

# 독과점사업자의 효율적 규제를 위한 ESSENTIAL FACILITY DOCTRINE의 도입 검토

이석준/ 공정거래위원회 조사기획과 서기관

## 서 언

UR 타결로 국경에서의 무역장벽이 해소되어 가면서 각 국내의 독과점적 시장구조와 기업의 경쟁제한적 거래 관행 등 경쟁정책 문제가 국제 교역의 확대를 저해하는 중요한 통상장벽으로 떠오르고 있다. 이에 따라 선진국 경제협력 개발기구인 OECD를 중심으로 '세계 시장에서 평준화된 경쟁 조건의 장'을 구축하기 위한 경쟁정책의 규제 규범화 문제가 심도있게 논의되고 있다.

이와 관련하여 지난 2월, 파리에서 열린 OECD 경쟁정책위원회 실무작업반에서는 사회 기간시설 등 독점적 생산 요소와 지적재산권 등 독점기술을 보유한 시장지배적 사업자의 남용 행위를 규제하기 위해 미국, 유럽 국가들에게 판례법으로 발전되어온 Essential Facility Doctrine에 대해 심층적인 논의를 벌였다.

이는 규제 개혁 문제를 주로 다루는 OECE 경쟁정책위원회(Committee on Competition Law and Policy)의 제2작업반 회의(경쟁과 규제에 관한 실무작업반 회의)에서 회원국간의 경쟁정책의 수렴화 작업의 일환으로 논의된 것으로 경쟁법 적용을 공공 분야, 농업 분야 등에까지 확대하고 그 적용제의 범위를 축소하는 등 일련의 작업과 그 궤를 같이 하는 것으로 볼 수 있다.

우리말로는 '필수 기반시설(생산 요소) 강제

제공 원칙'이라고 번역할 수 있는 Essential Facility Doctrine은 통신망·철도망·전선망 등 지역독점 원리가 적용되는 분야에 있어서의 생산요소 독점보유 사업자(시설 보유자)의 요소(시설) 이용과 관련한 남용 행위를 규제하기 위해 도입된 경쟁정책 수단이다.

Infra시설 등 요소독점 시장의 Upstream/Downstream Market에서의 경쟁을 확보하는 데 있어서 경쟁사업자로 하여금 동시설을 이용할 수 있도록 보장해 주는 것이 비용이 많이 소요되고 위험이 따르는 Divesture나 조직 분할 등과 같은 규제 방법보다도 훨씬 효과적인 수단으로 인식되면서 최근에는 동원칙을 컴퓨터 산업 등에 광범위하게 적용하는 문제가 논의되고 있다.

본고에서는 이와 같은 선진국에서 생산요소 보유 시장지배적 사업자에 대한 효과적인 통제 수단으로 정착된 Essential Facility Doctrine의 주요내용을 간략히 살펴보고, 우리의 제도로 도입 가능성을 타진해 보고자 한다.

## ESSENTIAL FACILITY DOCTRINE의 정의 및 적용의 전제 조건

Essential Facility는 경쟁사업자가 관련시장에서 재화나 서비스 제공을 위해서는 필수적인 시설(생산 요소)이지만 경쟁자(신규 참입자)가 동시설을 재생산하는 것이 경제적으로 비효율적이거나 실행 가능하지 않아 기존 시설을 사

용할 수 밖에 없는 경우 그 기존 시설을 의미한다.

대표적인 Essential Facilities로 거론되는 것은 철도망, 공항시설, 항만, 전력 중계 시설, 버스 종합 정류장, 지적재산권 등이며, 그러한 시설들은 개도국이나 선진국을 막론하고 지속적인 경제 성장을 위해서 필수적인 기반 시설들이다.

