

시장지배적사업자의 리베이트 제공행위의 경쟁제한성 분석에 관한 검토 - 인텔(Intel) 사건을 중심으로 -

최 은 진*

< 목 차 >

- I. 들어가는 말
- II. 로열티 리베이트 제공행위의 개념 및 특징
- III. 로열티 리베이트 제공행위의 경쟁법적 의의와 경제적 효과 분석방법
- IV. 인텔 사건에 관한 각 경쟁당국의 로열티 리베이트 제공행위 판단 비교
- V. 맺는 말

I. 들어가는 말

오늘날 교통과 통신이 발달하여 무역장벽이 낮아짐에 따라서 기업들은 전 세계시장을 대상으로 교류를 확장하고 있다. 본래 경쟁법(competition law)¹⁾은 국내시장에서 경쟁을 제한하는 사업자의 행위를 규제할 목적으로 형성하고 발전되어 왔다.²⁾ 그 결과 세계로 통합된 현재의 시장에서 경쟁당국 간의 규제 차이는 사업자의 동일한 위법행위에 대하여 국가마다 상이한 결과를 낳았고, 사업자 역시 적절한 사업전략을 구축하는데 어려움을 겪게 되었다. 물론 경쟁당국

* 연세대학교 일반대학원 박사과정

1) 경쟁법을 지칭하는 용어는 경쟁당국마다 차이가 있다. 예를 들어, 미국은 반독점법(anti-trust law)으로 불리며 유럽에서는 경쟁법(competition law)로 지칭하고 있다. 우리나라에서는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」이 경쟁법을 뜻한다.

2) 경쟁법의 목적은 경쟁자를 보호하는 것이 아니라, 자유로운 경쟁 그 자체를 보호함으로써 경제 전반의 효율성을 증진하고 사회후생 및 소비자후생을 극대화하는 것에 있다.

마다 경쟁법의 범리가 달라 통일된 규제를 기대하기는 어려우나 각 위법행위의 핵심쟁점의 규제변화를 파악하는 것은 여전히 중요한 과제이다.

사업자는 이윤을 극대화하고 경쟁에서 유리한 위치를 차지하기 위하여 다양한 가격전략과 마케팅전략을 자유롭게 사용한다. 그러나 사업자의 자유로운 활동이 경쟁촉진의 토대가 된다고 무제한적으로 허용되는 것이 아니다. 특히 시장에서 높은 점유율을 가지고 있는 시장지배적사업자³⁾의 경우에는 일반 사업자와 달리 특정 행위가 경쟁저해로 이어질 가능성이 높아 경쟁당국의 주요 관심대상이 되곤 한다. 여기서 중요한 것은 시장지배적사업자의 특정 경쟁행위가 경쟁을 제한할 가능성이 높다는 것이 곧 경쟁의 효율성까지 저해한다는 것을 의미하는 것이 아니다. 그것은 구체적인 사례를 통하여 시장지배적사업자의 행위에 대한 위법성 여부를 판단하여 경쟁제한효과와 경쟁효율성 증진효과를 비교형량 해야 한다. 그러나 이러한 분석과정은 항상 많은 어려움이 수반되고, 그 결과 시장지배적사업자의 남용행위 여부와 관련된 사건은 수많은 논란과 논쟁을 불러일으켜 왔다. 그 중에서 본 논고는 주요 경쟁당국에서 다루었던 ‘인텔 사건’ 사례를 통하여 사업자의 리베이트에 관한 경쟁법상 쟁점을 서술하고자 한다.

본래 우리나라는 사업자의 리베이트 제공행위를 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”이라 한다)」 제23조 제1항 제1호 또는 제3호의 ‘불공정거래행위’로 규제하고 있다. 그러나 최근 우리나라 공정거래위원회에서도 인텔 사건을 시작으로 쉘컴 사건, 대한항공 사건에서의 리베이트 제공행위⁴⁾에서 리베이트 제공행위의 사업자가 특히 ‘시장지배적사업자’인 경우 공정거래법 제3조의2의 유형 중 하나로 규정할 수 있다고 심결을 내리면서, 더 이상 사업자의 ‘불공정성’이 아니라 ‘경쟁자배제’ 또는 ‘경쟁제한효과’ 및 ‘불쇄효과’에 초점을

3) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조 제7호에 따르면, 시장지배적사업자란 ‘일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자’를 말한다.

4) 우리나라에서 리베이트 제공행위를 시장지배적지위 남용행위로 규제한 사건은 다음의 세 사건밖에 없다. 공정거래위원회는 인텔의 로열티 리베이트 제공행위(공정거래위원회 2008.11.05. 의결 제2008-295호), 쉘컴의 로열티 리베이트 제공행위(공정거래위원회 2009.12.30. 의결 제2009-281호), 대한항공 로열티 리베이트 제공행위(공정거래위원회 2010.03.11. 의결 제2010-108호)를 시장지배적지위 남용행위로 규제하였다.

두어 다루어야 한다는 논의가 확대되고 있다.⁵⁾

따라서 다음에서는 시장지배적사업자의 리베이트 제공행위(이하 “로열티 리베이트 제공행위”라 한다)의 개념과 그러한 리베이트가 가지는 양면적 특성을 검토하여 우리나라 공정거래법에서 로열티 리베이트 제공행위를 어떠한 분석법리로 규제해야 하는지 살펴해보도록 하겠다. 더하여, 우리나라 공정거래법상 로열티 리베이트 제공행위를 ‘불공정거래행위’가 아닌 ‘시장지배적지위 남용행위’로 명문상 규제할 수 있는 방법은 없는지에 관하여 고찰하고, 보다 논리적인 규제를 구축하기 위하여 우리보다 먼저 로열티 리베이트 제공행위를 경쟁법적으로 규제해왔던 미국과 유럽의 규제사례를 살펴보기로 한다. 마지막으로 로열티 리베이트 제공행위와 관련된 ‘인텔 사건’을 간략하게 분석하여 주요 경쟁당국에서는 어떠한 법리로 이를 해결하고자 하였는지 그 차이를 알아보려고 한다.

II. 로열티 리베이트 제공행위의 개념 및 특징

1. 로열티 리베이트 제공행위의 개념

사실 ‘리베이트 제공행위’라는 정확한 용어의 개념을 정의하는 것은 어렵다.⁶⁾ 이는 일반적으로 공급사업자가 매출액의 일부분을 수요사업자에게 환급하는 행위를 말하기도 하며, 장기계약이나 대량계약을 한 수요사업자에게 특별한 할인(discount)을 해주는 제도의 하나로 널리 이해되고 있다.⁷⁾⁸⁾ 또는 가격담합이나

5) 물론 리베이트 제공행위는 지급구조마다 불공정행위로 규제할 것인지, 시장지배적사업자의 남용행위로 규제할 것인지 다르게 판단된다. 더하여, 시장지배적사업자가 리베이트 제공행위를 한다고 하여서 무조건 로열티 리베이트 제공행위로 구분되는 것도 아니다. 그러나 본고에서는 시장지배적사업자가 로열티 리베이트를 제공하여 고객의 충성도로 인해 경쟁제한효과를 극대화하는 특정 로열티 리베이트 제공행위의 위법성에 관하여서만 서술하고자 한다.

6) 사실 우리나라에서 ‘리베이트 제공행위’라는 용어의 개념은 법문에 명시적으로 존재하지 않는다. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」이나 「공정거래법 시행령」에 ‘리베이트 제공행위’라는 용어를 직접적으로 사용하고 있지도 않으며, 다만 「불공정거래행위 심사지침」에서 불공정거래행위 중 부당한 고객유인과 관련하여 예시로 제시하고 있을 뿐이다. 공정거래법은 제3조의2에서 ‘시장지배적지위 남용규정’을 세부 유형별로 열거되어 있는데, 그 유형에서도 로열티 리베이트 제공행위에 대한 명시적인 규정은 없다.

7) 구체적으로 살펴보면 ‘할인(discount)’은 가격의 금액을 삭감하는 것이고, 리베이트 제공행위는 구매 대가를 환급하는 것으로써 그 차이가 있지만, 경쟁법에서 두 용어는 대체로 동

동조적 행위(concerted practices) 등을 위하여 주고받는 수수료(commission)의 의미로 쓰이기도 하며, 공급사업자가 판매촉진을 위하여 매출액의 일부를 수요 사업자에게 제공하는 ‘뇌물’을 의미하기도 한다.⁹⁾ 이처럼 일반적인 리베이트 제공행위는 사업자의 시장지배력과 상관없이 합법적인 고객유인 또는 판매촉진의 주요 수단으로 흔히 이용되곤 한다.¹⁰⁾

반면에, ‘로열티 리베이트 제공행위’는 ‘시장지배적사업자’가 일정 기준 이상의 제품 또는 용역을 구매하는 조건으로 구매자에게 무료상품의 지급, 가격할인 등의 추가적인 ‘보상’을 지급하는 것을 의미한다. 일반적으로 이들은 최소기준(최소조건, 목표치(target), 기준점(threshold)과 동일한 의미로 쓰인다)에 따라서 리베이트를 제공하는 방식으로 이루어진다. 따라서 수요사업자는 구매물량의 최소기준을 충족시켜야만 리베이트를 제공받을 수 있기 때문에 최소기준이 충족될 때까지 리베이트 제공기업으로부터만 구매하고자 하는 유인이 발생하고, 이로써 수요사업자의 충성도(loyalty)가 강하게 제고된다. 보통 로열티 리베이트 제공행위는 공급사업자가 시장지배적지위에 있는 경우 발생하기 쉽고, 상대적으로 열등한 수요사업자는 파격적인 할인이라는 조건에 어쩔 수 없는 충성도를 가지게 하여 시장에서의 경쟁배제효과 또는 경쟁제한성을 가져온다.¹¹⁾

‘로열티 리베이트 제공행위’라는 용어의 사용은 일본에서는 ‘충성 리베이트(忠誠リベート) 제공행위, 충성 할인 행위’로 번역하여 사용되고 있으며,¹²⁾ 유럽

일하게 쓰이고 있다. 리베이트 제공행위는 대체적으로 그 실질이 가격할인에 해당하며, 리베이트 제공행위의 조건과 비율을 정하는 것을 가격을 정하는 것과 같게 보기 때문이다., 이봉의, “보건의료산업 리베이트관행의 경쟁법적 쟁점과 과제”, 「서울대학교 法學」 제50권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2009, 196면.

- 8) 더하여 ‘리베이트 제공행위’는 흔히 수량할인(quantity rebate)과 동일한 의미로도 사용하는데 구매와 동시에 가격을 깎아주는 통상의 할인(discount)과 달리, 일정한 구매물량에 따라 대금의 일부를 ‘사후’에 환급하여 주고, 일정량 구매 외 초과 구매 시 추가적으로 할인해 준다는 점에서 차이가 있다.
- 9) 이러한 경우는 사업용어로 ‘Kickback’이라고 한다. 이봉의, 앞의 논문, 200면.
- 10) 예를 들어 쿠폰제도, 항공회사의 마일리지제도, 카드사의 포인트제도 등 사업자의 리베이트 제공행위는 우리가 일상생활에서 쉽게 접할 수 있는 사업자의 경쟁수단이다.
- 11) 이처럼 로열티 리베이트 제공행위는 (시장지배적사업자와 비교하여 동등하게 규모의 경쟁자로부터 이익을 누리지 못하는) 경쟁사업자의 사업 활동을 곤란하게 하며, 결국 소비자 후생을 저해할 우려가 크다.
- 12) 조성국, “시장지배적사업자의 Loyalty Rebate(충성리베이트의 범리에 관한 연구)”, 「법학논문집」 제35집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2011, 283면.

