

규제연구 제19권 제1호 2010년 6월

기업결합심사에 있어 인과관계 부재 항변의 도입에 관한 연구

이 호 선*

기업결합은 경쟁제한적 효과뿐 아니라 경쟁촉진 또는 경쟁중립적 효과도 갖고 있는 까닭에 경쟁법에 따라 합병 승인 여부를 결정함에 있어서 경쟁 당국에 매우 신중함을 요한다. 이에 현행 독점규제법은 기업결합의 정당화 사유를 효율성 항변과 희생불가 기업 항변으로 나누어 규정하고 있다. 그러나 희생불가 기업 항변은 이질적인 두 가지 항변으로 구성되어 있음을 간과해서는 안 된다. 하나는 순수한 의미에서의 희생불가 기업에 관련된 것이고, 다른 하나는 퇴행기업들에 관련된 것이다. 경쟁 당국이 첫 번째 유형의 항변의 존재를 인정하게 되면 추가적인 경쟁제한이나 촉진 효과를 고려할 필요 없이 당해 기업결합은 승인되어야 한다. 이미 시장에서의 경쟁구조 함몰은 그 기업결합과 무관하게 불가피하게 발생될 것이기 때문이다. 반면 후자의 퇴행기업 항변이라면 전반적인 국민경제적 차원에서의 효율성에 따라 경쟁제한과 경쟁촉진적인 효과를 비교할 필요가 있다. 본 논문에서 필자는 현행 기업결합심사 기준에 인과관계 부재 이론의 도입 가능성과 아울러 퇴행기업 항변의 범위를 제한하기 위해 효율성 항변의 기준을 어떻게 분리할 것인가에 관한 제안을 하고자 하였다.

핵심용어: 기업결합, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제7조, 효율성 항변,
희생불가 기업 항변, 인과관계 부재 항변, 퇴행기업

* 국민대학교 법과대학 부교수 / 변호사, 서울 성북구 정릉동 국민대학교 법학관 309호(hosunlee@kookmin.ac.kr)
접수일: 4/27, 게재확정일: 5/28

I. 머리말

경쟁법에서의 기업결합에 대한 규제가 갖는 의미는 경쟁질서를 저해할 수 있는 사업자들의 구조적 행위를 사전에 차단하여 효과적으로 경쟁질서를 보호하자는 데서 찾을 수 있을 것이다. 그러나 시장 참여의 주체로서 사업자들에 의하여 이뤄지는 결합은 그 자체로서 바로 경쟁제한성이 있다고 보기는 어렵고 개별적이고 구체적인 사안에 따라 다양한 분석을 통해서만 가능하다 할 것이다. 이에 따라 본 논문의 전개는 기업결합이 경쟁질서에 미치는 영향에 대한 획일적 파악의 어려움, 다시 말해 기업결합에 내재된 경쟁제한성은 본질적 요소가 아니라 다양한 요소를 통해 측정되어야만 하고, 사실상 그 측정도 어렵다는 점을 되돌아보는 데서 출발하여 이원적으로 되어 있는 현행 기업결합의 정당화 사유가 갖는 문제점을 지적하는 단계로 진행될 것이다. 일반적으로 기업결합은 결합 당사자들 모두가 정상기업인 경우와 어느 일방이 비정상, 즉 시장에서의 정상적인 경쟁 참가자로서의 역할이 어렵거나 불가능함이 확실시되는 경우로 나눌 수 있고, 이에 따라 그 경쟁제한성 평가도 달라질 수밖에 없다. 전자의 경우에는 효율성으로, 후자의 경우에는 사업자의 희생 불가능성을 평가기준으로 삼는데, 여기에서는 후자의 항변에 초점을 맞추어 이를 둘러싼 비교법적 사례들, 특히 유럽연합의 사례들을 통해 전개된 법리 중 기업결합 승인의 정당화 사유로서의 인과관계 부재 이론을 살펴보고, 덧붙여 미국의 판례들을 통해 동일한 이론 구성이 가능한지도 검토하고자 한다. 그 다음엔 이러한 과정을 통해 파악된 인과관계 부재 이론이 기존의 기업결합 항변 사유와 달리 하나의 독자적인 항변으로 인정받을 수 있는지, 인정된다면 이를 통해 기업결합 판정에 있어 어떤 효과를 기대할 수 있는지 생각해 보고, 마지막으로 전반적인 요약과 함께 현행 기업결합 항변 사유에 대한 재구성의 방안을 간략히 제시함으로써 글을 맺고자 한다.

II. 기업결합이 갖는 경쟁질서에 미치는 영향

1. 기업결합이 갖는 경쟁제한성 판정의 한계

기업결합은 기업 간의 자본적, 인적, 조직적인 결부를 통해 기업활동을 단일한 관리 체제하에 두어 개별 기업의 경제적 독립성을 소멸시키는 기업결합 과정 또는 행태를 말하는바,¹⁾ 여기서 경제적 독립성은 다른 말로 경쟁의 바탕이 되는 의사결정의 독자성을 의미한다고 할 수 있다. 그런데 기업결합은 여타의 경쟁법의 규율대상 행태와 달리 그 경쟁제한성이 그 자체로 드러나지 않는다. 오히려 기업결합을 통한 구조조정 내지 개편이 역동적 경쟁성의 요구에 부합하고 산업의 경쟁력을 증대함으로써 성장여건을 개선하는 긍정적 효과를 가져올 뿐더러,²⁾ 어떤 경우엔 순수한 경제적 관점에서는 기업결합을 통해 규모의 경제가 실현될 수 있기 때문에 기업결합 금지 그 자체로 경제적 및 사회적 해악이 될 수도 있고,³⁾ 경쟁법적 차원에서는 기업결합을 하여야만 그것이 없었을 경우 소비자들에게 초래될 잠재적 해악을 해소할 수 있는 적극적인 후생복지증진의 효과를 갖고 있기도 하다.⁴⁾ 그보다 더 애매한 경우는 시장에서의 경쟁은 한계상황에 처해져 있는 반면 기업결합으로 인한 효율성의 증대 가능성은 매우 높은 경우, 즉 어느 기업결합이 상당한 시장지배력을 지닌 사업자의 출범으로 이어지지만 한편으론 당해 기업결합이 또한 상당한 효율성도 가져다주는 경우이다.

1) 권오승, 『경제법』 (제8판), 법문사, 2010, p.165.

2) EU, Recital 4 of Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (이하 “EU Horizontal Merger Guidelines”이라고 함). 기업결합의 동기는 전통적인 규모의 경제 실현에서부터, 시장지배적 지위의 획득, 신시장 진입 과정에서의 기존 검증된 사업자 인수를 통한 위험의 최소화, 내부자본의 재분배를 통한 한계사업부문의 비용절감, 세제상의 혜택, 개별 투자자를 대신한 기업 차원에서의 사업다각화를 통한 분산투자 등 다양하게 설명될 수 있고, 기업결합의 긍정적 내지 부정적 효과는 회계정보, 시장상황과 선택의 가능성, 경제적 이익에 대한 관점 등에 따라 일률적이지 않다. 이에 관한 보다 자세한 설명은 Keith N. Hylton, *Antitrust Law-Economic Theory & Common Law Evolution*, 2003, Cambridge: Cambridge University Press, pp.312-314 참조.

3) Ioannis Kokkoris, “Failing firm defence in the European Union. A panacea for mergers?,” 27(9) *ECLR*, 2006, p.496.

4) Recital 29 of EU Horizontal Merger Guidelines.

일반적으로 기업결합이 시장의 경쟁질서에 가져오는 영향을 1)기업결합을 통한 경쟁력 있는 사업자의 탄생이나 재보강을 통한 시장에서의 가격경쟁의 여지가 발생하는 경우, 2)기업결합으로 인해 경쟁사업자 수의 감소로 가격경쟁의 여지는 줄어들지만 당해 기업결합의 효율성이 직접 가격 자체를 낮추는 경우, 3)가격경쟁의 여지가 없고 가격은 변동이 없거나 오히려 인상되지만 기업결합이 가져오는 시너지 효과로 서비스 향상이나 신상품 출시와 같은 소비자복리의 전반적 수준이 향상되는 경우, 4)가격경쟁의 여지가 없고 가격은 인상되며 여타의 소비자복리도 저해되는 경우, 이상의 네 가지로 분류할 수 있다. 마지막 경우엔 기업결합이 허용되지 않겠지만, 두 번째와 세 번째의 경우 경쟁제한성이 있다고 쉽게 단정하기 어렵고, 5) 효율성과 경쟁제한성을 비교하는 것이 용이하지 않다.

기업결합이 효율성을 갖는다는 것은 기업결합의 유형⁶⁾에 따라 다소의 차이는 있겠지만, 일반적으로 기업결합 당사자들 사이에 생산요소의 이전 등을 통해 어느 일방 사업자가 갖고 있는 우위에 있는 기술이나 자원을 상대방에게 이용토록 하거나, 단계별로 효율성이 서로 다른 사업자들이 각 단계에서 가장 효과적인 공정들을 상호 보완함으로써 가능하다.⁷⁾ 이렇게 창출된 효율성은 가격인하나 소비자들에게 다른 혜택을 가져다주는데, 예컨대, 생산 또는 유통에서의 비용 절감은 결합사업자로 하여금 가격인하의 동기와 능력을 가져오는 것이다.⁸⁾ 이렇게 되면 결합 사업자가 시장에서 다른 경쟁 사업자와 시장행태를 조정할 동기가 감소되어 관련시장에서 조정효과(coordinated effects)를 초래할 위험성을 낮추게 된다.⁹⁾

따라서 효율성 항변(efficiency defence)을 하는 사업자들이 경쟁에 저해로 인한 비용을 상쇄하거나 충분히 중화할 수 있다는 사실을 입증하게 되면 실질적으로 경쟁을 감소하거나 시장지배적 지위를 창출하거나 강화하는 결과가 예상되더라도 당해 기업결합은

5) Vincenzo Baccaro, "Failing firm defence and lack of causality: doctrine and practice in Europe of two closely related concepts," 25(1) *ECLR*, 2004, p.19.

6) 우리 독점규제법은 i)다른 회사의 주식의 취득 또는 소유, ii)임원 겸임, iii)다른 회사와의 합병, iv)영업의 양수 등, v)새로운 회사설립에의 참여를 규정하고 있다.

7) Constance K. Robinson, "Mergers and Acquisitions," 48th *Annual Antitrust Law Institute*, 2007, p.200.

8) EU Horizontal Merger Guidelines, para. 80.

9) *ibid*, para. 82.