Essential Facility Doctrine이란 필수 기반시설을 보유한 시장지배적 사업자의 Upstream/Downstream Market에서 경쟁사업자가 재화나 서비스 제공을 위해서는 동시설의 이용이 필수적이지만 동시설을 재생산하는 것이 물리적으로 불가능하거나 경제적으로 비효율적인 경우, 기존의 시설 보유자로 하여금 경쟁사업자에게 동시설을 이용할 수 있도록 의무지우는 것을 말한다.

이러한 필수 기반시설보유자는 주로 시장지배적 지위에 있는 기업으로 시장지배력을 바탕으로 경쟁사업자에게 기반시설 이용 거부를 할 우려가 크기 때문에 이용을 강제하는 것이다.

여기서 유의하여야 할 사항은 필수 기반시설 보유자는 기반 시설과 관련된 본래의 시장에서 뿐만 아니라 Upstream/Downstream Market에서도 재화나 서비스를 동시에 공급하는 2중 공급자(Dual Distributor)인 경우가 많다는 점이다.

즉, 어떤 facility 또는 infrastructure를 보유한 사업자가 Downstream Market에서도 경쟁사업자와 같이 경쟁하면서 우월적 지위를 남용하여 경쟁사업자에게 보유 시설의 제공을 거절하거나 차별적 조건을 제시하여 경쟁사업자의 서비스 제공을 방해하는 경우, 동 facility 또는 infrastructure를 essential하다고 정의하고 시설 제공 거절을 정당화하는 합리적인 사유가 없는 경우 불법으로 규제하는 것이다.

통신시장을 예로들면 통신 회선망을 보유하고 있으면서 음성전화 서비스를 제공하고 있는

기본 통신 사업자가 있고, Downstream Market에서 통신회선망을 이용하여 정보 서비스를 제공하고자 하는 부가통신 사업자가 있을 경우 기본통신 사업자가 자기가 통신 회선을 이용하여 부가통신 서비스를 제공할 계획이 있거나 현재 제공하고 있다고 하더라도 부가통신 사업자가 서비스를 제공할 수 있도록 자기 보유 회선을 제공하여야 한다는 것이다.

Essential Facility Doctrine 적용에는 일정한 요건이 있다. 그 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 시장지배적 사업자가 보유하고 있는 시설이 경쟁사업자가 관련 시장에서 재화나 서비스를 제공하기 위해서는 필수적인 시설이어야 한다.

이 경우에 있어서 시설이 필수적이려면 동시설의 제공 거절이 객관적으로 판단해 볼 때 경쟁에 심대한 효과를 미쳐야 한다는 것이다. 즉, 동시설에 접근 없이는 시장지배적 사업자의 경쟁 사업자가 도저히 극복할 수 없는 시장 접근 장벽에 봉착하거나 동시설에 접근 없이는 경쟁 사업자가 시장지배적 사업자와 경쟁에 있어서 중대하고 항구적이며 피할 수 없는 핸디캡에 직면하는 경우, 동시설은 Essential하다고 볼 수 있는 것이다.

시설 보유 형태가 단독 지배 형태인가, 공동 지배 형태인가 여부는 동원칙의 적용에 영향을 미치지 않는다. 즉, 단일 기업에 의해 통제되고 있는 경우뿐만 아니라 여러 기업에 의해 공동 지배되고 있는 경우에도 동일하게 취급된다.

또한 Essential Facility 원칙의 적용에 있어서 Essential Facility의 통제(Control)는 동 시설을 소유하는 경우(Ownership)에 국한되는 것이 아니라 시설 소유자와의 배타적 사용 계약을 체결하여 지배하는 경우도 동일하게 취급하고 있다.

둘째, 경쟁사업자가 동 시설을 재생산하는 것이 물리적으로 불가능하거나 경제적으로 비효율적이어야 한다.

시설 재생 비용(Duplication Cost)이 어느 정도 이어야 필수적(Essential)이라고 볼 수 있는가 하는 문제에 대해서는 Essential Facility가 통신망, 철도망 등 국가 소유 시설인 경우 시설 재생 비용이 막대하여 문제가 없지만 Essential Facility 설치에 비용은 많이 소요되지만 불가능하지는 않은 경우 대기업은 재생산 능력이 있기 때문에 판단에 어려운 문제를 발생시킨다.

