

노골적 제한 행위(naked restriction)의 공정거래법적 평가*

법무법인 총정 변호사 || 김영열

I. 서설

EU 사법재판소는 지난 2017년 9월 인텔 리베이트 사건에서 EU 일반재판소의 판결을 파기하고 사건을 환송하였으며,¹⁾ 현재 EU 일반재판소에서 이를 다시 심리 중인 상태이다. 인텔 리베이트 사건은 EU 법원이 조건부 내지 충성 리베이트와 관련하여 그간 취해 온 형식주의적 접근 방식(form-based approach)을 탈피하고 효과주의적 접근 방식(effect-based approach)을 적용하였다는 점에서 큰 의의가 있는 사건으로, 향후 조건부 리베이트에 대한 EU 경쟁법 집행의 변화를 예고하고 있다.

즉, EU 사법재판소는 해당 판결에서 조건부 리베이트는 원칙적으로 위법성이 추정된다는 Hoffman-La Roche 판결²⁾을 인용하며 이에 대하여 특별히 반론을 제기하지는 않았으나, 그 다음 단계로 원고 측에서 자신의 행위가 경쟁제한효과가 없음을 - 이를 뒷받침할 수 있는 입증 자료를 기반으로 - 주장할 경우 위원회로 하여금 이에 대응하여 경쟁제한효과에 대한 입증을 하도록 요구하였는 바, 이는 사실상 경쟁제한성 입증을 바탕으로 한 효과주의적 접근 방식을 적용한 것으로 이해할 수 있다.

한편, EU 사법재판소는 해당 판결에서 인텔의 리베이트 제공 행위 외에 - 인텔이 주장을 포기함에 따라 - 노골적 제한 행위(naked restriction)에 대해서는 별도로 판단하지 않았는 바, 해당 부분에 대해서는 EU 일반재판소의 판시 내용을 참고해 볼 수 있을 것으로 생각된다. 이하에서는 우선 노골적 제한 행위의 의미와 인텔 사례에서 문제된 사실관계에 대하여 살펴보고 (II), 이에 대한 EU 집행위원회 및 EU 일반재판소의 판시 내용을 소개 후 (III), 그 시사점과 국내 공정거래법과의 관계 등을 정리하면서 글을 끝맺고자 한다 (V).

* 본고는 소속 법무법인의 입장이 아닌 필자 개인의 견해라는 점을 밝혀둔다.

1) Case C-413/14, Intel v Commission.

2) Case 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, para. 89.

II. 노골적 제한 행위의 의미 및 관련 사실관계

1. 의미

EU 집행위원회는 노골적 제한 행위에 대하여 “경쟁사업자 제품의 상업화 (commercialization) 내지 판매(marketing)를 지연/취소/제한하기 위하여 거래처에 금전을 제공하는 행위”로 정의하고 있다.³⁾ 또한, Guidance Paper⁴⁾ 역시 이와 유사한 견지에서 “경쟁사업자 제품의 도입을 지연시키기 위하여 대리점이나 거래처에 금전을 지불하는 행위”를 이러한 노골적 제한 행위의 한 모습으로 들고 있다.

EU 집행위원회에 따르면, 노골적 제한 행위는 조건부 리베이트 등과 달리 보다 짧은 기간 특정 제품 또는 판매 채널에 집중하고 있다는 점에서, 보다 장기의 기간 동안 사업 전반에 걸쳐 이루어지는 리베이트 거래와 다른 특성을 갖고 있다.⁵⁾ 즉, 노골적 제한 행위는 ‘특정한’ 경쟁사업자 또는 ‘특정한’ 제품이나 판매 채널에 대하여 각종 방해를 시도한다는 점에서, ‘일반적인’ 경쟁사업자를 상정하여 거래처의 ‘수요 전반을’ 대상으로 배타조건을 부과하는 리베이트 거래와는 차이를 갖고 있는 것이다 – 이러한 점에서 일반적인 배타조건부거래와 대비해 볼 때 그 의도가 더욱 노골적이고 불순하다고 볼 여지가 있다.

이러한 노골적 제한 행위는 그간 EU 경쟁법 역사에 있어 유사한 선례를 찾기 어려운 다소 새로운 위반 행위로 이해되고 있으며, 실제 인텔 측은 EU 일반재판소 단계에서 이와 같은 취지로 주장하였으나, 법원은 ‘노골적 제한 행위’라는 용어 사용과 관계없이 기존의 실체법을 그대로 적용할 수 있다는 이유로 해당 주장을 인정하지 않았다.

