

조건부 리베이트의 경쟁제한성 판단기준

- EU사법재판소 인텔판결을 중심으로 -

법무법인 지평 변호사 장 품

논문요지

최근 EU사법재판소는 인텔의 조건부 리베이트 사건에서, 리베이트의 경쟁제한성을 인정한 원심판결을 파기하였다. 시장지배적 사업자가 상대방에게 전부 또는 대부분 물량 구매를 조건으로 리베이트를 제공하는 방식이 시장지배적 지위남용행위에 해당하기는 하나, 사업자가 경쟁제한성을 다투는 경우에는 사업자의 시장지배력 행사범위, 해당 행위에 의한 시장점유율 변화, 리베이트의 조건과 방식, 기간과 수량, 시장에서 지배적 사업자와 동등하게 효율적인 경쟁사업자를 배제하기 위한 전략의 존재 등을 종합적으로 분석해야 한다고 한 것이다. 특히 이 사건의 경우 유럽집행위원회가 '동등효율 경쟁사업자에 기반한 유효비용가격테스트'를 행정처분 단계에서 수행하고 이 증거가 경쟁제한효과 판단에 중요한 역할을 수행하였는데, 하급심인 일반법원이 이를 면밀히 심사하지 않은 것은 심리미진 사유에 해당한다고 보았다. 이러한 EU사법재판소의 판결은 조건부 리베이트에 관하여 유형중심적 접근을 해왔던 기존 판결에서 진일보한 것으로 보인다. 경제분석결과를 바탕으로 한 효과중심적 접근법을 받아들이게 된 것이다. 다만 유효가격비용테스트가 조건부 리베이트의 경쟁제한성 판단에서 차지하는 비중이 어느 정도인지, 조건부 리베이트에서 행위유형을 불문하고 모두 종합적인 분석을 통해 경쟁제한성을 판단할 수 있는지 등의 쟁점에 대해서는 여전히 불명확한 상태로 남겨져 있다. 우리 공정거래법 체계의 경우 대법원의 포스코 판결이 경쟁제한효과를 포함한 종합적 접근의 태도를 취하고 있음에도 불구하고, 유효가격비용테스트에서 대해서는 명시적 법령이나 지침이 없어 경쟁제한성 판단에 직접 사용될 수 있을지는 여전히 의문이다. 이 논문은 첫째, 판결의 이해를 돕기 위하여 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트가 갖는 경쟁법적 의미를 개략적으로 살펴보고, 둘째, 인텔판결에 이르기까지 경쟁당국 및 법원이 어떠한 기준으로 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트를 판단하여 왔는지 그 흐름을 개괄한 다음, 셋째, 인텔사건 경위와 최종 판결 내용을 구체적으로 살펴보고, 마지막으로 인텔판결이 갖는 시사점 및 한계를 정리하면서 인텔판결의 판시사항이 우리 공정거래법령과 규제체계에 적용될 여지가 있는지를 확인하는 내용으로 구성되어 있다.

검색용 주제어: 시장지배적 사업자, 조건부 리베이트, EU사법재판소, 인텔, 경쟁제한성 판단기준, 가격비용테스트, 동등하게 효율적인 경쟁사업자

* 논문접수: 2018. 1. 18.

심사완료: 2018. 1. 22.

게재확정: 2018. 3. 9.

I. 들어가며

EU사법재판소(Court of Justice of the European Union)는 지난 2017. 9. 6. 일반법원(General Court of European Union)의 인텔사건 판결을 파기·환송하였다(이하 '인텔판결').¹⁾ 인텔의 조건부 리베이트정책이 유럽연합기능조약 제102조²⁾에 위반되는 시장지배적 지위남용행위라고 판단한 하급심 판결³⁾에 제동을 건 것이다. 유럽집행위원회가 2009. 9. 인텔에 시정명령과 함께, 당시 최대 규모였던 10억 6,000만 유로의 과징금 처분을 내린 지 8년 만의 일이다.⁴⁾ 조건부 리베이트의 위법성을 인정한 일반법원 판결은 학계의 많은 비판을 받아 왔으며,⁵⁾ EU사법재판소 법무심의관(Advocate General)⁶⁾이 공식적으로 파기환송의견을 낸바 있어,⁷⁾ 어느 정도 예견된 결과이기도 하다.⁸⁾

-
- 1) Case C-413/14 P, Intel Corporation v. European Commission, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 September 2017.
 - 2) The Treaty on the Functioning of the European Union(TFEU) Article 102
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 contract
 - 3) Case T-286/09 Intel Corporation v. European Commission, Judgment of the General Court (Seventh Chamber, Extended Composition), 12 June 2014.
 - 4) Case COMP/C-3/37990-Intel (2009).
 - 5) Clarke, Julie. 'The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?', World Competition 40, no. 2(2017); Luc Peeperkorn, "Conditional pricing - Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates", Doctrines Concurrences(2015).
 - 6) EU사법재판소의 법무심의관(Advocate General: AG)은 판사를 보좌하며, 재판소에 계속된 사건에 대해 공평하고 독립적인 입장의 보고서를 제출한다.
 - 7) Case C-413/14 P, Intel Corporation Inc. v European Commission, Opinion of AG Wahl, 20 October 2016.
 - 8) 후술하겠지만, 판결의 결론은 동일하나 결론을 이끌어낸 접근방식은 학계의 비판이나 법무심의관의 의견과는 사뭇 다른 것으로 해석된다.

인텔판결은 EU사법재판소가 시장지배적 지위남용행위를 인정한 일반법원의 판결을 파기한 최초의 사례이다.⁹⁾ EU사법재판소의 적극적 법 해석과 집행방향 제시에 대한 의지를 읽을 수 있는 부분이다. 나아가 인텔판결은 세계에서 동시다발적으로 진행된 인텔의 조건부 리베이트 정책 규제사건 중 최고법원의 판단을 받은 최초 사례이기도 하다.¹⁰⁾ 인텔판결은 조건부 리베이트의 대표적 사례로 기록될 것으로 보이며, 인텔판결에서 제시된 위법성 판단기준은 향후 전세계 경쟁당국과 사법부에서 진행될 리베이트 규제사건에도 적잖은 영향을 미칠 것으로 예상된다.

시장지배적 사업자의 조건부 리베이트를 둘러싼 경쟁법적 논의는 복잡한 양상으로 전개된다. 행위속성 측면에서 보면, 조건부 리베이트는 가격기반(cost-based)행위는 물론, 배타조건부 거래(exclusive-dealing) 성격, 가격차별(price-discrimination) 성격, 끼워팔기(tying) 성격까지 융합되어 있다. 효과적인 측면에서도 경쟁촉진효과와 경쟁제한효과가 동시에 나타나는 양면성을 가지고 있다고 평가된다. 규제 현실 측면에서도 마찬가지다. 가격담합 같은 경성공동행위와 달리 조건부 리베이트는 각국 법체계 별로 위법성 판단기준과 접근방법의 차이가 확연하게 드러나는 분야이다. 실제로 미국법원과 유럽법원에서는 동일한 사실관계에 기반한 동일 사건에서 서로 반대되는 판결이 도출되는 일도 있었다.¹¹⁾ 조건부 리베이트의 경쟁제한성을 판단하는 기준에 관하여, 일관되고 단일한 법적 분석틀(framework)을 마련하기가 쉽지 않은 이유이다.

이러한 관점에서 인텔판결은 경쟁제한성 판단기준의 단서를 일정 부분 제공하고 있다고 본다. 인텔판결은 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트가 구체적 행위유형에 따라 위법성을 판단하는 기준이 달라질 수 있는지, 조건부 리베이트의 위법성을 확정하기 위해서 경쟁제한가능성 또는 봉쇄가능성이라는 경쟁제한의 효과까지 분석해야 하는지, 경쟁제한가능성을 분석한다면 어떠한 요건을 고려하여 하는지, 가격과 비용에 기반한 경제분석방법은 경쟁제한성 판단을 위해 수행되어야 하는지, 행정청의 내부지침인 유럽집행위원회 집행지침이 경쟁제한성 판단을 위한 실질적인 규범으로서 기능할 수 있는지, 조건부 리베이트 위

9) James S. Venit, "The judgment of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?", *European Competition Journal*(2017), p. 3.
 10) 미국 연방거래위원회(FTC)는 2010. 8. 동의명령으로 사건을 종결하였고(Docket No. 9341), 일본 공정거래위원회(公定取引委員會)는 2005. 4. 인텔 재팬에 시정권고만을 내렸다. 우리 서울고등법원은 조건부 리베이트의 위법성을 인정하였으며(서울고판 2013. 6. 19. 2008누35462), 인텔의 상고포기로 판결이 확정되었다. 참고로 인텔과 경쟁사업자 AMD는 2009. 11. 11. 조건부 리베이트 건과 관련하여 1조 4,435억 원 상당의 금액에 합의하고 AMD가 각국 경쟁당국에 대한 고소 및 신고를 취하한바 있다(장득수, "인텔의 시장지배적 지위남용행위에 관한 심결의 국제비교", *경제법판례연구* 제7권(2011), 7면).
 11) Case C-95.04 P *British Airways v Commission* (2007); *Virgin Atlantic Airways v. British Airways PLC*, 69 F. Supp. 2d 57.

법성의 판단기준에 관하여 유럽과 미국의 판결이 수렴화되고 있는지 등의 쟁점을 검토하고 있기 때문이다.

본 논문에서는 다음과 같은 순서로 인텔판결의 의미를 분석하고 정리해보고자 한다. 첫째, 판결의 이해를 돕기 위하여 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트가 갖는 경쟁법적 의미를 개략적으로 살펴본다. 둘째, 인텔판결에 이르기까지 유럽 경쟁당국 및 법원이 어떠한 기준으로 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트를 판단하여 왔는지 그 흐름을 개괄한 다음, 셋째, 인텔사건 경위와 최종 판결 내용을 구체적으로 살펴볼 것이다. 마지막으로 인텔 판결이 갖는 시사점 및 한계를 정리하고, 인텔판결의 판시사항이 우리 공정거래법령과 규제체계에 적용될 여지가 있는지를 확인하면서 글을 마무리한다.

II. 조건부 리베이트의 경쟁법적 의미

1. 조건부 리베이트의 의의와 유형

(1) 조건부 리베이트의 의의

시장지배적 사업자의 지위남용행위에 관한 리베이트는 이른바, ‘로열티 리베이트(loyalty rebate)’라는 행위유형을 중심으로 논의되어 왔다. 확립된 정의는 없으나, 대체로 로열티 리베이트는 시장지배적 사업자가 ‘일정 기준 이상의 특정 제품 또는 용역을 구매하는 것’을 조건으로 구매자에게 리베이트 제공, 무료상품 지급, 가격할인 등 추가보상을 지급하는 개념으로 이해된다.¹²⁾

특히 시장지배적 사업자의 로열티 리베이트는 특정 구매행위에 대한 보상으로 리베이트가 지급되므로, 일반적으로 ‘조건부 리베이트(conditional rebate)’의 성격을 갖는다. 특정한 조건을 충족한 경우에 한하여 리베이트가 지급되는 구조이기 때문이다. 유럽집행위원회와 유럽법원도 로열티 리베이트 혹은 충성 리베이트(fidelity rebate) 등의 용어를 사용하여 오다가, 유럽집행위원회가 2008. 12. 3. 공표한 “시장지배적 사업자의 배제적 남용행위에 관한 EC조약 제82조¹³⁾ 적용의 집행위원회 집행우선순위 지침”(이하 ‘유럽집행위

12) 배현정, “독점규제법상 시장지배적 사업자의 로열티 리베이트 규제에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사논문(2010), 8-9면.

원회 집행지침')¹⁴⁾에서 조건부 리베이트라는 용어를 공식화하기에 이르렀다.¹⁵⁾

일반적으로 조건부 리베이트는 친(親)경쟁적 성격과 반(反)경쟁적 성격을 동시에 가지고 있다고 평가된다. 예를 들어, 구매자가 리베이트를 통해 구매대금 일부를 받게 되면 가격할인과 동일한 효과를 얻게 되고 소비자 후생증대의 긍정적 효과로 이어질 수 있다.¹⁶⁾ 사업자 입장에서도 규모의 경제 실현으로 인한 비용감소, 배타조건부 거래로부터 발생하는 수직적 거래관계의 효율성 증대라는 경쟁촉진효과를 갖는다. 반면, 경제적 이익 제공을 수단으로 구매자의 충성을 유도하고 배타적 거래관계를 형성하여 경쟁자를 배제함으로써 경쟁을 저해하는 효과가 발생할 가능성도 간과될 수 없다. 특히 시장지배적 사업자의 기존 시장점유율이 높은 경우나 관련 상품이 구매자의 필수품목에 해당하는 경우, 또는 경쟁사업자의 생산설비 부족으로 구매선의 대체가능성이 낮은 경우 등에는 이러한 배제적 속성은 극대화될 수 있다.¹⁷⁾¹⁸⁾

(2) 조건부 리베이트의 행위유형

실제 시장에서 일어나는 조건부 리베이트의 형태는 매우 다양하다. 예를 들어 모든 구매자에게 구매물량에 따라 동일한 기준으로 적용되는 일반적 리베이트(standardized

13) 현행 TFEU 제102조를 의미한다.