집행위원회(the European Commission, 이하 “EU 집행위원회”라 한다)는 ‘조건부 리베이트(conditional rebate) 제공행위’라는 용어를 사용하기도 한다.¹³⁾¹⁴⁾ 미국과 유럽연합(European Union, 이하 “EU”라고 한다)은 경쟁배제효과와 시장 봉쇄효과를 가져오는 리베이트 제공행위를 일찍부터 ‘시장지배적지위 남용행위’로 규제하면서, 이러한 유형을 ‘로열티 리베이트 제공행위’라 정의하여 왔다.

2. 로열티 리베이트 제공행위의 양면성

1) 통상적 리베이트 제공행위의 긍정적 효과

통상적 리베이트 제공행위의 가장 큰 긍정적인 효과는 ‘보상’이라는 형태를 통해서 가격할인과 같은 효과가 생겨 소비자들이 저렴한 가격으로 상품을 구입할 수 있다는 점이다. 또한 이중한계화(double marginalization)¹⁵⁾를 축소함으로써 중간 가격만이 아니라 최종 가격까지 낮추어 중간 유통업자에게 이점으로 작용할 수도 있다. 보통 과점시장에서는 사업자들 간 상호의존현상이 생기고, 그 결과 사업자들 간 담합이 발생하기 쉬운데, 할인 등의 보상을 통한 가격경쟁이 활발하게 이루어진다는 것 자체는 부정적으로 볼 필요가 없다.

더하여, 리베이트 제공행위는 ‘규모의 경제’를 실현하여 공급사업자에게 고정비용을 회수하는 수단이 될 수 있다. 공급사업자는 제품 및 용역을 생산할 때

13) 조성국, “시장지배적사업자의 리베이트 남용규제”, 『법학논문집』 제34집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2010, 166면. EU 집행 위원회가 2008년에 공표한 “시장지배적사업자의 배제적 남용행위에 관한 EC조약 제82조 적용의 집행위원회 집행 우선순위 지침”에서 조건부 리베이트라는 개념을 공식화하였다. EC Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2014.12.3.

14) EU는 *Hoffmann-La Roche* 판결에서 조건부 리베이트(로열티 리베이트) 제공행위란 고객이 시장지배적 사업자로부터 배타적으로 또는 거의 배타적으로 구매하는 경우 받게 되는 보상이라고 정의하였다. “A system of fidelity rebates, that is to say discounts conditional on the customer’s obtaining all or almost of its requirements - whether the quantity of its purchase be large or small - from the undertaking in a dominant position”, Case C-85/76, *Hoffmann-La Roche v. European Commission*, [1979].

15) ‘이중한계화’란 수직관계에 있는 두 기업이 동시에 독점가격을 정하는 것을 말한다. 즉, 전방시장과 후방시장이 모두 독점시장일 때, 두 독점기업이 각각 독점가격을 정한 결과 소비자 가격은 두 기업이 통합되었을 때보다 높아지게 되는 경우이다. 배현정, “독점규제법상 시장지배적사업자의 로열티 리베이트 규제에 관한 연구”, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 2011, 27면.

생산량과 관계없이 일정한 고정비용을 부담하게 되는데, 수요사업자 별로 특화된 리베이트를 지급하는 경우 판매량을 증대하여 단위 당 고정비용을 감소시키는 경우를 말한다.¹⁶⁾

2) 로열티 리베이트 제공행위의 부정적 효과

공급사업자는 일반적인 수량할인¹⁷⁾과는 달리 리베이트의 최소기준, 기준 가격, 할인이 적용되는 범위, 리베이트의 지급여부를 결정하기 위한 기간 등을 수요사업자 별로 특화된 리베이트를 제공할 수 있다.¹⁸⁾ 이때 최소기준을 충족하면 상품의 단위가격이 급격하게 하락하거나¹⁹⁾ 리베이트 제공의 비율이 급격하게 증가하는 양상을 가지게 된다. 이로써 수요사업자는 공급사업자에게 (자발적인) 충성을 가질 수밖에 없다.

더하여 로열티 리베이트 제공행위가 수요사업자의 충성도를 제고하는 또 다른 이유는 리베이트가 소급되어 적용이 된다는 점에 있다. 즉, 수요사업자가 일정기간 동안 발생한 구매가 최소기준을 충족하면 해당 기간이 지난 후에 그동안의 모든 구매량에 대해 적용된 리베이트를 다시 돌려주는 것을 말한다. 이 경우 리베이트 액수가 커질 뿐만 아니라 리베이트를 받을 수 있는 최소기준을 넘기게 되는 한계비용이 아주 낮아지게 된다. 이때 경쟁사업자가 시장지배적사업자의 리베이트 제공행위에 대항하기 위해서는 시장지배적사업자의 리베이트 제공행위와 동일한 혜택(이익)을 수요사업자에게 부여²⁰⁾해야 하므로 경쟁에서 상당히 불리한 위치에 놓이게 된다.²¹⁾

16) 위의 논문, 29-30면.

17) 일반화된 기준에 의해 지급되는 수량할인은 모든 잠재적인 구매자에게 비차별적으로 적용이 된다.

18) 이때 리베이트의 형태로는 직접적인 이익의 제공부터 간접적인 이익의 제공까지 다양하게 나타난다. 예를 들어, 직접적 이익으로는 대금의 환불, 무료상품의 지급, 가격할인 등이 있으며 간접적 이익으로는 직원교육 훈련비의 지급, 판촉지원금의 지급, 자금의 대출 등이 있다.

19) 가격책정은 구매량 증가에 따른 단위가격의 변화에 따라서 '선형 가격책정(linear pricing 또는 uniform pricing)'과 '비선형 가격책정(non-linear pricing)'으로 나뉜다. 비선형 가격책정이란 제품 또는 용역의 단위 가격이 구매량에 따라 달라지는 가격 체계를 의미한다. 로열티 리베이트 제공행위는 구매자가 고객별로 정해진 최소기준을 충족하는 경우 단위가격을 인하하는 형태로 비선형 가격책정의 일종으로 볼 수 있다. 배현정, 앞의 논문, 22면.

20) 예를 들면 경쟁사업자는 경쟁부분에 대한 공급가격을 시장지배적사업자가 제공한 가격 수준이하로 책정해야 하지만, 현실적으로 불가능하다.

3) 로열티 리베이트 제공행위의 경쟁법적 의의

로열티 리베이트 제공행위는 주로 계속적 거래관계에서 제공되는데 공급사업자의 입장에서는 고정비용의 용이한 회수와 거래관계의 안정적 유지를 위하여 이를 제공하는 경우가 많으며 수요사업자의 입장에서는 특정 공급사업자로부터만 제품 또는 용역을 구입하면서 가격을 인하할 수 있다는 점에서는 용이하게 작용한다. 따라서 수요사업자는 리베이트 최소기준을 충족하며 얻을 수 있는 높은 할인의 효과를 잃지 않기 위하여 경쟁사업자로부터 리베이트 공급사업자로 구매를 전환하게 되며, 그 결과 리베이트 공급사업자와 수요사업자 사이에는 자발적인 배타적 공급관계가 형성되게 된다.²²⁾ 이처럼 수요사업자가 리베이트를 제공한 사업자의 제품 또는 용역만을 구매하려고 하거나, 리베이트 제공 이전보다 더 많은 양을 구매하도록 하는 현상을 ‘유인효과’ 또는 ‘충성유도 현상’이라고 한다. 문제는 계약에 의한 공급사업자가 배타적인 거래관계를 형성하지 않고도 로열티 리베이트 제공행위를 함으로써 수요사업자가 자발적으로 배타적 거래관계를 형성하게 유인을 하는 것이다. 뿐만 아니라, 신입 경쟁사업자(또는 잠재된 사업자)의 입장에서는 시장진입에 필요한 물량을 확보하지 못해 시장진입 자체를 포기하게 되어 결국 ‘시장 봉쇄효과’까지 초래할 수 있다. 특히, 시장지배적사업자가 시장지배력을 이용하여 로열티 리베이트 제공행위를 통해 수요사업자에게 배타적 거래를 하고자 하는 유인을 제공하는 경우에 경쟁자 배제가능성은 극대화될 수 있다.

더하여 로열티 리베이트 제공행위는 관련시장에서의 독점력을 더욱 강화시키는 ‘시장지배력 전이’를 위한 수단으로도 이용될 수 있다. 일반적으로 시장은 비경쟁영역(non contestable portion)과 경쟁영역(contestable portion)으로 구분될 수 있다. 여기서 비경쟁영역이란 상품의 전체나 일정 부분이 특정 사유로 인하여 시장지배적사업자로부터 구매할 수밖에 없는 경우를 말하고,²³⁾ 경쟁영

21) 이 경우 경쟁사업자가 상대하는 대상은 시장지배적사업자가 제공한 리베이트 최소기준에 근접한 수요사업자가 될 것이다.

22) 배현정, 앞의 논문(주 15), 32면.

23) 로열티 리베이트를 제공하는 시장지배적사업자가 관련 시장에서 상당한 시장점유율을 보유하고 있으며, 수요사업자가 리베이트를 제공하는 공급사업자의 제품을 선호하여 수요 탄력성이 낮거나 또는 수요사업자가 전체 수요 중 상당 부분을 리베이트를 제공하는 공

역이란 고객이 대체 공급자를 찾을 수 있거나 다른 공급자를 선호할 수 있어 상호간 경쟁이 가능한 부분을 일컫는다.²⁴⁾ 이렇게 두 경쟁영역이 존재하는 경우 시장지배적사업자는 수요사업자가 경쟁제품 구매할 때, 비경쟁부분의 제품을 보상으로 제공하느 리베이트를 통하여 비경쟁부분의 지배력을 경쟁부분으로 전이 또는 확장시킬 수도 있다.²⁵⁾

정리하자면, 로열티 리베이트 제공행위는 공급사업자의 경쟁전략 중 하나이지만 공급사업자의 의도에 따라 수요사업자에게는 사실상 배타적 거래를 유인하여 관련 시장에서의 경쟁사업자를 ‘방해’ 또는 ‘배제’할 우려가 매우 크며, 결국 시장붕쇄 효과까지 발생하게 하는 수단으로 활용될 수 있다. 따라서 로열티 리베이트 제공행위는 경쟁법의 목적인 ‘공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고 소비자를 보호’를 저해하는 행위에 충족되며 우리나라 공정거래법뿐만 아니라 해외 경쟁법의 규제대상이 될 수 있는 것이다.

Ⅲ. 로열티 리베이트 제공행위의 경제적 효과 분석 법리

앞서 서술한 것과 같이 리베이트 제공행위가 경쟁에 미치는 효과는 경쟁제한적 측면과 경쟁촉진적 측면이 동시에 존재하여 상당히 복잡하다. 그리고 정상적인 상관행으로 행해지는 일반적인 가격할인과 크게 구별이 되지 않아 정상적인 경쟁의 결과에 불과하다는 주장도 있다. 그럼에도 불구하고, 시장에 대한 영향력이나 자금력이 뒷받침되는 시장지배적사업자가 리베이트를 제공하는 경우에는 경쟁사업자가 쉽게 대항할 수 없는 경쟁이라는 점에서, 정당한 경쟁수단이 아닌 그 지위에 기하여 부당하게 행사하는 경쟁수단이 될 가능성도 부인하기 어렵다.²⁶⁾ 따라서 로열티 리베이트 제공행위가 경쟁을 제한하는 수단으로 사용되었는지의 여부는 로열티 리베이트 제공행위의 경제적 효과에 대한 분석을 토대로 판단되어야 할 것이다.