정당화되는 것으로 보아야 할 것이다.¹⁰⁾ 물론 이러한 접근은 효율성이 수치적으로, 그것도 매우 객관적으로 측정될 수 있어야 하고, 기업결합을 전후한 시장에서의 경쟁성 내지 효율성이 적절히 비교·대조될 수 있어야 함을 전제로 한다.¹¹⁾ 그런데 경쟁제한성 판단은 기업결합이 되지 않을 경우의 어느 시점을 기준으로 하지만 기업결합이 금지되고 효율성이 창출되지 않으면 그 시장에서의 경쟁구조는 점점 저해될 수밖에 없는 유동적 상황이므로 과연 그 시점에 국한하여 정태적으로 효율성과 경쟁제한성을 비교하는 것이 타당한지 의문이 있을 수 있다. 기업결합 금지를 전제할 경우엔 현재 수준의 경쟁구조가 그대로 유지되지 않을 것이고, 적절한 내부적 혁신이나 신규진입 없이는 효율성 상실이 명백함에도 이러한 예상 가능한 경쟁구조의 감소 수준을 적절히 가져와 비교할 수 없다는 어려움이 있는 것이다.¹²⁾ 더구나 시간이 지남에 따라 기업결합이 가져올 효율성 증대 효과는 더 커지리라 예상되고, 반면 기업결합이 없는 경우 시장에서의 경쟁구조의 쇠퇴는 가속화되는 경우라면, 효율성은 최저 수준을 기준으로, 경쟁제한성은 최대 수준을 기준으로 서로 비교하는 셈이 되어 시장 현실과 판정 사이의 괴리는 더 커지게 된다. 효율성 측정이 어렵다는 것은 기업결합이 갖는 역동적 내지 혁신적 차원에서의 효율성을 다루게 될 때 더욱 그러하다. 특히 연구개발과 같은 분야에서는 그 기업결합의 효과가 장래에 향하여 집중되는 까닭에 단기간 내에 검증될 수 없다는 내재적 한계를 인식할 필요가 있다. 경쟁 당국은 효율성이라는 측면에서 경쟁사업자를 하나 더 시장에 놔둠으로써, 즉 기업결합을 승인하지 않음으로써 경쟁을 통한 가격 인하와 같은

10) Damien Gerard, "Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims?," 40 *CMLRev*, 2003, pp.1369-1370.

11) 합병으로 인해 초래될 경쟁에 대한 가능한 해악(possible harm to competition)과 당해 합병이 가져올 가능한 효율성을 교환 분석하는 것이 필요하다. 이런 접근법은 미국의 경제학자인 올리버 윌리엄슨(Oliver E. Williamson)에 의해 교환관계의 형식으로 어느 합병과 관련된 비용절감과 시장지배력 효과가 갖는 배분적 정도를 평가하기 위한 단순한 형태의 경제학적 모델로 출발되었다. Damian Chalmers, Christos Hajimmanuil, Giorgio Monti and Adam Tomkins, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p.1109.

12) Margarida Afonso, "A Catalogue of Merger Defenses under European and United States Antitrust Law," 33 *Harv. Int'l L.J.*, 1992, p.49; 프록터 갬블(Proctor & Gamble) 사건에서 미 연방 대법원은 경쟁 질서를 저해하면서도 한편으로 경제적 효율성을 가져오는 기업결합을 경쟁보호 차원에서는 옹호할 수 없으므로 가능한 경제성(possible economies)은 경쟁제한성에 대한 정당화 사유로 삼을 수 없다고 하였다. 368 U.S. at 580.

긍정적 효과를 가져올 것인지, 아니면 기업결합을 통해 고정비용 절감과 같은 혁신을 가져올 것인지 비교·형량 하여야 할 것이다. 물론 기업결합이 혁신으로 이어질 가능성이 크다면 그만큼 경쟁제한성은 작다고 봐야 한다. 다만, 기업결합 후에 생산량 증가나 가격인하의 유인동기가 있다 하여도 이 효율성이 소비자들에게 이전되기 위해서는 종종 이것이 시장에 있는 현존하는 사업자들이나 잠재적인 시장 진입자들로부터의 경쟁 압력의 존재가 있어야만 하기 때문에 기업결합이 독점적 지위나 시장지배적 지위에 유사한 상태를 초래하게 되는 경우엔 효율성이 잠재적 반경쟁적 효과를 상쇄하기에 충분하다고 볼 여지는 없을 것이고,¹³⁾ 오직 기업결합을 통해서 나오는 효율성만이 기업결합 특유(merger-specific)의 것으로 비교 대상이 될 것이다.¹⁴⁾ 또 예정된 기업결합보다 경쟁제한성이 보다 약하면서도 현실적이고 실현 가능한 대안들, 예컨대 라이선스 계약이나 합작투자계약 등을 통해 거의 비슷한 수준의 효율성 달성이 불가능하다는 점도 전제되어야 한다.¹⁵⁾

2. 현행 기업결합항변사유의 구조와 문제

우리의 독점규제법은 누구든지 직접 또는 특수관계인을 통하여 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합을 하여서는 안 된다고 규정해 놓고, 다만 기업결합의 당사자가 1)당해 기업결합 외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대 효과가 경쟁제한으로 인한 피해보다 크다는 사실, 또는 2)상당기간 대차대조표상의 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있는 등 회생이 불가능 회사와의 기업결합으로서 대통령령이 정하는 요건에 해당한다는 점을 입증하면 당해 기업결합을 승인하도록 하고 있다(동법 제7조 제1항 및 제2항). 전자는 효율성 항변이고, 후자는 이른바 회생불가 기업 항변이다. 회생불가 항변의 경우 대통령령으로 요건을 정하도록 하고 있으나 동법 시행령 제12조의 4의 내용은 기업결합심사기준에 관한 공정거래위원회 고시(제2009-39)에 그대로 인용되어 있어¹⁶⁾ 두 개의 항변 판정 기준 모두 위 고시에 따르도록 되어 있다.

13) EU Horizontal Merger Guidelines, para. 84.

14) *ibid.*, para. 85.

15) *ibid.*

우선, 효율성 항변에 관하여 보면 우선 1)효율성 증대효과가 당해 기업결합 외의 방법으로는 달성하기 어려워야 하고, 2)그 효과가 가까운 시일 내에 발생할 것이 거의 확실한 정도여야 하며, 2)그 효율성 증대효과가 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해보다 커야 함을 전제로, 그 효율성이 생산, 판매, 연구개발 등에서 나타나거나 아니면 국민경제 전체에서 나타나야 한다고 하고 있다.¹⁷⁾ 그리고 희생불가 기업 항변은 1)기업결합을 하지 아니하는 경우 회사의 생산설비 등이 당해 시장에서 계속 활용되기 어렵고, 2)당해 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려워야 한다는 것을 전제로, 상당기간 대차대조표상의 자본총액이 납입자본금보다 작은 상태에 있는 회사인지, 상당기간 영업이익보다 지급이자가 많은 경우로서 그 기간 중 경상손익이 적자를 기록하고 있는 회사인지, 파산관련법규에 따른 회생절차나 파산신청이 있는지, 금융기관에 의하여 부실기업으로 판정되어 경영이 위임되어 있는지 여부를 기준으로 판단하도록 하고 있다.¹⁸⁾ 기업결합의 항변사유를 효율성과 희생불가 기업과의 결합, 이 두 가지로 구분하는 것은 미국과 EU의 경우와 유사하다. 예컨대, 효율성에 관한 유럽연합의 규정을 보면 어느 기업결합이 효과적인 경쟁에 대한 저해성을 갖고 있는지, 특히 시장 지배적 지위를 창출하거나 강화하는지 여부에 관한 판단을 함에 있어 집행위원회로 하여금 전반적인 경쟁평가(overall competitive appraisal)를 하도록 하면서, 그 과정에서 소비자들에게 이익이 되고 경쟁의 장애요소가 되지 않는 한 기술 경제적 발전을 포함하여 합병규정 제2조 제1항 소정의 요소들을 고려하도록 하고 있다.¹⁹⁾ 이때 기업결합에 효율성이 있다고 판정되기 위해서는 1)당해 기업결합이 공동시장과 양립할 수 없는 사유가 있

16) 위 고시 VIII. 2. 나. 참조

17) 위 고시 VIII. 1. 참조

18) 위 고시 VIII. 2. 참조

19) EU Horizontal Merger Guidelines, para. 85. 이 규정의 적용 범위에 속하는 기업결합은 공동시장과의 양립 여부를 판단받기 위해 본 규정의 목적 및 아래 각항에서 정하는 바에 따라 평가되어야 한다. 이 심사를 함에 있어 집행위원회가 고려해야 할 사항들은 다음과 같다. i) 모든 관련시장의 구조 및 역내 소계를 불문하고 실질적 또는 잠재적 경쟁사업자들의 관점에서 공동시장 내에서의 효과적인 경쟁이 유지되고 촉진되어야 할 필요성, ii) 관련 사업자들의 시장지위와 경제 및 재정능력, 공급자들 및 사용자들이 활용 가능한 대안들, 이들의 공급 및 시장에 대한 접근, 시장진입에 대한 법률 또는 기타 장벽들, 관련 상품 및 서비스 시장에서의 공급과 수요의 동향, 중간 및 최종 소비자들의 이해관계, 소비자들에게 이익이 되고 경쟁을 방해하지 않을 것을 전제로 한 기술과 경제적 발전. 유럽연합 합병규정 제2조 제1항.

어서는 안 될 것, 2)그 효율성이 소비자들에게 편익을 가져다 줄 것, 3)그 편익이 기업결합에 기인한 것이어야 하며 검증 가능할 것, 이상 세 가지의 요건을 모두 갖추어야 하며,²⁰⁾ 그 기업결합의 결과 공동시장 또는 시장의 상당한 일부 지역 내에서 경쟁의 본질적인 부분을 저해하거나 시장지배적 지위를 창출하거나 강화로 이어져서는 안 된다.²¹⁾ 그러나 우리의 경우엔 효율성을 생산, 판매, 연구개발 등에서 뿐만 아니라 국민경제 전체적인 차원에서도 판단할 수 있도록 하고 있는데, 여기서 고려되는 사항은 1)고용의 증대에 현저히 기여하는지 여부, 2)지방경제의 발전에 현저히 기여하는지 여부, 3)전후방 연관산업의 발전에 현저히 기여하는지 여부, 4)에너지의 안정적 공급 등 국민경제생활의 안정에 현저히 기여하는지 여부, 5)환경오염의 개선에 현저히 기여하는지 여부여²²⁾ 외국의 기준보다 상당히 폭이 넓다. 이러한 기준의 근거는 독점규제법의 목적을 소비자를 보호함과 아울러 ‘국민경제의 균형 있는 발전을 도모함’에 두고 있는 동법 제1조에 있다고 보이는데, 문제는 국민경제 전체적인 차원에서의 효율성이 또 다른 요건인 생산, 판매, 연구개발 등에서 나타나는 효율성²³⁾과 항상 일치하지는 않는다는 것이다.

예를 들어 생산단계에서는 기업결합을 함으로써 비용절감 등의 효율성이 확인하지만, 반대로 이것이 구조조정으로 이어져 고용감소로 이어지거나 지방경제에 대한 타격이 예상된다거나, 거꾸로 기업결합이 고용창출 내지는 최소한 실업을 막는 효과가 충분히 예상되지만 이로 인해 생산이나 유통의 비효율성이 증대되는 경우, 어느 입장에서 효율성을 형량 하는가는 쉽지 않다. 특히 이런 딜레마는 퇴행기업(failing firm)²⁴⁾과의 기업결

20) *ibid.*, para. 78.

21) Recital 29 of Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings(“EC Merger Regulation”)

22) 위 고시 VIII. 1. 가. (2) 참조.

23) 이 단계에서 효율성을 판정함에 있어서 고려하여야 할 요소는, i)규모의 경제, 생산설비의 통합, 생산공정의 합리화 등을 통해 생산비용을 절감할 수 있는지 여부, ii)판매조직을 통합하거나 공동 활용하여 판매비용을 낮추거나 판매 또는 수출을 확대할 수 있는지 여부, iii)시장정보의 공동활용을 통해 판매 또는 수출을 확대할 수 있는지 여부, iv)운송, 보관시설을 공동 사용함으로써 물류비용을 절감할 수 있는지 여부, v)기술의 상호보완 또는 기술인력, 조직, 자금의 공동활용 또는 효율적 이용 등에 의하여 생산기술 및 연구능력을 향상시키는지 여부, vi)기타 비용을 현저히 절감할 수 있는지 여부이다.

