쟁하지 않겠다고 약정하는 것이므로, 양수인은 양도인과 경쟁관계가 아니라고 하더라도 양도인과 대상회사와의 관계를 고려하면 항상 수평적 합의의 속성을 갖는다는 특성이 있다. 그런데 M&A 거래에 부수되는 경업금지 약정은 많은 경우 경쟁사업자간에 특정 상품·용역을 특정 지역에서 판매하지 않기로 하는 성격의 약정이므로, 외견상 거래상대방이나 지역에 따른 시장분할 공동행위에 해당할 가능성이 있다.

더군다나 - 앞에서 살펴본 유럽과는 달리 - M&A 거래에 부수되는 경업금지 약정이 소위 당해 거래에 필요한 부수약정으로서 적법하다고 볼 법률적 근거가 없고, 오히려 공정거래위원회 예규인 공동행위 심사기준은 그러한 시장분할 합의를 원칙적으로 경성 공동행위, 즉 ‘행위의 성격상 경쟁제한적 효과만 발생시키는 것이 명백한 공동행위’로 분류하고 있어서[공동행위 심사기준 V. 1. 가. (1)], 거래당사자들이 M&A에 부수하여 경업금지 약정을 체결하는 것이 원칙적으로 부당한 공동행위에 해당하는 것이 아닌가하는 의문이 있을 수 있다. M&A 거래에 부수된 경업금지 약정이 부당한 공동행위에 해당할 경우 거래당사자들에게 시정명령과 과징금 등의 시정조치가 부과될 수 있을 뿐만 아니라, 공정거래법 제19조 제4항²¹⁾에 의하여 경업금지 약정이 무효가 될 수도 있다.

그러나 M&A 거래에 부수하여 경업금지 약정을 체결하는 것은 기본적으로 연성 공동행위, 즉 행위의 성격상 경쟁제한효과와 효율성증대효과를 함께 발생시킬 수 있는 공동행위라고 봄이 타당하다.²²⁾ 즉, 경업금지 약정으로 인하여 일정 기간 동안 관련 시장에서 매도인의 영업이 제한되는 경쟁제한적 측면이 있을 수 있지만, 한편으로는 M&A 거래가 성사되는 경우의 효율성증대효과가 존재하고,²³⁾ 나아가 M&A 거래에 직접 필요한 범위의 경업금지 약정은 그 자체에 효율성증대효과가 있다고 볼 수 있는 것이다. 이러한 관점에 따르면 M&A에 부수된 경업금지 약정의 위법성을 판단하기 위해서는 해당 약정으로 초래되는 경쟁제한효과와 효율성증대효과를 종합적으로 심사해야 하고, 효율성증대효과가 경쟁제한효과보다 큰 경우에는 위법성이 인정되지 아니할 수 있다.

다만, M&A 거래의 일부로 체결되기는 하였지만, 당해 거래에 직접 관련되고 필요한

21) 공정거래법 제19조 제4항은 “제1항에 규정된 부당한 공동행위를 할 것을 약정하는 계약 등은 사업자간에 있어서는 이를 무효로 한다”고 규정하고 있다.

22) 공동행위 심사기준 역시 경성 공동행위로 분류되는 유형이라도 제반 사정상 효율성증대효과가 있을 것으로 보이는 경우에는 연성 공동행위와 마찬가지로 경쟁제한효과와 효율성증대효과를 비교형량하여 판단해야 한다는 점을 인정하고 있다[공동행위 심사기준 V. 1. 가. (5)].

23) 기업결합의 효율성증대효과에 관해서는 “두 기업이 결합함으로써 원료를 대량구매하게 되어 원료비가 절감되거나, 제품의 공동보관 또는 공동배송으로 비용이 절감되거나, 조직 또는 인력의 통폐합으로 인해 인건비 등이 절약되는 등 기업결합이 비용절감과 가격하락으로 연결되면 시장에서의 경쟁을 촉진시키고 소비자에게 이익이 될 수도 있는 것”이라고 설명되거나[임영철, 공정거래법 - 해설과 논점, 법문사(2008), 제56면], “기업의 성장이나 구조조정의 대표적인 수단으로서 규모의 경제(economies of scale)나 범위의 경제(economies of scope) 등을 실현함으로써 당해 기업의 효율성을 향상시켜서 경쟁을 촉진시킬 개연성이 얼마든지 존재”한다고 설명된다[이호영, 독점규제법(제4판), 홍문사(2013), 제93면].