급사업자로부터 구매할 수밖에 없는 경우가 이에 해당할 것이다.

24) 배현정, 앞의 논문, 24면.

25) 다만 이 현상은 시장지배적사업자가 시장에서 완전 독점을 하고 있거나 경쟁사업자와 리베이트를 제공기업이 과점하는 경우에는 적용하기 힘들다.

26) 조혜신, “시장지배적사업자의 리베이트 제공행위에 관한 미국의 판례에 대한 분석”, 『경쟁법연구』 제25권, 한국경쟁법학회, 2012, 194면.

일반적으로 로열티 리베이트 제공행위는 그 특성상 약탈적 가격(predatory pricing) 이론과 배타적 거래(exclusive dealing) 이론에 의거하여 그 효과가 분석되고 있다.

1. 약탈적 가격 이론

약탈적 가격이란 경쟁사업자를 퇴출시킬 목적으로 가격을 비용 이하로 인하시킬 수 있는 것으로, 단기적으로 손실을 감수하며 장기적으로 경쟁자를 배제하는 목적으로 책정된 아주 낮은 가격을 말한다.²⁷⁾ 약탈적 가격 이론은 미국에서 리베이트 제공행위 문제가 발생하였을 때 위법성 판단기준의 방법으로 사용되기 시작하였으며, 리베이트 제공행위가 가격에 기반한 경쟁수단으로 보는 시점이다. 따라서 리베이트 제공행위가 경제적 이익을 환급하여 낮은 가격을 형성한다는 점에 주목하여 접근하고 있으며, 리베이트 제공행위를 약탈적 가격정책과 유사한 것으로 판단하여 리베이트를 공제한 ‘가격’을 ‘비용’과 비교하여 위법성을 판단한다.

리베이트는 원칙적으로 소비자에게 이익이 되는 가격할인이므로 해당 리베이트의 지급이 애초부터 경쟁사업자 배제를 목적으로 하였으며, 비용 이하로 가격을 설정하는 등 단기적으로 경제적 합리성을 결여한 경우에만 규제해야 한다는 입장이다. 이 법리에 의할 경우 리베이트 제공행위가 약탈적 가격에 해당하는지 판단하기 위해서는 개별 사안별로 가격과 비용을 분석하여 ① 가격이 지나치게 낮은 비용으로 책정되었는지, ② 비용 이하로 가격을 책정함에 따른 손실분을 미래에(장기적으로) 충분히 회복할 수 있는지 판단하여야 한다.²⁸⁾

그러나 리베이트 제공행위는 제품 또는 용역의 가격 자체를 비용 이하로 책정하는 약탈적 가격과 달리 ‘가격책정구조(pricing structure)’를 이용하여 약탈적 가격과 같은 효과를 가지고 오는 것이다. 그리고 일반적인 가격인하라는 전략을 사용하여 약탈적 가격을 책정하는 경우보다 리베이트 제공행위를 하는

27) 약탈적 가격의 책정은 약탈기업이 적어도 단기적으로 약탈적 가격 책정에 따른 손실을 감수해야하기 때문에 경쟁자를 배제하기 위한 전략으로 상당한 비용이 수반된다. 김두진, “충성할인(Loyalty Rebate)에 대한 경쟁법상 규제 연구”, 『경제법연구』 제15권, 한국경제법학회, 2016, 177-178면.

28) 조성국, 「공정거래위원회 심결사례 30選 - 시장지배적지위 남용행위: 인텔코퍼레이션 등의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건」, 공정거래위원회, 2011, 70면.

경우에는 공급사업자는 자신의 손실을 줄일 수 있다. 약탈적 가격의 경우에는 모든 판매량에 대하여 비용보다 낮은 가격을 적용해야 하지만, 리베이트를 제공행위는 하는 경우에는 리베이트가 적용되는 범위에서만 가격을 비용이하로 책정하면 되기 때문이다. 즉, 리베이트를 제공하는 경우에는 모든 제품의 가격을 내릴 필요가 없으므로 기업이 부담하는 비용이 적게 든다.²⁹⁾ 그리고 로열티 리베이트 제공행위를 하는 이유가 주로 경쟁자 배제를 위한 전략인데, 과연 상당한 비용이 수반되어 실질적으로 리베이트 제공행위의 조건을 만족하기 어려운 약탈적 가격 이론과 동일한 것으로 적용해야 하는가에 관하여 논란의 여지가 있을 것이다. 더하여, 약탈적 가격이론은 로열티 리베이트 제공행위가 가진 배타적 속성에 대한 평가가 전면적으로 배제되어 있다는 점에서도 한계가 있다.

2. 배타적 거래 이론

배타적 거래 이론은 주로 EU 집행위원회와 EU 일반법원(General Court of European Union)이 조건부 리베이트(로열티 리베이트) 제공행위³⁰⁾의 위법성을 판단할 때 사용되어 왔다.³¹⁾ 배타적 거래 이론은 거래상대방이 경쟁사업자와 거래조건에 배타 조건이 설정되어 있지 않아도, 사실상 배타적 거래관계가 형성되었다면 동일하게 평가될 수 있다는 논리에 근거한다. 배타적 거래 이론은 위법성을 판단할 때 경쟁자배제효과를 판단하기 위한 고려 요소로 ‘가격비용분석’을 사용하기는 하나, 그 결과가 약탈적 가격 이론과 달리 바로 위법성 인정으로 이어지는 않는다는 점이 특징이다. 따라서 로열티 리베이트 제공행위가 배타적 거래 이론에 따라 경쟁제한효과를 초래했는지 판단하기 위하여 리베이트 공급사업자가 리베이트 제공행위로 시장지배적사업자의 지배력을 유지 또는 확대하기 위한 수단으로 사용되었는지, 리베이트를 제공하여 경쟁사업자 또는

29) 한현욱, “의결서를 통해 본 로열티 리베이트에 관한 소논제들: 인텔 사례를 중심으로”, 「경제법연구」 제24권, 2011, 263면.

30) 로열티 리베이트 제공행위의 개념에서 소개하였다시피, EU에서는 이러한 종류의 리베이트 제공행위를 ‘조건부 리베이트 제공행위’라고 그 명칭을 정하고 있다. EU의 관련된 내용에서는 ‘로열티 리베이트 제공행위’를 ‘조건부 리베이트 제공행위’로 집필하여, 그 의미는 같은 것으로 한다.

31) 정영진, 「공정거래법상 시장지배적지위 남용행위의 기준: 미국/EU 경쟁법의 몇 가지 시사점」, LEG WORKING PAPER SERIES, 2009, 22면.

잠재적인 사업자를 배제하고자 했는지의 여부가 핵심일 것이다.

로열티 리베이트 제공행위에 관한 가장 일반적인 우려는 수요사업자에게 배타적으로 거래하고자 하는 유인을 제공하여 경쟁자배제효과가 발생할 수 있다는 점이다. 공급사업자에게 배타적 거래는 안정적인 판매처를 확보하여 장기적인 관점에서 효율적인 투자계획을 수립하고, 그 혜택 중 일부를 가격인하라는 명목으로 고객에게 베풀어 줌으로써 장기우량의 고객을 확보할 수 있게 해준다. 따라서 리베이트 제공행위로 인하여 수요사업자가 의도치 않게 다른 경쟁사업자와 거래하는 것을 봉쇄하게 하는 경우 배타적 거래에 해당할 소지가 있다.³²⁾ 더하여 수요사업자가 리베이트를 제공받기 위해서는 공급사업자로부터 구매하는 제품 또는 용역의 양이 최소기준을 넘어야 하는데, 시장지배적사업자가 리베이트 제공행위를 위한 최소기준을 시장 전체 수요와 비교하여 아주 크게 설정한 경우, 잠재적인 경쟁사업자는 성공적인 시장 진입을 위하여 필요한 최소 생존 수준의 수요량 확보를 하지 못하여 시장 진입 자체를 포기할 수 있다. 이러한 경우 로열티 리베이트 제공행위는 효과적으로 진입장벽의 역할을 했다고 볼 수 있다. 그리고 시장에 경쟁사업자가 있는 경우라고 하더라도, 시장지배적 사업자의 리베이트 제공행위를 위한 최소기준의 정도가 시장 수요에 비해서 크다면 리베이트를 받기 위해 수요사업자들이 경쟁사업자로부터 구매하던 상품을 공급사업자(위의 시장지배적사업자)로 전환을 하게 되어 경쟁자 배제효과가 발생한다.

결론적으로 리베이트 조건에 위반될 경우 거래중단, 공급량 감소, 판매장려금지금 중지 등 불이익이 가해지면 그 조건은 사실상 구속적인 것으로 (사실상) 수요사업자를 고정하게 됨으로써 경쟁자를 배제하는 효과를 낳는다는 것이다. 특히, 리베이트를 제공하는 공급사업자가 시장지배력을 가지고 있는 경우 수요사업자와 배타적 거래관계를 더 쉽게 달성할 수 있을 것이다.³³⁾³⁴⁾

32) 조혜신, “시장지배적사업자의 리베이트 제공행위에 관한 EU의 관례에 대한 분석”, 『경제법연구』 제27권, 한국경제법연구, 2013, 130면.

33) 한현옥, 앞의 논문(주 29), 265면.

34) 필자는 본고의 로열티 리베이트 제공행위를 배타적 거래 이론에 의거하여 다루어야 한다는 입장이다.

IV. 인텔 사건에 관한 각 경쟁당국의 로열티 리베이트 제공행위 판단 비교³⁵⁾

미국과 EU에서는 일찍이 1970년대부터 ‘로열티 리베이트 제공행위’를 ‘불공정거래행위’가 아니라, ‘시장지배적지위의 남용행위’ 유형으로 보려는 수많은 논의가 있었다. 이에 반하여, 우리나라 공정거래위원회는 2008년에 최초로 로열티 리베이트 제공행위로 심결된 인텔 세미콘덕터 리미티드 및 (주)인텔 코리아 사건 (이하 “인텔 사건”, 인텔사 등은 “인텔사”라 한다) 이전에는 리베이트 제공행위를 대부분 불공정거래행위(공정거래법 제23조)³⁶⁾로 규제하였으며, 불공정거래행위 유형 중에서도 가격차별(동법 동조 제1항 제1호) 또는 부당한 이익에 의한 고객유인행위(동법 동조 제1항 제3호)로 규율함에 따라 시장지배적지위의 남용행위(동법 제3조의2) 측면에서는 검토가 이루어지지 않았다.

그러나 최근에 인텔과 쉐일 등 거대 다국적 기업의 리베이트 제공행위가 다수의 경쟁당국에서 제재를 받게 되면서³⁷⁾ 로열티 리베이트 제공행위의 배제적 효과가 강조되었고, 우리나라 공정거래위원회에서도 사업자의 리베이트 제공행

35) 로열티 리베이트 제공행위를 다룬 사건들 중에서도 인텔 사건(인텔 코퍼레이션, 인텔 세미콘덕터 리미티드 및 (주)인텔 코리아 사건)을 중심으로 서술하고자 한다.