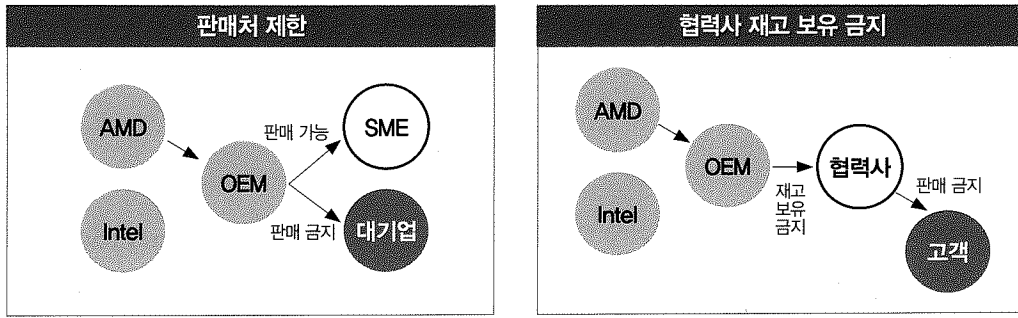
2. 관련 사실관계

인텔 리베이트 사건에서 문제가 된 노골적 제한 행위는 다음과 같다.

3) Commission Decision of 13 May 2009 in Case COMP/37, 990 Intel, para. 1641.

4) “Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings”을 말한다(이하 ‘Guidance Paper’라 한다).

5) Commission Decision of 13 May 2009, in Case COMP/37, 990 Intel, para. 1642.



- 1) 인텔은 OEM들에게 경쟁사인 AMD CPU가 탑재된 데스크탑 제품(이하 'AMD 기반 제품'이라 한다)을 중소기업(SME) 등에만 판매하도록 하고 대기업 등 유력업체에는 판매하지 못하도록 하는 대가로 금전을 제공함
- 2) 인텔은 OEM 들에게 협력업체들이 AMD 기반 제품의 재고를 보유하지 못하도록 하고 (이로 인하여 고객들은 해당 제품을 구매하기 위해서는 OEM들에게 직접 주문해야 함) 이에 대한 대가로 금전을 제공함
- 3) 인텔은 OEM 들에게 AMD 기반 제품의 출시를 지연하거나 취소하는 대가로 금전을 제공함

Ⅲ. EU 집행위원회 및 EU 일반재판소의 결정

1. EU 집행위원회의 결정

EU 집행위원회는 다음과 같은 이유로 인텔의 노골적 제한 행위가 위법하다고 결정하였다.⁶⁾ 첫째, 인텔의 행위로 인하여 AMD 기반 제품의 판매가 제한됨으로써 - 당시 AMD 기반 제품에 대한 시장 수요가 있었음을 감안해 볼 때 - 소비자들의 선택권이 박탈되었고, 이로 인하여 장점에 의한 경쟁(competition on the merits)이 침해되었다.

둘째, 인텔의 행위는 OEM들의 - AMD 기반 제품의 판매 제한에 관한 - 의사결정에 중대한 영향을 미쳤고, 이로 인하여 실제 OEM들이 AMD 기반 제품의 판매를 제한함으로써 해당 제품이 시장에 도달하지 못하거나 적시에 충분히 도달하지 못하는 등 경쟁제한효과가 발

6) Commission Decision of 13 May 2009 in Case COMP/37, 990 Intel, paras. 1641-1681.

생하였다.

셋째, 인텔의 행위는 Irish Sugar 판결⁷⁾[시장지배적 사업자가 도매/소매상과 경쟁사 설탕 제품을 자신의 제품과 교환(swap)하기로 하는 합의를 함으로써 경쟁사 제품이 시장에 출현(present)하는 것을 막고 경쟁 구조(competition structure)를 약화시킨 사안]과 유사성을 찾아볼 수 있으며, 그 밖에 기존 선례에 비추어 볼 때 TFEU⁸⁾ 제102조 위반은 남용 행위의 경쟁제한적 목적(object)으로부터도 기인할 수 있다.

넷째, 인텔은 자신의 행위에 대하여 어떠한 정당화 사유나 효율성 항변 등을 주장하지 못하였으며, 실제 당해 사안에서 이러한 정당화 사유나 효율성 증대 등의 사유는 전혀 발견되지 않는다.

2. EU 일반재판소의 결정

EU 일반재판소는 다음과 같은 이유로 인텔의 노골적 제한 행위가 위법하다고 결정하였다.⁹⁾ 첫째, 시장지배적 사업자는 장점에 의한 경쟁(competition on the merits)의 범위를 벗어난 행위를 수단으로 경쟁을 훼손하지 않을 특별한 책임을 부담하는 바, 인텔의 행위는 명백히 장점에 의한 경쟁의 범위에 속하지 아니한다.