2 M&A 거래에 부수된 경업금지 약정의 경쟁제한성 판단기준

것이 아닌 경업금지 약정까지 연성 공동행위로 보아야 하는지에 대해서는 의문이 있다. 매수인의 정당한 이익을 위하여 대상회사의 가치를 유지해야 한다는 경업금지 약정의 목적과 무관하거나 이러한 목적은 부수적인 것에 불과한 반면, 당해 거래 이후에 매도인을 시장진입에서 배제하여 경쟁을 제한하겠다는 의도에서 체결되는 경업금지 약정을 연성 공동행위로 보는 것은 문제가 있는 것이다.

더욱이 공동행위 심사기준은 연성 공동행위의 경우에는 관련 시장에서의 참여사업자들의 시장점유율 합계가 20% 이하인 경우에는 당해 공동행위로 경쟁제한효과가 발생할 가능성이 없거나, 경쟁제한효과가 발생하더라도 그 효과가 미미한 것으로 보고 심사를 종료한다고 규정하고 있다[공동행위 심사기준 V. 2. 가. (2)]. 이 규정에 따르면, 거래당사자들의 관련 시장에서의 시장점유율 합계가 20% 미만인 경우에는 M&A 거래를 필미로 위법한 경업금지 약정을 체결하더라도 부당한 공동행위로 규제하는 것이 어렵다는 다소 납득하기 어려운 결론에 도달하게 된다.

따라서 M&A 거래의 일부로 체결되는 경업금지 약정이 일률적으로 연성 공동행위에 해당한다고 보는 것은 적절하지 않고, 만약 경업금지 약정이 주된 거래에 직접 관련되고 필요한 것이라고 인정되지 않는다면 경성 공동행위에 준하여 보는 것이 적절하다. 앞에서 살펴본 유럽집행위원회의 Telefonica / Portugal Telecom 결정도, 당해 거래에 직접 관련되고 필요한 범위를 넘어선 경업금지 조항의 경우 관련 시장에 실제로 부정적인 영향을 미쳤다는 점이 입증되지 않더라도 유럽기능조약 제101조 위반이 인정된다고 보았는바, 이와 동일한 취지로 이해된다.

한편, 하나의 경업금지 약정이 체결되었지만 그 중 일부는 주된 거래에 직접 관련되고 필요한 것이고, 나머지 부분은 그렇지 않은 경우에 어떻게 처리해야 하는지 문제가 있을 수 있다. 예컨대, 거래대상 회사가 이미 영업하고 있는 시장뿐만 아니라 그렇지 않은 잠재적 시장까지 경업금지 대상으로 포함시킬 경우에는, 거래대상 회사가 영업하고 있지 않은 시장에서의 경업금지 약정은 어떻게 처리해야 하는지의 문제이다. 이러한 경우에는, 설사 단일한 기회에 체결된 하나의 경업금지 약정이라고 할지라도, 주된 거래에 직접적으로 관련되고 필요한 범위를 벗어난 부분의 경업금지 약정은 경성 공동행위에 해당한다고 보는 것이 적절하다고 본다.

2. 경업금지 약정의 적법성에 대한 구체적 판단기준에 관한 검토

M&A에 부수하여 다양한 경업금지 약정이 체결되고 있는 거래현실을 감안할 때, 실제 어떠한 내용의 경업금지 약정이 주된 거래에 직접 관련되고 필요한 것으로 적법한지 판

단할 수 있도록 합리적인 기준을 제시하는 것이 중요하다. 그러나 아직까지 공정거래법과 관련 규정에서는 적법한 경업금지 약정의 기준을 제시하고 있지 않다. 이러한 상황에서는, 이에 관하여 지속적으로 검토하면서 집행례를 축적해 온 유럽에서의 논의를 공정거래법 해석론은 물론 입법론을 위한 중요한 참고자료로 삼을 수 있을 것이다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 부수약정고시는 ‘기업결합에 직접 관련되고 필요한지’ 여부를 기준으로 경업금지 약정의 적법성 여부를 판단한다고 규정하고 그 세부적인 기준을 제시하고 있는바, 이러한 기준들은 경업금지 약정과 관련된 공정거래법의 해석 및 향후 관련 규정의 제정에 참고할 수 있을 것으로 보인다. 다만, 부수약정고시의 규정 중에서 다음과 같은 쟁점에 대해서는 보다 심도 있는 논의가 필요하다고 생각된다.

(1) 부수약정고시는 경업금지 약정기간에 대하여, 무형자산으로서 영업권 및 노하우가 모두 이전되는 경우에는 3년 이내, 영업권만이 이전되는 경우에는 2년 이내이어야 하고, 예외적 사정이 있는 경우에 그보다 긴 기간이 허용된다는 입장이다(부수약정고시 제20항).