14) "EC Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings"(2008. 12).

15) 이민호, "시장지배적지위 남용행위로서의 조건부 리베이트", 공정거래법의 쟁점과 과제, 서울대학교 경쟁법 센터(2010), 118면.

16) 조성국, "시장지배적 사업자의 Loyalty Rebate(충성리베이트)의 법리에 관한 연구", 법학논문집 제35집 제1호(2011), 284면.

17) 장득수, 앞의 논문(주 10), 3면; 배현정, 앞의 논문(주 12), 2면, 27-35면; 이와 관련하여 로열티 리베이트를 시장지배력 전이이론으로 설명하는 견해도 있다. 관련시장의 구조가 '비경합부분(uncontested part)'과 나머지 '경합부분(contested part)'으로 분리되고, 각 영역의 범위는 특정된다고 전제하는 것이다. 즉, 관련시장에서 수요의 상당부분은 브랜드 가치, 고객의 선호, 경쟁자의 제한된 공급능력 등의 이유로 리베이트 제공사업자에게 고정되며, 구매자는 필수구비품목 등의 이유로 시장지배적 사업자로부터 독점력이 인정되는 제품을 구매해야 하며, 시장지배적 사업자는 리베이트 정책을 통하여 독점적인 지위(비경합부분의 공급물량)를 지렛대로 사용하여 나머지 경합부분에서 더 많은 수요를 획득하게 된다는 것이다. 이처럼 시장지배적 사업자의 로열티 리베이트는 공급자의 독점적 지위를 시장의 비경쟁부분(비경합부분)에 확장하는 것을 용이하게 하고, 복수제품 시장의 경우에는 다른 제품 시장으로 확장하는 것을 가능하게 한다(배현정 앞의 논문(주 12), 36-37면).

18) 이러한 이론상 논의와 별개로, 실제 시장상황에서 모든 조건부 리베이트가 동일한 층위에서 경쟁촉진효과와 경쟁제한효과를 동시에 야기하는지는 의문이다. 개별 사건마다 조건부 리베이트 정책을 펴는 주체, 시장지배적 사업자의 시장점유율, 시장상황, 리베이트의 구체적 조건과 양태 등이 다르다. 예를 들어 스타벅스에서 커피 10개를 마실 때마다 1개를 무료로 주는 리베이트와 휴대폰부품업자가 휴대폰제조사들에게 연간 필요물량의 90% 이상을 구매할 경우 판매액수의 10%를 돌려주는 리베이트를 '조건부 리베이트'라는 동일한 행위유형 하에 '경쟁촉진효과와 경쟁제한효과를 모두 가지고 있다'고 일반화하기는 어려울 것이다.

rebate)가 있는 반면, 구매자에 맞추어 최소 구매조건(buyer-specific threshold)이 달리 결정되는 개별적 리베이트가 있다. 통상적으로 개별적 리베이트를 수반한 사건에서 경쟁제한성이 인정될 가능성이 높다고 평가된다.

리베이트를 지급하는 기준에 따라서, 소급형(retroactive) 리베이트와 증분형(incremental) 리베이트로 나뉘기도 한다. 소급형 리베이트는 전체 구매물량을 기준으로 리베이트를 적용하나, 증분형 리베이트는 할인이 기준 이상의 초과 구매물량에 대해서만 적용된다는 차이가 있다.¹⁹⁾ 소급형 리베이트의 경우 구매자는 기준치(threshold)를 넘지 못할 경우 전체 리베이트를 상실할 우려가 있기 때문에 소량의 수요량조차 대체공급자로 전환하지 않게 되고, 그에 따라 시장봉쇄우려가 높다고 평가된다.²⁰⁾

단일 제품이 아닌 번들(bundle) 제품에 적용되는 리베이트도 있다. 시장지배적 사업자가 독점력을 가지고 있는 시장제품(A)과 경쟁사업자가 있는 제품(B)을 묶어 리베이트를 제공하는 방식이다. 사업자는 묶음상품을 구성하는 개별 제품가격의 합보다 더 낮은 가격에 묶음상품을 판매하며, 구매자는 사업자가 제공하는 다른 제품을 일정량 이상 구매해야 한다. 이 경우 시장지배력이 독점시장에서 경쟁시장으로 전이되는 문제가 발생할 수 있다.²¹⁾

이러한 유형 분류에도 불구하고 실제 시장상황에서 조건부 리베이트는 더욱 복합적인 양상을 띠게 된다. 예를 들어 시장지배적 사업자가 구매자들에게 개별적 리베이트, 소급형 리베이트, 번들 리베이트를 동시에 적용하는 식이다. 조건부 리베이트가 갖는 이러한 복합적 성격으로 말미암아, 규제의 판단기준도 다양한 측면에서 논의되어 왔음은 물론이다.

2. 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트 규제기준

(1) 조건부 리베이트의 구체적 규제방식

시장지배적 사업자의 조건부 리베이트에 대한 규제는 미국과 유럽의 판례를 중심으로 유형 및 판단기준이 다음과 같이 구체화되어 왔다.

첫째, 약탈적 가격설정(predatory pricing)의 법리이다. 이 법리는 미국 하급심 판결

19) 예를 들어 가격이 1,000원인 제품을 80개 이상 사면 구매금액의 10%를 환급하는 계약에서 구매자가 100개를 사면, 증분형리베이트는 초과 구매한 20개에 대해서만 할인이 적용되어 2,000원을 받고, 소급형 리베이트는 전체가 기준이 되어 10,000원을 받을 것이다.

20) 유럽집행위원회 집행지침, para 140.

21) Herbert Hovenkamp & Erik Hovenkamp, "Complex Bundle Discounts and Antitrust Policy", Buffalo Law Review 57(3) (2009), p1228; 배현정, 앞의 논문(주 12), 20-21쪽에서 재인용.

중 주로 단일상품(single product)의 리베이트가 문제된 사안에서 판단기준으로 제시되어 왔다.²²⁾ 리베이트는 기본적으로 가격에 기반한 경쟁수단이며, 경제적 이익을 환급하여 낮은 가격을 형성한다는 점에 주목하는 접근법이다. 따라서 조건부 리베이트를 일반적인 약탈적 가격정책과 유사한 것으로 보아 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 한다고 하는 것이다.²³⁾

이 법리에 의할 경우 리베이트 제공행위가 약탈적 가격설정에 해당하는지 판단하기 위해서는 개별 사안별로 가격과 비용을 분석하여 가격수준이 지나치게 낮은지 판단하고(a price below cost),²⁴⁾ 다음으로 희생된 단기이익을 장기적으로 회수할 수 있는 상당한 가능성(dangerous probability of recouping its investment)이 있는지를 판단한다.²⁵⁾

이러한 방법은 조건부 리베이트 고유의 배타적 속성이 간과된다는 비판을 받는다. 조건부 리베이트의 핵심은 거래관계의 지속이나 확대를 위한 유인체계(incentive)이며, 이러한 특징이 부당성 판단의 핵심이 되어야 한다는 견해이다.²⁶⁾ 또한 조건부 리베이트는 그 지급조건에 따라 다양한 경쟁제한성을 떨 수 있는데, 가격 외 다른 조건도 경쟁자배제효과를 초래한다는 점을 고려하지 않는다는 문제점도 지적된다.²⁷⁾

둘째, 배타조건부 거래(exclusive dealing)의 법리를 적용하는 방법이다. 유럽집행위원회와 유럽법원은 주로 이 법리에 기초하여 조건부 리베이트의 위법성을 판단해왔다. 이러한 접근방식에 대해서는 ‘당연위법의 원칙(per se illegal)’에 가깝게 위법성을 판단하였다는 평가가 있다.²⁸⁾ 미국에서는 번들 리베이트가 제공된 사건에서 유럽과 달리 ‘합리의 원칙(rule of reason)’을 적용하여 사안에 따라 배타조건부 거래의 위법성을 인정하기도

22) 조성국, “시장지배적 사업자의 리베이트와 남용규제”, 법학논문집 제34집 제1호(2010), 167-170면; Barry Wright Corp. v. Itt Grinnell Corp. 724 F.2d 227(1st Cir.1983); Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp. 207 F.3d 1039(8th Cir. 2000).

23) 임영철, 공정거래법: 해설과 논점, 법문사, 2008, 327면.

24) 약탈적 가격 판단을 위한 비용은 한계비용(Marginal Cost) 또는 평균가변비용(Average Variable Cost, AVC)을 기준으로 한다. 한계비용은 생산량 1단위 증가에 필요한 생산비의 증가분을 의미하는데 고정비용은 생산량에 따라 변하지 않으므로, 가변비용의 함수이다. 평균가변비용은 총가변비용(Variable Cost)을 총생산량으로 나눈 값이다.

25) 조성국, 앞의 논문(주 22), 171면; 다만 유럽에서는 시장지배적 지위가 있는 경우 바로 손실회복 능력을 가진 것으로 보아 약탈적 가격책정의 판단기준으로 시장지배적 사업자의 손실회복가능성을 요하지 않는다(배현정, 앞의 논문(주 12), 80면).

26) 홍명수, “독점규제법상 리베이트 규제의 검토”, 법과 사회 제34권(2008), 387면.

27) 배현정, 앞의 논문(주 12), 82면.

28) 정영진, “공정거래법상 시장지배적 지위남용의 기준: 미국/EU경쟁법의 몇 가지 시사점”, LEG WORKING PAPER SERIES(2009), 22면.

하였다.²⁹⁾ 조건부 리베이트의 경쟁제한효과와 경쟁촉진효과를 교량하여, 전자가 후자를 초과하는지 판단하는 방식이다.³⁰⁾ 우리 공정거래위원회와 서울고등법원도 인텔,³¹⁾ 퀄컴(Qualcomm)³²⁾의 조건부 리베이트 사건에서 이 배타조건부 거래 법리를 적용하여 시장 지배적 지위남용행위를 인정한 사례가 있다.

배타조건부거래는 거래 상대방이 경쟁사업자와 거래하지 않을 것을 조건으로 하는 약정을 수반하나, 명시적으로 거래조건에 배타조건이 설정되어 있지 않아도 '사실상' 배타조건부 거래관계가 형성되었다면 동일하게 평가될 수 있다는 논리에 근거한다. 즉, 시장지배적 사업자가 내건 조건에 위반될 경우 거래중단, 공급량 감소, 채권회수, 판매장려금 지급중지 등 불이익이 가해진다면 그 조건은 구속 효과를 가진다는 것이다. 리베이트 제공자가 수요자의 구매물량 전부 또는 대부분을 자사로부터 구매하는 조건으로 리베이트를 지급하는 경우에는 리베이트 상실을 우려한 구매자가 구매상대방을 고정하게 됨으로써 동일한 경쟁자를 배제하는 효과를 낼 수 있다.³³⁾

이러한 접근방법에 대해서는, 조건부 리베이트가 본질적으로 구매자를 '구속'하지 않고 '유도'하는 행위이므로 둘을 달리 취급해야 한다는 비판이 있다.³⁴⁾ 또한 약정에 의한 경쟁자배제방식과 달리 가격에 기반한 경쟁자배제방식은 비용요소를 고려해야만 경쟁제한성을 판단할 수 있다는 비판도 제기된다.³⁵⁾

약탈적 가격설정 법리와 배타조건부거래 법리 외에도 가격차별(price discrimination) 법리나 끼워팔기(tying)법리로 조건부 리베이트의 행위유형을 포섭하는 시도가 있다. 가격차별은 시장지배적 사업자가 다른 시장에서의 약탈적 가격정책을 보조 또는 상쇄하기 위하여 '경쟁사업자'를 표적으로 가격을 차별하는 제1선(primary line) 가격차별과, 동일한 내용의 거래에 차별적인 거래조건을 부과하여 '거래상대방'이 속한 시장에서 경쟁제한을 야기하는 제2선(secondary line) 가격차별로 분류된다. 시장지배적 사업자가 고객 별로 다른 리베이트 지급기준을 결정함으로써 동일한 양을 구매하더라도 다른 가격이 지불되고, 이 과정에서 가격차별로 인한 경쟁제한효과가 발생할 수 있다는 것이다.³⁶⁾ 다만 제1선 가

29) 조성국, 앞의 논문(주 22), 175면; SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co., 427 F. Supp. 1089(E.D. Pa. 1976); Ortho Diagnostic Systems v. Abbott Laboratories, 920 F. Supp. 455(S.D.N.Y. 1996); LePage's Inc. v. 3M co. 324F3.3d 141(3rd Cir. 2003).

30) 장득수, 앞의 논문(주 10), 13면; Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

31) 서울고판 2013. 6. 19. 2008누35462.

32) 서울고판 2013. 6. 19. 2010누3932.

33) 배현정, 앞의 논문(주 12), 84-85면.

34) 이창훈, "로열티 리베이트의 행위유형 포섭에 대한 소고", 경쟁저널 제176호(2014), 43면.

35) 배현정, 앞의 논문(주 12), 86-88면.

36) 임영철, 앞의 책(주 23), 322면, 각주 28.

