

#5. M&A(인수합병)와 계약서

① 가장 먼저 체결해야 하는 ‘NDA’

안녕하세요, 강혜미 변호사입니다.

이번 회부터는 M&A 를 진행하면서 체결하게 되는 각종 계약서에 대해서 살펴볼 예정입니다. 먼저 M&A 교섭 개시와 동시에 가장 먼저 체결해야 하는 NDA(비밀유지서약서)에 대해 알아보겠습니다.

M&A 를 진행하기 위해서는 양사의 기밀정보를 교환하는 과정을 반드시 필요로 합니다. 당사자들의 정보를 상대방에게 제공하기 전에 비밀정보를 보호하고 공개로 인한 피해를 방지하기 위해서는 NDA 체결이 필수적입니다. NDA는 Non-disclosure Agreement의 약자로 CA(Confidentiality Agreement)로 부르기도 하며, 국문으로는 일반적으로 ‘비밀유지계약’이라고 합니다.

NDA 를 생략하고 MOU(양해각서) 체결 시 비밀유지 의무를 하나의 조항으로 추가하는 경우도 있으나, 비밀유지가 중요한만큼 별도로 체결할 것을 추천 드리며 MOU 에 포함되는 경우에도 아래 사항을 유의하시어 해당 조항에 잘 반영할 필요가 있습니다.

NDA의 주요 내용 및 주요 내용 별 유의사항은 다음과 같습니다.

1 | 비밀정보의 범위

어떤 정보를 비밀정보로 할 것인지 명확하게 정해야 합니다. 비밀정보의 범위에 서면으로 기밀로 표시된 정보만 포함되는지, 구두로 전달된 정보도 포함되는지, NDA 체결 전에 제공된 정보도 포함되는지 정할 필요가 있습니다.

비밀로 유지하기 원하는 정보가 반드시 비밀정보에 포함되도록 정의해야 하고, 계약 체결 이후 비밀정보로 관리를 요하는 정보를 제공할 때에는 ‘비밀정보’임을 표시하는 것이 바람직합니다.

일반적으로 다음과 같은 정보는 비밀정보에서 제외됩니다.

- ① 비밀정보를 제공받기 이전부터 정보수령자가 이미 알고 있거나 보유하고 있던 정보
- ② 정보수령자의 귀책 사유에 의하지 아니하고 공지의 사실로 된 정보
- ③ 정보수령자가 비밀정보를 이용하지 아니하고 독자적으로 개발한 정보
- ④ 정보제공자가 제 3자에게 비밀유지의 의무를 부담시키지 않고 제공한 정보

2 | 사용목적의 범위

비밀정보를 사용하는 목적을 정할 필요가 있습니다. ‘양사간의 주식양수도거래’와 같이 해당 M&A 거래를 특정하여 기재하면 됩니다.

3 | 비밀유지 의무의 내용

단순히 ‘비밀을 유지해야 한다’고 정하는 것은 추상적이라 실효성이 낮습니다. 보다 구체적으로 금지되는 내용을 정할 필요가 있습니다.

비밀정보 목적 외의 다른 목적이나 용도로 사용할 수 없으며, 목적과 관련하여도 필요한 범위를 초과하여 비밀정보를 임의로 복제, 수정, 저장, 변형 또는 분석하는 등의 행위를 할 수 없도록 정해야 합니다.

비밀유지를 위해 비밀정보에 접근할 필요가 있는 담당 임직원 외에는 비밀정보에 접근할 수 없도록 제한해야 하고, 비밀정보에 접근하는 임직원이 비밀유지의무 확약서 등을 작성할 수 있도록 요청할 필요가 있습니다.

또한 정보수령자로 하여금 비밀유지를 위한 최대한 주의와 조치를 기울일 것을 강조하기도 합니다.

4 | 비밀유지의 예외 사유(법원 또는 정부기관에 대한 제공)

보통 정보수령자가 법원 또는 정부기관으로부터 비밀정보의 제공을 요구받아 비밀정보를 공개해야 하는 경우, 비밀유지의무를 위반한 것으로 보지 않는다고 정합니다. 이 경우에는 정보수령자에게 귀책사유가 있다고 보기 어렵기 때문에 이런 경우 비밀정보를 제공하는 것은 비밀유지의무를 위반한 것으로 보지 않는 것입니다.

다만, 법원 또는 정부기관의 요구가 있더라도 법원 또는 정부기관에 비밀정보의 비공개 필요성에 대해 설득할 수 있는 기회를 갖도록 정하고, 정보를 제공하여야 할 경우라도 법령에 따라 요구되는 최소 한도 내에서 제공하도록 하는 등의 제한 사항을 정할 필요가 있습니다.

5 | 반환/파기 의무

정보수령자는 본 계약이 종료된 경우 또는 정보제공자가 요구하는 경우에는 지체없이 정보제공자에게 ‘비밀정보’의 원본, 사본 및 해당 정보를 이용하여 생성한 서면, 자료, 데이터 등을 정보제공자의 선택에 따라 반환하거나 폐기하여야 하며, 폐기한 경우에는 그때로부터 정보제공자에게 서면에 의한 확인서를 제출하도록 하는 조항을 추가하는 것이 바람직합니다.

6 | 위반시 책임

비밀유지의무를 위반했을 때의 책임에 대해 명확하게 정하실 필요가 있습니다. 단순히 “위반시 모든 민·형사상의 책임을 부담한다.” “모든 손해를 배상해야 한다.”는 조항은 특별한 의미가 없고 실체가 위반한 경우 손해액 입증이 어렵기 때문에 실효성이 낮으며 위반에 대한 억제력도 약합니다.

따라서 위반시 손해배상액의 예정 및/또는 위약벌 조항을 두실 필요가 있습니다. 손해배상액의 예정은 손해액 입증의 편의를 위해서 두는 조항으로 상대방의 계약 위반 사실만 입증하면 별도로 손해발생 사실 및 그 금액을 입증하지 않고도 약정된 금액으로 손해배상청구를 할 수가 있습니다.

반면 위약벌은 손해배상액의 개념이 아니라 징벌적 제재금의 성격이라 손해배상액과 별도로 청구할 수 있는 금액입니다. 둘 중 하나만 두는 것이 일반적이나 둘 다 둘 수도 있습니다. 손해배상액이나 위약벌 금액은 정보의 가치, 위반 행위의 억제 효과 등을 고려해 적절한 금액으로 정하실 필요가 있습니다.

상기 조항 외에도 NDA 도 계약이므로 준거법, 관할법원 등의 일반조항이 추가됩니다.

마지막으로 강조하고 싶은 것은 NDA 샘플을 사용해서는 안된다는 점입니다. 특히 M&A 시 체결하는 NDA 는 보통 거래에서 체결하는 NDA와는 차이가 있기 때문에 관련 전문가와 상의하는 것이 좋습니다.

본 자료에 게재된 내용 및 의견은 일반적인 정보제공만을 목적으로 발행된 것이며, 법무법인 세움의 공식적인 견해나 어떤 구체적 사안에 대한 법률적 의견을 드리는 것이 아님을 알려 드립니다. Copyright©2019 SEUM Law.

강혜미 변호사

Partner

hyemi.kang@seumlaw.com