그런데 앞에서 살펴본 상법 제41조는 영업양도인에 대하여 10년간 동일·인접 행정구역에서의 동종 영업을 금지하고 약정에 따라 20년까지 그 기간이 인정될 수 있다고 규정하고 있어서, 경업금지 기간에 대한 일반적 기준을 제시하는 것처럼 보이는 측면이 있다.²⁴⁾ 그러나 이 조항은 상법이 1963년 시행된 시점부터 존재하던 규정으로서 국경을 넘나드는 대규모 기업의 M&A 거래가 활발한 현 시점에서의 경업금지의 취지를 제대로 반영하고 있는지 의문인바, 위 상법 제41조에서 경업금지 기간의 일반적 판단기준을 제시한 것으로 해석할 수는 없다고 본다. 다만, 공정거래법의 해석상 적정한 경업금지 약정기간이 어느 정도인지에 대해서는 실증적 분석이나 집행 선례가 없는 상태이므로 명확한 기준을 제시하기는 어렵다. 따라서 현재로서는 유럽의 부수약정고시와 유사하게 2~3년을 원칙적으로 적정한 약정기간으로 보되, 그보다 단기 또는 장기가 적정하다고 판단될 예외적 사정 여부를 적극적으로 검토하는 것이 현실적일 것이다.

(2) 부수약정고시는 경업금지 약정이 적용될 수 있는 인적 범위로서 ‘자회사(subsidiaries)’를 적시하고 있고, 소위 ‘상방 계열회사(upstream affiliates)’를 포함하고 있지 않다(부수약정고시 제24항). 경업금지 약정을 체결한 매도인이 그 모회사의 의사결정에 영향을 미치는 것은 이론상 불가능하다는 점에서, 상방 계열회사는 제3자와 마찬가지로 보고 경업금지 약정의 적용대상에서 제외한 것으로 이해된다. 그러나 동일인이 전체 기업집단을 실질적으로 지배하는 경우가 많은 우리나라의 기업지배구조에서 이러한 이론적 접근

24) 이 조항의 영향 때문인지 시중의 계약서 양식의 경업금지 조항의 약정기간 부분에 “[10년]”이라고 기재되어 있는 경우도 있다. 윤희용, 전제논문, 제215면.

2 M&A 거래에 부수된 경업금지 약정의 경쟁제한성 판단기준

이 항상 적절하지는 않다. 따라서 상방 계열회사를 비롯한 전체 계열회사가 경업금지 약정의 적용대상이 되더라도 곧바로 위법은 아니라고 보는 것이 합리적이라고 생각된다.

다만, 공정거래법상 특수관계인 전체를 경업금지 약정의 적용대상으로 두는 것도 가능한지에 대해서는 논란의 여지가 있다. 공정거래법에 규정된 특수관계인의 범위가 너무 넓기 때문이다.

(3) 부수약정고시는 경영에 관여하지 않거나 경영에 대한 중대한 영향력을 취득하지 않고 순수한 투자목적으로 주식을 매수하거나 보유하는 것을 금지하여서는 안 된다고 규정하고 있다(부수약정고시 제25항). 그러나 현실적으로 경영 관여, 중대한 영향력 취득, 순수한 투자 목적 여부 등은 정성적(定性的) 측면에서 평가되는 것이어서 경업금지 약정의 적용범위가 불명확해진다는 문제가 있다. 이러한 측면에서 부수약정고시의 규정 내용을 그대로 적용하지 않더라도, 경영 관여의 명확한 요건을 열거하거나 적절한 지분율 기준(예컨대, 경쟁사업자의 최대출자자가 되거나 그 지분 20% 이상을 매수·보유하는 것은 금지하는 경우)을 제시하는 것도 가능할 것이다.

(4) 부수약정고시는 거래대상 회사 또는 영업의 시장점유율에 기초한 안전지대(safe harbor)를 전혀 규정하고 있지 않는바, 입법론의 측면에서 경쟁제한의 우려가 미미한 경업금지 약정에 대한 경쟁법의 과다적용(false positive)을 방지하기 위하여 거래대상 회사 또는 영업의 시장점유율에 기초한 안전지대를 두는 것이 적절하다는 지적이 있을 수 있다.

그러나 거래대상 회사 또는 영업의 관련 시장에서의 시장점유율이 높지 않다고 하여 경쟁제한성이 없다고 단정할 수 있는 것은 아니다. 예컨대, 매도인이 인접 지리적 시장 또는 연관 상품 시장에서 높은 시장점유율을 가진 잠재적 신규 진입자라면, 매도인이 매도하는 회사 또는 영업의 해당 관련 시장에서의 낮은 시장점유율에도 불구하고, 시장분할 공동행위로서 경쟁제한성이 초래될 수 있는 것이다. 따라서 이러한 형태의 안전지대를 규정하는 것은 신중해야 한다고 본다. 