격차별은 사실상 약탈적 가격설정의 범리와 차이가 없고,³⁷⁾ 제2선 가격차별의 경우 경쟁 사업자를 경쟁에서 배제시키는 행위와 무관할 뿐만 아니라 실증적으로도 중소기업자보호에 별다른 기여를 못한다는 비판이 있다.³⁸⁾ 한편, 끼워팔기 범리는 번들 리베이트 사례에서 주로 언급되며, 시장지배적 사업자가 독점제품과 경쟁제품을 결합하여 리베이트를 제공하는 경우 주된 상품시장의 독점지배력을 경쟁시장에 전이시킬 수 있다는 점에 주목한다. 미국과 유럽의 조건부 리베이트 사례에서 끼워팔기 범리에 입각하여 조건부 리베이트가 전면적으로 판단된 적은 없는 것으로 보인다.³⁹⁾

(2) 유럽과 미국의 접근방법 차이

이처럼 조건부 리베이트의 규제기준에 관하여 유럽과 미국은 서로 대립되는 접근방법을 취한 것으로 평가된다. 유럽이 조건부 리베이트의 배타성에 초점을 맞춘 유형중심 접근법(form-based approach)에 근접해 있다면, 미국은 조건부 리베이트가 갖는 가격할인의 성격에 주목하여 ‘가격비용테스트’ 등 경제분석에 기반한 효과중심 접근법(effect-based approach)을 사용해온 것이다.

이러한 접근방법의 차이는 위법성 판단기준의 기술적 선택의 문제라기보다 개별 국가에서 시장지배적 사업자가 형성되어 온 역사와 그에 따른 규제문화의 차이에서 비롯된 것으로 보인다.⁴⁰⁾ 유럽은 국가가 소유하고 운영하던 기업이 민영화 과정을 거쳐 시장지배적 사업자로 발전하거나, 정상적 자유경쟁이 아닌 정부의 강력한 규제와 지도를 바탕으로 기업이 성장해온 경우가 많다. 시장지배적 지위남용행위가 쟁점이 된 유럽 판결에서 시장지배적 사업자에게 시장경쟁질서가 왜곡되지 않도록 할 ‘특별책임(special responsibility)’이 있다는 표현이 반복해서 나오는 이유이기도 하다. 그 결과 유럽은 거래상대방의 거래자유, 기회보장을 위한 경쟁질서 구축이라는 관점에서 자유경쟁질서를 저해하는 행위를 원칙적으로 봉쇄하는 방법을 선택하였다. 특정 행위유형이 경쟁제한효과 외에 달리 긍정적 효과를 갖지 못한다는 점을 전제로 금지하는 방식이다.⁴¹⁾

37) Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. (92-466), 509 U.S. 209 (1993)에서, 미국연방대법원은 Robinson-Patman 법의 제1선 가격차별과 Sherman법의 약탈적 가격설정이 본질적으로 동일하다고 판단한바 있다(조성국, 앞의 논문(주 22), 168면).

38) 그에 따라 미국에서는 이러한 제2선 가격차별규제가 실제 집행된 사례가 드물고, 2007년 미국 경쟁법 현대화 위원회(Antitrust Modernization Commission: AMC)는 폐지를 권고하기도 하였다(조성국, 앞의 논문(주 22), 168-169면).

39) 배현정 앞의 논문(주 12), 98면, 각주 258; 다만 유럽의 Hoffmann 판결에서는 로열티 리베이트가 고객의 구매량이 늘어날 때마다 누진적으로 증가하고 여러 개의 상품군을 묶어서 의무 구매량을 정하였으므로 끼워팔기의 효과가 있다고 판단한바 있다(장득수, 앞의 논문(주 10), 24면).

40) 정영진, 앞의 논문(주 28), 34면.

반면, 미국은 역사적으로 대부분의 기업이 확장 또는 인수·합병을 통하여 시장지배적 사업자로 성장하였다. 각 분야에서 일찍 시장이 넓게 형성되고 진입장벽이 상대적으로 낮아 사업자들의 활발한 진입과 퇴출이 일반적인 측면도 있다. 따라서 미국은 시장지배적 기업을 일반 기업과 다른 기준에 의해 평가하기보다 그 기업이 행한 행위가 경쟁에 미치는 구체적 영향을 중심으로 규제 여부를 판단하는 경향이 있다.⁴²⁾

다만 조건부 리베이트 규제방법을 ‘유럽의 유형중심 접근법’과 ‘미국의 효과중심 접근법’으로 나누는 이분법적 구별은 점점 희미해지거나 상호 희석되는 추세라고 본다. 예를 들어 앞서 언급한 유럽집행위원회 집행지침은 조건부 리베이트의 위법성 판단 기준으로, ‘소비자의 피해를 초래하는 봉쇄(foreclosure leading to consumer harm)’를 핵심개념으로 제시하고, 유효가격과 비용을 비교·분석하는 ‘동등효율경쟁자(As Efficient Competitor; AEC) 테스트’⁴³⁾가 반경쟁적 봉쇄가능성을 판단하는 기준이 될 수 있다고 하였다. AEC테스트란 문제된 시장지배적 사업자와 ‘동등하게 효율적인 경쟁사업자(equally efficient competitor)’를 가정한 다음, 구매자가 시장지배적 사업자가 아닌 경쟁사업자로 수요를 전환하는 경우 상실하게 될 리베이트를 보상하기 위하여, 경쟁사업자가 제공해야 하는 가격이 적절한 비용을 상회하는지를 판단하는 방식이다.⁴⁴⁾ 조건부 리베이트를 기본적으로 가격할인 유형으로 파악하면서도 기존에 사용되어 온 가격비용테스트를 수정하여⁴⁵⁾ 경쟁자 배제적 속성을 반영하고 경쟁제한효과를 판단하려는 시도로 이해된다.

미국의 경우 여전히 가격비용테스트에 기반하여 실증적으로 경쟁제한효과를 분석하는 경향을 가지고 있으나, 최근 AAI(American Antitrust Institute)는 조건부 리베이트를 ‘가격할인’이라고 표현하는 것은 잘못된 정의(misnomer)이며, 거래조건을 충족하지 못한

41) 이봉의, “포스코판결과 방해납용의 향방”, 경쟁저널 제140호 2008, 20-21쪽; 정영진 앞의 논문(주 28), 34면.

42) 이호영, “공정거래법상 시장지배적 사업자 규제의 쟁점과 과제”, 저스티스 104호(2009), 78-79면.

43) 유럽집행위원회의 집행지침과 판결에서는 공식적으로 ‘AEC test’라는 용어를 사용하고 있다. 다만 본 논문에서 미국의 약탈적 가격납용 법리에서 사용되는 가격비용테스트와의 구별을 위해 ‘유효가격비용테스트’라는 용어와 혼용하여 사용한다.

44) 정영진, 앞의 논문(주 28), 22-25면.

45) 유럽집행위원회 집행지침의 AEC테스트(유효가격비용테스트)는 시장지배적 사업자의 제품 중 일정 판매 비율이 반드시 고정되어 있다는 점을 반영한 분석방법이다. 일반적인 가격비용테스트와 달리 시장지배적 사업자의 손실 여부가 아니라 동일한 비용구조를 가진 가상 경쟁자, 즉 동등하게 효율적인 경쟁자가 리베이트 제공에 대응할 수 있었는지를 심사기준으로 한다. 시장지배적 사업자가 구매자의 추가 구매를 얻기 위해 상업적으로 경합 가능한 점유율(Commercial Viable Share) 부분에 실질적으로 지불한 가격이 시장지배적 사업자의 비용보다 낮은지를 판단하는 것이다(상업적 경합가능점유율이란 어떤 구매자의 총 구매량 중 시장지배적 사업자에게서 반드시 구매하지 않아도 되는 구매량의 비율, 즉 시장지배적 사업자와 경쟁사업자 간에 실질적인 경쟁이 이루어지는 부분을 의미한다). 따라서 가격비용테스트의 기준이 되는 ‘가격’을 산정할 때 구매자의 총 구매량 가격에서 할인액을 공제하지 않고, ‘기존 구매량을 초과한 추가 구매분’ 가격에서 총 구매량에 적용된 전체 할인액을 공제한다(배현정, 앞의 논문(주 12), 100-103면).

사업자를 제재(penalties)하는 것이라고 지적하기도 하였다. 위법성 판단 기준으로서 비용기반접근(cost-based approach)은 입증의 문제가 있으므로 일정 요건이 충족되면 위법성을 추정(prima facie case)하고 사업자로 하여금 정당한 이유나 효율성 항변을 하도록 하는 방법을 취해야 한다고도 하였다.⁴⁶⁾

즉, 유럽과 미국의 조건부 리베이트 규제방법은 기본적으로 행위체계의 배타성(exclusivity)과 유인체계(incentive)에 입각한 행위유형별 접근과 가격비용분석에 기반한 경쟁제한효과의 입증방법이 혼재되어 있는 형국이며, 인텔판결 역시 이러한 맥락에서 검토될 수 있다.

3. 조건부 리베이트에 관한 유럽의 판결 흐름

(1) 조건부 리베이트에 관한 주요 판결

최근 인텔판결에 이르기까지 유럽재판소가 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트에 관하여 판단한 사례를 일괄해보면 다음과 같다.

① Hoffmann-La Roche 판결은 조건부 리베이트의 위법성 판단기준에 관하여 유럽 판례의 기초를 최초로 수립한 사건이다. Hoffmann-La Roche는 유럽 비타민 시장에서 시장지배적 지위를 갖는 사업자이다. 1970년부터 1974년까지 22개 비타민 유통업체와 비타민 공급계약을 체결하면서 구매물량의 전부 또는 대부분을 공급 받는 조건, 특정 비타민의 구매물량을 충족하는 조건, 특정 비타민 균의 전부를 구매하는 조건으로 리베이트를 제공하였다. 즉, 명시적인 배타조건부 리베이트가 문제된 사안이다.⁴⁷⁾

이 사건에서 EU사법재판소는 시장지배적 사업자로부터 배타적으로 전부 또는 대부분의 수요량을 공급 받는 것을 조건으로 리베이트를 받을 경우, 비록 그것이 구매자의 요청에 의한 것이라고 하더라도 시장지배적 지위남용행위를 구성한다고 판시하였다. 또한 단순한 수량할인은 공급자로부터 구매한 수량에 기초하는데, 로열티 리베이트는 경쟁사업자로부터 공급 받지 않는 것을 조건으로 경제적 이익을 부여한다는 점에서 차이가 있다고 보았다.

이 판결은 경쟁사업자가 이러한 리베이트 제공에 대응할 수 있었는지, 리베이트 제공이

46) 조성국, 앞의 논문(주 16), 289면; 한편, *Le Page's Inc. v. 3M Co.* 324 F.3d 141 3rd Cir.(2003) 판결에서도 리베이트의 규모, 경쟁사업자의 피해, 번들 리베이트 제공에 대한 합리적 경영사유 부존재 등을 이유로 리베이트의 위법성이 인정되었다.

47) *Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*, Judgment of the Court of 13 February 1979.

실제 관련시장에서 시장봉쇄효과를 가져왔는지, 소비자에게 해가 되었는지 여부는 고려하지 않았다는 점에서 유럽법원이 취해 온 유형중심접근법의 기본 사례로 인식된다.

② Michelin I 판결은 거래 상대방 별로 개별화된 기준에 따라 설정된 자사제품 구매 비율 리베이트, 성장률 리베이트, 번들 리베이트가 종합적으로 문제된 사건이었다.⁴⁸⁾ Michelin은 네덜란드 대형차량 용 타이어 시장에서 시장지배적 지위사업자로서 개별 고객마다 다른 연간 판매목표를 부여하고 추가할인을 제공하였다. 지급조건 달성을 측정하는 기간은 1년이었으며, 할인규모, 목표기준 등 지급기준은 관련 기간 동안 여러 번 변경되어 리베이트 지급 여부를 예측할 수도 없었다.

이 사건에서 EU사법재판소는 리베이트가 명시적으로 경쟁사업자 배제를 조건으로 하지 않았으나, 장기간인 1년 매출액을 기준으로 리베이트를 제공한 점, 경쟁사업자와 시장점유율 차이가 큰 점, 리베이트 지급금액이 불투명한 점 등을 고려하여 시장지배적 지위남용행위를 인정한 일반법원의 판결을 유지하였다. 조건부 리베이트가 경쟁사업자들의 시장 접근을 제한하여 타이어 판매상의 거래상대방선택의 자유를 제한하는 시장지배적 지위 남용행위라고 본 것이다.⁴⁹⁾

이 판결은 명시적 약정으로 경쟁자배제를 조건으로 하지 않았고 구매량의 전부 또는 대부분의 구매를 리베이트 지급조건으로 하지 않았음에도, 개별화된 지급조건 불명확성, 관련기간, 차별적 지급조건 등에 근거하여 조건부 리베이트의 위법성을 인정하였다는 데 의미가 있다.⁵⁰⁾

③ British Airway 판결 역시 개별적 구매목표 달성을 조건으로 한 리베이트 지급이 문제된 사건이다. British Airway는 여행사에게 개별적으로 설정된 목표를 달성하는 대가로 연 단위, 분기 단위, 월 단위로 전 실적과 비교하여 리베이트를 지급하였다.