셋째, 시설 보유자가 경쟁사업자에게 동 시설의 이용을 거절해야 한다. Essential Facility 원칙 적용의 전제 조건은 잠재적 경쟁자가 관련 시장에서의 접근이 거부되어야 하지 경쟁자에 대한 단순한 불이익제공만으로는 불충분하다. 새로운 진입자에 대한 접근 거절과 기존 사용자에게 대한 추가 제공 거절과의 사이에 차별이 없으며, 다만 EU 법원의 경우 기존 거래 당사자를 보다 보호하는 입장이다.

넷째, 시설 보유자가 경쟁사업자의 이용 요구를 충족시킬 수 있는 잉여 시설을 보유하고 있어야 한다. 이 문제는 중요한 사항이기 때문에 다음장에서 자세히 살펴보고자 한다.

## Essential Facility Doctrine의 적용 관련 주요 고려 사항

여기서는 Essential Facility Doctrine의 적용과 관련하여 제기될 수 있는 주요 고려 사항을 살펴보고자 한다.

첫째, Essential Facility Doctrine이 제대로 적용되려면 관련 시장이 정확히 정의(Market Definition)되어야 한다는 것이다.

앞에서 언급한 바와같이 시장 정의는 특정한 시설이 필수적인가(Essential) 여부를 결정짓

는 중요한 요소이다. 관련 시장은 비대체재가 포함되지 않도록 좁게 정의해야 하는 측면이 있는 반면, 모든 대체재가 포함될 수 있도록 보다 넓게 정의될 필요가 있다.

따라서 관련시장은 수요와 공급측의 대체 관계를 고려하여 합리적으로 결정되어야 한다. 시장을 잘못 정의하는 경우, 동원칙이 적용되어서는 안되는데도 동원칙을 적용하는 문제가 발생될 수도 있다. 이와 관련해서 선진국 경쟁당국은 관련 시장에서의 대체적인 공급자의 수, 공급 시설이 새로이 만들어 질 수 있는 가능성, 시설 공급자와 동시설을 이용하고자 하는 경쟁사업자가 경쟁하는 사업의 범위, 경쟁사업자가 합리적인 거래 조건으로 시설 이용을 하지 못함으로써 받는 영향, 통상의 또는 합리적인 조건으로 시설 공급을 거절하는 이유의 존재 여부 등을 모두 고려하여야 한다.

둘째, 잉여 시설(Spare Capacity)의 판단에 관한 문제이다. Essential Facility 원칙이 적용되려면 잉여 시설이 존재하여야 한다. Essential Facility 내에 잉여 시설이 있고, 그 잉여 시설이 현재 사용되고 있지 않거나 장래 사용될 계획이 없는 경우 동시설을 경쟁사업자에게 이용하도록 하는 것이다.

시설보유자가 잉여 시설이 있는 데도 불구하고 객관적인 정당화 사유가 없이 동시설에의 접근을 허용하지 않은 경우 남용 행위에 해당된다. EC법원도 Commercial Slovents회사 사건에서 Downstream Market에서 유일한 경쟁사업자가 제품 생산을 위해 필요로 하는 원료를 독점 보유하고 있는 Commercial Slovents사가 동원료를 사용하여 제품을 생산할 계획을 가지고 있다는 사실만으로는(잉여 원료를 모두 필요로 하지는 않은 상황이었음) 경쟁 사업자에게 시설 제공을 거부할 수 없다고 판결을 내린 바 있다.