24) 우리나라, 미국, EU 등은 모두 회생 불가능한 기업(failing firm)에 대하여만 기업결합 승인의 예외를 인정하고, 퇴행기업(failing firm)에 대하여는 인정하지 않고 있다. 그러나 필자는 후술하는 사례들에서 볼 수 있듯이 몇몇 사례들은 명백히 ‘회생불가’가 아닌 ‘퇴행’ 정도의 수준에서 기업결합이 승인되었

합에서 더욱 대두된다. 이 문제는 서로 성격이 다른 판단 요인들을 ‘효율성 항변’이라는 이름으로 한데 묶어 병렬적으로 배치한 데서 비롯된 것으로 생각되는바, 뒤에서 보는 바와 같이 국민경제 전체 차원에서의 고려 요인은 ‘효율성 항변’ 사유로 감안되어야 할 것이 아니라 ‘회생불가 기업 항변’의 일종으로 파악되는 것이 바람직하다고 본다. 이하 항을 바꾸어 회생불가항변의 성격을 살펴봄으로써 양자의 관계를 좀 더 깊이 있게 논의하고자 한다.

III. 회생불가 기업 항변과 인과관계 부재 이론

1. 회생불가 기업결합과 경쟁제한성의 관계

미국 법무성의 수평적 기업결합 고시에 의하면 회생불가 기업으로 주장되는 사업자가 1)가까운 장래에 재정적 의무를 이행할 능력이 없고, 2)연방 파산법 소정의 회사 갱생 절차를 성공적으로 밟을 수 없으며, 3)최선을 다하여 관련 시장에서 유, 무형의 자산 매각을 위한 합리적 노력을 다하고 당해 기업결합보다 보다 경쟁제한성이 덜한 방안을 강구하였으나 실패하였고, 4)이 합병이 이루어지지 않으면 당해 기업의 자산이 관련 시장에서 퇴출될 처지에 있으면 이러한 기업결합은 시장지배력을 창출하거나 강화, 또는 이를 남용할 가능성이 없는 것으로 본다.²⁵⁾ 유럽연합의 경우에도 1)회생불가 기업이라 주장되는 사업자가 재정적 어려움으로 인해 다른 기업에 인수되지 아니하면 가까운 장래에 시장에서 퇴출될 처지에 있고, 2)당사자들이 제출한 기업결합보다 경쟁제한성 덜한 대안이 없으며, 3)기업결합이 승인되지 않으면 회생불가 기업의 자산이 불가피하게 시장에서 활용되지 못하는 경우엔 그 기업결합이 시장의 경쟁구조 저해의 원인으로 간주될 수는 없다고 하고 있다. 유럽연합의 경우 합병규정에는 이에 관한 내용이 따로 명시되어 있지는 않으나 ‘구조합병(rescue mergers)’의 개념 아래 상당히 오랫동안 집행위원회의 심결이나 유럽재판소의 판결을 통해 인정되어 오다가,²⁶⁾ 수평적 기업결합 고시로

고, 우리의 기업결합심사기준 역시 이를 염두에 두고 있다고 본다.

25) US Merger Guidelines(1984), Section 5.1.

편입되었다. 다만, 회생불가 기업뿐만 아니라 회생불가 사업부문 항변(failing division defence)까지 허용하는 미국과 달리 이를 인정하지 않고 있는 데서 보듯이 미국의 경우보다 그 항변 인정 요건이 더 엄격하다고 할 수 있다.²⁷⁾

우리 현행 고시는 회생불가 사업부문도 회생불가 기업의 경우처럼 취급하도록 명문화하고 있어²⁸⁾ 미국의 기준과 더 가깝다고 할 수 있다.²⁹⁾ 그러나 어떤 입장을 취하건 회생불가 기업 항변을 엄격하게 취하는 입장에서는 시장에서의 경쟁구조의 저해, 즉 실질적인 경쟁제한성을 따로 고려하지 않는다는 점에서 공통점이 있다. 이 점이 실질적인 경쟁제한성과 효율성을 비교·형량 하도록 하는 효율성 항변과 회생불가 기업 항변과의 중요한 차이 중의 하나라 할 수 있다.³⁰⁾ 다만, 여기서 실질적 경쟁제한성을 따로 고려하지 않는다는 말을 회생불가 기업과의 결합이 문제된 사안에서 시장지배력의 형성이나 강화가 대두될 여지가 없다는 의미가 아님을 유의하여야 한다. 회생 불가능한 기업과의 결합이 예정되어 있는 시장에서 바로 그 기업의 회생 불가능성으로 인해 조만간 시장지배력이 형성되거나 심지어 독점적 지위가 만들어질 수도 있다. 그러나 이때 형성될 것으로 보이는 경쟁제한적 여건은 회생불가 기업과의 결합과는 무관하다. 왜냐하면 당해 기업결합 후에 예상되는 경쟁구조의 저해의 정도가 기업결합이 없는 경우를 상정했을 때 저해되는 정도와 비슷하거나 적다면 그 기업결합과 현실적으로 발생하는 경쟁제한성과의 사이엔 인과 고리가 부인되고, 이때 기업결합은 중립적 효과(neutral effects of the

26) Vincenzo Baccaro, *op.cit.*, p.11.

27) *ibid.*, p.23.

28) 위 고시 2007-12, VIII. 2. 가. 참조

29) 그러나 미국의 수평적 기업결합 고시는 우리 기준보다 더 상세하게 특별히 회생불가 사업부문 항변 판정에 있어서 고려하여야 할 사항들을 규정하고 있다. 기업결합을 통해 매각되지 않는 한 조만간 시장에서 해당 부문의 자산이 퇴출될 처지에 있어야 한다는 점 외에 회생불가 사업부문 항변이 받아들여지기 위해서는 우선 적절한 비용 할당의 원칙을 적용할 때 해당 사업부문으로 인해 통상적인 경영활동 과정에 있어 현금 흐름에 손실이 초래되어야 한다. 여기서 부채성 현금 흐름에 관한 판단을 함에 있어서 당국은 당해 부문뿐만 아니라 전체 회사 차원에서의 비용조달 능력, 수익성 및 회사와 해당 부문, 회사와 자회사 및 여타 부문 간의 거래를 종합적으로 고려한다. 또한 회사가 시장에서 보다 경쟁친화적인 매각 노력을 다하였어야 한다. US Merger Guidelines(1984), Section 5.2.

30) 기업결합항변은 기업결합 당사자들이 모두 정상적 경쟁사업자로서 기능하고 있는지, 아니면 어느 일부가 경쟁사업자로서의 기능을 상실(failing) 또는 상실해 가는 중(flailing)인지로 나뉘, 전자의 경우엔 효율성을, 후자의 경우엔 회생불가능을 각각 그 정당화 사유로 삼는다고 할 수 있다.

concentration)를 갖는 데 불과하기 때문이다.³¹⁾ 기업결합의 당사자들 중 하나가 희생불가 기업이고 시장에서 퇴출될 처지에 놓였다면, 이러한 기업결합은 효과적인 경쟁에 상당한 저해를 가져온다고 할 수 없을 것이다. 다시 말해 이런 경우엔 경쟁적 시장구조가 악화되는 책임이 당해 합병에 있다고 할 수 없다는 것이다.³²⁾ 이를 하나의 항변으로 파악한다면 이른바 인과관계 부재 항변(lack of causality defence)이 될 것이다.³³⁾

이 인과관계 부재의 항변은 유럽연합 집행위원회와 재판소가 희생불가 기업 항변을 법 논리적으로 설명하기 위한 도구적 개념으로 출발하여,³⁴⁾ 유럽연합 수평적 기업결합 고시 제정 전까지 주요한 기업결합 사건의 판시 원리로 이용된 바 있는데, 비록 지금 위 고시 중에 명시적으로 포함되어 있지는 않더라도 여전히 유용한 해석 도구이고, 특히 우리의 희생불가 기업 항변 및 효율성 항변의 관계를 설정함에 있어 요긴한 수단일 수 있다. 미국의 경우엔 이러한 법리가 판례로 전개된 바는 없지만 위에서 본 바와 같이 그 고시에서 희생불가 기업이 일정한 요건을 충족하면 이런 기업과의 결합이 ‘시장지배력을 창출하거나 강화, 또는 이를 남용할 가능성이 없는 것으로 본다’고 하여 당해 기업결합과 시장에서의 실질적 경쟁제한성 간의 연결고리가 존재하지 않는다는 취지를 선언하고 있으므로, 이 역시 인과관계 부재 항변을 인정할 수 있는 여지로 볼 수 있다.

31) Joined cases C-68/94 and C-30/95, *France, Socit commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) and Entreprise minire et chimique (EMC) v Commission* [1998] E.C.R. I-1375, paras. 115-116

32) EU Horizontal Merger Guidelines, para. 89.

33) 입증의 대상으로서 항변이라는 측면에서 본다면, ‘부재’라기보다는 ‘단절’로 봄이 더 타당하다고 생각되나 이렇게 할 경우 자칫하면 당해 기업결합이 경쟁제한성을 일단 초래한 다음 별개의 단절 요건이 필요로 한 것처럼 오해될 수 있어, 처음부터 기업결합과 시장경쟁 구조의 저해 사이에는 연관성이 없다는 의미에서 그대로 ‘부재’ 내지 ‘흠결’로 보기로 한다.

34) Ioannis Kokkoris, “Failing firm defence in the European Union. A panacea for mergers?,” 27(9) *ECLR*, 2006, p.496.

2. 유럽연합에서의 인과관계 부재 이론 전개

(1) 하빌랜드(de Havilland) 사건³⁵⁾

유럽연합 차원에서 회생불가 기업 항변이 처음으로 문제된 것은 ‘하빌랜드’ 사건이었다. 프랑스와 이태리 기업들인 에어로스페치엘레(Aerospatiale)와 알레니아(Alenia)는 컨소시엄을 구성하여 보잉(Boeing)사의 캐나다 소재 항공기 생산 자회사인 ‘하빌랜드’를 인수하겠다는 의향서를 집행위원회에 제출한 사건에서, 결합 당사자들은 보잉사가 하빌랜드를 폐쇄할 것이라는 회생불가 기업 항변을 하였다.³⁶⁾ 이에 대하여 집행위원회는 구 합병규정 4064/89 소정의 시장지배적 지위에 관한 분석을 함에 있어 에어로스페치엘레와 알레니아에 의해 인수되지 않을 경우 과연 하빌랜드가 청산에 직면할 것인가 심사한 뒤 회생불가 항변을 배척하고,³⁷⁾ 아울러 하빌랜드가 시장에서 퇴출될 경우에도 이 사건 결합희망자들만이 유일한 잠재적 구매자는 아니라는 판단을 내렸다. 여기서 인과관계의 부존재가 인정되기 위해서는 당해 기업결합이 이루어지지 않더라도 회생 불가능한 사업자, 즉 피인수 사업자의 자산이 어차피 인수희망 사업자에게 돌아갈 수밖에 없거나 시장에서 그대로 퇴출당할 수밖에 없어야 한다는 사실을 엿볼 수 있다. 회생불가 기업이 시장에서 퇴출된 다음 그 기업의 자산 매입에 관심을 가지는 제3의 매수자가 있는 경우엔 그 사업자의 퇴출이 다른 사업자의 새로운 진입 수단이 될 수 있다. 또한 경쟁적인 관점에서 보면 회생불가 기업의 자산을 어느 한 사업자가 모두 인수하기보다는 둘 이상의 사업자들이 매입하는 것이 시장의 경쟁구조에 보다 유익할 수 있기 때문에 인과관계 단절이 인정되기 위해서는 일단 피인수 사업자의 자산이 기업결합 당사자가 아닌 제3자에 의하여 매입될 가능성이 없어야 하는 것이다.³⁸⁾

35) Case IV/M.053 *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* [1991] O.J. L334/42.