EU사법재판소는 여행사 리베이트가 거래 상대방 별로 개별화된 목표량을 달성한 경우에 주어지는 점, 총량에 대하여 소급적으로 적용되는 점, 시장점유율이 경쟁사업자에 비하여 현저하게 높아 여행사들이 불가피하게 British Airway와 거래할 수밖에 없는 점, 경쟁사들이 이에 대응할만한 매출을 발생시키지 못하는 점에 비추어 시장지배적 지위남용을 인정한 일반법원의 판결을 유지하였다. 특히 British Airway가 관련 기간 동안 시장점유율이 하락하여 시장지배적 지위를 가지고 있지 않았다는 항변에 대해서, 시장지배적

48) Case 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 9 November 1983.

49) Michelin I cited above, paras 72-83.

50) 배현정, 앞의 논문(주 12), 160면.

사업자가 경쟁자 배제를 위해 한 행위가 실제 의도한 효과를 발생시키지 않았다고 해서 시장지배적 지위남용행위를 구성하지 않는 것은 아닐 뿐만 아니라, 만약 British Airway의 행위가 없었다면 경쟁사업자의 시장점유율은 상당 정도 증가하였을 것이라는 이유로 배척하였다.⁵¹⁾

동일한 사건에서 미국 판결은 약탈적 가격정책 법리에 근거하여 정반대의 결론을 내린바 있다. 리베이트가 적용된 가격이 약탈적 가격에 해당하는지, British Airway가 결합판매를 통하여 그 손실을 만회하려고 하였는지를 리베이트의 위법성을 부정한 것이다. 특히 미국 법원은 리베이트가 경쟁사업자를 배제하거나 배제할 가능성이 있음을 뒷받침하는 구체적인 증거를 요구하는 등, 경쟁제한효과의 입증 정도에 있어서도 EU사법재판소의 판결과 대조되는 모습을 보였다.⁵²⁾

④ Michelin II 판결은 유럽집행위원회가 ‘일반화된 수량 리베이트’의 위법성을 심사한 최초의 사례이다. Michelin은 유럽 시장 내에서 시장점유율을 늘리기 위하여 프랑스 대형 차량용 신규 교체 타이어 시장에서 판매상에게 일반적인 수량 리베이트를 지급하였고, 그와 동시에 개별적 성장률 기준 보너스, 서비스 보너스를 지급하였다.⁵³⁾

이 사건에서 EU사법재판소는 수량리베이트에 해당한다는 사실만으로 위법성이 부정되는 않으며, 일반화된 수량기준 리베이트를 포함한 리베이트 심사기준으로서, 리베이트 지급기준을 정하는 규칙 등 모든 요소를 고려하고 이를 정당화할만한 경제적 근거가 있는지, 그러한 리베이트가 구매자의 공급원 선택의 자유를 침해하는 것인지, 경쟁자들의 시장 접근을 방해하는 것인지, 동일한 거래에 대하여 거래상대방 별로 다른 거래조건을 제시하는 것인지, 경쟁을 왜곡하여 사업자의 독점적 지위를 강화시키는 것인지를 살펴보는 것인지 여부 등을 판단해야 한다고 했다. 시장지배적 지위남용행위의 효과 역시 실제적 효과와 필수적으로 연계될 필요는 없고, 경쟁을 제한하는 경향이 있다는 점만 입증되면 충분하다고 하였다.

정리하자면, EU사법재판소는 기본적으로 조건부 리베이트의 행위유형에 기초하여 위법성을 판단하면서도, 경쟁제한효과의 입증을 엄격하게 요구하지 않는 방식으로 조건부 리베

51) British Airways cited above; paras 297-298.

52) 김수련, “조건부 리베이트에 대한 미국 및 유럽판결의 비교 - British Airways 사건을 중심으로”, 경제법 판례연구 제6권(2010), 54-55면; Virgin Atlantic Airways v. British Airways PLC, 69 F. Supp. 2d 57.

53) Case T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance (Third Chamber) of 30 September 2003.

이트의 경쟁제한성을 인정한 일반법원의 판단을 존중해온 것으로 보인다. 시장지배적 사업자가 고객의 충성을 유인하거나 높이는 효과가 있는 리베이트를 제공하게 되면, 구체적인 경쟁제한효과가 확인되지 않더라도 시장봉쇄의 가능성 또는 개연성을 인정하여 법 위반에 해당된다고 본 것이다.⁵⁴⁾ 이러한 유럽법원과 집행위원회의 태도에 대해서는 경제이론에 근거하지 않는 유형중심 접근법이라는 강한 비판들이 뒤따랐고,⁵⁵⁾ 그에 따라 유럽집행위원회는 2005. 12. 배제적 남용행위에 대한 효과중심 접근법을 강화하는 검토보고서(Discussion Paper)를,⁵⁶⁾ 2008.12.3.에는 앞서 언급한 유럽집행위원회 집행지침을 발표하게 된다.⁵⁷⁾

(2) 유럽집행위원회 집행지침 발표 이후 판결의 흐름

앞서 설명한 것처럼, 유럽집행위원회 집행지침은 기존 유형중심 접근법에 기반한 조건부 리베이트의 위법성 판단기준의 비판을 반영하고, 규제당국의 집행우선순위(enforcement priority)를 새롭게 정비한 지침이다.

이 집행지침의 가장 특징적이고 핵심적인 개념은 “반경쟁적 봉쇄(Anti-competitive foreclosure)”이다. 반경쟁적 봉쇄는 기존의 유형중심 접근 패러다임을 탈피하기 위한 것으로, 시장지배적 사업자의 시장에서의 지위, 시장환경과 조건, 경쟁자들의 시장에서의 지위, 남용으로 의심되는 행위의 정도와 태양, 실제로 봉쇄가 있음을 인정할 증거(possible evidence of actual foreclosure), 경쟁자 배제목적을 인정할 직접증거(예를 들어 내부 문서) 등을 통해 판단하도록 하고 있다.⁵⁸⁾ 특히 조건부 리베이트의 경우 유효가격에 기반한 비용테스트를 통해 “동등하게 효율적인 경쟁자”의 개별구매자에 대한 공급을 더 어렵게 하고 시장접근이나 점유율 확대를 저해할 우려가 있는지를 판단할 수 있다고 하였다.

다만 집행지침은 이러한 경제분석방법이 절대적인 기준이 될 수 없으며 행위유형을 포함한 다른 요소들을 종합적으로 고려하여 경쟁제한성에 대한 결론을 내리도록 하고 있다. 예를 들어 개별 리베이트가 일반 리베이트보다 위법성이 더 강하게 추정되는 방식이다.⁵⁹⁾ 시장지배적 지위남용행위의 경쟁제한성 판단기준으로서 효과중심 접근방법과 유형중심 접근

54) 김수련, 앞의 논문(주 52), 63면.

55) Denis Waelbroeck, “Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies?”, 1 Journal of Competition Law and Economics(2005), p. 149; 김수련, 앞의 논문(주 52), 68면에서 재인용.

56) DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses (2005).

57) 정식 문서 발간은 2009. 2. 24.에 되었다.

58) 유럽집행위원회 집행지침, para 20.

59) 정영진, 앞의 논문(주 28), 25면.

근방법을 조화하려는 시도로 이해된다.

유럽집행위원회의 집행지침은 법적 해석문서나 법률집행에 관한 유권해석이 아니다. 다만 향후 누적될 집행실무를 통해 기존 판례법리를 서서히 변화시킬 수 있는 실질적 규범의 역할을 하는 것으로 평가된다.⁶⁰⁾ 유럽집행위원회 집행지침 발표 이후, 유럽재판소가 시장 지배적 지위남용행위에 관해 판단한 대표적 판결이 바로 다음 Tomra 판결과 Post Danmark 판결이다.

① Tomra 판결 역시 조건부 리베이트의 시장지배적 지위남용행위가 문제된 사안이었다. Tomra는 재활용품 자동회수기(Reverse Vending Machine; RVM) 시장의 시장지배적 사업자로서, 2006년경 배타조건부 약정, 개별적 리베이트, 소급리베이트 등 영업으로 경쟁사업자를 배제하고 경쟁을 봉쇄하였다는 이유로 유럽집행위원회로부터 과징금 처분을 받았다.⁶¹⁾

이 사건에서 EU사법재판소는 Hoffman 판결 이후 확립된 판례법에 따라 실질적인 경쟁제한성 입증이 불필요하고 경쟁제한의 가능성만 있으면 충분하다고 한 일반법원의 판결을 유지하였다. 경쟁제한의도(anti-competitive intent)가 없었다는 사업자의 항변에 대해서는, 반경쟁적 행위를 중심으로 위법성을 판단할 수 있고 반드시 의도를 분석할 의무가 있는 것은 아니라고 하였다.⁶²⁾ 나아가 이 사건 처분이 2006년에 내려졌으므로, 2009년부터 효력이 발효된 유럽집행위원회의 집행지침이 적용되지 않고, 따라서 일반법원이 집행지침에서 규정한 유효가격비용테스트 결과를 심사할 의무도 없다고 판단하였다.⁶³⁾ 실질적인 경쟁제한효과의 입증 없이 조건부 리베이트의 위법성을 인정한 기존 판례의 흐름과 크게 배치되지 않는 것으로 해석된다.

② Post Danmark 판결은 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트가 정면으로 다뤄진 사건은 아니다. 다만 EU사법재판소가 유효가격비용테스트에 입각하여 시장지배적 지위남용행위의 반경쟁적 효과를 분석한 사례라는 데 의의가 있다. Post Danmark는 덴마크에서 브로슈어, 전화번호부 등 ‘수신인 불특정 우편물’(unaddressed mail)을 취급하는 시장지배적 사업자이다. 덴마크 경쟁당국은 Post Danmark가 가격차별정책을 통하여 지배적 지위를 남용하였다고 결정하고, 경쟁업체를 시장에서 배제하기 위하여 경쟁업체의 고객

60) 강우찬, “EC조약 102조(시장지배적 지위남용)에 관한 집행지침(Guidance Paper)에 대한 분석적 연구”, 사법논집 제52집, 법원도서관(2011), 10면.

61) Case C 549/10 P Tomra Systems ASA and Others v European Commission, Judgment of the Court (Third Chamber), 19 April 2012.

62) Ibid. paras 18-22.

63) Ibid. paras 79-81.

들에게 다른 효율과 리베이트를 제공한 정책(제1선 가격차별), 비슷한 조건에 있는 고객을 다르게 취급하여 상이한 조건을 적용한 정책(제2선 가격차별)을 각각 문제 삼았다.⁶⁴⁾ 특히 경쟁업체 배제를 위한 가격차별이 약탈적 가격정책을 통한 시장지배적 지위남용행위에 해당하는지 여부가 다투어졌고, 그에 따라 덴마크대법원은 EU사법재판소에 선결적 평결(Preliminary Ruling)을 요청하였다.⁶⁵⁾

이에 대해 EU사법재판소는 시장지배적 사업자가 거래 상대방에게 평균총비용(average total costs, ATC)과 평균증분비용(average incremental costs) 사이의 가격을 책정 하더라도 그 자체로서 남용행위에 해당하지 않고 경쟁제한적 효과를 별도로 따져보아야 한다고 판단하였다. 동등하게 효율적인 다른 사업자가 장기간 지속된 손실 없이 시장지배적 사업자가 제공한 가격에 대비하여 경쟁하는 것이 가능한지 여부를 위법성 판단의 한 기준으로 제시하기 시작한 것이다.⁶⁶⁾ 그에 따라 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트 행위에 대해서도, 유효가격비용테스트에 입각한 효과주의적 접근방법이라는 동일한 태도가 유지 될 수 있을지 여부가 주목되었고,⁶⁷⁾ 이후 인텔판결이 선고되었다.

64) 김희은, “Post Danmark 판례로 살펴보는 EU의 가격남용행위에 대한 효과주의적 접근”, 경쟁저널 제165호(2012), 64면.

65) EU사법재판소는 ‘선결적 평결’(Preliminary Ruling)이라는 절차를 통해 회원국 국내법원의 요청이 있을 경우, EU법에 대한 해석을 제공한다(대법원 사법정책연구원, EU사법재판소와 유럽인권재판소에 관한 연구, 2016, 43쪽). 덴마크 대법원의 질의는 “시장지배적 우편사업자가 평균증분비용과 평균총비용 사이의 범위에서 선별적 가격할인 정책을 실행하고, 그러한 가격할인의 정도가 경쟁업체를 제거할 목적이 아님이 증명된 경우, 이러한 행위가 TEFU 102조의 배제적 남용행위에 해당”하느냐는 것이었다(“In those circumstances, the Højesteret decided to stay proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling: (1) Is Article 82 EC to be interpreted as meaning that selective price reductions on the part of a dominant postal undertaking that has a universal service obligation to a level lower than the postal undertaking’s average total costs, but higher than the provider’s average incremental costs, constitutes an exclusionary abuse, if it is established that the price was not set at that level for the purpose of driving out a competitor?”), Case C-23/14 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, Judgment of the Court (Second Chamber) of 6 October 2015, para 18.

66) Ibid. para 44.

67) 김희은, 앞의 논문(주 64), 69면.