둘째, 경쟁제한효과는 경쟁사업자 입장에서 시장 접근이 불가능해지는 경우뿐만 아니라 접근이 어려워지는 경우에도 발생할 수 있는 바, 인텔의 행위로 인하여 AMD 기반 제품의 판매가 제한됨으로써 AMD 입장에서는 시장 접근이 더욱 어려워졌고, 이로 인하여 관련 시장(x86 CPU 시장)의 경쟁 구조(competition structure)가 방해되었다.

셋째, 인텔의 행위는 표적화된 방식으로(targeted manner) 특정 경쟁사 제품이 시장에 출시되는 것을 방해하고 경쟁 구조를 저해하였다는 점에서 Irish Sugar 판결을 얼마든지 적용할 수 있으며, 기존 선례상 “TFEU 제102조의 적용에 있어 경우에 따라서는 경쟁제한적 목적(object)과 경쟁제한적 효과(effect)를 입증하는 것은 사실상 동일한 것일 수 있으며, 시장 지배적 사업자의 행위의 목적이 경쟁을 제한하는 것인 경우 해당 행위 역시 경쟁제한효과를 가져올 가능성이 높다”고 판시한 것에 비추어 볼 때¹⁰⁾ 인텔의 행위는 - 표적화된 방식으로

7) Case T-228/97, Irish Sugar v Commission, paras. 226-233.

8) “Treaty on the Functioning of the European Union”을 말한다(이하 ‘TFEU’라 한다).

9) Case T-286/09, Intel v Commission, paras. 198-220.

10) Case T-340/03, France Telecom v Commission, para. 195.

특정 경쟁사 제품 판매를 방해한 - 그 의도가 경쟁사를 해치려는 것 외에는 다른 의도를 찾아볼 수 없다.

넷째, (경쟁제한성을 엄밀히 입증해야 한다는 인텔 측 주장에 대하여) 인텔의 행위는 명백히 장점에 의한 경쟁에 해당되지 않으므로 이 경우 경쟁제한성에 대한 상세한 입증은 요구되지 않으며, 더욱이 인텔의 행위는 경쟁 구조를 저해하였다는 점이나 그 경쟁제한적 의도가 명백하다는 점을 감안해 볼 때 더 이상의 입증은 필요하지 않다.

다섯째, (AMD의 해당 기간 동안 시장점유율이 증가하는 등 실제 경쟁제한효과가 발생하지 않았다는 인텔 측 주장에 대하여) 기존 선례에 비추어 볼 때 인텔의 행위가 없었더라면 AMD의 점유율은 더욱 증가하였을 가능성이 있으며, 경쟁제한성을 입증함에 있어 경쟁사업자가 실제 시장에서 배제되었다는 등 경쟁제한효과 발생 사실에 대한 입증은 불필요하다.

여섯째, (노골적 제한 행위는 새로운 유형의 위반 행위에 해당된다는 인텔 측 주장에 대하여) 남용 행위는 실체적인 판단 기준에 따라 정의되는 것으로, 단순히 ‘노골적 제한 행위’라는 개념을 사용하였다고 하여 기존의 판단 기준이 달라지는 것은 아니며, 가사 노골적 제한 행위를 새로운 남용 행위 유형이라고 보아도 위원회는 이를 언제든지 제재할 권한을 갖고 있다.¹¹⁾

3. EU 사법재판소의 결정

EU사법재판소는 인텔이 해당 부분에 대한 상고를 포기함에 따라 노골적 제한 행위에 대해서는 별도로 판단하지 않았다.¹²⁾

11) Case T-286/09, Intel v Commission, paras 219-220. Richard Whish 교수는 노골적 제한 행위를 Irish Sugar 사건과 함께 기타의 남용 행위 유형 중 시장의 경쟁 구조(competitive structure)를 저해하는 유형으로 분류하고 있다. Richard Whish and David Bailey, "Competition Law" (9Edition), Oxford University Press, 2018, P. 205-206.

12) Case C-413/14, Intel v Commission. 이와 관련하여 법무심의관(Advocate General) 의견 역시 노골적 제한 행위에 대해서는 - 관할권 문제를 제외하고는 - 특별히 실체적인 판단은 하지 않은 것으로 확인된다 (Opinion of Advocate General Wahl delivered on 20 October 2016).

IV. 인텔 사건의 시사점

1. 장점에 의한 경쟁의 문제

EU 사법재판소는 일찍이 “(TFEU) 제102조는 해당 사업자의 존재로 인하여 이미 경쟁이 약화된 시장의 구조에 영향을 미칠 수 있으면서, (거래자의 성과에 기인한) 상품 또는 용역의 정상적인 경쟁 수단과는 다른 수단에 의지하여, 해당 시장의 경쟁 정도의 유지 또는 발전을 저해하는 효과를 가진 행위를 대상으로 한다”고 하여 시장지배적 사업자의 장점에 의한 경쟁 의무(competition on the merits)에 대하여 언급하였으며,¹³⁾ 이를 후속 판결에서 되풀이하여 판시해오고 있다.