36) 집행위원회는 항공기 시장을 그 규모에 따라 세 가지로 구분하여 두 회사들의 관련시장을 터보 프로펠러 항공기 시장으로 획정한 뒤, 새로운 합병이 성사될 경우엔 결합 후 사업자가 전 세계적으로 64퍼센트의 점유율을 갖게 될 것으로 예상하였다.

37) Case IV/M.053 *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, para.31.

38) Ioannis Kokkoris, *op.cit.*, p.496.

(2) 칼리와 잘쯔(Kali und Salz) 사건³⁹⁾

회생불가 기업 항변이 유럽 집행위원회의 심결을 통해 본격적으로 다루어진 것은 ‘칼리와 잘쯔(Kali und Salz)’ 사건으로, 칼리(Kali), 잘쯔(Salz) 및 트로이한트(Treuhand)가 합작회사를 만들기에 있어 통독 전의 서독 정부에 의하여 소유되었던 MdK와 독일 화학회사인 바스프(BASF)사의 자회사인 잘쯔와 칼리의 기업결합이 문제되었다. 암염과 탄산칼륨 시장에서 경쟁관계에 있었던 칼리와 잘쯔가 기업결합을 하게 되면 이 시장에서의 시장점유율은 98퍼센트에 육박할 것으로 예상되었다. 당시 MdK의 재정적 상황은 매우 심각하여 파산 직전에 있었고, 손실을 보전해 주고 있던 트로이한트슈탈트(Treuhandanstalt)의 도움 없이는 계속적으로 연명할 수 없었다. 이 사건에서 집행위원회는 경쟁적 구조의 저하와 당해 기업결합 사이에는 인과관계가 있다 할 수 없다고 하면서 이런 인과관계의 부존재가 인정되려면 “1) 피인수 사업자가 인수희망 사업자에 의하여 결합되지 않으면 가까운 장래에 시장에서 축출될 처지에 놓일 것, 2) 피인수 사업자가 시장에서 축출될 경우 그 사업자의 종전 시장점유율이 인수 사업자에게로 넘어가리라 예상될 것,⁴⁰⁾ 3) 기업결합보다 덜한 반경쟁적 인수 수단이 없을 것”이 모두 충족되어야 한다고 하였다. 기업결합이 금지되더라도 피인수 기업의 시장퇴출이 불가피하다면 이때 시장지배적 지위를 형성하거나 강화하는 것은 피인수 기업의 시장퇴출에 있지, 기업결합 그 자체가 아니라 는 점을 명백히 한 것이다.

(3) 바스프(BASF) 사건⁴¹⁾

솔벤트를 주로 사용하는 세 개의 화학제품 시장에서 경쟁사업자였던 바스프(BASF)는 벨기에 기업인 팬토침(Pantochim)과 유로디올(Eurodiol)의 경영권을 인수하고자 하였다. 바스프는 시장선도자였고 유로디올이 세 번째 규모의 공급자였고, 그 외 다른 두 개의 규모가 작은 경쟁사업자들이 있었는데 시장 자체의 진입장벽은 높았다. 경영권이 인수될 경우 바스프사의 시장점유율은 70퍼센트에 달하여 시장지배적 지위가 창출될 것으로

39) Case IV/M308 *Kali und Salz/MdK/Treuhand* [1994] O.J. L186/30.

40) 이 시장점유율 흡수 요건은 나중에 ‘자산퇴출요건’으로 대체되었으나, 그럼에도 불구하고 만일 이 시장점유율의 전부 내지 상당부분의 흡수가 입증될 수 있다면 인과관계 부재 요건에 대한 더 이상의 추가 입증 필요로 하지 않는다는 점에서는 여전히 의미가 있다고 본다.

41) Case COMP/M.2314 *BASF/Pantochim/Eurodiol* [2002] O.J. L132/45.

예상되었다. 바스프의 주장의 요지는 유로디올과 팬토침이 파산 직전에 몰려 있으며 인수되지 못할 경우 시장에서 퇴출될 수밖에 없다는 것이었다. 2000년 9월 18일 두 회사는 벨기에 상사법원(Court of Charleroi)으로부터 예비 파산을 선고받은 상태였고, 법원은 4명의 파산관재인을 임명하여 예비파산절차 중의 양 회사의 경영을 감시하도록 한 상태였다. 이들의 이태리 모 회사인 SISAS SPA 역시 이미 파산절차에 들어가,42) 법원으로부터 채무상환 일시 유예 명령을 받아 놓고 있었다. 워낙 채무초과가 심각한 상태여서 법원이 회생절차를 검토하기에도 부적절한 상황이었다. 따라서 유로디올과 팬토침의 중국적 파산은 명백하였다. 관할 법원은 집행위원회에 보낸 회신에서 채무상환 유예기간 동안 이 회사들에 대한 제3의 인수인이 나타나지 않는 이상 이 회사들에 대하여는 파산 선고가 내려질 수밖에 없다는 뜻을 전달했다. 집행위원회는 법원에 대한 회신을 통해 제3자 매각이 불가능함을 확인한 후 바스프사에 의한 인수 외에 경쟁제한성이 덜한 해결 방법이 없다는 결론을 내리게 되었다. 다만, 시장점유율 흡수 요건에 관하여는 칼리와 잘쯔 사건에서의 기준보다는 다소 완화된 입장을 취하여 바스프가 피인수 사업자들의 시장점유율을 전부 흡수할 것으로 예상하지 않아도 무방하다고 하였다. 바스프 사건에 이르러 점유율 흡수요건을 자산의 시장퇴출요건으로 바꾼 것이다. 집행위원회는 일반적으로 기업구조를 위한 결합으로 인정되기 위해서는 그 기업결합으로 인한 경쟁적 구조의 함몰이 적어도 당해 기업결합이 없는 경우에 초래될 정도보다는 작아야 한다고 하면서,43) 이 사건에서는 1)기업결합이 성사되지 않을 경우 ‘임박한 파산(imminent bankruptcy)’, 2)파산절차 과정 중에 시도된 제3자에 의한 인수 시도 및 실패, 3)기업결합 대상 자산의 불가피한 퇴출, 4)당해 시장에서의 생산능력의 포화상태 및 비탄력적 수요44)라는 회생불가 기업 항변의 요건이 충족되었다고 하였다. 점유율 흡수 요건을 충족

42) Case COMP/M.2314 BASF/Pantochem/Eurodial, para.5.

43) *ibid.*, para.143.

44) ...생산량 감소에 관하여 보건대 유로디올의 시장에서의 퇴출은 적어도 상당한 시간이 지나기까지 시장에서 경쟁에 부정적 영향을 가져올 것으로 보인다. NMP 시장에서는 생산량이 바로 10 내지 15퍼센트, GBL에서는 25에서 35퍼센트, THF 시장에서는 20에서 30퍼센트 가량 감소할 것으로 판단되고, 바스프와 이들의 경쟁사업자들[ISP, 라이온델(Lyondell) 및 듀퐁(Dupont)]은 이미 심각한 한계 생산능력에 봉착해 있다. (중략) 회생불능 기업들의 즉각적인 파산 가능성, 벨기에 파산절차에 따른 적절한 대안이 될 만한 인수청약의 부재, 자산의 시장에서의 불가피한 퇴출, 당해 산업 전반적인 생산능력의 한계 및 수요의 비탄력성 등 제반 사정을 감안할 때 본 위원회는 이 사건 기업결합 의향서에 따르는 경쟁적

하지 못한 까닭에 이 바스프 사건에서도 인과관계 단절 항변이 여전히 유효한지 의문이 있을 수 있으나, 기업결합으로 인한 경쟁적 구조의 함몰이 적어도 당해 기업결합이 없는 경우에 초래될 정도보다는 작아야 한다는 점 및 바스프 외에 제3의 인수인이 없어 기업결합이 승인되지 않으면 자산의 퇴출이 불가피하다는 점에 관한 집행위원회의 판정은⁴⁵⁾ 이 사건의 바탕 역시 인과관계 단절을 염두에 두고 있다고 할 수 있다. 그런 점에서 시장점유율 흡수는 인과관계 단절 항변을 인정하기 위한 충분조건이긴 하지만 필요조건은 아니라고 할 수 있다.

(4) 아서 앤더슨(Arthur Andersen) 사건⁴⁶⁾

아서 앤더슨(Arthur Andersen) 사건은 엔론 사태 이후 불거진 전 세계적인 회계컨설팅 회사인 앤더슨 제휴망의 붕괴 결과로 촉발되었다. 전 세계적인 주요 회사들에 대한 회계 및 감사 서비스 시장을 중첩적으로 갖고 있던 경쟁사업자들에 의해 제안된 이 사건 기업결합 의향서에 대하여 집행위원회는 앤더슨 영국지사가 회계 감사 시장에서 더 이상 상위의 경쟁사업자의 지위에 있지 않고, 따라서 이 시장에서의 상위 경쟁사업자들이 다섯 개에서 네 개로 줄어드는 것은 기업결합과 무관하게 불가피한 결과라는 당사자들의 주장을 받아들여 이 사건 기업결합과 시장에서의 경쟁구조 저해 사이에는 인과관계가 있다고 할 수 없다고 판정하였다. 앤더슨 제휴망의 급속한 와해가 앤더슨 그룹의 몰락을 되돌릴 수 없을 정도로 만들었고, 다른 회계 관련 사업자들이 개별적으로 앤더슨의 자산을 매입할 가능성도 없으며, 설령 독자적인 회계 컨설팅 법인으로 생존한다 하더라도 시장에서 유의미한 경쟁을 할 수 있는 경쟁사업자로 남을 가능성은 없다고 판단한 집행위원회는⁴⁷⁾ 앤더슨 프랑스 지사와 언스트 앤 영(Andersen France / Ernst & Young) 간의 합병, 딜로이트 앤 투시(Deloitte & Touch)와 앤더슨 영국 지사와의 합병을 각 승인하

구조 약화는 당해 결합이 없는 경우보다는 덜하리라는 결론에 이르게 된다. *ibid.*, para.158-160.

45) 이에 따라 몇몇 경쟁사업자들이 접촉을 하였고 바스프를 제외한 일부 회사들은 실사를 포함한 정밀 조사를 벌였으나 자산관리인에게 유효한 인수청약을 한 사업자는 없었다. 이상을 볼 때 이 사건에서 다른 대안 인수인(alternative purchaser)은 없다는 결론에 이르게 된다. *Ibid.*, para.146.

46) Cases COMP/M.2810 *Deloitte & Touche/Andersen UK*, COMP/M.2824 *Ernst & Young/Andersen Germany*, COMP/M.2816 *Ernst & Young/Andersen France*.