Ⅲ. 인텔판결의 경쟁제한성 판단기준과 시사점

1. 인텔사건의 진행경과

(1) 인텔사건의 개요

인텔은 CPU시장의 시장지배적 사업자이다.⁶⁸⁾ 인텔은 경쟁사업자인 AMD가 2000년대 초반부터 점유율을 확대하는 시점에 전세계적으로 리베이트정책을 펼치기 시작하였다. 유럽집행위원회가 문제 삼은 인텔의 정책은 ‘조건부 리베이트(conditional rebate)’와 ‘노골적 제한(naked restriction)’행위이다.⁶⁹⁾ 조건부 리베이트의 경우 인텔은 2002년부터 2005년동안 약 3년에 걸쳐 Dell, HP, Lenovo, NEC 등의 OEM을 상대로 수요량의 전부 또는 대부분을 인텔로부터 구매하는 조건을 붙여 리베이트를 제공하였다.⁷⁰⁾ 또한 유럽 집행위원회는 인텔의 주요 OEM들이 AMD기반 제품 출시를 연기 또는 취소하거나 AMD기반 제품 배포에 제한을 두는 조건으로 OEM에게 돈을 제공하는 노골적 제한행위가 효과 면에서 거래상대방에게 조건부 리베이트를 제공하는 행위와 유사하다고 보았다.⁷¹⁾

유럽집행위원회는 이러한 인텔의 조건부 리베이트가 시장지배적 지위남용행위에 해당한다고 판단하고 시정명령과 함께 10억 6,000만 유로의 과징금을 부과하였다. 특정 리베이트는 낮은 가격을 형성함으로써 소비자에게 이득이 될 수 있으나, 시장지배적 사업자가 경쟁사업자의 제품 구매물량을 낮추거나 전혀 구매하지 않는 조건으로 리베이트를 부여하는 것은 시장지배적 사업자가 개별적으로 정당화 사유를 입증하지 않는 한 확립된 판례에 따라 시장지배적 지위남용행위에 해당한다는 이유였다. 또한 유럽집행위원회는 유럽조약 제 82조(현행 제102조) 위반을 입증하기 위해서 문제되는 시장지배적 사업자의 남용행위가 시장에 미치는 구체적 영향을 증명할 필요가 없고, 남용행위가 그러한 영향을 가질 수 있거나 가질 가능성이 있음을 증명하는 것으로 충분하다고 보았다. 특기할만한 점은 유럽집

68) 유럽집행위원회는 관련 시장을 전세계에 공급되는 PC·서버용 x86계열 마이크로프로세서 시장으로 보았다 {장득수, 앞의 논문(주 10), 8면}.

69) 노골적 제한이란 효율성증대효과 없이 폐해만 명백한 경쟁제한행위를 의미한다(배현정, 앞의 논문(주 12), 169면, 각주 403).

70) 이 사건에서 ① 인텔은 Dell에게 오직 인텔의 CPU만을 구매하도록 하는 조건을, ② HP의 데스크탑용 CPU 수요 95% 이상을 인텔로부터 구매하는 조건, ③ NEC는 데스크탑과 노트북용 CPU 수요 80% 이상을 구매하는 조건, ④ Lenovo에는 2007년부터 노트북용 CPU수요 전량을 인텔로부터 구매하는 조건으로 각각 리베이트를 제공하였다.

71) 장득수, 앞의 논문(주 10), 6면.

행위위원회가 집행지침에 따라 처음으로 구체적 위법성 판단 과정에서 동등효율경쟁자 기준에 따른 유효가격비용테스트를 수행하였을 뿐만 아니라, 유효가격이 비용보다 낮음을 확인하고 조건부 리베이트의 경쟁제한성을 인정하였다는 사실이다.⁷²⁾

(2) 일반법원의 판결

일반법원은 집행위원회 결정의 취소를 구하는 인텔의 청구를 기각하였다. 다만 일반법원 판결의 판시사항은 논리구조 면에서 유럽집행위원회의 결정과는 차이가 있었다.

우선 일반법원은 전통적 방식으로 리베이트를 세 가지로 유형화하였다. 구매물량에 따라 리베이트가 지급되는 수량 리베이트(quantity rebate), 구매자가 수요량의 전부 또는 대부분을 시장지배적 사업자로부터 구매할 것을 조건으로 하는 배타적 리베이트(exclusive rebate), 두 유형에 속하지 않으면서 충성유도효과를 가져오는 제3의 리베이트로 각각 분류한 것이다. 수량 리베이트는 일반적으로 봉쇄효과가 인정되지 않는다. 배타적 리베이트는 구매자의 선택권을 침해 또는 제한하고 다른 생산자의 시장접근을 제한하기 때문에 ‘왜곡되지 않은 경쟁’이라는 경쟁법의 목적에 부합하지 않아 “객관적 정당화 사유가 없는 한” 위법하다. 두 유형에 해당하지 않는 제3의 리베이트는 리베이트 지급조건이나 기준을 포함한 모든 정황(all the circumstances)을 심사하여 위법성을 판단한다.⁷³⁾ 일반법원은 인텔의 이 사건 리베이트가 ‘제2유형’인 배타적 리베이트에 해당하며, 객관적 정당화 사유가 없는 한 지배적 지위남용행위를 구성한다고 판단하였다. 배타적 리베이트는 시장지배적 사업자와 구매자를 결속시키기 때문에 경쟁사업자로부터 구매행위를 막기 위해 리베이트를 했는지 파악하기 위해 모든 정황을 고려할 필요도 없다는 것이었다. 또한 봉쇄효과는 경쟁자의 시장접근이 불가능(impossible)해진 경우뿐만 아니라, 더 어려워진(difficult) 경우에도 발생하며, 이렇게 엄격한 접근은 앞서 말한 시장지배적 사업자의 “특별책임”에 의해 정당화된다고 보았다.⁷⁴⁾

또한 일반법원은 경쟁사업자가 비경합수요부분에서 경쟁할 수 없으므로, 배타적 리베이트는 시장지배적 사업자로 하여금 비경합수요부분의 경제력을 지렛대로 삼아 경합수요부분의 지배력을 강화하고 경쟁자로 하여금 시장접근을 더 어렵게 한다고 하였다.⁷⁵⁾ 인텔은

72) 다만 유효가격비용테스트의 기준이 되는 ‘비용’의 범위에 대해서, 집행위원회와 인텔은 첨예하게 대립하였다. 인텔은 생산설비비용, 급여, 감가상각비, 판매비용, 장기계약의 마케팅비용을 포함시키지 않아야 된다고 주장하였고, 집행위원회는 이를 포함시켜서 분석하였다(배현정, 앞의 논문(주 12), 173면, 각주 412).

73) 각주 4 Intel case, paras. 75-77.

74) Ibid paras 86-90.

75) Ibid paras 91-93.

유효가격비용테스트를 활용한 Post Danmark 판결이 이 사건에 적용되어야 한다고 주장하였으나, 일반법원은 배타적 리베이트행위가 문제된 이 사건과 가격정책의 위법성이 문제된 Post Danmark 판결이 구별된다고 판단하였다.⁷⁶⁾ 시장지배적 사업자에 대한 규제는 소비자에게 직접 피해를 줄 수 있는 행위와 더불어 '효율적 경쟁구조'에 영향을 미칠 수 있는 행위도 목표로 하며, 따라서 위법성을 인정하기 위해서 리베이트의 실제효과, 리베이트와 경쟁제한효과의 인과관계를 증명할 필요가 없다는 것이었다. 심지어 리베이트의 물량과 기간을 고려할 필요도 없고, 리베이트로 인하여 동등효율경쟁자의 비용보다 가격이 반드시 낮아야 할 필요도 없다고 하였다.

이러한 일반법원 판결의 판시는 Hoffmann 판결에서 정리된 조건부 리베이트 위법성 판단기준에서 벗어나지 않을 뿐만 아니라, 유럽집행위원회의 결정보다 경쟁제한효과의 입증 정도를 완화하여 위법성을 인정한 것으로 평가된다. EU사법재판소가 그간 취해온 유형 중심 접근법에 대한 학계의 비판이 전혀 수용되지 않은 판결로 평가된다.⁷⁷⁾

2. 인텔판결의 주요 사항

유럽재판소는 일반법원의 판결을 파기(set aside)하고, 추가 심리를 위한 환송(refer the case back to)을 명하였다. 주된 판시사항은 다음과 같다.

첫째, 인텔판결은 우선 시장지배적 지위남용행위를 규제하는 기본 원리를 정리하였다. 유럽기능조약 제102조는 사업자가 '장점에 의한 경쟁(competition on the merits)'을 통해 지배적 위치를 갖게 되는 것을 금지하지 않고, 시장지배적 사업자보다 '덜 효율적인' 경쟁사업자의 존속을 보장해주지도 않으며, 장점에 의한 경쟁이 가격, 선택, 품질, 혁신의 관점에서 덜 효율적인 경쟁사업자의 한계가 될 수 있으므로 모든 배제적 결과가 경쟁에 안 좋은 것은 아니라고 한 것이다. 다만 시장지배적 사업자는 정상적인 시장경쟁을 손상시켜서는 안 될 특별책임을 부담하며, 따라서 시장지배적 사업자가 동등하게 효율적인 경쟁사업자에게 배제효과를 가져오는 가격정책을 채택하거나, 장점에 의한 경쟁 외의 방법을 사용해서 지배적 지위를 강화하는 행위가 금지된다고 하였다.⁷⁸⁾ 동등한 효율경쟁사업자의 존속 가능성을 위법성 판단의 기준으로 제시한 Post Danmark 판결의 법리가 조건부 리베이트에도 적용될 수 있음을 확인한 것이다.⁷⁹⁾

76) Ibid para 99.

77) Damien Geradin, "Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to overrule Hoffman-La Roche", *Journal of Competition Law & Economics*, 11(3)(2017), pp. 597-598.

78) 각주 1 Intel case, paras 133-136.

둘째, 인텔판결은 조건부 리베이트의 위법성을 판단하기 위해 고려해야 할 구체적인 요소들을 설명하였다. 우선 시장지배적 사업자는 구매자가 전부 또는 대부분의 구매물량을 배타적으로 취득하기로 하는 의무 또는 약속을 부여하는 방식으로 지위남용행위를 한다는 점을 명확히 하여 Hoffmann 판결의 법리를 그대로 유지하였다. 다만 시장지배적 사업자가 행정절차(administrative procedure)내에서 자신의 행위가 경쟁제한효과 또는 봉쇄효과를 야기할 우려가 없다는 사실을 증거와 함께 제출하는 경우에는, 판례가 보다 “명확해(clarified)질” 필요가 있다고 하였다. 이 경우 유럽집행위원회는 관련 시장에서 사업자의 시장지배력 행사범위, 해당 행위에 의한 시장점유율 변화, 리베이트의 조건과 방식, 기간과 수량, 시장에서 지배적 사업자와 동등하게 효율적인 경쟁사업자를 배제하기 위한 전략의 존재 등을 분석해야 한다는 것이다.⁸⁰⁾ 이러한 봉쇄가능성 분석은 리베이트 시스템의 객관적 정당화 사유와도 관련이 있으며, 리베이트 시스템으로 야기된 반경쟁적 배제효과가 소비자 효용을 가져오는 효율성에 의해 상쇄되는지 또는 상회하는지를 판단할 때도 유용하게 사용된다고도 보았다.⁸¹⁾ 즉, 조건부 리베이트의 행위유형을 기준으로 경쟁사업자의 봉쇄가능성을 판단한 Hoffmann 판결의 법리를 그대로 유지하면서도, 그와 동시에 리베이트를 둘러싼 모든 정황을 분석하여 경쟁제한효과와 객관적 정당화 사유를 판단해야 한다는 입장으로 해석된다.

셋째, 최종적으로 인텔판결은 일반법원의 심리미진을 이유로 사건의 파기환송을 명하였다. 유럽집행위원회가 조건부 리베이트의 시장지배적 지위남용을 인정하는 과정에서 동등 효율 경쟁사업자에 기반한 유효비용가격테스트를 수행했다면, 일반법원은 봉쇄가능성이라는 사실인정에 관하여 사업자가 의문을 제기한 쟁점을 모두 심리해야 한다는 이유였다. 즉, 집행위원회가 이 사건에서 유효가격비용테스트를 자세하게 분석한 다음 조건부 리베이트가 봉쇄효과를 가져올 수 있다고 판단하였으므로 유효가격비용테스트는 집행위원회의 봉쇄효과판단에 중요한 역할을 한 것이고, 그렇다면 일반법원은 인텔의 유효비용가격테스트에 관한 모든 주장을 심리해야 한다고 하였다. 그럼에도 일반법원은 유효비용가격테스트의 오류 가능성에 대해 고려하지 않고, 인텔의 주장에 대해서도 심사를 다 하지 않았으므로 심리미진에 해당한다고 한 것이다.⁸²⁾ 따라서 일반법원이 모든 정황사실에 기초하여 리베이트의 경쟁제한성을 심리하지 않은 위법이 있는 이상, 다른 항소이유에 대해서는 나아가

79) *Jame s. Venit*, p 9.

80) 각주 1 Intel case, para 138(“However, that case-law must be further clarified in the case where the undertaking concerned submits, during the administrative procedure, on the basis of supporting evidence, that its conduct was not capable of restricting competition and, in particular, of producing the alleged foreclosure effects”).

81) *Ibid.* paras 137-140.

82) *Ibid.* paras 142-147.