또한, EU 사법재판소는 “장점에 의한 경쟁이란 그 정의상 가격/품질/선택/혁신의 관점에서 덜 효율적이고, 이로 인하여 소비자들에게 덜 매력적인 경쟁사업자의 시장으로부터의 이탈 또는 배제를 야기할 수 있다”고 판시하였으며,¹⁴⁾ 이와 관련하여 Guidance Paper는 이러한 장점에 의한 경쟁의 예로 “낮은 가격, 우수한 품질, 새로운 또는 개선된 상품 또는 용역에 대한 더 많은 선택의 기회” 등을 들고 있다.¹⁵⁾

이에 따르면, 시장지배적 사업자가 가격, 품질, 혁신 등 자신의 성과 내지 장점에 기반하여 경쟁하는 것은, 이로 인하여 자연히 덜 효율적·매력적인 경쟁사업자가 배제된다고 하더라도 허용될 것이다. 그러나 인텔의 행위는 특정 경쟁사업자를 표적으로 해당 제품의 판매나 시장 확대를 방해하기 위하여 거래처에 금전을 제공한 것으로, EU 일반재판소는 이를 명백히 장점에 의한 경쟁에 해당하지 않는다고 판단하였다.¹⁶⁾

2. 당연위법의 문제

EU 사법재판소는 앞서 살펴본 바와 같이 “(TFEU) 제102조는 …… (중략) …… 해당 시장의 경쟁의 유지 또는 발전을 저해하는 효과를 가진 행위를 대상으로 한다”고 하여 기본적인

13) Case 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission; Case 322/81 Michelin v Commission.

14) Case C-209/10, Post Danmark A/S v Konkurrenceradet, para. 22.

15) Guidance Paper, para. 5.

16) 참고로 Alison Jones 교수는 이러한 장점에 의한 경쟁에 해당하지 않는 행위로 노골적 제한 행위와 Baltic Rail 사건(해당 사건에서 EU 일반재판소는 Lithuanian Railways가 자신의 고객이 경쟁사인 Latvian Railways로 이전하는 것을 막기 위하여 양 국가를 연결하는 철로를 제거한 행위가 남용 행위에 해당한다고 판단하였다 - Case T-814/17, Lithuanian Railways v Commission)을 예로 들고 있다. Alison Jones and Brenda Surfin, “EU Competition Law” (7 Edition), Oxford University Press, 2019, P. 373.

로 경쟁제한효과를 전제로 남용 행위를 정의하고 이를 토대로 남용 행위 사건에서 경쟁제한성을 심사해오고 있으며, 인텔 사건을 통하여 - 그간 TFEU 제102조의 적용에 있어 오랫동안 형식주의적 접근 방식을 적용하여 왔던 조건부 리베이트에 대하여 - 효과주의적 접근 방식을 채택한 바 있다.

또한, 위 사건에서 법무심의관 Wahl은 “심지어 외관상 뚜렷이 배제적인 행위라 할지라도 전체적인 맥락 또는 모든 상황을 고려할 필요가 있으며, 그렇지 않을 경우 때로는 경쟁친화적인 효과를 가진 행위를 전면적인 금지 조항에 따라 처벌할 위험이 있다”고 하였는 바,¹⁷⁾ 이들 내용을 종합해 볼 때 적어도 TFEU 제102조의 적용에 있어서는 더 이상 ‘by object’나 ‘per-se rule’이 적용되지 않는다는 입장이 가능할 수 있다.¹⁸⁾

이에 따르면, 시장지배적 사업자의 행위가 명백히 장점에 의한 경쟁(competition on the merits)에 해당되지 않거나 그 밖에 경쟁제한적인 의도가 분명하게 확인되는 경우에도 원칙적으로 경쟁제한효과에 대한 검토가 필요하다는 결론에 이르게 된다. 인텔 사건에서도 EU 일반재판소는 노골적 제한 행위에 대하여 원칙적으로 경쟁제한성 심사를 하였다 - 다만, 아래에서 살펴보는 바와 같이 일반적인 남용 행위 사건 대비 상당히 완화된 심사를 하였다.

3. 경쟁제한성 심사의 문제

EU 사법재판소는 남용 행위의 경쟁제한성을 심사함에 있어 그 심사 기준에 대하여 뚜렷한 기준을 제시하고 있지는 않다. 가령, EU 사법재판소는 Post Danmark II 판결에서 리베이트의 경쟁제한효과는 “개연성 있는(probable) 정도”로 입증되어야 한다고 판시한 반면,¹⁹⁾ 다른 사건에서는 입증의 정도에 대하여 “가능성 있는(capable or likely)”²⁰⁾ 또는 “잠재적인(potential)” 정도를 요구하는 등²¹⁾ 일관된 입장을 보이고 있지 않다.