36) 공정거래법 제23조 (불공정거래행위의 금지)

① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “不公正去來行爲”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

1. 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위
2. 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위
3. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위
4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위
5. 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위
6. 삭제
7. 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위
 - 가. 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
 - 나. 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위
8. 제1호 내지 제7호이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위

37) 현재 공정거래위원회가 이들 다국적 기업들의 로열티 리베이트 제공행위에 대하여 위 행위는 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위한 행위라고 판단하여 거액의 과징금과 함께 시정명령을 내리자 양 사는 서울고등법원에 행정소송을 제기한 상태이다.

위를 시장지배적지위의 남용행위로 규제한 심결이 등장하게 되었다. 당시 리베이트 제공행위 당사자 모두가 국제적인 인지도를 지니고 있는 사업자라는 점과 행위 사실에 대한 위법성의 입증에 관하여 열띤 경제이론 공방을 벌였다는 점에서 이 논의는 우리나라 공정거래법의 한 획을 그었다는 평가를 받고 있다. 더하여 로열티 리베이트 제공행위의 배제적 남용행위 여부에 대하여 해당 사건의 의미를 경제적 관점에서 재조명한 어려운 사건이었다는 점에서도 의미가 있다고 할 수 있다.

그 중에서 ‘인텔 사건’은 시장지배적사업자의 남용행위 유형 중 로열티 리베이트 제공행위가 반경쟁적 행위라고 인정한 공정거래위원회의 최초의 심결이다.³⁸⁾ 더하여 인텔 사건은 동일 또는 유사한 행위에 관하여 우리나라, 미국,³⁹⁾ EU⁴⁰⁾ 등 각국의 경쟁당국에서 경쟁법 집행을 하였는데, 동일한 점과 차이점을 비교해볼 수 있다는 점에 있어서도 의의가 있는 사건이다. 각 국가마다 대상이 되는 남용행위와 적용하는 법조 및 법리는 상이하긴 하지만, 로열티 리베이트 제공행위로 인해 경쟁사업자가 경쟁에서 ‘배제’되어 시장에서의 경쟁이 저해되었다는 공통점이 있다. 이하에서는 먼저 우리나라의 인텔 사건에 관하여 공정거래위원회의 심결 과정과 적용 법리를 살펴보고, 이후 미국과 EU에서는 어떠한 법리를 적용하여 이를 심리하였는지 살펴보고자 한다.

38) 인텔 사건은 우리나라에만 국한되지 않는다. 2005년 일본 공정거래위원회가 인텔사에 대하여 시장지배적지위의 남용행위(로열티 리베이트 제공행위)를 조사한 후 시정권고를 내린 바 있으며, 2008년에 우리나라 공정거래위원회도 인텔사의 범위반 여부를 검토하기 시작하였다. 이후 2009년 EU 집행위원회는 인텔사에 대하여 시정명령을 내리고 과징금을 부과하였고, 2010년 미국의 FTC는 위 사건을 동의명령으로 종결시켰다.

39) 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission, FTC) 역시 인텔사의 행위가 FTC법 제5조(unfair methods of competition, 거래에 영향을 미치는 불공정한 경쟁방법)에 위반된다고 판단하여 심리를 시작하였고 2010년 8월 4일 동의명령으로 종결하였다. 그 주요내용은 PC 제조사업자에 대해 인텔사로부터만 부품을 구입하거나 경쟁사업자 제품의 구입을 중단하는 조건으로 대가를 지급하는 행위를 금지하고 경쟁사업자로부터 제품을 구입했다는 이유로 대가지급을 중단하는 등의 보복행위를 금지하는 것 등이었다.

40) EU 집행위원회는 인텔사가 조건부 리베이트(로열티 리베이트)를 제공하고 AMD사 CPU 장착 제품의 유통을 방해한 행위를 EC조약 제82조(현 TFEU 제102조) 위반으로 보고, 10억 6천만 유로의 과징금을 부과하였다. 최난설현, “배제적 리베이트 사건에서 경제적 분석방법 적용 문제 - EU 일반법원 Intel 판결을 중심으로 -”, 「경제법연구」 제32권, 한국경제법연구, 2015, 228면.

1. 우리나라 공정거래위원회 심결⁴¹⁾

우리나라 공정거래위원회는 인텔사에게 경쟁사업자 CPU⁴²⁾를 구매하지 않는 조건 또는 자사제품 구매비율(Market Segment Share, MSS)을 일정비율 이상 유지하는 조건 등의 리베이트를 국내 PC 제조회사에게 제공하지 말라는 시정 명령과 함께 약 260억 원의 과징금을 부과하였다.

1) 사실 관계

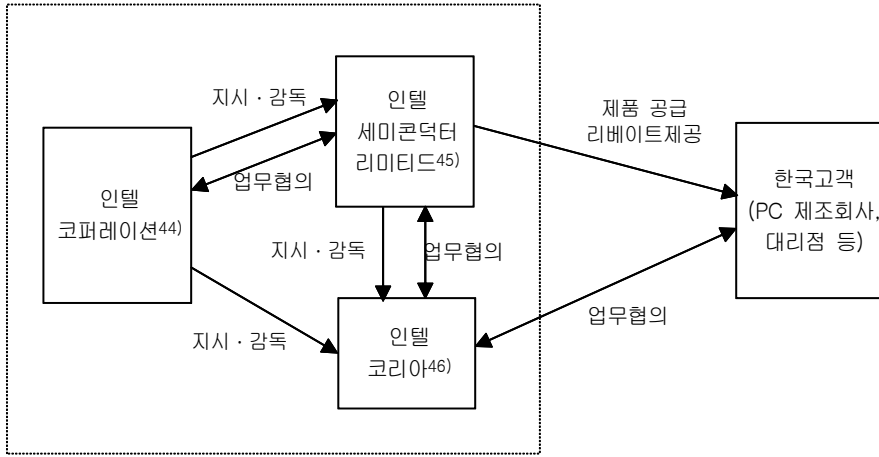
문제가 된 사실관계는 간단하게 인텔사가 CPU 시장에서의 시장지배력을 이용하여 경쟁사업자인 AMD(Advanced Micro Devices, 이하 “AMD사”라 한다)를 배제하기 위해 국내 PC 시장의 1, 2위 사업자인 삼성전자, 삼보컴퓨터에게 AMD 사가 제조한 CPU를 구매하지 않는 조건으로 각종 리베이트를 제공한 것이다.

인텔사는 2002년 5월 삼성전자에게 AMD사 제조 CPU 구매를 중단하는 조건으로 리베이트를 제공하기로 합의하였다. 그 결과 삼성전자는 실제로 2002년 4/4분기부터 AMD사의 CPU 구매를 중단하고, 그 이후 2005년 2/4분기까지 인텔사의 CPU만을 구매하는 조건으로 각종 리베이트를 받았다. 더하여 2003년 3/4분기부터 2004년 2/4분기까지 국내 PC시장에서 2위 사업자인 삼보컴퓨터에게도 홈쇼핑 채널에서 AMD사 CPU를 인텔 사 CPU로 전환하는 조건으로 리베이트를 제공하였다. 이는 2003년부터 홈쇼핑 채널에서 AMD사의 CPU 탑재 PC가 인기가 있자 동 채널에서 영향력이 큰 삼보컴퓨터를 대상으로 리베이트 제공행위를 한 것이었다. 인텔사는 2004년 4/4분기부터 2005년 2/4분기까지 삼보컴퓨터에게 국내 판매 PC에 대한 MSS 70%를 유지할 조건으로 약 380만 달러의 리베이트를 제공하였다. 아울러 2003년 9월에 인텔사는 시장지배력과 리베이트를 이용하여 삼보컴퓨터가 국내에서 AMD사의 64비트 CPU의 데스크탑을 출시하는 것을 방해하였다.⁴³⁾

41) 공정거래위원회 2008.11.05. 의결 제2008-295호.

42) CPU는 컴퓨터 전체를 제어하는 장치로서, 다양한 입력 장치로부터 자료를 받아서 처리한 후 그 결과를 출력장치로 보내는 일련의 과정을 제어하고 조정하는 일을 수행하는 장치를 말한다.

43) 공정거래위원회 보도자료, 「인텔사의 시장지배적지위 남용행위에 대해 시정조치」, 공정거



< 그림1 : 인텔 사건 사실관계 도식 >

2) 시장지배적지위 남용행위 해당성 판단

공정거래위원회는 2008년 6월에 전원회의를 개최하여 인텔사가 삼성전자, 삼보컴퓨터 등 국내 PC 제조회사들에게 경쟁사업자인 AMD사의 CPU를 구매하지 않는 조건으로 각종 리베이트 제공행위를 함으로써 관련 시장에서 경쟁사업자를 배제한 행위를 인텔사의 시장지배적지위 남용행위⁴⁷⁾로 보았다.

우리나라 공정거래법은 사업자가 시장지배적지위에 있는지를 판단하기 위해서는 가장 먼저 경쟁관계가 문제될 수 있는 일정한 거래 분야에서 관련 상품시

래위원회, 2008 참고.

44) 제품제조 및 판매관련 최종 의사 결정을 하였다.

45) 제품판매 및 리베이트 제공행위를 하였다.

46) 한국 시장 정보 수집, 거래상대방 접촉 등을 하였다.

47) 공정거래위원회는 인텔 사건에 대하여 “경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로” 거래상대방에게 각종 리베이트를 제공한 행위에 대한 것으로 공정거래법 제3조의2 제1항 5호 전단을 적용하였다.

- 공정거래법 제3조의2 (시장지배적지위의 남용금지)

① 시장지배적 사업자는 다음 각 호에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

5. 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해하는 행위

- 공정거래법 시행령 제5조 (남용행위의 유형 또는 기준)

⑤ 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항 제5호의 규정에 의한 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래는 다음 각 호에 해당하는 경우로 한다.

2. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래하는 경우

장과 관련 지역시장을 획정하고 그 시장에서 지배가능성이 인정되어야 한다.⁴⁸⁾

(1) 시장획정

공정거래위원회는 인텔사의 시장지배적사업자의 남용행위와 관련된 시장을 ‘국내 PC 제조회사에게 직접 판매되는 PC용 x86 CPU’으로 획정하였다. 먼저 CPU는 명령어 집합 구조 및 작동 운영체제 등에 따라 여러 가지 유형으로 나눌 수 있는데, 상품시장으로 x86계열 CPU 시장과 다른 계열의 CPU 시장이 있다. 인텔 사건의 x86계열 CPU는 인텔사가 개발한 것으로, 일반 PC의 윈도우(Windows) 또는 리눅스(Linux) 등의 운영체제에서 주로 사용되었다. 더하여 PC용 CPU 시장과 서버용 CPU 시장의 비교에 있어서 두 CPU는 제품용도와 사양이 모두 달라 수요대체성이 거의 없어 위 사건에서는 PC용 CPU 시장을 별개의 시장으로 획정하였다. 지리적 시장으로는 국내시장과 세계시장을 고려해 볼 수 있으나, 인텔 사 CPU 제품에 대하여 지역별로 가격 차이가 존재하는 것으로 판단되어 국내시장을 지리적 시장으로 보았다.

(2) 시장지배적사업자 여부

우리나라 공정거래법은 시장지배적사업자인지 여부를 판단할 때 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모, 경쟁사업자 간의 공동행위의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 시장 봉쇄력, 자금력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.⁴⁹⁾ 이 때 일정한 거래분야에서 사업자의 시장점유율이 50% 이상이거나 상위 3개 사업자(시장점유율이 10% 미만인 사업자는 제외)의 시장점유율의 합계가 75% 이상인 경우에는 해당 사업자를 시장지배적사업자로 추정한다.⁵⁰⁾

국내 PC용 CPU 시장에서 인텔사와 AMD사의 시장점유율 합계가 99% 이상

48) 신현윤, 「경제법(제7판)」, 법문사, 2017, 151-152면; 대법원 2011.6.10. 선고 2008두16322 판결.