살펴볼 필요 없이 모두 파기되어야 한다는 결론으로 귀결되었다.⁸³⁾

3. 인텔판결의 시사점 그리고 한계

(1) 유형중심 접근법의 탈피와 종합적 분석

인텔판결은 기존의 유형중심 접근법에 따른 경쟁제한성 판단이라는 도식을 탈피하고, 리베이트를 둘러싼 모든 정황을 종합적으로 고려하여 경쟁제한가능성을 판단하도록 하였다는 데 일차적 의미가 있다.

일반법원은 Hoffmann 판결 이후 시장지배적 사업자의 리베이트를 세 가지 유형으로 분류하여, 배타적(exclusivity) 리베이트는 객관적 정당화 사유가 없는 한 위법한 것으로 판단해왔다. 유형분류에 따라 위법성을 추정하는 방식이다. 그러나 적어도 경쟁제한효과와 관련하여 배타적 리베이트와 ‘충성 유도형’인 다른 조건부 리베이트가 본질적으로 구별될 실익은 없다고 본다. Michelin II 판결에서 보는 것처럼 일반화된 수량 리베이트에서도 시장지배적 지위남용행위가 인정될 수도 있다. 나아가 행위유형을 기준으로 한 위법성 판단의 도식화는, 오히려 시장지배적 사업자로 하여금 배제적 특징을 은폐하기 위하여 “동일한 결과를 가져오는 다른 리베이트 방법”을 사용하게 하는 부작용도 야기할 수 있다.⁸⁴⁾

결국 인텔판결이 판시한 것처럼, 조건부 리베이트의 위법성은 리베이트의 행위유형에 전적으로 의존하여 판단될 수 없으며, 제반 정황을 종합적으로 고려하여 심사함이 타당하다. 이러한 결론은 Michelin I 판결이나 British Airway 판결이 조건부 리베이트의 위법성을 인정하면서, 모든 정황(all the circumstances)을 고려하여 판단하였다는 점에서 예견된 것이기도 하다.⁸⁵⁾ 조건부 리베이트가 배타적 리베이트에 해당되기만 하면, “관련 사실(all the relevant facts)”에 대한 고려 없이 경쟁제한성을 인정할 수 있다고 한 일반법원의 판시는⁸⁶⁾ 배타적 리베이트를 둘러싼 동태적 경제상황을 반영하지 못하는 한계가 있었다. 결론적으로 일반법원의 전형적인 리베이트 유형분류를 따르지 않고, 조건부 리베이

83) 인텔의 항소이유는 여섯 가지였다. (1) 모든 관련 정황증거에 기초하여 리베이트의 경쟁제한성을 심사하지 않은 위법성, (2) 2006년과 2007년의 시장지배력 행사범위 평가에 대한 위법성, (3) HP, 레노보에 제공한 리베이트의 법적 성격에 대한 판단의 위법성, (4) 방어권을 침해한 절차적 위법성, (5) 2006년, 2007년 레노보와 체결한 협약에 대한 관할 인정의 위법성, (6) 비례원칙에 반하는 벌금의 위법성이 그것이다(각주 1 Intel case, paras 109-128). 인텔판결은 이 중 (1), (4), (5)의 항소이유에 대해서만 판단하고, (1) 항소이유에 근거하여 일반법원 판결을 파기 환송한 것이다(Ibid. para 147).

84) Damien Geradin, 앞의 논문(주 77), p. 598.

85) Opinion of AG Wahl cited above, paras 66-68.

86) James S. Venit, 앞의 논문(주 9), p. 11.

트의 구체적 맥락과 사실관계를 면밀히 살피도록 한 인텔판결은 위법성 판단기준에 관한 적절한 분석틀(framework)을 제공한 것으로 보인다.

이처럼 정황사실의 종합적 분석에 입각하여 경쟁제한성을 판단할 경우, 객관적 정당화 사유 또는 효율성 항변에 대한 판단도 실질적으로 할 수 있게 된다. 기존 접근방식에 따르면 조건부 리베이트가 배타적 리베이트로 분류되는 한 위법성이 인정되고 사업자가 객관적인 정당화 사유나 효율성을 증명해야 하는데, 행위 자체로 위법성을 판단하는 구조 하에서 예외사유는 사실상 인정되기 어렵기 때문이다.⁸⁷⁾ 경쟁제한가능성의 분석단계에서 반경쟁적인 배제효과가 소비자 효용을 가져오는 효율성이라는 장점에 의해 상쇄되는지 또는 상회하는지 판단할 수 있다는 인텔판결의 판시사항⁸⁸⁾은 이러한 점에서 의미를 갖는다. 종합적인 사실에 근거하여 경쟁제한가능성을 분석하는 과정에서, 객관적 정당화 사유 또는 경쟁 촉진적 효율성을 동시에 확인할 수 있기 때문이다.

(2) 효과중심 접근에 따른 경제분석방법의 적용

인텔판결은 조건부 리베이트의 경쟁제한 가능성을 판단하는 기준으로서, 경제분석방법을 부분적으로 받아들이기 시작한 것으로 보인다. 판시에 따르면, 조건부 리베이트의 경쟁제한가능성 또는 봉쇄가능성을 판단하기 위해서 시장지배력이 미치는 범위, 리베이트의 조건과 방식, 리베이트 기간 및 수량과 함께 “시장에서 지배적 사업자와 동등하게 효율적인 경쟁사업자를 배제하기 위한 전략의 존재 여부”를 분석해야 한다고 하였다.⁸⁹⁾

특히 유럽집행위원회는 심사 단계에서 유효가격비용테스트를 심도 있고 자세하게 분석하였고 그 결과가 봉쇄효과 판단에 중요한 역할을 했으므로, 일반법원은 그 테스트 결과에 관한 모든 주장사항을 면밀히 심리했어야 했다고 판단하였다. 이러한 접근방법은 가격차별 및 약탈적 가격남용정책이 문제되었던 Post Danmark 판결의 흐름을 이어간 것으로서, 조건부 리베이트의 경쟁제한성 판단에도 유효가격비용테스트라는 경제분석방법이 사용되었다는 의미가 있다. 경제분석에 기초한 경쟁제한효과 입증의 효과중심적 접근법(effect-based approach)을 받아들이기 시작한 것이다. 유럽과 미국의 규제기준이 “수렴화(convergence)”되고 있음을 보여주는 사례이기도 하다.⁹⁰⁾

87) Ibid. para 12; Opinion of AG Wahl cited above, para 88.

88) 각주 1 Intel case, para 140.

89) Ibid para 139.

90) Shepard Goldfein, James Keyte, “Potential for Convergence in US/EU Enforcement Post-Intel”, New York Law Journal, Volume258-No.71, An ALM Publication(2017).

(3) 유럽집행위원회 집행지침의 실질적 규범화

인텔판결은 유럽집행위원회 집행지침을 실질적 규범으로 인정하였다는 점에서도 그 의미를 찾을 수 있다. 유럽집행위원회 집행지침은 제정 당시 법적 구속력을 갖는 가이드라인(guideline)이 아닌, 지침(guidance)으로 확정되었다. 이는 집행위원회가 유형중심접근법에 기반한 유럽법원 판례에 정면으로 배치되는 입장의 가이드라인을 제시하는 데 부담을 느꼈기 때문으로 추정된다.⁹¹⁾ 그런데 인텔판결은 유럽집행위원회 집행지침에 근거하여 위법성을 판단하지 않은 심리미진을 지적함으로써, 집행지침의 준수 여부도 사법판단의 기준이 될 수 있음을 인정하였다. 유럽집행위원회 집행지침이 제정되기 전에 결정이 나왔다는 점을 근거로 제시하면서, 집행지침의 적용을 거부한 Tomra 판결과 명백히 구별되는 부분이다. 따라서 유럽집행위원회 집행지침은 법적 성격과 무관하게, 향후 유럽집행위원회 및 일반법원의 경쟁제한성 판단과정에서 사실상 구속력을 발휘할 가능성이 높아졌다.

(4) 인텔판결의 한계

이러한 시사점에도 불구하고, 다음과 같은 사항은 인텔판결의 한계점으로 지적할 만하다. 첫째, 종합적 분석을 통해 조건부 리베이트의 경쟁제한성을 판단해야 한다는 판시사항의 근거와 논증이 불명확하다는 점이다. 인텔판결은 시장지배적 사업자로부터 수요량의 전부 또는 대부분을 구매하도록 하는 조건부 리베이트가 남용행위에 해당한다는 Hoffmann 판결의 법리가 유지됨을 전제로 한다. 다만 사업자가 증거를 제출하면서 경쟁제한성을 다투는 사건에서 판례가 더욱 “명확해(clarified)”져야 하므로 리베이트를 둘러싼 제반 정황을 고려해야 한다고만 하였다.⁹²⁾ 일반법원은 Hoffmann판결을 리베이트 유형에 따라 위법성을 판단하는 기본 사례로 제시하였으나, EU사법재판소의 법무심의관(AG)은 Hoffmann판결이야말로 시장의 특수성과 리베이트의 조건, 약정 등 종합적 접근을 시도한 사안이라고 반박한 바 있다.⁹³⁾ 그런데 인텔판결은 Hoffmann 판결을 면밀히 해석하거나 변경하려는 시도 없이, 대립되는 입장에 대해서 침묵한 것으로 보인다. 기존 판결이 당연 유지된다는 전제 하에, 특정 조건 하에서만 종합적 접근방식이 필요한 것처럼 판시하고 있을 뿐이다. 선해하자면, ‘대립되는’ 입장을 ‘대립되지 않는’ 방식으로 설명함으로써,⁹⁴⁾ 유형 중심 접근법을 유지하면서 동시에 종합적 분석을 절충하려는 시도로 이해된다.

91) 강우찬, 앞의 논문(주 60), 8면.

92) Ibid. para 138.

93) James S. Venit, 앞의 논문(주 9), p. 6; Opinion of AG Wahl cited above, para 75.

94) James S. Venit, 앞의 논문(주 9), p. 11.

둘째, 인텔판결은 유효가격비용테스트가 조건부 리베이트의 경쟁제한성 판단에 있어 차지하는 비중과 역할에 대해 명시적으로 언급하지 않아, 판결의 확대해석을 경계할 필요가 있다. 판시사항을 면밀히 살펴보면, 집행위원회의 결정단계에서 유효가격비용테스트가 경쟁제한성 판단의 근거로 중요하게 활용되고, 사업자가 그 결과와 내용에 대해 다투는 등의 특정 조건이 갖추어진 경우에 한하여 일반법원이 심리할 의무가 있다는 것이었다. 즉, 유효가격비용테스트 결과에 기반하지 않은 경쟁제한성 판단이 부당하다거나, 반드시 경제분석결과를 통해서만 경쟁제한성을 판단할 수 있다는 내용으로 해석하기는 어렵다. 이처럼 집행위원회의 중요한 처분 사유에 대해서 판단하지 않은 심리미진에 초점을 맞출 경우, 판결의 의미가 일반법원에 대한 질차적 통제 측면에서만 조명될 여지가 있다. 조건부 리베이트의 경쟁제한성 판단기준에 관한 “실체법적 물음”에 대해, “절차법적 답변”을 한 셈이다.⁹⁵⁾ 따라서 현 단계에서 인텔판결이 조건부 리베이트의 경쟁제한성 판단기준으로 ‘유효비용가격테스트’ 결과를 제시하였다고 단언하기는 어렵다.

셋째, 경쟁제한성 판단기준으로 열거한 여러 요소들 사이의 우선순위나 체계가 불명확하다. 인텔판결은 시장지배력이 미치는 범위, 시장점유율 변화, 리베이트의 조건과 방식, 리베이트의 기간과 수량을 분석해야 한다고 하였으나, 이러한 분석의 선후관계나 비중에 대해서는 언급하고 있지 않기 때문이다.⁹⁶⁾ 동등효율의 경쟁사업자를 배제할 전략이 있는지 여부도 위법성 판단기준에 포함시켰으나, 유효비용가격테스트 결과가 경쟁사업자 배제전략에 포함되는지, ‘동등효율의 경쟁사업자를 배제할 전략의 존재’의 의미가 무엇인지에 대해서도 명확히 설명하지 않았다. 그 결과 이 사건에서 인텔이 사실관계를 다투었던 시장지배력의 행사범위나 OEM업체의 리베이트 조건충족 등의 항소이유에 대해서도 판단하지 않았다. 결국 일반법원으로서 유효가격비용테스트 결과를 포함한 종합적인 사정을 다시 고려하여 경쟁제한성을 새로 판단해야 하는 부담을 갖게 된 것이다.

넷째, 유효가격비용테스트 결과가 위법성 판단에서 차지하는 비중에 대해서 유럽집행위원회의 집행지침의 태도와 다소 충돌한다. 이 사건에서 유효가격비용테스트 분석결과가 유럽집행위원회의 결정에 양적으로 큰 비중을 차지한 것은 사실이다.⁹⁷⁾ 그러나 동시에 집행지침은 유효가격비용테스트가 경쟁제한 가능성을 판단하는 하나의 방법이지 필수적이거나 절대적인 기준이 아님을 명시하고 있어 인텔판결의 사실인정과는 배치된다.⁹⁸⁾ 집행위원회의 결정은 조건부 리베이트에 대해 경제분석을 할 경우 유효가격비용 테스트 방식으

95) James S. Vent, p 16.