이와 관련하여 한 가지 주목할 부분은 Guidance Paper에서 일정한 행위의 경우 아래와

17) Opinion of Advocate General Wahl delivered on 20 October 2016, para. 78.

18) Richard Whish and David Bailey, “Competition Law” (9 Edition), Oxford University Press, 2018, P. 205-206: 이에 반하여 Bellamy, O'Donoghue 변호사는 ‘by object’에 대한 가능성을 제시하고 있으며, EU 집행위원회는 최근 BEH Electricity 사건에서 - EU 일반재판소의 인텔 판결을 인용하며 - “EU 일반재판소는 ‘by object’가 적용되는 사안에서 해당 행위의 경쟁제한성을 입증할 것이 요구되지 않는다고 명시적으로 인정하였다”라고 주장한 바 있다 (Case AT.39767 BEH Electricity, commitment decn of 10 December 2015, para. 62). Bellamy and Child, “European Union Law of Competition” (8 Edition), Oxford University Press, 2018, P. 898. O'Donoghue and Padilla, “The Law and Economics of Article 102 TFEU” (3 Edition), Hart Publishing, 2020, P. 325-327.

19) Case C-23/14, Post Danmark v Commission, para. 74.

20) Case T-219/99, British Airways plc v Commission, para. 293.

21) Case C-457/10P, Astra Zeneca Commission, para. 112.

같이 경쟁제한성 심사 기준을 구체적으로 제시하고 있다는 것이다.

(22) There may be circumstances where it is not necessary for the Commission to carry out a detailed assessment before concluding that the conduct in question is likely to result in consumer harm. If it appears that the conduct can only raise obstacles to competition and that it creates no efficiencies, its anti-competitive effect may be inferred. This could be the case, for instance, if the dominant undertaking prevents its customers from testing the products of competitors or provides financial incentives to its customers on condition that they do not test such products, or pays a distributor or a customer to delay the introduction of a competitor's product.

(22) 경우에 따라서는 위원회가 문제가 된 행위가 소비자 피해를 야기할 수 있다는 결론에 이르기 위하여 구체적인 심사를 하는 것이 불필요한 경우가 존재할 수 있다. 만일, 해당 행위가 오로지 경쟁에 장애를 초래하고 아무런 효율성을 창출하지 않는 것으로 보인다면, 그 행위의 경쟁제한효과가 추정될 수 있다. 이러한 경우는, 예를 들어 시장지배적 사업자가 자신의 고객이 경쟁사업자의 제품을 테스트하는 것을 방해하거나, 고객이 해당 제품을 테스트하지 않는 조건으로 금전적 인센티브를 제공하거나, 또는 고객 또는 대리점에게 어떤 경쟁사업자의 제품 도입을 지연시키기 위하여 금전을 제공하는 경우 등이 이에 해당될 수 있다.

이상의 규정은, 이른바 경쟁제한성 심사에 있어 ‘no economic sense’ 테스트를 명문화한 것으로 볼 수 있다. 즉, ‘no economic sense’ 테스트는 경쟁제한성 심사에 있어 특정 행위가 - 경쟁을 감소시키거나 배제하는 것을 제외하고는 - 경제적으로 아무런 타당성을 찾아볼 수 없을 경우 해당 행위를 남용 행위로 간주하는 것으로, 위 규정은 특정 행위가 오로지 경쟁에 장애를 초래하고 아무런 효율성을 창출하지 않을 경우 그 행위의 경쟁제한효과를 추정하고 있다는 점에서 no economic sense 테스트를 적용한 것으로 볼 수 있다.²²⁾

인텔 사건으로 돌아와, EU 집행위원회와 EU 일반재판소의 경쟁제한성 심사 내용을 다시 살펴보면 아래와 같다.

22) Alison Jones and Brenda Surfin, "EU Competition Law" (7 Edition), Oxford University Press, 2018, P. 374, 381. 이에 대해서는 'no economic sense' 테스트의 경우 개별 사안에 따라 경제적 타당성 유무에 대한 입증이 곤란할 뿐만 아니라 - 그 심사 기준이 행위자의 의도를 기준으로 하는 것인지 또는 해당 행위의 가능한 효과를 기준으로 하는 것인지 등 명확하지 않으므로 - 실제적인 위법성 판단 기준을 제시하지 못한다는 이유로 반대 입장이 발견된다. O'Donoghue and Padilla, "The Law and Economics of Article 102 TFEU" (3 Edition), Hart Publishing, 2020, P. 282-283.