시설 보유자가 사업 초기에는 잉여 시설을 보유하고 있다고 하더라도 시간이 지나면서 잉여 시설을 모두 사용할 계획을 가지고 있고, 추가로 시설을 구축하는 것이 불가능 한 경우에 있어서 기존 잉여 시설을 모두 경쟁사업자에게 제공하게 한다면 시설 보유자의 본래의 사업 운영을 위태롭게 만들지도 모른다. 따라서 이러한 경우에는 시설 보유자의 장래 시설 수요를 고려하여 잉여 시설 여부를 결정해야 한다.

Essential Facility소유자가 Additional Capacity의 창출이 가능함에도 경쟁사업자의 Additional Capacity 요구를 거부하는 경우도 남용 행위를 구성한다. 이 경우에 있어서 경쟁사업자는 시설의 추가생산에 소요되는 비용을 지급하여야 한다.

Essential Facility 보유자가 스스로 Additional Capacity를 Downstream Market에서 사용하거나 다른 사업자에게 사용하게 함으로써 Additional Capacity를 보유하고 있지 않은 상황인 경우에 있어서도 남용이 발생할 수 있다.

시설 이용 관계를 변경하더라도 서비스 제공의 주체만 변경될 뿐 가격이나 품질 등에 있어서는 아무런 변화가 없는 경우 남용 행위가 발생하고 있다고 보기가 어렵겠지만 반대로 시설 이용 관계를 변경할 경우 경제적 효율이 증대된다면 시설 사용의 정당한 대가를 지불하게 하고 시설을 다른 경쟁사업자에게 이용하게 하는 것이 바람직하기 때문이다.

미래의 경쟁사업자를 위해 잉여 시설을 예비해 두는 것을 거부할지라도 경쟁사업자가 그 예비 시설이 반드시 필요하다는 사실을 증명하지 못하면 남용을 구성하지 않는다.

셋째, 제공 거절의 정당화 사유에 관한 문제이다. Essential Facility Doctrine의 적용과 관련 선진국들에서는 어떤 시설이 Essential Facility로 지정되었다고 해서 무조건 시설 보유자에게 제

공을 의무화하는 것이 아니고 시설 소유자가 공급 거절의 정당화 사유를 제시하게 되면 시설 제공 의무를 면할 수 있게 하고 있다.

정당화 사유의 입증 책임은 시설 소유자에게 있다는 것이 일반적인 관례이다. 필수기반 시설의 제공 거절을 정당화하는 사유로는 경제적 효율성, 시설 용량의 제한, 시설보유자의 신용과 명성 유지를 위해 불가피할 경우, 기술적 이유 등이 인정되고 있다. 대체적으로 공급 거절을 정당화하는 사유의 인정 범위에 있어서 미국은 객관적인 정당화 사유를 경제적 효율성 등도 인정하는 등 넓게 인정하는데 반해, EU는 유효 공급 능력(잉여 시설)의 부재 등과 같은 기술적 정당화 사유만을 인정하고 있다.

다섯째, 접속조건에 관한 문제이다. Reasonable Access를 보장하는 접속 조건에 대해서는 시설 보유자와 사용자가 결정해야 할 문제로 보고 있는 것이 선진국들의 관례이다. 하지만 이 경우에 있어서도 너무 불합리한 조건을 강요하는 것은 우월적 지위남용 행위에 해당될 수 있다. 시설 제공에 따라 발생하는 추가 비용은 시설 이용자가 부담하여야 한다.

## Essential Facility Doctrine의 적용 사례

이 장에서는 Essential Facility Doctrine을 적용한 대표적인 사례를 몇 가지 소개하고자 한다.

첫째로 EU법원이 지적재산권에 Essential Facility Doctrine을 적용한 Magil case를 소개하고자 한다. 동사건은 TV프로그램을 공급받아 TV가이드를 제작·판매하고자 하는 Magil사가 TV프로그램 제작권을 독점 보유하고 있는 ITP-BBC-RTE사에게 TV프로그램 목록을 제공할 것을 요구하였으나 거절당하자 EU법원에 제소한 사건으로, EU법원은 TV가이드 시장에

서 유망한 경쟁사업자에게 TV프로그램 목록 제공을 거부한 ITP-BBC-RTE사의 행위를 시장지배적 남용 행위로 판단하였다.