96) Ibid. p 10, 각주 62.

97) 전체 의결서 중 200쪽 중 유효가격비용테스트 판단 부분만 150쪽에 달한다(paras 1002 to 1576).

98) COMP/C-3/37,990 - Intel, para 1155 (“It should also be highlighted that the as efficient competitor analysis is one way of examining the capability to harm competition in the present context. However, it should not be regarded as a necessary or absolute test.”).

로 수행해야 하고, 그 분석결과는 위법성을 판단하는 절대적이고 유일한 기준이 아니라 다른 증거와 함께 고려될 수 있는 여러 요소 중 하나에 불과하다고 한 집행지침을 따른 것이다. 즉, 인텔판결의 판시사항은 엄밀히 말해 유럽집행위원회의 기본 방침과 명확히 일치한다고 보기 어려우며, 향후 집행위원회의 집행과정에서 운용의 어려움을 야기할 가능성이 있다.

4. 우리 공정거래법 체계 적용 가능성

(1) 국내 조건부 리베이트 사건의 규제사례

현재까지 국내에서 문제된 대표적인 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트 사건은 인텔 사건과 쉘컴사건이다.

인텔은 2002. 7.부터 2005. 6.까지 국내 CPU시장에서 삼성전자, 삼보컴퓨터 등 국내 PC제조회사들에게 경쟁사업자인 AMD의 CPU를 구매하지 않는 조건으로 각종 리베이트를 제공하였고, 공정거래위원회는 인텔의 행위를 시장지배적 지위남용행위 중 배타조건부 거래행위로 분류하여 위법성을 인정하였다. 공정거래법은 시장지배적 사업자가 '부당하게 거래 상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는' 행위를 금지하고 있다(제3조의2 제1항 제5호, 99) 시행령 제5조 제5항 제2호¹⁰⁰⁾). 이 사건에서 공정거래위원회는 리베이트 제공의 목적, 규모, 기간 및 관련시장에서 거래당사자 고착, 경쟁사업자 배제효과 등을 종합적으로 고려하여 위법성을 판단하였다. 특히 공정거래위원회는 경제분석을 수행하여 AMD가 인텔의 리베이트를 감안하여 가격경쟁을 하기 위해서는 CPU를 무료로 공급하여도 불가능하다는 점을 입증하기도 하였다. 서울고등법원은 공정거래위원회의 판단을 지지하고, 법 시행령 제5조 제5항 제2호가 규정하는 "경쟁사업자와 거래하지 아니할 것"이란 독과점적 시장의 경쟁축진이라는 입법 목적 등에 비추어 볼 때 시장지배적 사업자가 거래상대방이 경쟁사업자와 거래를 전혀 하지 아니하도록 하는

99) 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) ①시장지배적사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1.~4. (생략)

5. 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위

100) 제5조(남용행위의 유형 또는 기준)

①~④ (생략)

⑤법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)제1항제5호의 규정에 의한 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래는 다음 각호의 1에 해당하는 경우로 한다.

2. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우

경우뿐 아니라 거래상대방이 경쟁사업자와는 자신의 총 거래 중 일정 비율 이하로만 거래하도록 거래상대방의 자유로운 거래를 제한하는 경우도 포함한다고 보았다. 가격할인이 본질이라는 인텔의 주장에 대해, 법원은 “리베이트 지급 자체를 문제 삼는 것이 아니라, 리베이트 지급에 붙은 조건을 문제 삼았으므로 배타조건부 거래행위로 평가해야 한다고 한 것이다. 또한 거래행위의 의도나 목적, 거래행위의 행태, 경쟁사업자의 시장진입 또는 확대 기회의 봉쇄 정도, 거래행위에 따른 시장점유율 변화, 거래행위 기간 등을 종합적으로 고려하여 조건부 리베이트의 위법성을 인정하였다. 다만 공정거래위원회 의결과 달리 경제분석 결과 자체를 위법성 판단의 근거로 명시하지 않은 점은 주목할 만하다. 오히려 위와 같은 이유로 경쟁제한 우려가 있는 이상 “리베이트를 지급한 후의 CPU 최종 판매가격이 CPU생산비용을 초과하더라도, 그러한 사정은 이 사건 조건부 거래행위가 경쟁제한의 효과가 있는지 판단하는 데 주요한 고려요소가 되지 못 한다”고 판시하여 경제분석결과와 무관하게 위법성을 판단할 수 있다고 하였다.¹⁰¹⁾ 이 사건은 국내에서 시장지배적 지위남용행위의 행위유형 중 하나로 조건부 리베이트 제공행위의 위법성을 인정한 최초 사례라는 데 의미가 있다.

퀄컴사건의 경우, 퀄컴이 국내 휴대폰 제조회사들을 상대로 제공한 모뎀칩, RF칩 등 휴대폰 부품의 조건부 리베이트가 문제되었다. 퀄컴은 모뎀칩, RF칩의 총 수요량 중 일정비율 또는 일정수량 이상을 퀄컴 제품을 구매하는 것을 조건으로 1999년부터 2008년까지 삼성전자와 엘지전자에 리베이트를 제공하였다. 공정거래위원회는 인텔사건과 동일하게 배타조건부 거래행위를 기초로 조건부 리베이트의 위법성을 판단하였다. 리베이트 제공시기, 거래상대방에 따라 다르게 설계되고 소급적으로 지급하는 리베이트 구조, 리베이트 제공기간을 종합적으로 고려하여 경쟁제한성을 인정한 것이다. 이 판단은 서울고등법원에서 동일하게 유지되었다. 다만 공정거래위원회는 인텔사건과 달리 가격비용테스트 방법이 위법성 입증에 위한 하나의 수단에 불과하고 반드시 수행되어야 하는 것은 아니라고 하였다. 법원은 경제분석결과의 활용 가능성에 대해 언급하지는 않았으나, 리베이트 제공으로 할인된 모뎀칩의 실질판매가격이 비용보다 높았다는 사정만으로 행위의 부당성이 조각되지 않는다고 판시하여, 경제분석결과가 조건부 리베이트의 위법성 판단에 영향을 줄 수 없다는 입장을 재확인하였다.¹⁰²⁾

이처럼 우리 공정거래위원회와 법원은 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트 행위를 배타조건부 거래행위의 한 유형으로 인식하고 규제하고 있다. 경쟁제한성의 판단은 행위유형

101) 서울고판 2013. 6. 19, 2008누35462.

102) 서울고판 2013. 6. 19, 2010누3932: 상고포기로 확정된 인텔사건과 달리, 퀄컴사건은 현재 대법원에서 심리가 진행 중이며 그 결과에 귀추가 주목된다.

자체에서 위법성을 추정하지 않고, 행위의 특성과 거래기간, 시장점유율 등을 종합적으로 고려하여 접근한다. 가격비용테스트에 기반한 경제분석방법은 경쟁제한성을 판단하는 기준으로 활용되지 않는다고 볼 수 있다. 공정거래위원회는 인텔사건에서 경쟁제한효과를 증명하기 위한 증거의 하나로 거시하였으나, 쿨컴사건에서는 그 증거가치를 높게 인정하지 않았고, 법원은 일관되게 경쟁제한성 판단을 경제분석결과에 의존하지 않고 있다.

이처럼 관련 사실을 종합적으로 평가하여 시장지배적 지위남용행위의 경쟁제한성을 분석하는 방식은, 대법원의 '포스코 전원합의체 판결' 이후 확립된 법리로 이해된다. 시장지배적 사업자의 거래거절행위가 문제된 이 사건에서, 대법원은 시장지배적 지위남용행위의 부당성을 인정하기 위하여 '당해 행위로 인한 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점을 입증해야 하고, 남용행위의 경위 및 동기, 행위 태양, 관련시장의 특성, 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 경쟁제한의 효과가 생길 우려가 있는지 판단해야 한다'고 판시한바 있다.¹⁰³⁾ 여러 정황을 고려하여 종합적으로 경쟁제한 가능성을 판단한다는 점에서 인텔판결의 접근방법과 본질적으로 유사하다.¹⁰⁴⁾ 효과중심 접근법을 기본으로 시장지배적 지위남용행위가 시장경쟁에 미치는 효과에 따라 위법성을 판단하였다는 점에서도 인텔판결과 일맥상통한다고 볼 수 있다.¹⁰⁵⁾

(2) 향후 조건부 리베이트에 대한 국내 법 집행 방향

이처럼 우리 공정거래법 체계에서도 인텔판결과 마찬가지로 조건부 리베이트가 갖는 '배타성'에 초점을 맞추어 제반 정황을 종합적으로 분석하여 경쟁제한성을 판단하는 방식은 유사하게 유지될 것으로 보인다.

문제는 동등효율사업자 가설에 기초한 유효비용가격테스트나 경제분석방법의 활용 가능성이다. 앞서 말한 것처럼, 조건부 리베이트 사건에서 법원은 경제분석결과와 무관하게 위

103) 대판 2007. 11. 22. 2002두8626(전원합의체).

104) 다만 우리 대법원은 배타조건부 거래행위에 관한 농협중앙회 판결에서, "배타조건부 거래행위는 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우이므로, 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이다"고 하여, 특정한 시장지배적지위 남용행위에 있어서는 그 행위 자체의 속성상 경쟁제한의 의도가 강하게 인정될 수 있다고 보고 있다(대판 2009. 7. 9. 2007두22078). 이는 행위유형에서 경쟁제한성을 크게 인정한다는 면에서 유형중심적 접근방법으로 이해될 여지가 있다.

105) 이황, 포스코 판결 이후 시장지배적 지위남용행위 판례에서 '부당성' 판단의 지향과 전망", 행정판례연구 17(2012), 336면.

법성을 판단해왔다. 대법원의 포스코 판결 역시 경쟁제한효과의 징표 중 하나로 “유리한 경쟁사업자의 수 감소”만을 언급하고 있을 뿐, 동등효율사업자 가설에 기초한 경제분석방법을 판단기준으로 제시하지 않았다.

유럽이 집행지침에서 명시적으로 유효가격비용테스트를 명시하고 있는 것과 달리, 우리 공정거래법 법령이나 시장지배적 지위남용행위의 심사기준은 경제분석방법의 활용을 명시하지 않아 발생한 차이로도 이해된다. 바꿔 말해, 시장지배적 지위남용행위의 위법성 판단 기준으로서, 법령이나 공정거래위원회의 심사지침에 경제분석방법을 명시적으로 도입하지 않은 이상 대법원이 경제분석방법을 위법성 판단기준으로 먼저 제시하기는 현실적으로 쉽지 않아 보인다. 행정처분의 정당성은 합리적으로 수긍할 수 있는 증거가 있는 이상 추정되며,¹⁰⁶⁾ 공정거래위원회는 경제분석방법의 활용에 관한 명시적 법령이 없는 이상 다양한 기준으로 경쟁제한성을 판단하여 처분을 내리고, 법원은 다시 그 기준을 중심으로 처분의 적법성을 판단할 가능성이 높기 때문이다.

지속적으로 제기되어 온 가격비용테스트의 이론적 한계를 감안할 필요도 있다. 예를 들어 ‘규모의 경제’가 작동하면 생산량이 증대하면서 생산비용이 감소하므로, 시장지배적 사업자보다 생산력이 낮은 경쟁사업자가 ‘동등하게 효율적’이어도 생산비용은 더 높을 수 있다.¹⁰⁷⁾ 당장은 시장 진입자가 독점사업자보다 생산비용이 높을지라도 사업규모가 커지거나, 경험이 쌓이게 되면 생산비용을 더 낮출 수 있는데, 현재의 생산비용만을 비교하는 정태적 분석으로는 동태적 관점에서 독점사업자보다 효율적인 경쟁사업자를 배제하는 행위를 용인해 버릴 위험이 있는 것이다.¹⁰⁸⁾ 실제로도 시장지배적 사업자가 경쟁기업의 시장 퇴출을 목적으로 리베이트를 제공하고 그 결과 시장에서 퇴출되더라도 가격이 평균비용보다 높을 개연성이 있다는 분석이 있다.¹⁰⁹⁾ 또한 동등효율자가설은 그 반대해석 상 덜 효율적인 경쟁자가 시장에서 배제되는 것도 소비자의 후생이나 경쟁에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 취약점이 있다. 덜 효율적인 경쟁사업자가 시장에 존재하고 시장지배적 사업자와 경쟁을 하고 있는 것만으로 시장지배적 사업자의 가격인상을 억제하는 효과가 있기 때문이다.¹¹⁰⁾ 정확한 가격비용테스트를 위해서는 가격과 비용에 관한 정확하고 풍부한 데이

106) 대판 2011. 9. 8, 2009두15005.

107) 김준범·고인혜, “로열티 리베이트에 대한 비용-가격 테스트의 한계”, 경쟁저널 제145호(2009), 31면. 또한 동등효율자가설은 그 반대해석 상 덜 효율적인 경쟁자가 시장에서 배제되는 것도 소비자의 후생이나 경쟁에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 취약점이 있다. 덜 효율적인 경쟁사업자가 시장에 존재하고 시장지배적 사업자와 경쟁을 하고 있는 것만으로 시장지배적 사업자의 가격인상을 억제하는 효과가 있기 때문이다(정영진, 앞의 논문(주 28), 41면).

