

시장점유율 산정기준

법무법인 세종 변호사 | 박정원

산업조직론에서 발전된 개념인 시장점유율은 경쟁법의 핵심개념인 시장분석에 있어서 가장 중요한 지표로 인식되어 왔다. 특히 숫자가 주는 객관성과 기준 적용의 용이성 때문에 자칫하면 시장점유율이 바로 시장지배력 유무를 징표(徵標)하는 것으로 오해를 살 여지도 전혀 없었다고 말하기 어렵다. 그러나 시장점유율은 시장지배력을 판단하기 위한 작업의 출발점에 불과할 뿐 종착점은 아니다.

한편, 실제로 시장점유율을 산정하게 되면 둘 이상의 기준이 존재하는 경우가 많다. 이 경우 어느 하나를 유일한 기준으로 받아들이기 보다는, 어떤 것이 시장지배력 판단을 정확하게 할 수 있는데 도움이 되는 최적의 기준이 되는지 유연한 시각을 가지고 접근해 볼 필요가 있고, 이 글은 그러한 입장에 도움을 주고자 작성되었다.

1. 시장점유율과 경쟁법

가. 시장점유율

시장 전체에서 해당 기업의 판매상품이 차지하는 비율의 의미로 통상적으로 사용되는 시장점유율은, 경제활동에 조금이라도 관심을 가진 사람에게는 따로 설명이 필요 없을 정도로 익숙한 용어로, 신문의 경제면이나 뉴스 등 일상에서도 쉽게 접할 수 있다. 기업성과의 중요한 지표가 시장점유율이기 때문에 영업활동의 목적은 바로 시장점유율의 확대라고 해도 과언이 아니며, 이미 시장점유율 1위를 달성한 기업도 시장점유율 격차를 넓히거나 이미 확보한 시장점유율의 감소를 막는데 노력을 아끼지 않는다. 시장에서 선도기업이나 1위 기업이라고 하면 시장점유율이 제일 높은 기업을 지칭하고, R&D나 마케팅 등의 노력도 시장점유율의 증가나 방어 목적 때문이라고 이해될 수도 있다. 이러한 시장점유율은 해당 기업이 아닌 경쟁법의 적용과 관련해서는 또 다른 의미를 가지는데, 이는 다음에서 보는 바와 같이 시장지배력의 개념과 관련해서이다.

나. 시장지배력 판단의 시장점유율

우리나라는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법')을 포함하여 경쟁제한적인 경제주체의 행태를 규제하는 법률체계를 통칭하여 경쟁법이라고 하고 있다. 미국의 셔먼법, 클레이튼법, 일본의 사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률, '로마조약' 이라고도 불리는 EC Treaty 중 관련 부분이 여기에 속한다. 이러한 경쟁법은 일반적으로 경제주체의 경쟁제한적인 행태를 규제하여 시장경쟁을 촉진하고 소비자후생을 증진하는 데 그 목적이 있다고 이해된다. 즉, 경제주체가 담합이나 경쟁제한적 기업결합 등 경쟁제한적인 행동을 통해서 시장경쟁이 저해되면 상품이나 용역의 가격이 상승하거나 산출량이 줄어드는 등 소비자의 선택 가능성이 축소되어 결과적으로 소비자후생이 감소하게 된다.

원래 경제이론에 따르면 완전경쟁 하에서는 가격과 공급량이 후생을 극대화하는 파레토최적(Pareto Optimum)을 이루는 선에서 결정된다. 그러나 독과점 등의 이유로 완전경쟁이 이루어지지 않으면 가격과 산출량은 후생이 극대화되는 파레토최적점을 벗어나서 결정되고, 완전경쟁의 경우보다 후생은 감소하게 된다. 특히, 가격이나 산출량이 수요공급의 원리에 따라 시장경쟁을 통해 결정되는 것이 아니라 특정 경제주체가 시장공급총량을 조절할 수 있어 산출량과 가격을 설정할 수 있게 되면, 후생 극대화보다는 그 경제주체의 이윤을 극대화하는 선에서 가격과 산출량이 결정된다. 이렇게 결정된 가격과 산출량은 완전경쟁 상황에 비하여 경쟁가격은 높아지고 산출량도 감소된다.