49) 시장지배적지위 남용행위 심사지침 III 참고.

50) 공정거래법 제4조 (시장지배적사업자의 추정)

일정한 거래분야에서 시장점유율이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업자(일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억 원 미만인 사업자는 제외한다)는 제2조(定義) 제7호의 시장지배적사업자로 추정한다.

1. 1사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상

2. 3 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상. 다만, 이 경우에 시장점유율이 100분의 10 미만인 자를 제외한다.

이며 특히 인텔사의 시장점유율이 평균 91.3%로서 전 세계 시장의 시장점유율⁵¹⁾보다 훨씬 높아 관련시장에서의 시장지배적 사업자임이 분명하다고 판단할 수 있다.

(3) 부당성 여부

공정거래법 또는 시장지배적지위 남용행위 심사지침에는 동 위법행위와 같이 배타적 거래행위에 속하는 경우, 그 부당성을 판단하는 구체적인 기준이 제시되어 있지 않다. 그러나 배타적 거래행위의 부당성은 주관적 요건으로 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한하여 시장에서의 독점을 유지 또는 강화할 목적이 있어야 하고, 객관적인 요건으로 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있어야 한다.

공정거래위원회는 본 심결에서 인텔사의 로열티 리베이트 제공행위의 위법성 판단기준을 제시하였는데, 리베이트 제공행위의 목적, 제공의 규모, 기간 및 관련 시장에서의 거래 당사자 고착 또는 경쟁사업자의 배제효과 등을 종합적으로 고려하여야 한다는 것을 제시⁵²⁾하였고 이러한 기준에 따라 경제 분석⁵³⁾을 통하여 위법성을 입증하였다.

인텔사가 제공한 리베이트는 경쟁사업자의 제품을 사용하지 않는 조건으로 지급된 것으로 국내 PC 제조회사들의 거래상대방 선택의 자유를 제한함으로써 관련 시장에서의 경쟁을 저해하였다. 이는 인텔사 내부자료 등에 리베이트 제공행위의 목적으로 경쟁사업자인 AMD사를 배제시키고자 하였음이 명백하게 드러나 있었다. 예를 들어, 인텔사는 리베이트 방식으로 백엔드 방식(back-en

51) 법 위반 행위가 있었던 기간인 2005년까지 세계 PC용 CPU 시장의 주요 사업자는 인텔사, AMD사, IBM사 등 이었는데, 세계 PC용 CPU 시장에서 인텔사의 시장점유율은 평균 79.6%이고 경쟁사업자인 AMD사는 18.2%로서 양사가 전체의 97.8%를 차지하고 있었다.

52) '시장지배적지위 남용행위의 심사지침' 참고.

IV. 시장지배적지위 남용행위의 세부 유형 및 기준

5. 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래행위(법 제3조의2 제1항 제5호 진단)

나. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래 상대방과 거래하는 경우(영 제5조 제5항 제2호)

이 경우 경쟁사업자의 대체거래선 확보의 용이성, 당해 거래의 목적·기간·대상자 및 당해 업종의 유통관행 등을 종합적으로 고려한다.

53) 공정거래위원회가 사용한 경제 분석 방식은 EU의 경쟁당국이 제시하고 있는 조건부 리베이트에 대한 효과 분석 방식과 유사하다는 평가가 있다.

d)⁵⁴⁾을 사용하였는데, 거래상대방이 AMD사의 CPU를 구매할 경우에 더 이상의 리베이트를 제공해 주지 않도록 구성된 것으로 일종의 감시 시스템의 역할을 하는 방법을 사용한 것이다. 더하여, 리베이트 제공의 수준 및 지급여부에 대한 계약서도 존재하지 않아 AMD사를 일부 구매하였을 경우 얼마의 리베이트가 감소되는지 등에 관하여 그 수치가 불투명했기 때문에 리베이트를 제공받는 수요사업자에게는 더 큰 압력수단으로 작용되었을 것이다.

경제 분석 결과, AMD사가 인텔사의 리베이트 제공행위를 감안하여 가격경쟁을 하기 위해서는 PC 제조회사들에게 자신의 CPU를 무료로 공급해도 불가능할 정도였다. 실제로 인텔사와 경쟁사업자인 AMD사의 시장점유율 수준 및 추이를 보면 인텔사의 행위는 경쟁사업자의 시장점유율을 크게 하락시키는 등 경쟁을 현저하게 제한하고 있었다. 즉, 경쟁사업자인 AMD사의 관련 시장점유율은 2000년부터 2006년 기간 대부분 10%를 넘지 못하고 가장 높았을 때도 17%에 불과하였던 것이다. 더하여, AMD사의 시장점유율이 올라가면 인텔사는 국내 PC 제조회사들에게 새로운 리베이트를 제공하였고 이에 따라 AMD사의 시장점유율은 다시 하락하게 되었다.

결국 인텔사의 리베이트 제공행위로 인해 “유일한” 경쟁사업자였던 AMD사의 시장점유율이 크게 하락하고 직관 채널에서의 영업이 어려워진 현상은 관련 시장에서의 경쟁사업자의 수 감소로 인한 경쟁제한 효과를 단적으로 보여주는 것이라 할 수 있다. 실제로 AMD사의 CPU가 더 이상 국내 PC 제조회사들의 제품에 탑재되지 못하게 됨에 따라 국내 소비자들에게 공급되는 PC 제품의 다양성도 크게 감소하기도 하였다.

2. 미국의 로열티 리베이트 제공행위의 규제

미국은 현재 2005년 AMD사가 인텔사를 상대로 제기한 민사소송이 계류 중이며, 2009년 뉴욕 주 검찰은 인텔사를 반독점 혐의로 기소하였다. 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission, 이하 “FTC”라 한다)는 2008년 6월부터 인텔사에 대한 조사를 시작하였으며, 2009년 12월 인텔사의 리베이트 제공행위를 FTC법(Federal Trade Commission Act) 제5조⁵⁵⁾(unfair methods of

54) CPU 구매 시에는 정상가격으로 구매하였다가 분기가 종료된 이후 제공된 리베이트 금액을 정산하여 사후에 지급하는 시스템이다.

competition, 거래에 영향을 미치는 불공정한 경쟁방법) 위반으로 제소하였다. FTC는 심사보고서에서 인텔사의 경쟁사업자 시장진입 제한행위에 의해 소비자의 저렴하고 우수한 제품선택의 기회가 박탈되었고, 관련시장에서의 혁신이 저해된 것으로 판단하였다.

1) 사실관계

간단하게 사실관계를 살펴보자면, 인텔사는 ① Dell사, HP사, IBM사 등 대형 컴퓨터 제조업체에 대하여 위협과 보상(리베이트) 전략을 구사하며 경쟁사업자의 CPU를 구입하지 못하게 하고, ② 배타적 거래를 통해 컴퓨터 제조업체들이 인텔이 아닌 CPU를 장착한 컴퓨터를 판촉하고 판매하는 것을 제한하였다. 더하여 ③ 컴퓨터 관련 핵심 소프트웨어인 Complier를 비밀리에 재 디자인하여 경쟁사업자의 CPU가 제대로 작동되지 않도록 하는 방법으로 경쟁사업자를 배제하였다.⁵⁶⁾

FTC는 인텔사의 리베이트 제공행위가 FTC법 제5조에 위반된다고 보았다. 그러나 FTC는 2010년 8월 인텔사의 로열티 리베이트 제공행위를 금지하는 동의명령을 승인하였으며, 공중의견 수렴(public comment) 절차를 거친 뒤, 2010년 11월 최종 수정안을 승인하였다.⁵⁷⁾ 동의명령의 주요 내용으로는 ① 컴퓨터 제조사에 대해 인텔사로부터만 부품을 구입하거나 다른 메이커의 부품구입을 중단하는 조건으로 대가를 지급하는 행위의 금지, ② 경쟁사업자로부터 부품을 구입했다는 이유로 대가지급을 중단하는 등의 보복행위의 금지, ③ AMD사, Nvidia사, Via사 등 경쟁사업자와 지적재산권 관련 계약을 수정해 기업결합, 조인트 벤처 등이 가능하도록 할 것, ④ Via사와의 x86 CPU 라이선스 계약을 5년 연장할 것, ⑤ 인텔 사 CPU와 호환되는 제품의 개발을 보장하기 위하여 현행 접속방식을 유지할 것 등이 있다.⁵⁸⁾

55) 관련 조항에 관한 내용을 위하여 다음의 링크를 첨부한다. FTC, “Federal Trade Commission Act Section 5: Unfair or Deceptive Act or Practice”, <https://www.federalreserve.gov/boarddocs/supmanual/cch/ftca.pdf>, (최종방문일 2017.10.24).

56) FTC, “FTC in matter of Intel Corporation Decision and Order(2010)”, <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/061-0247/intel-corporation-matter>, (최종방문일 2017.10.24).

57) 공정거래위원회, 「해외경쟁정책동향」 제42호, 공정거래위원회, 2010, 3면.

58) FTC, “FTC Settles Charges of Anticompetitive Conduct Against Intel(2010)”,

2) 접근방법

미국에서는 경쟁당국이라고 할 수 있는 FTC와 미국 법무부(the Antitrust Division of the United States Department of Justice, 이하 “DOJ”라 한다)가 직접 리베이트 제공행위에 대해 시정조치를 하거나 소송을 제기하는 경우도 드물고, 보통 사업자끼리 손해배상소송이나 금지명령청구 등 사적 소송에 의해서만 법원에서 종종 다투어 진다.⁵⁹⁾ 사실 리베이트 제공행위와 관련하여 본격적으로 논의한 미국의 연방대법원 판례는 아직 없고, 그로 인하여 경쟁당국과 하급법원들의 입장이 완전하게 통일되어 있지 않다. 리베이트 제공행위를 경쟁법적으로 규제하는 것 또한 다분히 소극적인 태도를 취하는 것으로 알려져 있으며, 실제로 최근 규제사례를 찾아보기도 어렵다.⁶⁰⁾ 그만큼 미국에서도 리베이트 제공행위의 문제는 적지 않은 어려움을 주는 쟁점이다. 이는 미국 내에서 리베이트 제공행위가 일반적으로 소비자에게 이익이 될 것이라는 신뢰가 강하기 때문인 것으로 보여진다.

그럼에도 불구하고 리베이트 제공행위를 경쟁법적으로 규제한다고 하더라도, 리베이트 제공행위를 경쟁제한적인 행위의 다양한 유형 중에서 독자적인 행위 유형으로 분류하는 예를 찾아보기 쉽지 않다.⁶¹⁾ 미국에서는 시장지배적사업자가 리베이트를 제공하는 것이 남용행위로 문제되는 경우에는 개별적 사안에 따라서 다른 분석틀이 사용되었다. 주류적인 판례에서는 리베이트 제공행위의 가격한 효과에 주목하여 약탈적 가격설정의 분석틀에 따라서 위법성을 판단하고 있으나, 경우에 따라서는 셔먼법(Sherman Act) 제2조의 독점화 또는 배타적 거래(exclusive dealing)⁶²⁾의 일반적인 구성요건에 따라 분석한 사례들도 발견할 수 있다.

(1) 셔먼법 제2조를 위반한 독점화

<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2010/08/ftc-settles-charges-anticompetitive-conduct-against-intel>(최종방문일 2017.10.17).