Essential Facility Doctrine을 지적재산권에까지 확대한 유사한 사례가 이탈리아에서도 최근 발생하였는데, 그 요지는 다음과 같다. 전화 가입자에게 정보를 제공하기 위해 전화가입자 명부의 접근을 원하는 Sign사는 전화가입자 명부의 제작과 판매에 독점권을 가지고 있으면서 이를 토대로 downstream market에서도 독점적 지위를 누리는 우정통신공사(PTO)와 그의 관계회사인 Stet의 가입자 명부를 담은 On-Line Database에 접근을 원했으나 거절당하자 이탈리아 독금청에 제소한 사건이다.

이에 대해 이탈리아 독금청은 가입자 명부를 essential resource라고 규정짓고 Sign사에 자료 제공을 거부한 행위는 정당한 사유가 없는 시장지배적 지위의 남용 행위라고 판단하였다. 이탈리아 독금청은 동사건을 처리하면서 Magli case를 준거로 하였다.

두번째 사례는 이탈리아에서 기본통신 사업자와 부가통신 사업자간에 통신 회선 사용과 관련하여 발생한 사건을 소개하고자 한다.

동사건은 공기업은 우정통신공사(PTO)로부터 통신 회선을 임차하여 부가통신 서비스(closed user groups services)를 제공하고자 한 Telsystem이란 사업자가 회선 접근을 거부당하자 이의 시정을 이탈리아 독금청에 요청한 사건으로 PTO는 기본통신 서비스 시장에서는 공중전화망(public switched network)을 보유한 법적 독점사업자이면서 부가통신 서비스 시장에서는 원고와 경쟁관계에 있었다.

이탈리아 독금청(Antitrust Authority)은 PSN을 Essential Facility라고 규정하고 PTO에 의한 PSN 접근 거부하는 잠재적 경쟁자의 시장접근을 배제함으로써 소비자가 보다 양질의 서비스를

제공받을 기회를 봉쇄하였으므로 독점적 지위의 남용을 형성한다고 판단하였다.

세번째 사례는 공항 시설 이용과 관련하여 이탈리아에서 발생한 사건을 소개하고자 한다. 동사건은 로마공항에서 기내 음식 공급(airline catering) 서비스를 제공하고자 하는 De Montis Catering Roma란 기업이 동서비스를 제공하기 위해서는 공항 시설에의 접근이 필수적인데도 로마공항을 통제하고 있으면서 비행기 정비 및 지상 서비스 제공에 독점권을 부여받은 국영기업 Aeroporti di Rome사가 시설 접근을 거부하자 동사를 상대로 시장지배적 지위의 남용 행위 시정을 요청한 사건으로 De Montis Catering Roma는 기내 음식 공급(airline catering) 서비스에 있어서 Aeroporti di Rome와 경쟁 관계에 있었다.

이탈리아 독금청은 공항 시설(Airport Premises)에 접근하지 않고는 경쟁사업자가 catering 서비스 제공을 할 수 없기 때문에 동시설을 Essential Facility라고 규정하고, Aeroporti di Rome는 정당한 사유없이 Essential Facility에 근거한 독점력을 인접 시장인 catering시장까지 확장함으로써 동시장에서의 경쟁을 제한하고 소비자 이익을 저해했으므로 시장지배적 지위의 남용에 해당한다고 판단하였다.

마지막으로 스웨덴에서 최근에 발생한 Bankomat Case를 소개하고자 한다. 동사건은 스웨덴의 7대 상업은행들이 자기은행의 고객들에게 ATM단말기를 통해 다른 가입은행의 ATM에 접근토록 하기 위해 ATM System을 상호 연결하는 사업을 하는 Bankomat란 회사를 설립, 운영하면서 동 ATM System에 다른 은행의 접근을 거부하였다.