	EU 집행위원회	EU 일반재판소
경쟁제한성 심사	<ul style="list-style-type: none"> • “인텔의 행위는 OEM들의 – AMD 기반 제품의 판매 제한에 관한 – 의사결정에 중대한 영향을 미쳤고, 이로 인하여 실제 OEM들이 AMD 기반 제품의 판매를 제한함으로써 해당 제품이 시장에 도달하지 못하거나 적시에 충분히 도달하지 못하는 등 경쟁제한효과가 발생하였다.” (paras. 1678–1679) • (노골적 제한행위의 대상이 된 수량이 전 세계 수요의 1% 정도에 불과하므로 봉쇄효과가 발생하지 않았다는 인텔 측 주장에 대하여) “이러한 사실은 인텔의 행위는 장점에 의한 경쟁을 해치고 해로운 효과를 야기하여 남용 행위에 해당된다는 위원회의 결론을 무효로 만들지 못한다 (후략) ……” (para. 1679) 	<ul style="list-style-type: none"> • “경쟁제한효과는 경쟁사업자 입장에서 시장 접근이 불가능해지는 경우뿐만 아니라 접근이 어려워지는 경우에도 발생할 수 있는 바, 인텔의 행위로 인하여 AMD 기반 제품의 판매가 제한됨으로써 AMD 입장에서는 시장 접근이 더욱 어려워졌고, 이로 인하여 관련 시장(x86 CPU 시장)의 경쟁 구조가 방해되었다.” (paras. 201–202) • (경쟁제한성을 엄밀히 입증해야 한다는 인텔 측 주장에 대하여) “인텔의 행위는 명백히 장점에 의한 경쟁에 해당되지 않으므로 이 경우 경쟁제한성에 대한 상세한 입증은 요구되지 않으며, 더욱이 인텔의 행위는 경쟁 구조를 저해하였다는 점이나 그 경쟁제한적 의도가 명백하다는 점을 감안해 볼 때 더 이상의 입증은 필요하지 아니한다.” (para. 209) • [노골적 제한 행위와 관련한 금전 지급이 양성(positive)의 AEC 테스트²³⁾ 결과를 얻었다는 인텔 측 주장에 대하여] “AEC 테스트는 노골적 제한 행위가 경쟁제한성이 없음을 입증할 수 있는 수단이 될 수 없다. 따라서 양성의 AEC 테스트 결과를 증명하는데 성공하였다고 하더라도, 그러한 사실은 해당 행위의 경쟁제한적인 목적 또는 경쟁사업자의 시장 접근을 어렵게 만들 수 있는 효과를 박탈(deprive)할 수 없다.” (para. 214)

이에 따르면, EU 집행위원회와 EU 일반재판소는 – 이상의 Guidance Paper의 접근 방식과 유사하게 – 노골적 제한 행위의 경쟁제한성을 엄밀하게 심사하는 대신, 해당 행위로 인하여 관련 제품이 시장에 충분히 도달하지 못하였거나 경쟁사업자의 입장에서 시장 접근이 더욱 어려워졌다는, 다소 직관적인 내용을 토대로 완성된 경쟁제한성 심사를 하였음을 알 수 있다. 더욱이, EU 일반재판소의 판시 내용 중 “명백히 장점에 의한 경쟁에 해당되지 않거나 그 경쟁제한적 의도가 명백한 경우 엄밀한 심사가 요구되지 않는다”는 설시나 “AEC 테스트는 노골적 제한 행위가 경쟁제한성이 없음을 입증할 수 있는 수단이 될 수 없다”는 설시 역시 주목해 볼 만하다.

23) ‘as efficient competitor’ 테스트를 지칭하는 것으로, 문제된 행위가 시장에서 동등하게 효율적이거나 더 효율적인 경쟁자를 배제하는지 여부를 평가하는 경제분석 방식을 말한다.

4. 효율성 항변의 문제

EU 사법재판소는 - 비록 TFEU 제102조의 경우 제101조(3)항과 같은 예외 규정을 두고 있지 않지만 - 실제 TFEU 제102조의 적용에 있어 객관적 정당화 사유나 효율성 항변이 가능하다는 입장을 취하고 있으며,²⁴⁾ 이와 관련하여 Guidance Paper는 객관적 정당화 사유 및 효율성 항변의 요건에 대해 상세히 규정하고 있다.²⁵⁾ 이를 통하여 사업자들은 자신의 행위가 경쟁 제한효과에도 불구하고 이를 상쇄할 만한 정당화 사유가 있다고 주장하는 것이 일반적이다.

이에 반하여, 인텔 사건에서 인텔이 노골적 제한 행위에 대한 정당화 사유 자체를 주장하지 않은 것은 상당히 이례적인 것으로 볼 수 있다. 즉, 인텔은 집행위원회 단계에서 노골적 제한 행위에 관한 정당화 사유는 조건부 리베이트에 관한 사유를 참작하라는 것 외에는 별다른 언급을 하지 않았고, 일반재판소 단계에서는 이에 대한 주장 자체를 하지 않았는 바, 이러한 사실은 노골적 제한 행위 자체의 특성에 기인한 것일 수 있다.