59) 조혜신, 앞의 논문(주 26), 196-197면.

60) 위의 논문, 195면.

61) 이민호, 「공정거래법의 쟁점과 과제 - 시장지배적지위 남용으로서의 조건부 리베이트」, 법문사, 2010, 121면.

62) 본 논고에서 사용하는 배타적 거래행위는 배제적 거래행위, 배제적 남용행위와 같은 의미로 쓰이는 용어이다.

서면법 제2조는 회사 단독으로 또는 다른 회사와 공동으로 “다수의 주 사이에 발생하는 교역이나 상거래의 어떠한 부분이라도 독점화하거나 또는 독점화하려고 시도”하는 행위를 금지한다.⁶³⁾ 연방대법원에 따르면, 서면법 제2조에 위반되는 독점화는 관련시장에서의 독점력 보유, 우월한 상품·상업상의 통찰력·역사적 우연의 결과로서 성장 또는 발전과 구분되는, 독점력의 인식 있는 획득과 유지를 그 요건으로 한다.⁶⁴⁾

연방대법원은 독점력을 “가격을 통제하거나 경쟁을 배제”하는 힘이라고 정의한다. 즉, 독점력은 가격을 실질적으로 경쟁수준 이상으로 수익성 있게 끌어올릴 수 있는 능력을 말하는 것이다. 독점력은 관련 시장에서의 피고의 실제 가격통제행위 또는 경쟁배제행위에 대한 직접증거에 의하여 입증될 수 있다. 사실 직접증거가 있는 경우가 드물기 때문에, 법원은 통상 독점력에 대한 정황증거로서 시장구조, 진입장벽과 결합된 높은 시장점유율을 심사한다.⁶⁵⁾

(2) 배타적 거래 행위

서면법은 사업자가 시장을 독점하거나 독점가격을 부과하는 것 자체를 금지하지 않는다. 시장지배적사업자가 배타적 거래 행위를 한 경우에만 서면법 제2조를 위반하는 것으로 보는 것이다. 연방대법원은 서면법 제2조의 배타적 거래 행위를 ① 경쟁사업자의 기회를 훼손시킬 뿐만 아니라, ② 정당한 경쟁을 촉진시키지 않거나 불필요하게 제한적인 방법으로 경쟁을 촉진시키는 행위로 정의하였다. 따라서 시장지배적사업자의 배타적 거래 행위를 조건으로 한 리베이트 제공행위가 궁극적으로 시장에서의 경쟁을 제한하는 경우, 이는 반독점법(Anti-trust law)을 위반한 것이 된다.

그러나 미국의 실무에서는 로열티 리베이트 제공행위의 위법성을 판단하는

63) Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$10,000,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

64) Case 384 U.S. 563, 570, *United States v. Grinnel Corp.* [1966].

65) 장득수, “시장지배적사업자의 배제적 남용행위의 법적규제에 관한 연구”, 중앙대학교 대학원, 박사학위논문, 2011, 135면.

다양한 시각차와 별개로 로열티 리베이트 제공행위는 반경쟁성과 함께 효율성을 동시에 가지고 있다고 판단하면서, 그 위법성에 관하여 로열티 리베이트를 제공하는 사업자와 경쟁당국 간의 합의로서 사건을 해결하려고 한다.

따라서 미국에서 로열티 리베이트 제공행위는 합리의 원칙(rule of reason)에 따라 분석되는 것이 지배적 견해라고 하겠다. 합리의 원칙의 분석 핵심은 문제가 된 합의의 반경쟁적 효과가 친경쟁적 정당화 사유를 초과하는지 여부를 판단하는 것이다. 연방대법원은 “배타적 거래 행위가 비합리적인지를 판단하기 위해서는 문제가 된 상품 또는 용역의 시장구조 - 시장에서의 판매자와 구매자의 수, 사업규모, 구매자와 판매자가 그들의 구매 또는 판매를 다른 경쟁사업자에게 전환하는 것의 용이성 - 에 적절히 초점을 맞추어야 한다”고 언급하고 있다. 이러한 심사방법을 적용함에 있어서, 법원은 시장의 배제 정도, 소비자에 대한 다른 공급경로의 가능성, 독점에 대한 시장지배적 사업자의 정당화 사유를 고려하고, 더하여 진입장벽의 정도와 합의의 기간도 모두 고려하여 평가하여야 한다.⁶⁶⁾

3. EU의 로열티 리베이트 제공행위의 규제

EU 집행위원회는 2009년 6월, 인텔사가 조건부 리베이트를 제공⁶⁷⁾하고 AMD사 CPU 장착 제품의 유통을 방해한 행위를 EC조약 제82조(현 유럽연합 기능조약(the Treaty on European Union, 이하 “TFEU”라 한다) 제102조) 위반으로 보고, 10억 6천만 유로의 과징금을 부과하여 범위만 행위의 중지를 내용으로 하는 시정명령을 내렸다.⁶⁸⁾ 2014년 6월, EU 일반법원은 위 결정에 대한 취소소송에서 EU 집행위원회의 손을 들어주면서 원고인 인텔사에 대하여 전부 패소판결을 내렸다.⁶⁹⁾ 그리고 2012년 9월, 유럽사법재판소(European Court of

66) 위의 논문, 138-139면.

67) ① 인텔사가 주요 PC 제조업체인 Dell사, HP사, NEC사 및 Lenovo사에게 인텔사의 x86 CPU를 전량 또는 거의 전량을 구입하도록 하는 조건으로 리베이트를 지급, ② Media-Saturn Holding이 사업을 영위하는 국가에서 인텔의 x86 CPU가 장착된 컴퓨터만을 판매할 것을 전제로 하여 금전을 제공한 것, ③ 인텔사가 경쟁사업자인 AMD사의 CPU 기반장치의 출시를 취소 또는 연기시키거나 AMD사가 생산한 제품의 유통 상의 계약을 가하기 위해 PC 제조업체에게 금전을 제공한 것 등이 있다. 최난철현, 앞의 논문(주 40), 230-231면.

68) Case *COMP/C-3/37.990-Intel* [2009].

Justice, 이하 “ECJ”라 한다)는 EU 일반법원의 인텔 사건 판결을 파기·환송하였다⁷⁰⁾.

EU는 일반적으로 어느 사업자의 행위가 경쟁법의 목적에 부합하는지, 또 그 행위가 경쟁에 미치는 효과가 어떤지 적절히 고려하여 경제학적인 시각을 반영하면서 대체로 시장지배적사업자의 행위에 대해 보다 엄격한 접근법을 취하고 있다.⁷¹⁾

1) 적용 범규

EU는 조건부 리베이트 제공행위를 시장지배적사업자의 남용행위 유형으로 보아 TFEU 제102조⁷²⁾로 규율한다. TFEU 제102조에 의하면 시장지배적사업자의 남용행위는 ‘시장지배적지위’와 ‘남용’이라는 두 가지 요소로 구성된다.

69) EU 일반법원은 인텔사가 제기한 쟁점에 대하여 심도 있는 검토를 거쳐 인텔사의 Dell사, HP사, NEC사, Lenovo사에 대한 리베이트 제공행위가 시장지배적지위에 있는 사업자의 요구사항을 전부 또는 거의 모두 이행하는 조건으로 부여되는 “배제적 리베이트(exclusivity rebates)”에 해당한다고 보았다. 더하여 시장지배적사업자의 리베이트 제공행위는 EU 경쟁법의 목적과 부합하지 않는다는 점을 강조하였다. Case T-286/09 *Intel Corp. v. European Commission* [2005].

70) Case C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, Judgment of the Court [2017].

71) EU 일반법원은 시장지배적사업자가 시장에 존재하는 경우, 이미 그 경쟁이 어느 정도 제한되는 것으로 보고 있으며, 그들이 시장지배적지위를 보유하게 된 이유와 관련 없이 공동체시장에서 왜곡되지 않은 진정한 경쟁(genuine undistorted competition)을 제한하지 않을 ‘특별책임(special responsibility)’을 인정하는 것을 그 예로 들 수 있다. 최난철현, 앞의 논문(주 40), 243면.

72) TFEU Article 102 (ex Article 82 TEC)

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

TFEU 제102조가 적용되기 위해서는 유럽공동체 시장 또는 그 시장의 중요한 일부에서 시장지배적지위의 남용이 있어야 하며, 그 남용행위가 회원국 사이의 거래에 영향을 미칠 가능성이 있어야 한다는 것이다. TFEU 제102조는 불공정한 가격 또는 거래조건의 설정, 생산 등의 제한, 차별취급, 끼워팔기 등에서 남용행위를 예시하고 있으나, 이외에도 다양한 유형의 남용행위들을 인정하고 있다. 초기에는 일반적으로 소비자의 이익을 침해하는 ‘착취적 남용’을 금지하는 취지로 이해되어 왔으나, EU 집행위원회는 이를 확대하여 ‘배제적 남용행위’에 대해서도 이를 적용하기 시작하였다. EU 일반법원 역시 TFEU 제102조가 시장에서 경쟁을 악화시키는 반경쟁적 행위도 포함된다고 하여 배제적 남용행위도 포섭하는 취지로 판시한 바 있다.⁷³⁾

2) 로열티 리베이트 제공행위의 부당성 판단

EU 경쟁당국은 배타성의 관점에서 조건부 리베이트 제공행위의 위법성을 판단한다. 사실 TFEU 제102조에는 배제적 남용행위를 심사할 기준이 제시되어 있지 않으나, EU 경쟁당국은 *Hoffmann-La Roche* 사건⁷⁴⁾ 이후 수립된 판례에 의해 배제적 효과를 규율하고 있다. 이 사건에서 ECJ는 시장지배적사업자로부터 배타적으로 전부 또는 대부분의 수요량을 공급 받는 것을 조건으로 리베이트를 받을 경우, 무조건 경쟁제한적인 거래제한에 해당하여 TFEU 제102조(c)(시장지배적지위 남용행위)에 의하여 규제될 수 있다고 판시하였다.

이로써 EU에서는 시장지배적사업자가 제공한 리베이트 제공행위의 적법성을

73) 배현정, 앞의 논문(주 15), 149면; Case 6/72, *Europemballage Corp and Continental Can Co. Inc. v. European Commission*, [1973].

74) 이 사건은 조건부 리베이트 제공행위의 위법성 판단기준에 관한 유럽 판례의 기초를 최초로 수립한 사건이다., 유럽 6개 비타민(A, B2, B6, C, E, H) 시장의 시장지배적사업자인 Hoffman사는 자사의 비타민을 전부 혹은 일정수량 이상 구입하는 비타민 유통업체에게 리베이트를 제공한 사건이다. Hoffman사의 행위에 대해 EC는 EU법 제85조 또는 제86조(현 TFEU 제101조, 제102조) 위반으로 시정명령 및 벌금을 부과하였으며 EU 일반법원도 EC의 결정을 인정하였다. 본 판결에서 시장지배적지위를 가진 사업자가 자사제품의 전부 혹은 일정수준 이상을 구매하는 거래상대방에 대해 리베이트를 제공하는 행위는 경쟁사업자를 배제하기 위한 남용행위에 해당한다고 보았다. 또한 이러한 행위는 동일한 수량을 구매하는 사업자를 다르게 취급하는 것으로 가격차별에도 해당된다고 판단하였다. 조혜신, 앞의 논문(주 26), 139-140면.