7대 상업은행과 경쟁 관계에 있는 Skandiabank는 동시설을 객관적인 이용 조건으로 사용하기를 원했으나 거절당하자 스웨덴 독

금 당국에 제소한 사건이다.

이 사건은 스웨덴 경쟁당국에 계류중인 상태에서 7대 시중은행들이 비차별적인 조건으로 비가입업체의 접근을 허용하였기 때문에 문제가 해결되었다.

이 사건에 있어서 재미있는 사실은 스웨덴 ATM System 시장에는 Bankomat 이외에 장기 저축은행만을 연결하는 또 하나의 ATM System이 있었으며, 각각 시장 점유율은 60%, 40%를 차지하였다. 따라서 이 사례는 동일 시장내에 두 개의 Essential Facility가 있을 수도 있다는 가능성을 제시한다.

### Essential Facility Doctrine의 도입 검토 필요

Infra시설을 보유하고 있는 시장지배적 사업자의 남용 행위를 규율하기 위해 Case Law 형태로 서구 국가들로부터 발전되어 온 Essential Facility Doctrine은 Infra 시설에 대한 자본 투자의욕을 저해한다는 기업측의 비판이 없는 것은 아니지만 선진국에서는 네트워크망 등 독점적 생산 요소를 보유한 시장지배적 사업자의 남용 행위를 규제하기 위한 효과적인 수단으로 자리를 잡아가고 있다.

미국 등에서는 최근에 동원칙을 컴퓨터산업에까지 광범위하게 적용하자는 주장들이 제기되고 있다.

Essential Facility Doctrine을 적용하는 법률적 근거를 대부분의 국가에서는 시장지배적 지위의 남용 행위 조항에서 찾고 있으며, 일부 국가들의 경우 공급 거절, 거래 거절 조항을 원용하기도 한다.

우리나라의 경우에도 Infra 시설을 보유한 공공 사업자들이 대부분 시장지배적 사업자인 경우가 많기 때문에 이들의 시장지배적 지위 남

용 행위를 규제하고 있기는 하나 선진 외국의 경우처럼 시설 이용과 관련한 남용 행위가 제대로 규제되고 있지 못한 것이 현실이다.

통신 산업의 경우 통신관련법에서 기본통신사업자에게 다른 통신사업자가 통신망을 사용하기를 원할 경우 망에 대한 접속 의무를 부과하고 있기는 하지만, 이 경우에 있어서도 외국의 경우처럼 경쟁당국이 경쟁정책의 관점에서 규제를 하는 것이 아니라 감독 관청에서 산업보호 차원에서 규제를 하고 있는 실정이며 전력·철도·항만·공항·지적 재산권 분야 등 여타 분야에 있어서는 개별법상의 규정도 없는 것이 현실이다.

중요한 것은 선진 외국의 경우 Infra 시설 등 독점적 생산 요소 공급자의 요소 이용과 관련된 남용 행위를 경쟁당국에서 경쟁정책 집행의 일환으로 규율한다는 것이다.

따라서 우리나라의 경우도 시장지배적 사업자중에서도 국가의 중요한 기간시설을 보유하고 있는 공공사업자 등 독점적 생산 요소 보유자의 남용 행위를 보다 체계적으로 규율하고 지적재산권 분야에의 경쟁법 적용 확대 등을 위해 구미 국가들에서 발전되어 온 Essential Facility Doctrine을 도입할 필요가 있을 것으로 판단된다.

Essential Facility Doctrine을 우리의 공정거래 제도로 도입하기 위해서는 동원칙의 적용조건과 각국의 사례, 적용 과정에서의 문제점 등을 보다 깊이 연구하여야 할 것이다. 시장지배적 남용 행위를 규율하는 현행 제도를 보완하는 차원에서 필수 기반 시설(독점적 생산 요소) 보유자의 남용 행위를 규율하는 별도고시나 지침을 만드는 것도 방법이라고 생각한다. ■