47) *ibid.*, paras.45-6

였다. 이 사건에서 주목할 것은 피인수회사인 앤더슨 영국 지사나 프랑스 지사의 경우 모두 직접적인 재정적 어려움에 당장 봉착한 것은 아니었다는 사실이다. 그럼에도 불구하고 집행위원회가 기업결합을 승인한 것은 인과관계 부재의 요건을 ‘불가피한 결합 (inevitable mergers)’⁴⁸⁾으로까지 넓게 인정한 때문이었다. 하지만 이 사건 심결이 갖는 가장 중요한 의미는 인과관계 부재를 종전까지 회생불가 기업 항변의 한 요건으로 다루던 입장에서 벗어나 독자적인 기업결합 항변의 한 사유로 볼 수 있는 여지를 터놓았다는 것이다.⁴⁹⁾

(5) 뉴스코프(NewsCorp) 사건⁵⁰⁾

이태리에서 유료 텔레비전 채널(스트림)을 운영하고 있는 다국적 미디어 그룹인 뉴스코프는 이태리 유료 텔레비전 회사인 텔레피유의 지분 전부를 인수하려 하였는데, 스트림과 텔레피유는 이태리에서 유일하게 활동하는 두 개의 유선 텔레비전 사업자들이었고, 시장 점유율을 보면 텔레피유가 스트림의 약 두 배에 달하고 있었다. 스트림이 뉴스코프의 회사의 한 사업부문이었기 때문에 이 사건에서 회생불가 사업부문 항변이 받아들여질 수 있는지가 관건이었다. 물론 뉴스코프 회사 전체로 보아서는 재정상태가 건전하였다. 뉴스코프는 기업결합 없이는 현실적으로 독자적인 사업체로 생존할 가망성이 없는 스트림을 “회생불가 기업”에 해당하고, 이를 자회사로 갖고 있는 자신이 다른 회사, 즉 텔레피유(Telepiu)에 대한 단독 지배권을 획득하여 스트림과의 시너지 효과를 내겠다고 하였다. 이 사건에서는 스트림을 타 회사와 결합시키지 않는다고 하여 모 회사인 뉴스코프가 시장에서 퇴출당하거나 할 가능성은 없었다. 이태리 유료 텔레비전 시장에서의 스트림의 철수가 있다면 그건 회사 경영진이 부진한 사업부문에서의 철수라는 경영상 포기결정에 불과하였다. 더구나 이 사건에서는 시너지 효과가 검증되지도 않을 뿐 아니라 뉴스코프가 기업결합 이전에 제3자에게 스트림을 매각하려 시도했다는 점에 관한 어떤 자료도 없었다. 여기서 뉴스코프 측의 주장은 스트림의 시장퇴출은 불가피하고, 그렇게

48) Vincenzo Baccaro, *op.cit.*, p.19.

49) S. Bishop and M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London: Sweet & Maxwell, 2002, p.309. [Ioannis Kokkoris(2006)에서 재인용]

50) Case COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiu* O.J. 2004 L110/73

되면 스트림이 갖고 있는 각종 방송권 등의 권리는 대부분 텔레피유로 넘어갈 가능성이 크기 때문에 이 결합과 경쟁구조 저해와의 사이엔 인과관계가 단절된다는 것이었으나, 집행위원회는 입증에 부족하다고 하여 이를 받아들이지 않았다.⁵¹⁾ 그러나 집행위원회는 당해 결합에 일정한 조건을 부가할 경우엔 스트림의 시장퇴출보다는 소비자들에게 더 많은 이익이 돌아갈 것이라는 점을 염두에 두고, 당사 회사들의 과거의 재정적 문제점, 이태리 시장의 특수성 등을 감안하여 조건부 기업결합 승인 결정을 내렸다.⁵²⁾

이 사건은 집행위원회가 회생불가 기업 항변과 관련된 기업결합 사건에서 시장의 특별한 상황과 여건을 고려하여 종전보다 상당히 완화된 접근법을 취하였는데, 엄밀한 의미에서 이 항변은 회생불가 기업 항변이라기보다는 효율성 항변, 그중에서도 우리가 취하고 있는 ‘국민경제 전체적인 차원에서의 효율성’에 해당한다고 할 것이다.⁵³⁾

(6) 켈트(Kelt) 사건⁵⁴⁾

켈트 에너지 주식회사(Kelt Energy Plc)는 석유 및 가스 탐사와 시추 활동을 하는 영국

51) *ibid.*, para.221.

52) 새로운 결합 사업자는 유료 텔레비전 시장에서 독점적 지위를, 텔레비전 채널, 최신영화들, 이태리 축구 클럽들의 텔레비전 중계권 시장에서는 유일한 구매자로서 준독점적 지위를, 전 세계적 흥행의 대상이 되는 스포츠 중계 시장에서는 시장지배적 지위를 갖게 될 것인바, 뉴스코프가 제안한 구조조치들이 이러한 목적에 부합하는지 살펴보도록 한다. 콘텐츠 접근(Access to contents)과 관련하여 결합사업자에 의한 독점권의 범위와 기간을 상당기간으로 제한하여 DTH 방송권의 경우에는 주기적으로, 비DTH 방송권의 경우엔 항상 경쟁대상으로 제공하며, 결합 플랫폼에 의해 DTH에 의해 방송되는 최신 영화들의 경우 비DTH 플랫폼 사업자들도 도매가격에 완전히 이용할 수 있도록 (중략) 특히 플랫폼 및 도매가격 공급 등과 같은 핵심 사안에 관하여 한편으로는 사적 중재 제도를 그리고 다른 한편으로 이태리통신청(Italian Communication Authority)의 관할을 포함하는 등 모니터링을 위한 효과적 방안도 제시하고 있다. 그렇다면 이 기업결합에 따른 구체적 성격 및 위와 같은 점을 종합적으로 고려할 때 뉴스코프가 제출한 서약들은 관련시장에서의 예상되는 반경쟁적 효과들을 해결하기에 충분하다고 할 것이다. *ibid.*, paras.227-261.

53) 회생불가 사업부문은 회생불가 기업 항변과 달리 경영 판단에 좌우되어 남용될 가능성이 많으므로 인과관계단절의 요건을 추가하여 그 요건을 엄격하게 하는 것이 필요하다는 입장도 있으나(Ioannis Kokkoris(2006), *op.cit.*, p.504) 회생불가 사업 부문이라고 하여 특별히 항변 요건을 더 엄격하게 요구할 것은 아니라고 본다. 인과관계 단절 항변이 인정되지 않으면 그 다음 단계로 효율성을 판정하면 될 것이고, 이때는 회생 불가능한 단위가 하나의 기업인지, 기업의 일부 사업부문인지 나눌 필요가 없기 때문이다.

54) Case IV/M.116 *Kelt/American Express* [1991] O.J. L223/0.

상장회사였는데, 이 회사의 재정상태가 어렵게 되자 아메리칸 익스프레스 은행(American Express Bank Ltd)를 주간사로 하는 8개의 은행으로 된 채권단이 퍼벡정유회사(Purbeck Petroleum Ltd)를 합작으로 만들어 켈트사 자산의 일부와 함께 켈트의 자회사인 켈트 익스플로레이션(Kelt Exploration Limited, 일명 “Keltex”)의 주식 전부를 인수하려 하였다. 이는 재무건전성을 회복시켜 켈트로 하여금 관재인 경영(receivership)절차에 들어가는 것을 막기 위한 일종의 기업 구조 전략의 일환이었다. 집행위원회는 최근 연도의 재무제표 등을 통해 켈트 및 그와 관련된 회사들의 연쇄 부도의 위험을 막기 위한 효과적인 재무건전성 확보책이 시급하다는 점을 인정하고 이런 특수한 상황을 고려하여 기업결합을 승인하였다. 이 사건에서 집행위원회는 시장의 전반적 상황(overall conditions of the market)을 중요한 고려 요소로 삼았다. 이 사건 역시 회생 불가능한 상태에 이르기 전의 재정적 상태를 정책적으로 고려한 측면이 있어 순수한 의미에서의 회생불가 기업 향변이 적용된 경우로 보기는 어렵다.

(7) 베텔스만(Bertelsmann) 사건⁵⁵⁾

베텔스만(Bertelsmann)사건은 CLT-UFA와 타우루스(Taurus)가 프레미에레(Premiere: Premiere Medien GmbH & Co. KG), 베타디지털(BetaDigital) 및 베타리서치(BetaResearch)의 합작 지배권을 인수하고자 했던 사건이다. 베텔스만은 독일의 선도적인 미디어 그룹의 모회사로서 도서, 잡지 출판, 북 클럽, 인쇄, 음악 퍼블리싱 및 녹음 분야에서 활동하고 있었고 상업 텔레비전의 지분도 갖고 있었다. CLT-UFA는 베텔스만과 오디오피나(Audiofina SA)사가 유럽의 텔레비전 시장에서 활동하기 위해 공동으로 투자하여 만든 합작회사였다. 여기엔 프레미에레의 주식도 포함되어 있었다. 타우루스는 독일 내서 영화 및 텔레비전 오락물 프로그램 배급사로서는 선도적 지위에 있었고 역시 상업텔레비전 방송국도 운영하고 있었던 커크(Kirch) 그룹에 속한 지주회사였다.⁵⁶⁾ 이 두 독일의 유료 방송 텔레비전 방송국 사이의 기업결합은 독일 유료 텔레비전 시장에서의 독점에 가까운 지위를 창출할 우려가 있다는 이유로 집행위원회에 의하여 불승인되었다. 사실 타우루스는 커크의 유료 텔레비전 사업활동의 일부에 불과했다. 커크 그룹이 자신의 유료텔

55) Case IV/M.993 *Bertelsmann/Kirch/Premiere* [1999] O.J. L53/1.

56) *ibid.*, para.7.

레비전 방송국을 폐쇄한다 하더라도 이는 바로 커크가 전체적으로 지급불능 상태에 빠지는 않을 것이었다. 뉴스코프 사건의 경우와 같이 커크의 유료텔레비전 시장에서의 철수 결정은 단순한 부진 사업부문 정리에 불과하였다. 이에 대하여 집행위원회는 당사자들이 기업결합과 시장의 경쟁구조 저해성 사이의 인과관계 단절을 인정할 수 없다면서 기업결합을 승인하지 않았다.

(8) 상 고방(Saint Gobain)사건⁵⁷⁾

프랑스 기업인 상 고방 그룹에 속한 SEPR, 독일의 박커 케미(Wacker-Chemie) 그룹에 속한 ESK 및 네덜란드 국영기업인 Nom 사이에 탄화규소 산업부분에서의 합작투자회사 설립을 계획하고 있던 이 사건은 집행위원회에 의하여 희생불가 기업 항변이 배척되었다. 이 합작이 이뤄지면 유럽 내에 가장 큰 규모의 탄화규소 생산회사가 둘로 되고, 이를 이용한 연마제와 방열시장에서 이들의 시장 점유율은 60퍼센트 이상 될 것으로 전망되고 있었는데, 집행위원회는 박커 케미의 재정적 어려움이 시장퇴출로까지 이어지는 않을 것이고, 또한 설령 박커 케미가 시장에서 퇴출된다 하더라도 상 고방이 이 회사의 시장점유율을 흡수할 것으로 보지 않고, 이에 따라 기업결합이 불승인되는 경우의 경쟁구조보다는 결합이 되었을 때 경쟁구조가 더 악화될 가능성이 높다고 판단하였다. 그리고 집행위원회가 이 사건 기업결합과 이것이 시장에 미치는 부정적 효과 사이의 인과관계 단절을 인정하지 않은 이유 중의 하나는 박커 케미가 가공공정 설비 중 최신 장비를 매각하게 될 경우 상 고방 외에 이를 매입할 제3자가 있다고 본 것이었다.⁵⁸⁾

인과관계 단절 항변 요건 중의 하나가 제3의 인수인의 부재라는 사실을 확인시켜 준 사건이었다 할 수 있다.

57) Case IV/M.774 *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM* [1997] O.J. L247/1.

58) 상고방 그룹 관련된 사건으로 우리 공정거래위원회에서도 2007. 10. 31. 전원회의를 통해 미국의 오웬 스코닝사와 상고방베트로텍스 간의 수평적 기업결합에 대해 희생불가 항변이 대상이 되지 않는다면서 국내에서 발생할 경쟁제한적 폐해에 대한 시정조치를 부과하기로 한 바 있다.