평가하는 2단계 분석절차(형식주의 접근법, form-based approach)가 확립되어 있으며, 이 평가방법은 아직까지도 지배적으로 보인다. 제1단계는 로열티 리베이트 제공행위가 그 사건의 모든 사정상 배제적 효과를 발생시킬 수 있는지 여부를 심사한다. 이때 동일한 거래에 대하여 거래상대방에 따라 다른 가격을 부여함으로써 거래상대방에게 경쟁상의 불이익을 제공했는지 검토한다. 만일 그 리베이트 제공행위가 배제적 효과를 발생시킨다면, 2단계로 문제의 리베이트 제공행위에 대한 객관적인 경제적 정당화 사유(objective economic justification)가 존재하는지 여부를 판단해야 한다. 이때 리베이트 제공행위가 효율적 차원에서 객관적 정당화 사유로 인정이 된다면 위법성이 조각될 수 있다.⁷⁵⁾

그러나 이러한 분석절차는 조건부 리베이트 제공행위에 대한 EU 집행위원회의 판단과 EU 일반법원의 기준에 대해서는 리베이트 제공행위 유형의 차이를 고려하고 있지 않으며, 시장지배적사업자가 단순한 수량할인이 아니라 거래상대방의 충성도를 요구하며 리베이트를 제공했다는 사실만 입증되면 시장에 대한 효과분석 없이, TFEU 제102조 위반을 인정한다는 점에서 많은 비판이 제기되고 있다. 예를 들어, 시장지배적사업자가 조건부 리베이트를 제공한 이유나 그 제공이 경쟁촉진적효과를 가져 올 수도 있다는 점에 대한 고려는 하지 않고 구체적인 경쟁제한효과가 확인되지 않더라도 사실상 당연위법의 원칙을 적용하고 있는 것이다.

이러한 접근방법에 EU는 경쟁법과 경쟁정책에 있어서 경제학적인 기반의 접근을 강화하려는 변화를 시도하였다. EU 집행위원회는 2005년 12월 ‘시장지배적 사업자의 배제적 남용행위에 대한 검토 보고서(Discussion paper on the application of article 82 of the treaty to exclusionary abuse)’를 발표한 바 있고,⁷⁶⁾ 2008년에는 각계에 의견을 취합하여 효과주의적 접근방법(effects-based

75) 즉, 로열티 리베이트 제공행위는 시장지배적사업자에게 대체 불가능한 수요에 대한 시장 지배력을 발휘하게 하는 동시에, 대체가능성 있는 수요까지 보장하여 경쟁사업자가 시장에 접근하는 것을 사실상 차단한다. 이러한 로열티 리베이트 제공행위는 전반적인 경쟁과정에서 왜곡된 효과를 발생시키므로, 객관적인 정당화 사유가 없는 이상, TFEU 제102조에 의하여 금지되는 것이다. 최난설현, 앞의 논문(주 40), 241면.

76) Exclusionary conduct may escape the prohibition of Article 82 in case the dominant undertaking can provide an objective justification for its behaviour or it can demonstrate that its conduct produces efficiencies which outweigh the negative effect on competition. The burden of proof for such an objective justification or efficiency defence will be on the dominant company. It should be for the company invoking the

approach)을 도입한 ‘우선순위 선정에 대한 안내서(Guidance on Article 102 Enforcement Priorities, 이하 “Guidance Paper”라 한다)’를 발간하였다. 위 Guidance Paper에는 조건부 리베이트 제공행위의 위법성 판단 시 실질적인 경쟁제한 효과와 반경쟁적 효과를 상쇄 시킬만한 효율성 증대 또는 기타 정당성도 고려해야 한다고 권고하고 있다.

3) 인텔 사건 적용

EU 집행위원회는 인텔사의 조건부 리베이트가 시장지배적지위 남용행위에 해당한다고 판단하고 시정명령과 함께 1억 6천만 유로의 과징금을 부담하였다(1심).⁷⁷⁾ EU 집행위원회에 따르면 특정 리베이트는 낮은 가격을 형성함으로써 소비자에게 이득이 될 수 있으나, 시장지배적사업자가 경쟁사업자의 제품 구매 물량을 낮추거나 전혀 구매하지 않는 조건으로 리베이트를 부여하는 것은 시장지배적사업자가 개별적으로 그들의 행위를 정당화 할 수 있음을 입증하지 않는 한 확립된 판례에 따라 시장지배적지위 남용행위에 해당한다고 하였다. 1심에서 특이할 만한 사항은 EU 집행위원회가 처음으로 위법성을 판단하는 과정에서 가격비용테스트를 수행하였고, 유효가격이 비용보다 낮음을 확인하고 조건부 리베이트의 경쟁제한성을 인정했다는 점에 있다.

이후, EU 일반법원은 인텔의 청구를 기각하고 EU 집행위원회의 결정에 손을 들어주었다(2심).⁷⁸⁾ 이 판결의 핵심은 논리구조가 EU 집행위원회의 결정의 구조와 차이가 있다는 점이다. EU 일반법원은 먼저 유럽의 전통적인 방식(형식주의 접근법)으로 리베이트를 세 가지로 유형화하였다. ① 구매물량에 따라 리베이트가 지급되는 수량 리베이트, ② 수요사업자가 수요량의 전부 또는 대부분을 시장지배적사업자로부터 구매할 것을 조건으로 하는 배타적 리베이트, ③ 두 유형에 속하지 않으면서 충성유도효과를 가져오는 제3의 리베이트이다. 이 중 ①과 ②는 객관적 정당화 사유가 없는 한 위법으로 보고(당연 위법), ③

benefit of a defence against a finding of an infringement to demonstrate to the required legal standard of proof that the conditions for applying such defence are satisfied., European Commission, “*DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*”, 2005, p.24.

77) Case COMP/C-3/3790-Intel [2009].

78) Case T-286/09 *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, [2014].

의 경우에는 리베이트 지급조건이나 기준을 포함한 모든 정황을 심사하여 위법성을 판단하여야 한다고 하였다. EU 일반법원은 인텔 사건을 배타적 리베이트로 판단하여 시장지배적지위 남용행위를 구성한다고 보았다. 배타적 리베이트는 시장지배적사업자와 수요사업자를 결속시키기 때문에 경쟁사업자로부터 구매행위를 막기 위하여 리베이트를 했는가를 판단하기 위해 모든 정황을 고려할 필요도 없다는 것이다.

이러한 EU 일반법원의 판결은 과거의 *Hoffmann La-Roche* 판결의 법리를 그대로 따른 것으로서, 그동안 형식주의 접근법에 대한 학계의 비판을 수용하지 않은 판결로 평가되었다. 그리고 EU 일반법원의 판결은 리베이트 제공행위의 경쟁제한성을 판단할 때 경제학적 기반으로의 접근방법을 시도한 여러 변화를 수용하지 않고, 여전히 2단계 분석절차(형식주의적 접근법)를 적용하고 있어 그 변화의 실효성에 의문이 제기되는 시점이다.⁷⁹⁾

그러나 2017년 9월 ECJ는 인텔사의 항소를 받아들여 EU 일반법원의 판결을 파기하고, 추가심리를 위한 환송을 명하였다. ECJ는 시장지배적사업자는 왜곡되지 않은 시장경쟁을 손상시켜서는 안 되는 ‘특별책임’을 부담하며, 경쟁사업자에게 배제효과를 가져오는 가격정책을 채택하거나, 경쟁 외 방법을 사용하여 시장지배적지위를 강화하는 행위는 금지되어야 한다고 하였다. 더하여, 시장지배적사업자가 자신의 행위가 경쟁제한효과 또는 봉쇄효과를 야기할 우려가 없다는 사실을 증거에 기초하여 제출하는 등 보다 명확한 판단이 필요하다는 것이다.⁸⁰⁾ 이는 조건부 리베이트의 행위유형에 따라 경쟁제한성을 판단한 과거의 법리를 그대로 유지하면서도, 리베이트를 둘러싼 모든 정황을 분석하여 경쟁제한효과와 객관적 정당화 사유를 판단해야 한다는 입장으로 보인다.

이번 ECJ의 판결은 행위유형에 입각한 위법성 추정 대신에, 여러 관련 증거에 입각한 경쟁제한성 판단이 이루어지면 사실상 유명무실하였던 객관적 정당화사유나 효율성 항변도 실질화될 수 있을 것으로 보인다. 더하여, 조건부 리베

79) EU 집행위원회가 발간한 Guidance Paper에서 시장지배적사업자의 배제적 남용행위 판단에 있어서 경제적 접근을 강화 하겠다는 의사를 밝혀, 2014년 EU 법원이 내린 인텔 사건 판결에 변화가 생길지 기대를 하였으나, 당시 기대했던 결과와 법원의 견해와의 간극이 상당히 벌어지는 상황이 발생하게 되었다. 최난설현, 앞의 논문(주 40), 229면.

80) 본 저자는 ECJ가 조건부 리베이트의 부당성을 판단할 때 여러 관련 증거에 입각한 경쟁제한성(효과주의적 접근)을 살펴야 한다고 판시한 것에 의의를 두면서도, 그 구체적 방법(분석틀, tool)을 제시해주지 않은 점에 아쉬움이 있다.

이트 제공행위의 경쟁제한성 판단에도 경제분석방법이 사용될 수 있으며, 이는 곧 ‘효과중심 접근’ 분석방법이 앞으로 EU에서 본격적으로 사용될 수 있다는 판단으로 해석된다.

V. 맺는 말

로열티 리베이트 제공행위는 개념도 명확하게 정립되고 있지 않을 뿐만 아니라, 국가 간 규제의 범리와 그 적용 방법에 있어서도 차이가 있다. 그 이유는 리베이트 제공행위가 경쟁자배제나 시장봉쇄를 통한 경쟁제한효과를 초래할 수 있는 반면에, 생산량 증대를 통한 규모의 실현과 가격인하로 인한 소비자 후생이 증대되는 등 경쟁촉진적 측면이 분명히 있기 때문이다. 그러나 로열티 리베이트 제공행위는 통상적인 리베이트 제공행위와 달리 수요사업자의 충성을 제고시키는 효과가 매우 강하기 때문에 시장지배적사업자가 경쟁사업자를 배제할 목적으로 리베이트를 제공하는 경우에는 시장지배력의 강화 또는 독점의 고착화를 초래하게 되므로 경쟁제한적 요소가 높다고 판단할 수 있겠다.

그럼에도 불구하고, 로열티 리베이트 제공행위의 위법성을 판단하는 경우에는 경쟁촉진적 측면과 경쟁제한적 측면을 충분히 고려하여 판단하여야 한다. 시장지배적사업자의 위법성 판단의 어려움은 미국과 EU에서도 보여지는 시장지배적사업자의 남용행위에 대한 대조적인 접근방식에서도 잘 나타나고 있다. 미국의 경우에는 주로 특정 행위가 초래하는 효과를 중시하여 해당 행위로 인한 친경쟁적 효과와 경쟁제한적(반경쟁적) 효과를 비교형량한 후 위법성 여부를 판단한다. 이에 반하여 EU의 지배적인 태도는 시장지배적사업자가 초래할 수 있는 경쟁제한효과를 중시하여 특정 유형의 행위를 당연 위법적으로 금지해 왔다. 그러나 이처럼 위법행위의 경제적 효과를 구체적으로 분석하지 않고 시장지배적사업자의 리베이트 제공행위를 위법한 행위의 유형으로 판단하는 것은 지나치게 엄격한 접근방식으로(형식주의 접근) 시장지배적사업자의 정상적인 경쟁행위를 저해하고 결과적으로 경쟁이 아닌 경쟁자를 보호하는 결과를 초래할 수 있다. 그러나 최근 인텔 사건의 ECJ가 EU 일반법원의 심리미진을 지적하면서 과거환송을 명함으로써, 형식주의 접근법에 따른 도그마(dogma)를 탈피하고 제반 증거를 종합적으로 고려하여 경쟁제한가능성을 판단하도록 했다는

점에 그 의미가 있다고 본다.