108) 공정거래위원회 의결 제2009-281호.

109) 조성진, “퀵컴의 가격결정행위에 대한 분석: Fidelity Rebate 가격정책을 중심으로”, 응용경제 제13권 제2호(2011), 294면.

110) 정영진, 앞의 논문(주 28), 41면; 예를 들어 독점사업자라 하더라도 경쟁사업자의 진입가능성이 있는 경

터가 전제되어야 하는데, 사업자와 경쟁당국 사이에 필연적으로 정보의 비대칭이 발생한다는 점도 문제될 수 있다.¹¹¹⁾

따라서 향후 경제분석방법이 위법성 판단기준으로 도입되더라도, 가격비용테스트 결과가 법원의 사실인정을 기속하거나, 법원의 판단이 가격비용테스트 결과에 지나치게 의존하지 않도록 다양한 경쟁제한성 징표를 고려하는 종합적 접근방법이 요구될 수밖에 없을 것으로 본다. 또한 가격과 비용에 기반한 여러 경제분석방법 중 하나의 방법을 특징하는 일이 선행되어야 하며,¹¹²⁾ 가격비용테스트의 전제가 되는 ‘비용’과 ‘가격’의 기준에 대한 제도적 합의도 있어야 한다.¹¹³⁾ 경제분석은 그 수행 과정에서 필연적으로 데이터 제한성, 왜곡 가능성 및 비대칭적 정보 등의 문제를 수반하므로, 그 오용(誤用)가능성을 최소화할 수 있는 제재수단 역시 필요하다.¹¹⁴⁾ 이러한 문제가 해결되지 않은 상태에서, 우리 법원과 공정거래위원회가 조건부 리베이트의 위법성 판단을 가격비용테스트 결과에 전적으로 의존하기는 쉽지 않아 보인다. 따라서 현재로서는 조건부 리베이트를 배타조건부 거래행위의 행위유형에 포섭하는 전제 하에, 경쟁제한성을 종합적으로 검토하는 기존의 접근방법이 유지될 가능성이 높을 것으로 전망한다.

우에는 독점가격을 부과할 수 없으며, 이는 경쟁사업자가 비효율적인 경우에도 마찬가지이다. 곧, 비효율적 경쟁사업자의 비용이 독점가격보다 낮으면, 독점사업자는 경쟁사업자의 진입을 고려하여 해당 경쟁사업자의 비용 이하로 가격을 설정하게 된다. 그러나 이런 경우에도 독점사업자가 조건부 리베이트 등을 통하여 경쟁사업자의 비용을 독점가격 이상으로 높일 수 있으면, 독점사업자는 경쟁사업자의 진입을 차단하고 독점가격을 유지할 수 있게 된다. 그러나 동등 효율 경쟁자 가정에 근거한 비용-가격 테스트는 동등 효율 경쟁자의 진입을 저지하는 경우에만 위법하다고 판단하기 때문에, 위와 같은 경우에는 문제가 없다고 평가하게 된다(공정거래위원회 의결 제2009-281호 참조).

- 111) 유럽집행위원회 집행지침 역시 가격과 비용에 관한 신뢰할 만한 데이터가 충분한 경우에 한하여 경쟁사업자의 유효가격과 시장지배적사업자의 비용을 비교할 수 있다고 하였다(“This will require that sufficiently reliable data be available. Where available, the Commission will use information on the costs of the dominant undertaking itself.”).
- 112) 앞서 설명한 것처럼, 미국의 약탈적 가격남용법리에 의거한 가격비용테스트와 유럽집행위원회 집행지침에서 제시한 유효가격비용테스트는 접근방법이 전혀 다르다(각주 44참조).
- 113) 예를 들어 기준비용과 관련하여서도, 평균총비용(Average Total Cost), 장기평균증분비용(Long Run Average Incremental Cost), 평균회피비용(Average Avoidable Cost), 평균가변비용(Average Variable Cost) 등 다양한 개념이 제시된다. 고정비용의 반영 여부에 따라 평균총비용과 평균가변비용 개념으로 구분되고, 전자는 고정비용이 높은 산업분야나 장기간 리베이트가 적용되는 경우, 후자는 고정비용의 비중이 낮고 리베이트가 단기간에 걸쳐 적용되는 경우를 중심으로 적용된다. 유럽집행위원회 집행지침은 장기평균증분비용과 평균회피비용을 기준으로 하고 있다(김준범·고인혜, 앞의 논문(주 107), 27면).
- 114) 주진열, “공정거래 소송에 있어서 경제적 증거평가에 대한 일고찰”, 176-177면.

IV. 나가며

유럽집행위원회는 지난 2018. 1. 24. 퀄컴의 조건부 리베이트행위를 시장지배적 지위 남용행위로 판단하고 9억 9,700만 유로의 과징금을 부과하였다. LTE 베이스밴드 칩셋(chipset) 시장의 지배적 사업자인 퀄컴이 애플과 거래하면서 아이폰·아이패드에 들어가는 칩셋을 전량(exclusively) 자사의 칩셋으로 사용할 것을 조건으로 수십억 달러에 달하는 반대급부(significant payment)를 제공해왔다는 이유였다. 인텔판결 이후 유럽집행위원회가 처음으로 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트를 규제한 사례라는 점에서 이목이 집중된 사건이었다. 이 사건에서 유럽집행위원회는 조건부 리베이트 효과를 분석하기 위해 유효가격비용 테스트를 실시하였으나 경쟁제한성(capability)을 명확히 뒷받침하지 못하여 아예 결정의 근거로 삼지 않았다고 밝혔다.¹¹⁵⁾ 인텔사건과 달리 유효가격비용테스트 결과 자체를 위법성 판단의 근거로 활용하지 않은 것이다. 이는 유효가격비용테스트 결과의 제한적 활용을 명시한 유럽집행위원회 지침에 따른 처분임과 동시에, 경제분석방법의 활용가능성에 관한 인텔판결의 판시를 제한적으로만 받아들인 결정으로 해석할 수 있다.

유럽집행위원회의 이러한 결정은 인텔판결의 한계에서 비롯한 것으로 보인다. 인텔판결이 조건부 리베이트의 위법성 판단기준으로서 경제분석방법이 갖는 중요성이나 의미에 대해서 명확하고 구체적인 입장을 내놓지는 못했기 때문이다. 이 사건의 ‘승자와 패자가 명확하지 않다’고 평가되는 이유도 이러한 판결의 모호성에서 기인한다.¹¹⁶⁾ 그에 따라 이 사건 파기환송심에서 어떠한 결론이 나올지 예측하기도 어려운 상황이다. 유럽집행위원회가 유효비용가격테스트의 적용에 근본적인 잘못을 저질렀다고 판단될 수도 있고, 반대로 유효비용가격테스트가 정확히 적용되었으므로 위원회의 결정이 적법하다고 판단될 가능성도 있다. 아니면 인텔의 주장을 일부 받아들여 유효비용가격테스트의 기준과 내용을 조정하고 다시 테스트를 시행한 다음, 유럽위원회의 결정이 적법하다는 결론이 나올 가능성도 배제할 수 없다.¹¹⁷⁾

다만 인텔판결은 그 한계에도 불구하고 EU사법재판소가 조건부 리베이트의 행위유형에 대한 도식적 접근을 탈피하였다는 점에서 의미를 찾을 수 있다. 유형중심 접근법을 기본적으로 유지하면서도, 효과중심 접근법을 절충적으로 받아들이고 제반 정황을 고려한 종합적

115) http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40220

116) James s. Venit, 앞의 논문(주 9), p. 25.

117) Ibid p 23.

판단을 위해 경제분석방법이 활용될 가능성을 열어둔 것이다. 경제분석방법이 조건부 리베이트의 경쟁제한성을 판단하기 위한 절대적 기준이 되는지 여부에 초점을 맞추기보다, 경쟁제한성을 판단하기 위한 여러 요소를 폭넓게 고려하기 위하여 경제분석방법을 수용한 것이라고 해석할 필요도 있다. 조건부 리베이트가 갖는 경쟁제한적 속성에 대한 판단은 본질적으로 사실인정의 문제로 귀결되며, 사실인정을 위해 제출되는 증거의 범위는 합리성이 인정되는 한 제한을 둘 이유가 없을 것이다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

임영철, 공정거래법: 해설과 논점, 법문사, 2008.

2. 논 문

강우찬, “EC조약 102조(시장지배적 지위남용)에 관한 집행지침 (Guidance Paper)에 대한 분석적 연구”, 사법논집 제52집, 법원도서관(2011).

김수련, “조건부 리베이트에 대한 미국 및 유럽판결의 비교 - British Airways 사건을 중심으로”, 경제법판례연구 제6권(2010).

김준범, 고인혜, “로열티 리베이트에 대한 비용-가격 테스트의 한계”, 경쟁저널 제145호 (2009).

김희은, “Post Danmark 판례로 살펴보는 EU의 가격남용행위에 대한 효과주의적 접근”, 경쟁저널 제165호(2012).

배현정, “독점규제법상 시장지배적 사업자의 로열티 리베이트 규제에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사논문(2010).

이민호, “시장지배적지위 남용행위로서의 조건부 리베이트”, 공정거래법의 쟁점과 과제, 서울대학교 경쟁법센터, 법문사(2010).

이창훈, “로열티 리베이트의 행위유형 포섭에 관한 소고: 배타조건부 거래의 행위요건을 중심으로”, 경쟁저널 제176호(2014).

이호영, “공정거래법상 시장지배적 사업자 규제의 쟁점과 과제”, 저스티스 1043호, 한국법학원(2009).

이 황, “포스코 판결 이후 시장지배적 지위 남용행위 판례에서 ‘부당성’ 판단의 경향과 전망”, 행정판례연구 17-2(2012).

장득수, “인텔의 시장지배적 지위남용행위에 대한 심결의 국제비교”, 경제법판례연구, 제7권 (2011).

- 정영진, “공정거래법상 시장지배적 지위남용의 기준: 미국/EU경쟁법의 몇 가지 시사점”, LEG WORKING PAPER SERIES(2009).
- 조성국, “시장지배적 사업자의 Loyalty Rebate(충성리베이트)의 범리에 관한 연구”, 법학 논문집 제35집 제1호(2011).
- _____, “시장지배적 사업자의 리베이트와 남용규제”, 법학논문집 제34집 제1호(2010).
- 조성진, “퀄컴의 가격결정행위에 대한 분석: Fidelity Rebate 가격정책을 중심으로”, 응용 경제 제13권 제2호(2011).
- 홍명수, “독점규제법상 리베이트 규제의 검토”, 법과 사회 제34권(2008).

3. 기 타

대법원 사법정책연구원, EU사법재판소와 유럽인권재판소에 관한 연구(2016)

II. 국외문헌

- Luc Peepkorn, “Conditional pricing - Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates”, Doctrines Concurrences N1(2015).
- Damien Geradin, “Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to overrule Hoffman-La Roche”, Journal of Competition Law & Economics, 11(3)(2017).
- Clarke, Julie. “The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?”, World Competition 40, no. 2(2017).
- Shepard Goldfein, James Keyte, “Potential for Convergence in US/EU Enforcement Post-Intel”, New York Law Journal, Volume258-No.71, An ALM Publication(2017).
- James S. Venit, “The judgment of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?”, European Competition Journal(2017).

The Judgment of the Court of Justice of EU in Intel v Commission: How to Assess the Likelihood of a Restriction of Competition

Poom Jang*

<Abstract>

On September 6, 2017, the Court of Justice of the European Union(CJEU) set aside the judgment of the General Court of the European Union in Intel v. Commission and remanded the case. In 2009, the European Commission(EC) took the view that Intel, a dominant undertaking in the CPU market, abused its dominant position within the meaning of Article 102 TFEU by offering to several customers so-called fidelity rebate, that is to say discounts conditional on the customers obtaining all or most of their requirements from Intel. The CJEU, however, held that the case law must be further clarified where the undertaking concerned submits, during the administrative procedure on the basis of supporting evidence, that the type of conduct it engaged in would not restrict competition. In that case, the Commission is not only required to analyze the extent of the undertaking's market dominance, the share of the market affected by the challenged practice, the conditions and arrangements for granting the rebates in question, and their duration and their amount, but also the possible existence of a strategy to exclude from the market competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking. In this case, the Commission conducted a detailed analysis of the AEC test and concluded that an as-efficient-competitor would have had to offer prices which would not have been viable and that, accordingly, the rebate arrangement at issue would have had foreclosure effects on such a competitor. According to the Court the AEC test played an important role in the Commission's determination and the General Court was required to examine all of Intel's arguments concerning that test in those circumstances. In this way, the Intel judgment took a positive step forward to a more effects-based approach to Article 102 by endorsing the use of a cost-based test as a legitimate means for assessing the exclusionary effects of the rebate system. On the other hand, uncertainties remain as to how decisive of a role an AEC test should play in an infringement analysis. When it comes to Korean legal system, it is unlikely that the courts would apply a cost-based test to assess any foreclosure effect due to the lack of clear guidance or rule.

Keywords : Dominant position, TFEU 102, Court of Justice of the European Union, Conditional rebate, Loyalty rebate, Intel, Foreclosure effect, AEC test

* Attorney at law, Jipyong