3. 미국 사례들에 있어서의 인과관계 부재 이론의 가능성

미국의 경우엔 유럽연합과 달리 회생불가 기업 항변에 관한 판정을 내림에 있어 따로 인과관계 단절이나 부재에 관한 판단은 명시적으로 하지 않았으나 회생불가 기업 항변이 처음으로 인정된 인터내셔널 슈(International Shoe) 사건⁵⁹⁾ 이래 수평적 기업결합 고시에 이르기까지 그 요건을 살펴보면 인과관계 부재로 해석될 여지가 상당하다고 할 수 있다.⁶⁰⁾

그러나 미 연방 대법원의 경우 회생불가 기업 항변과 효율성의 항변을 구분하기보다는 두 가지 항변을 모두 고려하는 듯한 판시를 해 왔다. 인터내셔널 슈 사건의 경우 연방 거래위원회는 당해 기업결합이 사업자들 사이에 경쟁을 실질적으로 감소시키고 신발산업에서의 영업활동을 위축시키며 독점을 형성할 경향이 있다고 보았으나 연방 대법원은 피인수회사가 재정적 파탄에 직면해 있고 유일한 대안은 청산이라고 판시함으로써 회생불가 기업 항변의 기준을 설정하면서, 한편으론 피인수회사의 자원이 고갈되고 부도의 가능성이 높아 회사의 갱생가능성은 매우 낮고, 그렇게 될 경우 이것이 주주들 및 해당 사업자의 공장이 가동되고 있는 지역사회에 미칠 손해를 고려하지 않을 수 없다고 하여 회생불가 기업 항변이 적용되는 사안에서도 효율성과 실질적인 경쟁제한성이 교량 되어야 하는 것처럼 판시하고 있다. 유일한 경쟁사업자가 자신의 사업역량을 축적할 목적으로 피인수회사의 지분을 취득하고, 이를 통해 그렇게 하지 않을 경우에 예상될 수 있는 심각한 결과들을 완화한다면 이것은 경쟁을 실질적으로 감소시킨다거나 공중의 법익 보호에 반하는 것이 아니라는 연방 대법원의 판시는 회생불가 기업 항변과 효율성 항변의 경계를 모호하게 하고 있다. 이런 태도는 금융산업 부문에서 회생불가 항변이 쟁점이 되었던 필라델피아 내셔널 뱅크(Philadelphia National Bank) 사건⁶¹⁾에서도 드러난 바 있다. 필

59) *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291(1930)

60) US Merger Guidelines (1984), Section 5.0 에는 “이 고시 제1절에서 제4절의 분석에도 불구하고 합병 사업자들 중 하나가 아래 기준에 따른 ‘급박한 퇴출(imminent failure)’로 인해 관련시장에서 그 사업자의 자산이 퇴출될 처지에 있는 경우에는 그 합병이 시장지배력을 창출하거나 강화, 또는 이를 남용할 가능성은 없다고 보아야 한다. 이런 경우엔 당해 합병이 허용되지 않아 자산이 시장에서 퇴출되었을 때와 비교하여 관련 시장에서의 합병 후 성과(post-merger performance)가 더 악화되지는 않을 것이다.”라고 규정되어 있다.

61) *United States v Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321(1963)

라텔피아 메트로폴리탄 지역 및 인접한 세 개의 카운티에 있는 42개의 상업은행들 중에서 두 번째 및 세 번째 규모의 은행 간의 수평적 합병이 문제가 되었던 이 사건에서 연방 대법원은 결론적으로는 회생불가 기업 항변을 배척하였지만, 은행이 통상적인 다른 산업과 달리 부도에 처했을 때 공중에 미치는 심각한 영향을 고려할 때 회생불가 항변이 적용될 수도 있다는 입장을 재확인하였다.⁶²⁾ 일반적으로 미 연방 대법원이 회생불가 기업 항변을 인정하기 위하여 들고 있는 요건은 위에서 본 유럽연합이 인과관계 부재의 요건으로 들고 있는 내용들과 큰 차이가 없어 보인다. 대표적인 사례로는 두 사업자들이 신문을 합작으로 운영하기로 한 시티즌 퍼블리싱(Citizen Publishing) 사건에서⁶³⁾ 연방 대법원은,⁶⁴⁾ ‘1)이 사건의 경우 시티즌의 주주들이 자신의 신문사를 청산하거나 제3자에 대한 매각의 의사를 갖고 있다는 점과 함께 이 사건 결합 계약이 시티즌 측에서 취할 수 있는 최후의 수단⁶⁵⁾이라는 점이 엇보이지 않고, 2)회생불가 기업 항변은 결합희망 사업자가 유일한 인수자인 경우에만 적용될 수 있으며, 3)이 항변이 인정되기 위해서는 연방 파산법에 따른 파산관재인 파견 등을 통한 회사갱생의 가능성이 희박하거나 없어야 한다’고 판시한 경우를 들 수 있다.⁶⁶⁾ 이런 요건하에서는 기업결합과 시장의 경쟁제한성 저해 사이에는 아무런 인과 고리가 없기 때문에 사실상 유럽연합의 인과관계 단절 항변과 동일하다고 할 수 있다. 그런데 제너럴 다이내믹스(General Dynamics) 사건⁶⁷⁾에서는 다시 연방 대법원이 이 기준을 완화하여 적용하였다. 법원은 피인수 사업자의 재무 건전성이 악화되고 있었지만 파산에 임박한 정도까지는 이르지 않았고, 기업결합이 될 경우 시장지배력이 창출될 수 있는 상황에서도 당해 기업결합이 주주, 채권자 및 근로자들에게 긍정적 효과를 가져온다는 취지의 논거를 펴면서 이를 승인하는 판결을 내렸던 것이다. 이 사건은 결합 대상 사업자가 파산 직전이 아닌 재정적 취약 상태에 있는 경우에도 기업결합이 정당화될 수 있는, 즉 회생불능기업 항변(failing firm defence) 외에 퇴행기업

62) *ibid.*, at 369. 만일 이런 정도의 상황에서 지역경제적 사정을 감안하여 회생불능기업 항변이 받아들여 졌다면 이는 인과관계 부재가 아닌 효율성 항변이 적용된 결과로 보는 것이 옳을 것이다.

63) *Citizen Publishing Co v United States*, 394 U.S. 131, 138-139(1969).

64) *ibid.*, at 132.

65) the last straw at which the Citizen grasped

66) *ibid.*, at 137-8.

67) *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486(1974)

(failing firm)의 인용 가능성을 열어둔 것으로 평가할 수도 있다. 실제로 제너럴 다이내믹 사건은 몇몇 하급 법원에서 회생불능기업 항변의 요건을 완화하는 근거로 활용되기도 하였는데,⁶⁸⁾ 이 사건은 그 성격상 인과관계 부재 항변이라기보다는 퇴행기업을 회생불가 기업으로 확대 해석하였다는 것이 필자의 판단이다.

IV. 인과관계 부재 항변의 독자성 인정여부 및 의의

1. 당연적법(per se legal)요건으로서의 인과관계 부재론이 갖는 의의와 기능

위에서 본 바와 같이 유럽연합의 경우 회생불가 기업 항변을 경쟁외적 정책 요인에 대한 고려를 배제한 채 순전히 법 논리적 차원에서 이론을 구성하기 위해 출발한 인과관계 부재론은 유럽집행위원회의 심결과 유럽재판소의 판결을 거치면서 비교적 정치한 체계를 갖추었으나, 수평적 기업결합 고시에서는 명문화되지 못하고 회생불가 기업 항변의 한 요소로 흡수되고 말았다. 그러나 인과관계 부재 항변은 그 독자성을 충분히 가지고 있다. 위에서 본 사례들 중 유럽연합의 ‘아서 앤더슨’ 사건과 ‘켈트 사건’, 미국의 ‘제너럴 다이내믹스’ 사건 등에서 볼 수 있듯이 경쟁 당국이나 법원은 회생불가 기업 항변에 관한 판단을 내림에 있어 효율성 항변 요소까지 고려하기도 하여 양자의 경계를 모호하게 하는 경우가 종종 있는데, 이는 인과관계 부재가 인정되지 않는 회생불가 기업의 경우 기업결합 승인 여부를 판정함에 있어서는 필연적으로 따를 수밖에 없다. 이는 회생불가 기업 항변의 경우 공익 간의 교량을 내포할 수밖에 없는 태생적 한계⁶⁹⁾에 기인한다고 할 수 있다. 회생불가 기업 항변은 반독점법이 경쟁법적 판단을 다른 가치 판단 하에 복속하고자 하는 대표적인 사례라고 하는 포스너의 주장은⁷⁰⁾ 이 항변에서 경

68) Margarida Afonso, *op.cit.*, p.49.

69) *ibid.* Citizen Publishing Co., 394 U.S. at 137-38.

70) R.A.Posner, *Antitrust: cases, economic notes and other materials*(2nd edn.), 1981, West Publishing, p.472; Ioannis Kokkoris(2006), *op.cit.*, p.506.

쟁제한성과 여타 정책들과의 사이에 교량이 있어야만 하는 이유를 설명한다. 효율성과 실질적 경쟁제한성이 교량되듯이, 기업결합과 이로 인하여 초래되는 다른 공익적 목표들도 비교될 수밖에 없는 것이다. 그러나 인과관계 부재론은 희생 불가능한 기업과 결합하는 과정에서 굳이 그러한 비교 형량이 필요 없는 영역이 존재함을 보여준다. 즉, 희생불가 기업과의 결합 유무와 무관하게 어차피 시장에서의 경쟁구조는 함몰될 수밖에 없는 상황이라면, 그 기업결합이 경쟁제한성을 가져오는 원인이 되었다고는 할 수 없으므로 이러한 기업결합을 경쟁 당국이 규제할 아무런 근거가 없는 것이다. 다시 말해 그 기업결합이 가져올 경쟁제한성이 존재하지 않으므로 다른 정책적 목표와의 비교가 불필요할 뿐 아니라 원칙적으로 불가능하다는 말이다. 기업결합에 대한 규제가 자연스럽다기보다는 인위적 통제의 성격을 띠고 있다는 점을 감안하면, 경쟁구조에 영향을 미치지 않는 기업결합은 원칙으로 돌아가 경쟁 당국의 손길에서 바로 벗어나게 해 주어야 한다. 기업결합에 상당한 경쟁중립적 내지는 경쟁친화적 속성이 있는 까닭에 여타의 경쟁제한 행위와는 달리 보아야 한다는 사실을 감안하면 더욱 그렇다. 사업자들의 일정한 행위에 당연위법(per se illegal)이 예정되어 있다면, ‘당연적법(per se legal)’의 개념이 인정되지 말란 법도 없을 것이다. 경쟁제한성과의 인과 고리가 끊어진 기업결합이 바로 여기에 해당한다는 것이 필자의 생각이다.