앞서 제시한 미국과 EU의 로열티 리베이트 제공행위의 위법성 판단을 참고하여, 우리나라 공정거래법도 시장지배적사업자의 로열티 리베이트 제공행위를 규제하는 경우에 그 위법성 및 부당성에 관하여 경제분석에 근거한 합리적인 판단기준이 마련되어야 할 것으로 생각된다. 우리나라에서는 로열티 리베이트가 주요 경쟁정책 이슈로 등장한지 얼마 되지 않았고, 로열티 리베이트를 시장지배적사업자의 남용행위로 판단한 사례도 아직 3건(인텔 사건, 대한항공 사건, 쉘컴 사건) 밖에 없다. 그러나 최근 학계에서는 로열티 리베이트 제공행위의 위법성 판단에 있어서 각국 경쟁당국의 효과주의 접근방식에 귀추를 기울이고 있으며, 공정거래위원회 또한 인텔 사건에서 형식주의적 접근에서 벗어나 효과주의 경제분석과 혼합되어 로열티 리베이트 제공행위의 부당성을 입증하려는 노력을 하고 있음을 살펴볼 수 있었다. 로열티 리베이트 제공행위는 사업자들이 쉽게 접근할 수 있는 경쟁전략이라는 점에서 앞으로 국내에서 더 많은 사례들이 축적될 가능성이 많은 분야이다.

따라서 시장지배력이 있는 사업자가 로열티 리베이트 제공행위를 함으로써 수요사업자의 충성도를 제고하여 시장지배력을 확장하고, 궁극적으로 경쟁을 배제하기 위한 목적으로 사용하는 경우에 공정거래법 제23조의 제1항 1호 및 3조 ‘불공정행위’로의 규제가 아니라, 효과주의적 분석방법을 포함하여 제3조의2 ‘시장지배적지위 남용행위’로의 유형으로는 규제할 수 없는지 그 방안을 강구해야 한다고 생각한다.⁸¹⁾

81) 시장지배적지위사업자가 리베이트 제공행위를 하는 것이 일반 사업자가 리베이트 제공행위를 하는 것보다 쉽게 이행할 수 있으며, 시장지배적지위사업자가 리베이트 제공행위를 하는 경우 경쟁제한성 및 배제적효과의 수준은 일반 사업자의 것보다 클 것임은 분명하다. 우리나라 공정거래법은 이 둘을 나누지 않고 리베이트 제공행위를 일반적으로 ‘불공정행위’로 규정하고 있다. 최근에 인텔 사건, 대한항공 사건, 쉘컴 사건으로 로열티 리베이트 제공행위를 ‘시장지배적지위 남용행위’로 규제하기 시작하였으나, 공정거래법 제3조의2에는 로열티 리베이트 제공행위를 규제하는 유형이 명문으로 규정되어 있지 않아 명확한 지침이 필요할 것으로 생각된다. 앞으로 기업이 점차 사업분야를 다각화하고 그 규모를 확대하는 현상이 지속됨에 따라, 미국과 EU가 그동안의 판례를 축적하여 규제방법을 구축한 것과 같이 우리나라 공정거래법에서도 시장지배적지위사업자의 리베이트 제공행위와 관련하여 끝없는 판례의 축적과 학계의 연구가 필요할 것으로 보인다.

206 영남법학 제45호 (2017.12)

투고일 : 2017.12.6 / 심사완료일 : 2017.12.8 / 게재확정일 : 2017.12.15

[참고문헌]

- 공정거래위원회, 「해외경쟁정책동향(제42호)」, 2010.
- 신현윤, 「경제(제7판)」, 법문사, 2017.
- 이민호, 「공정거래법의 쟁점과 과제 - “시장지배적 지위 남용으로서의 조건부 리베이트”」, 법문사, 2010.
- 조성국, 「공정거래위원회 심결사례 30選- 시장지배적지위 남용행위: 인텔코퍼레이션등의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건」, 공정거래위원회, 2011.
- 김두진, “충성할인(Loyalty Rebate)에 대한 경쟁법상 규제 연구”, 「경제법연구」, 제15권, 한국경제법학회, 2016.
- 배현정, “독점규제법상 시장지배적사업자의 로열티 리베이트 규제에 관한 연구”, 고려대학교 대학원, 박사 학위 논문, 2011.
- 이봉의, “보건의료산업 리베이트관행의 경쟁법적 쟁점과 과제”, 「서울대학교 法學」 제50권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2009.
- 장득수, “시장지배적 사업자의 배제적 남용행위의 법적규제에 관한 연구”, 중앙대학교 대학원, 박사학위논문, 2011.
- 정영진, 「공정거래법상 시장지배적지위 남용행위의 기준: 미국/EU 경쟁법의 몇 가지 시사점」, LEG WORKING PAPER SERIES, 2009.
- 조성국, “시장지배적 사업자의 리베이트 남용규제”, 「법학논문집」 제34집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2010.
- _____, “시장지배적 사업자의 Loyalty Rebate(충성리베이트)의 법리에 관한 연구”, 「법학논문집」 제35집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2011.
- 조혜신, “시장지배적 사업자의 리베이트 제공행위에 관한 미국의 관례에 대한 분석”, 「경쟁법연구」 제25권, 한국경쟁법학회, 2012.
- _____, “시장지배적 사업자의 리베이트 제공행위에 관한 EU의 관례에 대한 분석”, 「경쟁법연구」 제27권, 한국경쟁법학회, 2013.
- 최난설현, “배제적 리베이트 사건에서 경제적 분석방법 적용 문제 - EU 일반법 원 Intel 판결을 중심으로 -”, 「경쟁법연구」 제32권, 한국경쟁법학회, 2015.
- 한현옥, “의결서를 통해 본 로열티 리베이트에 관한 소논제들: 인텔 사례를 중심으로”, 「경제법연구」 제24권, 한국경제법학회, 2011.
- 공정거래위원회 보도자료, 「인텔사의 시장지배적 지위 남용행위에 대해 시정조치」,

공정거래위원회, 2008.

European Commission, DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005.

공정거래위원회 2008.11.05. 의결 제2008-295호.

Case C-85/76, Hoffmann-La Roche v. European Commission, [1979]

대법원 2011.06.10. 선고 2008두16322 판결.

Case 384 U.S. 563, 570, United States v. Grinnel Corp. [1966].

Case T-286/09 Intel Corp. v. European Commission [2005].

Case C-413/14 P, Intel Corporation Inc. v. European Commission, Judgment of the Court [2017].

Case COMP/C-3/37.990-Intel [2009].

Case T-286/09 Intel Corporation Inc. v. European Commission, [2014].

FTC, Federal Trade Commission Act Section 5: Unfair or Deceptive Act or Practice, <https://www.federalreserve.gov/boarddocs/supmanual/cch/ftca.pdf>.

FTC, FTC in matter of Intel Corporation Decision and Order(2010), <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/061-0247/intel-corporation-matter>.

FTC, FTC Settles Charges of Anticompetitive Conduct Against Intel(2010), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2010/08/ftc-settles-charges-anticompetitive-conduct-against-intel>.

[국문초록]

시장지배적사업자의 리베이트 제공행위의
경쟁제한성 분석에 관한 검토
- 인텔(Intel) 사건을 중심으로 -

최 은 진*

경쟁법은 경쟁사업자를 보호하는 것이 아니라, 경쟁 그 자체를 보호하여야 하는 것이 그 설립취지라고 할 수 있다. 따라서 비록 경쟁사업자가 시장에서 배제된다고 하더라도, 그 자체로서 경쟁법을 위반하는 것은 아니다.

일반적으로 통상적인 리베이트 제공행위는 시장지배력의 여부와 관계없이 합법적인 고객유인의 주요 수단으로서 다양하게 활용되고 있다. 리베이트 제공행위는 가격할인과 동일한 효과를 가져와 수요를 창출하고, 낮은 가격으로 소비자 후생을 증대시킬 수 있기 때문이다. 그러나 로열티 리베이트 제공행위는 수요사업자의 충성을 제고시키는 효과가 강하기 때문에 시장지배적 사업자가 경쟁사업자를 배제할 목적으로 리베이트를 하는 경우에는 시장지배력의 강화 또는 독점의 고착화를 초래하게 된다. 따라서 리베이트의 위법성을 판단할 때, 효율성 제고 효과와 경쟁제한효과에 대한 비교가 충분히 이루어져야 한다.

사실 우리나라 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」은 리베이트 제공행위를 불공정거래행위 중 부당한 고객유인과 관련하여서만 규제를 하고 있다. 그러나 세계 주요 경쟁당국은 리베이트 제공행위 중에서도 특히 ‘로열티 리베이트’가 가지는 경쟁배제적 효과와 경쟁제한성에 초점을 두어 시장지배적 사업자의 남용행위로 규제하기 위한 많은 검토가 이루어지고 있으며, 그 위법성 평가를 경제적인 접근방식(효과주의적 접근방식)으로 활용하려는 움직임이 보이고 있다. 이에 최근 우리나라 공정거래위원회도 인텔 사건을 시작으로 쉘컴 사건, 대한항공 사건에서의 리베이트 제공행위를 ‘시장지배적사업자의 지위 남용행위’로 규율한 바 있으며, 심결사례에서도 위법성 판단에 있어서 기존의 형식주의적 접근방법을 벗어나 경제분석과 혼합된 방식을 취하면서 변화를 보이고 있는 추세이다.

* 연세대학교 일반대학원 박사과정

주제어 : 로열티 리베이트 제공행위, 시장지배적사업자의 남용행위, 배타적 거래행위,
경쟁제한성, 효과중심적 접근방법, 인텔

[Abstract]

The Study on Competition Restriction Analysis of Rebates by
Market Dominant Undertakings

- Focused on *Intel* Case -

Choi, Eun-Jin*

It can be said that the purpose of competition laws should not protect competitors but should protect competition itself. Therefore, even if competitors are excluded from the market, it does not violate the competition law by itself. In general, conventional rebates are widely being used as legitimate major means of attracting customers, regardless of market dominance. This is because rebates have the same effect as price reductions(discount), creating demand and increasing consumer welfare at lower prices. However, since the effect of loyalty rebates on customer loyalty is strong, if a dominant player makes a rebate to exclude competitors, it causes to strengthen market dominance or fix monopoly. Therefore, when judging the illegality of rebates, it should be enough to compare the efficiency enhancement effect and the competition restricting effect.

In fact, “Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act” regulates rebates in relation to unfair customer incentives of unfair trade practices. However, major competitor authorities in the world have conducted many reviews for regulating as the abuse activities of market dominant undertakings by focusing on the competition exclusion effect and competition limitation of ‘Loyalties rebates’ among rebates, and movement to use the evaluation of the illegality as an effective approach. Recently, Korea Fair Trade Commission has regulated the Intel case, the Qualcomm case and the rebate of Korean Air case as the “position abuse activities of market dominant undertakings”, and in the hearing

* Yonsei University Graduated School

decision case, has shown the tendency to change from the existing formalism approach in judging illegality by adopting a mixed method with economic analysis.

Key words : Loyalty Rebates, abuse of market dominant undertakings, exclusive dealing, anti-competitiveness, an Effective Approach, *Intel*