즉, 노골적 제한 행위는 일반적인 배타조건부거래나 조건부 리베이트 등과는 달리, 특정한 경쟁사업자 또는 특정 제품을 대상으로 하고 있다는 점에서 단순히 거래처로 하여금 자신과 거래를 강제하도록 배타조건을 부과하는 것과는 구별될 수 있으며, 이러한 측면에서 그 노골적인 의도가 더욱 분명하게 드러나는 반면, 일반 배타조건부거래에서 주장될 수 있는 수직계열화를 통한 효율성이나 무임승차 방지 등 효율성 항변 자체가 어려워지는 특성을 갖고 있기 때문인 것으로 보인다.

V. 결어

앞서 살펴본 바와 같이, EU 집행위원회는 노골적 제한 행위를 “경쟁사업자 제품의 상업화 내지 판매를 지연/취소/제한하기 위하여 거래처에 금전을 제공하는 행위”로 정의하고 있으며, 이러한 노골적 제한 행위는 ‘특정한’ 경쟁사업자를 겨냥하거나 또는 ‘특정한’ 제품 등을 제한하는 경향이 있다는 점에서 ‘일반적인’ 경쟁사업자를 상정하여 거래처의 ‘수요 전반을’ 대상으로 배타조건을 부과하는 일반적인 배타조건부거래와는 구별되는 특성을 갖고 있다.

24) Case C-209/10, Post Danmark A/S v Konkurrenceradet 등.

25) Guidance Paper, paras.29-31.

이에 대하여 EU 일반재판소는 이러한 노골적 제한 행위는 명백히 장점에 의한 경쟁 (competition on the merits)의 범위에 속하지 않으며, 해당 행위로 인하여 경쟁사업자 제품의 판매가 제한됨으로써 경쟁사업자 입장에서는 시장 접근이 더욱 어려워지고, 이로 인하여 관련 시장의 경쟁구조(competition structure)가 방해되었을 뿐만 아니라, 그 의도가 오로지 경쟁사업자를 해치려는 것 외에는 다른 의도를 찾아볼 수 없으므로 남용 행위에 해당한다고 판단하였다.

한편, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 한다)은 이러한 노골적 제한 행위에 대하여 별다른 언급을 하고 있지 않은 것으로 보인다.²⁶⁾ 즉, 공정거래법은 우선 인텔 사건에서 문제된 바와 같이 시장지배적 지위 남용 행위와 관련하여 – 특히, 제3조의2 제1항 제3호의 사업활동 방해나 제5호의 배타조건부거래와 관련하여 – “경쟁사업자 제품의 상업화를 제한하기 위하여 거래처에 금전을 제공하는 행위”나 “특정한 경쟁사업자를 대상으로 또는 특정한 제품 거래를 방해하기 위하여 거래처에 금전을 제공하는 행위” 등에 대하여 명시적으로 언급하고 있는 바가 없다.

다만, 공정거래법은 불공정거래행위로서의 배타조건부거래의 위법성 판단 기준 중 하나로 “경쟁사업자가 경쟁할 수 있는 수단을 침해받는지 여부”를 제시하고 있는 바, 앞서 살펴본 노골적 제한 행위의 정의나 특성 등을 고려해 볼 때 – 다소 넓은 의미에서 – 이러한 노골적 제한 행위의 한 일환으로 볼 여지가 있다. 보다 구체적으로, 불공정거래행위 심사지침(공정거래위원회 예규 제351호)은 배타조건부거래의 위법성 판단 기준으로 아래의 사항을 명시하고 있다.

(2) 위법성의 판단 기준

(가) 배타조건부거래가 관련 시장에서의 경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단한다.

(나) 이때 경쟁제한성이 있는지 여부는 다음 사항을 종합적으로 고려하여 배타조건부거래가 물품 구입처 또는 유통 경로 차단, 경쟁 수단의 제한을 통해 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자 포함)를 시장에서 배제하거나 배제할 우려가 있는지 여부를 위주로 판단한다.

② 당해 행위로 인해 경쟁사업자가 경쟁할 수 있는 수단을 침해 받는지 여부


(4) 법 위반에 해당될 수 있는 행위 (예시)

(다) 시장점유율이 상당한 사업자가 다수의 거래상대방과 업무 제휴를 하면서 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 중복 제휴를 하지 않는 조건을 부과함으로써 경쟁의 감소를 초래하는 행위(경쟁사업자가 타 업무 제휴 상대방을 찾는 것이 용이하지 않은 경우)

26) 본고는 노골적 제한 행위의 시장지배적 지위 남용 행위 및 불공정거래행위로서의 배타조건부거래와의 연관성을 중심으로 살펴보았으며, 그 밖의 유형의 불공정거래행위(가령, 사업 활동 방해나 부당한 이익 제공에 의한 고객 유인 등)에 대해서는 논의를 생략하기로 한다.