인과관계 부재 항변을 독자적으로 인정하게 되면, 사업자들로서는 입증의 범위와 정도에 대한 예측이 보다 용이하고, 경쟁 당국 입장에서도 규제 대상 여부 판단이 보다 명확해져 그 다음 단계인 정책적 교량의 필요가 있는 항변, 즉 퇴행기업 항변과 그렇지 않은 경우를 분리하여 전자에 더욱 집중함으로써 업무의 효율성을 높일 수 있을 것으로 생각된다.⁷¹⁾ 인과관계 부재 항변의 도입은 그간 모호하게 확장되었던 희생불가 기업 항변의 경계와 요건도 보다 명확히 할 수 있을 것이다. 미국의 제너럴 다이내믹스 사건에

71) V. Baccaro는 유럽연합 집행위원회가 인과관계 부재 항변을 이용하여 기업결합 승인에 있어 상당히 유연한 결정권한을 행사하여 왔었다고 분석하면서, 인과관계 부재 항변을 희생불가 기업 항변을 포괄하는 모개념으로 본다. Vincenzo Baccaro, *op.cit.*, p.23. 그러나 필자는 정상적 시장참가가 어려운 기업의 유형을 일컫는 용어로는 ‘희생불가 기업’이라는 용어가 더 적절하다고 보는데, 이를 상위에 놓고, 그 아래 혐의의 희생불가 기업(pure failing firm)에 대한 기업결합의 정당화 사유를 인과관계 부재에서 찾고, 완전한 희생불가는 아니지만 그러한 개연성이 매우 높고, 사전에 구조결합을 하는 것이 여타의 공익적 정책 목표에 부합하는 경우의 항변을 퇴행기업 항변(failing firm defence)으로 이해하는 것이 개념이나 체계에 부합한다고 본다.

서 대표적으로 알 수 있듯이 인과관계 부재가 인정될 정도는 아니지만 정책적 교량 및 판단에 따라 기업결합이 승인된 사례들은 비록 경쟁 당국이나 사법 당국은 공식적으로 부인하고 있으나 회생불가 기업이 아닌 퇴행기업 또는 퇴행사업부문(failing division)을 대상으로 한 것이라 할 수 있다.⁷²⁾ 회생불가 기업 항변의 범위를 부적절하게 확장 적용한 형식 논리에서의 문제점은 다소 있어 보이나, 이러한 퇴행기업들에 대하여도 구체적 사안에 따라 회생불가 기업에 준하여 기업결합을 승인할 필요는 있을 것이다. 파산 직전 상황에 놓인 것은 아니지만 시장상황 등에 비취 시간문제일 뿐 결국 파산이 명백히 예정되어 있는 퇴행기업에 대하여는 그 기업결합이 가져올 시장경쟁 구조에 대한 부정적 영향과 여타 다른 공익적 정책 목표와의 교량 기회를 주어야 하고, 그 교량 대상은 우리 심사 기준에 있는 고용 증대, 지방경제발전, 전후방 연관산업에의 기여도, 에너지의 안정적 공급 등과 같은 국민경제생활 안정에의 기여, 환경오염 개선에의 기여 등이 될 것이다. 혹자는 이렇게 되면 기업결합항변 사유를 지나치게 확대하는 것이 아닌가 비판할 수도 있으나, 향후 회생불가로 이어질 개연성이 매우 높은 퇴행기업에 굳이 항변의 기회를 주지 않겠다는 것은 마치 구급차에는 걸지 못하는 사람만이 탄다는 규정을 만들어 놓고, 응급환자가 발생해도 쓰러지기를 기다려 그제야 차에 태우는 것과 같다고 할 수 있다. 오히려 기업결합이 빠를수록 각종 비용 손실도 적고, 이를 통해 구현하려는 정책 목표들도 보다 효과적으로 달성될 수 있다는 점을 감안하면, 퇴행기업 항변을 좀 더 유연하고 탄력적으로 적용할 필요가 있다고 본다. 경쟁 당국이 기업결합 정책을 어떻게 하느냐 하는 것은 사업자들의 시장진입 의사결정에 영향을 미칠 수 있다. 시장에 진입하려는 사업자들로서는 추후 상황이 악화될 경우 시장에서의 철수가 얼마나 쉽게 허용되는지 여부도 중요한 고려요인이 될 것이기 때문이다.⁷³⁾ 재정적 난관에 봉착했을 때 시장 철수를 용이하게 함으로써 회생불가 기업 항변은 사업자들의 진입 동기를 북돋우어 전반적인 소비자 후생복리를 증진시킬 수 있다. 또 기존 사업자와 결합함으로써 소비자 후생 복리가 감소된다 할지라도 만일 그 기업결합의 허용으로 인해 생기는 경쟁제한성은 사업자가 조기에 시장에 들어오게 됨으로써 얻어지는 긍정적 경쟁효과로 상쇄될 수도 있는 것이다.⁷⁴⁾

72) 협의의 회생불가 기업 항변하에서는 이것이 바로 인과관계 단절 항변과 같은 의미일 가능성이 높다.

73) R. Mason and H. Weeds, "The Failing Firm Defence: Merger Policy and Entry," 2003. www.repec.org

종래의 회생불능기업 항변을 인과관계 부재 항변과 퇴행기업 항변, 이렇게 두 가지로 나누면 양자의 관계는 어떻게 자리매김하여야 할까? 필자의 생각은 이 두 항변을 순차적으로 주장할 수 있도록 하는 것이 결합 당사자 보호나 항변의 성격상 타당하다고 본다. 이렇게 되면 당사자들로서는 결합 승인이 확실한 인과관계 단절을 주장하고, 그 입증에 실패하면 우리 기업결합심사 기준 소정의 국민경제 전체 차원에서의 이익 교량 항변을 하게 될 것이고 경쟁제한성이 여타 이익보다 큰 경우에도 경쟁제한성 완화를 위한 조건부 승인을 얻어낼 수도 있을 것이다.

2. 인과관계 부재론에 입각한 기존 사례들에 대한 검토

이런 관점에서 위에서 본 유럽연합과 미국의 사례들을 다시 분류해 보면 칼리와 잘프, 바스프, 아서 앤더슨 및 인터내셔널 슈 사건은 인과관계 부재 항변이 받아들여진 경우이고, 뉴스코프, 켈트 및 제너럴 다이내믹스 사건의 경우엔 인과관계 부재의 정도에는 이르지 아니하였으나 공익 정책 목표들과의 비교 형량을 통해 퇴행기업 항변이 받아들여진 사례로서, 반대로 베텔스만 및 필라델피아 내셔널 뱅크 사건들은 결합 당사자들의 퇴행기업과의 결합에 있어서 우월적 이익의 존재 입증에 실패한 경우로 각각 이해할 수 있다.

그런데 위와 같이 국민경제 전체 차원에서 나타나는 효율성을 기존의 효율성 항변에서 완전히 떼어, 회생불가 기업 항변, 그중에서도 퇴행기업 항변을 판단하는 한 기준으로 삼는 것이 효율성 항변의 범위를 위축시키는 결과가 되지 않는가 하는 우려가 있을 수 있다. 효율성이 생산, 판매, 연구개발 등에서 나타날 때 이를 A라 하고, 국민경제 전체에서 나타날 때 이를 B라 하면, 1)A와 B 모두 없는 경우, 2)반대로 A와 B 모두 있는 경우, 3)A는 있지만 B가 인정되지 않는 경우, 4)A는 없으나 B는 인정되는 경우로 나눌 수 있다. 1)은 기업결합 정당화 사유가 아예 존재하지 않는다는 점에서, 그리고 3)은 생산단계 등에서의 효율성이 바로 나타나고 있으므로 기업결합을 승인함에 문제가 없다. 2)의 경우엔 어느 차원에서건 효율성이 모두 나타나지만 기업결합 승인의 직접적 근거

74) Ioannis Kokkoris, *op.cit.*, p.507.

는 아무래도 시장에서의 효율성을 나타내는 생산단계 등에서의 효율성이 될 것이다. 문제는 4)의 경우이다. 다시 말해 생산단계 등에서의 효율성은 인정되지 않음에도(오히려 효율성이 감소되는 경우도 생각할 수 있음), 국민경제 전체로 보아 효율성이 있다는 이유만으로 기업결합을 승인할 수 있는가 하는 것이다. 효율성 항변은 다분히 경쟁 당국의 정책적 우선순위 및 전략에 대한 고려에 의하여 영향을 받을 가능성이 높다는 점을 염두에 두어야 한다.⁷⁵⁾ 당해 시장에서는 경쟁제한성을 상쇄하는 효율성이 없거나 오히려 감소함에도 불구하고 단지 국민경제 전체적으로 보아 효율성이 있다고 하여 기업결합을 승인하는 것은 경쟁법의 적용의 자의성을 초래할 뿐 아니라 경쟁법의 범익과 여타 법익과의 경계를 무너뜨려 경쟁법 본연의 기능을 포기하는 것으로 허용될 수 없다고 보아야 한다. 그렇다면 굳이 4)의 경우를 효율성 판정의 기준으로 남겨둘 이유는 없고, 퇴행기업과의 결합을 전제로 이를 보완하는 요소로 자리매김하는 것이 옳다고 본다. 현실적으로도 효율성 항변에서의 주된 요소가 효율성 발생의 근접성, 가시성, 명확성, 수치표현을 통한 검증 가능성이라는 점을 감안하면, 다소 추상적인 B를 떼어낸다 해도 항변의 대상이나 범위가 축소되지는 않을 것인바, 우리 심결 사례를 통해 이를 살펴보도록 하자.

회생불가 기업과의 기업결합으로서 공정거래위원회에 의하여 승인된 대표적인 사례로 현대자동차의 기아(아시아)자동차 주식인수 사건이 있는데,⁷⁶⁾ 이 사건에서 공정거래위원회는 특히 트럭시장의 경우 당해 기업결합으로 인한 실질적 경쟁제한성이 매우 높다고 하면서도 (1)피인수대상인 기아 자동차가 부실기업으로서 당해 기업결합 외에 다른 방법이 없고, (2)규모의 경제의 필요성이나 생산비용 절감 등의 차원에서의 효율성이 인정될 뿐 아니라 (3)국제경쟁력 강화에도 기여할 것으로 보인다는 세 가지 이유를 들어 기업결합을 조건부로 승인하였다.⁷⁷⁾

75) Alexandr Svetlicinii, "Assessment of the non-horizontal mergers: is there a chance for the efficiency defence in EC merger control?," 28(10) *ECLR*, 2007, p.536.

76) 공정거래위원회 9901기결0126, 현대자동차(주)의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건

77) ...기아는 지급불능의 상태에 처하여 법정관리하에 있으며 1998년 6월 30일 기준으로 자본잠식 합계가 51,652억 원에 달한다. 또 기업결합 이외의 방법으로는 회생이 곤란하여 제3자 매각을 위한 국제 입찰에 부쳐졌고, 2번의 유찰을 거쳐 3번째 입찰의 결과로서 이 사건기업결합이 추진되었다. 나아가 이 사건 기업결합은 당사 회사의 경영효율성을 증대시키고 국제경쟁력을 강화시키는 효과가 상당한 것으로 판단된다. 이러한 점 등을 종합적으로 고려할 때 승용차 및 버스시장에서는 산업합리화 효과 및 국제

...자동차산업의 경쟁이 치열해지고 경제의 세계화가 진전됨에 따라 자동차회사의 적정규모는 점점 커지고 있는바, 이 사건 기업결합으로 당사 회사는 총 260만 대의 생산능력을 갖추게 되어 규모의 경제를 실현할 수 있을 것으로 보인다. 세계적으로도 효율성 증대를 위해 자동차회사 간의 인수합병이 활발하게 이루어지고 있는 실정이며, 이러한 세계적인 추세를 감안할 때 수출비중이 높은 우리나라 자동차산업의 효율성을 제고하고 경쟁력을 강화하기 위해서는 적정경영규모의 확보가 필요한 측면이 인정된다.⁷⁸⁾

이 사건 기업결합으로 플랫폼(Platform) 통합, 부품공용화, 부품공급업체의 대형화 등이 이루어질 경우 생산비용의 절감효과가 인정된다. 최근 각국의 자동차업체들이 생산비용의 절감을 위해 플랫폼의 통합을 추진하고 있는바, 이 사건 기업결합의 경우에도 현대와 기아가 상호중복되는 차급의 플랫폼을 통합함으로써 개발비 등 생산비용을 절감할 수 있을 것으로 인정된다. 그리고 현대와 기아가 부품을 공용화하고, 또 이를 통해 부품공급업체를 대형화함으로써 부품조달비용 등 생산비용의 절감을 도모할 수 있을 것으로 인정된다.⁷⁹⁾

이 사건 기업결합을 통한 기술의 상호보완 및 공동활용에 의한 생산성 증대효과가 인정되며, 물류비용 및 간접비용의 절감 등의 효과도 있을 것으로 인정된다.⁸⁰⁾

기업결합제한의 예외로 인정하는 국제경쟁력 강화를 위한 기업결합이라 함은 기술개발의 촉진, 적정경영규모의 확보 등으로 가격 및 품질 면에서 현저하게 국제경쟁력을 향상시키거나 해외시장에서 정보수집, 판매활동 등 기업활동을 촉진시킴으로써 수출증대에 현저하게 기여하는 기업결합이다. 이 사건 기업결합으로 해외에서 상대적으로 우위를 점하고 있는 지역의 판매조직을 상호간에 활용함으로써 전체적으로 수출이 증대될 것으로 예상되며, 또한, 상대적으로 기술력이 우위에 있는 차종의 기술을 상호활용함으로써 수출을 확대할 수 있을 것으로 판단되어 이 사건 기업결합은 당사기업의 국제경쟁력 강화에 기여할 것으로 인정된다.⁸¹⁾

경쟁력 강화효과가 경쟁제한의 폐해보다 더욱 크다.

78) 위 심결 5.가.(2) (가)

79) 위 심결 5.가.(2) (나)

80) 위 심결 5.가.(2) (다)

81) 위 심결 5.나.

그러나 공정거래위원회가 위와 같은 판단은 불필요하였을 뿐 아니라 어떤 점에서는 효율성 항변을 규제 당국이 무리하게 확장·적용하였다는 오해를 사기 쉽다. 그 이유는 기아 자동차가 정상적으로 경영되는 상태였더라도 위와 같은 효율성이나 국제경쟁력을 들어 현대와의 기업결합 승인이 가능하였을까 생각하면 쉽게 이해할 수 있다. 이 사건의 경우 회생불가 기업으로서 인과관계 부재의 기준에 의하여 경쟁제한성 여부를 따질 것 없이 기업결합을 승인하던가, 아니면 기아 자동차를 퇴행기업으로 보아 기업결합이 성사되지 않을 경우 초래되는 국민경제적 차원에서의 공익적 형량을 근거로 기업결합 승인 결정을 내렸으면 족하였고, 또 마땅히 그랬어야 한다고 본다.⁸²⁾ 생산단계 등에서의 효율성은 퇴행기업일 경우에는 판단 기준에서 제외하는 것이 옳다고 생각한다.

V. 맺는말

우리 독점규제법은 미국이나 유럽연합과 같이 기업결합의 항변을 효율성과 회생불가 기업 항변 두 가지로 분류하고 있다. 전자는 결합 당사자들이 계속 기업임을 전제로 하는 것이고, 후자는 결합 당사자들 중 어느 일방이 시장에서의 계속성을 상실하거나 상실할 개연성이 있는 경우를 전제로 한다는 점에서 차이가 있다. 그런데 회생불가 기업도 엄밀히 따지면 문자 그대로 회생이 불가능한 기업(pure failing firm)과 그 정도에까지 아직 이르지 않는했으나 회생불능으로 판정 날 개연성이 높은 상태의 퇴행기업(failing firm)으로 나눌 수 있다. 회생불능 기업과의 결합은 그 결합 유무에도 불구하고 시장에서의 경쟁구조 함몰의 영향은 피할 수 없는 것이어서, 당해 기업결합과 경쟁제한과는 인과관계가 없다. 협의의 회생불능기업과의 결합이 이에 해당한다. 인과관계 부재 항변이 인정된다면 경쟁제한성 유무에 대한 판단은 더 나아갈 필요 없이 해당 기업결합은 승인되어야 한다. 그러나 협의의 회생불능기업보다는 범위가 확장된 이른바 퇴행기업에 있

82) 위 심결처럼 규모의 경제나 생산단계에서의 효율성, 나아가 국제경쟁력 제고 효과를 이유로 하는 기업결합 승인은 경쟁법의 글로벌화 시대에 자국기업보호의 이기주의라는 오해를 살 수도 있을 것이다. 다시 말해 위의 B만을 가지고 퇴행기업 항변의 판단요소로 삼았으면 될 것인데, 공정위의 위 심결은 생산단계 등의 효율성 요건인 A를 이 사건에도 적용함으로써 무리수를 둔 셈이 되었다.

어서는 경쟁구조의 함몰과 기업결과의 인과 고리가 단절된다고 볼 수 없으므로, 이 경우에는 당해 기업결합이 가져오는 경쟁제한성과 이로 인하여 얻어질 긍정적인 여타 공익적 목표를 교량하여 기업결합 승인 여부를 판정해야 한다. 이때의 공익적 목표는 현재 우리 기업결합심사 기준상의 효율성 항변 중 국민경제 전체적 차원에서의 효율성 실현 판정을 함에 있어 감안하도록 예시된 요인들이 될 것이다. 반독점법은 우리 시대의 정치적 및 사회적 쟁점과 필수불가결하게 얽혀 있다는 보크 판사의 말이 아니더라도,⁸³⁾ 기업결합이 갖는 경쟁친화적 내지 경쟁중립적 효과를 감안하면,⁸⁴⁾ 그 계속성에 객관적 의문이 제기되는 사업자들과의 결합에 관하여도 아예 퇴행기업 항변사유로 별도 인정하는 길을 터 줄 필요가 있다. 이렇게 기존의 회생불가 기업 항변을 인과관계 부재 항변과 퇴행기업 항변으로 이분하면, 회생불가의 개념을 억지로 확장하는 무리를 하지 않고도 한계기업들에 대한 기업결합심사의 탄력성은 제고될 수 있을 것이다. 이때 양자는 택일적이 아닌 순차적 항변의 관계에 있으므로 우선 인과관계 부재 항변에 관한 판정을 한 뒤, 이것이 인정되지 않는 경우엔 퇴행기업 항변으로 보아 다시 ‘ 전반적 평가(overall assessment)’를 내리게 됨으로써 당사자들에게는 법적 예측 가능성이 높아지고 기업결합을 승인받을 수 있는 여지가 많아지는 효과가 있을 것으로 기대한다. 이에 필자는 기업결합 승인의 정당화 사유로 들고 있는 현행 우리 독점규제법 제7조 제2항의 각 호 중에서 제1호는 그대로 두되, 현행 심사기준 항목 중 VIII. 1. 가. (2)⁸⁵⁾는 제2호만의 판정기준으로 삼아 효율성 판정에서의 자의적 해석을 방지하는 대신 제2호 중 “...등 회생이 불가능한 회사와의 기업결합...”을 “... 등 계속적 유지가 어려운 회사와의 기업결합...”으로 수정하여 퇴행기업과의 결합 승인 요건을 명문화하고, 여기에 인과관계 부재의 항변을 명시하여 예컨대, 당해 기업결합의 유무와 관계없이 시장에서의 경쟁제한성이 불가피하게 초래된다고 인정되는 경우와 같이 개정할 것을 제안한다.⁸⁶⁾ 아울러 법률 개정

83) Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox*, New York: Basic Books, 1978, p.408. 보크 판사는 이 책 425쪽에서 책 전체의 말미를 다음과 같이 맺고 있다. “Antitrust goes to the heart of capitalist ideology, and since the law’s fate will have much to do with the fate of that ideology, one may be forgiven for thinking that outcome of the debate is of more than legal interest.”

84) 여기엔 기업결합이 갖는 경쟁제한성 판정이 사실상 어렵다는 점도 포함될 것이다.

85) i)고용의 증대에 현저히 기여하는지 여부, ii)지방경제의 발전에 현저히 기여하는지 여부, iii)전후방 연관산업의 발전에 현저히 기여하는지 여부, iv)에너지의 안정적 공급 등 국민경제생활의 안정에 현저히 기여하는지 여부, v)환경오염의 개선에 현저히 기여하는지 여부

전이라도 인과관계 부재 항변과 퇴행기업 항변은 기존의 기업결합 정당화 사유와 동떨어진 것이 아니므로 경쟁 당국이 적극적으로 이를 활용할 여지는 충분하다고 생각된다.

86) 개정안을 생각해 보면 제7조 제2항의 각호는 아래와 같이 될 것이다.

1. 당해 기업결합의 유무와 관계없이 시장에서의 경쟁제한성이 불가피하게 초래된다고 인정되는 경우
2. 당해 기업결합 외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우
3. 상당기간 대차대조표상의 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있는 등 계속적 유지가 어려운 회사와의 기업결합으로서 대통령이 정하는 요건에 해당하는 경우

참고문헌

권오승, 『경제법(제8판)』, 법문사, 2010.

Alexandr Svetlicinii, “Assessment of the non-horizontal mergers: is there a chance for the efficiency defence in EC merger control?,” 28(10) *ECLR*, 2007, pp.529-538.

Constance K. Robinson, “Mergers and Acquisitions,” 48th *Annual Antitrust Law Institute*, 2007, pp.185-292.

Damian Chalmers, Christos Hajjemmanuil, Giorgio Monti and Adam Tomkins, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Damien Gerard, “Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims?,” 40 *Common Market Law Review*, 2003, pp.1369-1370.

Ioannis Kokkoris, “Failing firm defence in the European Union. A panacea for mergers?,” 27(9) *ECLR*, 2006, pp.494-509.

_____, “Failing firm defence under the Clayton Act,” 28(3) *ECLR*, 2007, pp.158-166.

Keith N. Hylton, *Antitrust Law-Economic Theory & Common Law Evolution*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Margarida Afonso, “A Catalogue of Merger Defenses under European and United States Antitrust Law,” 33 *Harv. Int’l L.J.*, 1992, pp.1-65.

R. A. Posner, *Antitrust: cases, economic notes and other materials* (2nd edn.), West Publishing, 1981.

R. Mason and H. Weeds, “The Failing Firm Defence: Merger Policy and Entry,” 2003. www.repec.org

Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox-A Policy at War with Itself*, New York: Basic Books, 1978.

Vincenzo Baccaro, “Failing firm defence and lack of causality: doctrine and practice in Europe of two closely related concepts,” 25(1) *ECLR*, 2004, pp.11-24.

The Study on the Lack of Casualty Claims for the Merger Control

Lee, Hosun

The concentration between undertakings has pro or neutral competitive effects as well as anti-competitive effects, so it requires the competition authority to regulate very carefully the merger cases in deciding whether or not allowed under the competition law.

Thus, the Monopoly Regulation and Fair Trade Act provides the merger defences which are divided into the efficiency claims and the failing firm claims. However, it should not be overlooked that the failing firm defences consists of two different kind of claims. One is related to pure failing firms, and the other referred to flailing firms. When the competition authority recognized the existence of the former defence, it should approve the merger without considering more anti or pro competitive effects, because the deterioration of the competition in the market will be inevitably occurred irrelevant to it. On the contrary, if the latter, flailing firm defence, is concerned, it is necessary to compare the anti competition effects with the pro competition effects according to the level of the overall national economy. In this article, the author tries to establish the possibilities of the lack of causality doctrine under the current guidelines on the mergers cases, and suggest how to separate the standard on the efficiency claims to limit the scope of flailing firm defences.

Key words: Merger and Acquisition, Article 7 under the Monopoly Regulation and Fair Trade Act, Efficiency Defences, Failing Firm Defences, Lack of Causality Claims, Failing Firm, Flailing Firm