이에 따르면, 심사지침은 경쟁사업자가 경쟁할 수 있는 수단을 침해함으로써 경쟁사업자 제품의 상업화를 방해하는 행위를 규제할 수 있는 가능성을 열어 두고 있는 것으로 해석될 여지가 있다. 즉, 앞서 Guidance Paper가 노골적 제한 행위의 예로 든 바와 같이, 자신의 고객이 경쟁사업자의 제품을 테스트하지 않는 조건으로 금전적 인센티브를 제공하는 행위나, 가령 이동통신 사업자가 자신의 거래처에 경쟁사업자와 마케팅 제휴를 금지하는 대가로 인센티브를 제공하는 행위, IT 사업자가 자신의 거래처에 경쟁사업자와 신제품 개발을 금지하는 대가로 인센티브를 제공하는 행위, 자동차 제조사가 자신의 거래처에 경쟁사업자와 유지 보수 거래를 하지 않는 대가로 인센티브를 제공하는 행위 등의 경우 전반적으로 경쟁사업자가 경쟁할 수 있는 수단을 침해한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

다만, 심사지침은 이러한 경우에도 구체적인 경쟁제한성 심사 방식에 대해서는 침묵하고 있는 바, 이 경우 일반적인 배타조건부거래의 경우와 마찬가지로 시장점유율, 시장봉쇄율, 리베이트(기회비용) 규모, 실시 기간, 경쟁제한 의도, 경쟁제한효과 등 관련 요소에 대한 엄밀한 입증을 요구할 것인지(대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결 등 참조),²⁷⁾ 그렇지 않다면 앞서 본 인텔 사건과 유사하게 완화된 경쟁제한성 심사 방식을 적용할 수 있는지에 대하여 의문이 제기될 수 있다 - 이에 대해서는 현재 뚜렷한 판례나 지침 등이 없는 이상 완화된 심사 방식을 적용하기는 어려우며, 이 경우 해당 유형의 거래에 대해서는 구체적인 사실관계에 따라 경쟁제한성 입증이 곤란한 경우가 발생할 것으로 예상된다.²⁸⁾

노골적 제한 행위는 그 정의나 특성상 적용 범위가 상당히 포괄적일 수 있기 때문에 앞으로 국내에서도 얼마든지 유사한 사례가 발생할 수 있다. 따라서 향후 이에 대한 법원 및 공정거래위원회의 법 집행 방향을 살펴볼 필요가 있을 것으로 생각된다. 

27) 참고로 해당 판결은 배타조건부거래의 부당성 판단 기준에 대하여 “배타조건부거래 행위로 인하여 대체적 물품 구입처 또는 유통 경로가 봉쇄·제한되거나 경쟁사업자 상품으로의 구매전환이 봉쇄·제한되는 정도를 중심으로, 그 행위에 사용된 수단의 내용과 조건, 배타조건을 준수하지 않고 구매를 전환할 경우에 구매자가 입게 될 불이익이나 그가 잃게 될 기회비용의 내용과 정도, 행위자의 시장에서의 지위, 배타조건부거래 행위의 대상이 되는 상대방의 수와 시장점유율, 배타조건부거래 행위의 실시 기간 및 대상이 되는 상품 또는 용역의 특성, 배타조건부거래 행위의 의도 및 목적과 아울러 소비자 선택권이 제한되는 정도, 관련 거래의 내용, 거래 당시의 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 한다”고 판시하고 있다(대법원 2019.1. 31. 선고 2013두14726 판결).

28) 참고로 공정거래위원회는 과거 이동통신 사업자가 음식점, 항공사, 영화관 등 각 분야의 유력업체들과 업무제휴계약을 체결하면서 경쟁사업자와의 제휴를 금지한 사안에서, 상당한 시장점유율을 보유한 피심인이 배타조건부계약을 통하여 각 분야의 유력업체와의 거래를 선점할 경우 경쟁사업자들로서는 제휴업체 확보에 상당한 어려움을 겪게 되고, 이로 인하여 실질적인 요금경쟁에 있어서도 불리한 여건에 놓이게 되는 점 등을 이유로 배타조건부거래의 성립을 인정한 바 있다 (공정거래위원회 2001. 9. 10. 의결 제2001-127호, 2001. 8. 23. 의결 제2001-122호 및 제2001-123호). 참고로 기존 판례나 심결대상 노골적 제한 행위와 유사한 형태의 거래를 직접적으로 규제한 사안은 찾아보기 어렵다.