경쟁법에서는 경제주체가 경쟁가격보다는 높은 가격으로 가격을 결정할 수 있는 능력을 '시장지배력'이라고 하는데, 시장경쟁을 촉진하여 소비자후생을 증진하고자 하는 경쟁법의 목적을 달성하기 위해서는 사업자의 시장지배력 형성·강화, 또는 남용을 막는 것이 경쟁법의 주 임무가 된다. 경쟁법에서 기업결합을 제한하거나 규제하는 취지는 해당 기업결합이 시장지배력을 형성 또는 강화·유지하는 효과를 유발하는 것을 예방하려는 데 있다. 이는 기업결합을 통해 획득되거나 강화된 시장지배력을 행사하여 가격을 인상하거나 산출량을 감소하여 소비자후생이 저하되는 것을 막고자 함에 다름 아니다.

경쟁법의 또 다른 규제대상인 담합의 본질은 경쟁기업들이 합의 또는 공모의 형태로 시장지배력을 행사하는 것이다. 독과점기업이 가격남용이나 경쟁기업을 시장에서 배제하는 행위는 시장지배적 지위남용행위로 규제받게 된다. 즉 시장지배력은 경쟁법인 공정거래법의 핵심 규제대상이라고 할 수 있다.

그런데 이러한 시장지배력이 발생하거나 남용되는지를 파악하기 위해서는 논리적으로 관련시장이 확정되어야 하고 해당 기업이 그 시장에서 차지하는 비중이 파악되어야 한다. 시장의 확정과 점유율의 산정이 시장지배력의 판단에 선행되어야 하는 것이다. 즉, 시장점유율은 시장지배력 유무

의 판단 전제로서 시장획정의 문제와 함께 중요한 개념이다.

다만, 시장의 획정문제는 경제분석의 중요한 이슈이고 이에 대한 논의도 많이 발전되어 있기 때문에 이 글에서는 따로 다루지 않는다. 시장의 획정이 이루어지면 시장점유율은 특별한 검토가 없이 사실관계만 확인하고 계산만 하면 쉽게 산정될 것 같지만, 실제로는 여러 가지 기준이 있을 수 있으며 어떤 기준을 따라야 시장지배력을 판단하기에 정확한 정보를 제공할 수가 있는지 깊이 생각해야 할 경우가 많다. 이 글에서는 이런 경우 최적의 선택에 도움이 되는 논의를 정리함과 아울러 현재 공정거래위원회(이하 '공정위')가 심결사례에서 취하고 있는 입장을 평가하고 향후 취해야 할 입장을 알아보고자 한다.

다. 안전지대기준으로서의 시장점유율

한편, 상대적으로 비중은 크지 않지만 시장점유율이 우리나라 공정거래법의 적용과 관련해서 하나의 기준 역할을 하는 경우가 있다. 공정거래법 제23조 불공정거래행위와 관련하여 일정한 시장 점유율에 해당하는 경우 심사를 면제하는 기준이 되는 것이 그것이다. 즉, 사업자의 시장점유율 등에 비추어 통상적으로 공정거래 저해성이 미미할 것으로 인정되는 경우는 불공정거래행위의 외형에 해당하는 행위가 있다고 하더라도 공정거래 저해성이 없는 것으로 보아서 공정위가 심사절차를 개시하지 않는 경우가 있다. 현재 불공정거래행위심사지침에서는 그 기준이 되는 시장점유율이 10% 미만이라고 규정하고 있다.¹⁾

2. 시장점유율 산정기준에 관한 논의²⁾

가. 산정에 있어서 유의할 점

(1) 시장점유율의 산정에는 유일한 기준이 있는 것이 아니라 여러가지 기준이 있는데, 핵심은 그 중에서 최적의 것을 찾아내는 선택의 문제라는 점이다. 우리가 흔히 접하는 시장점유율은 매출액 또는 판매량을 기준으로 하는 경우가 많은데, 이러한 기준을 채택하는 것에는 특별한 문제가 없어 보인다. 그러나 시장을 획정함에 있어서 동일한 시장으로 획정하는 것은 종류와 품질이 동일한 경우의 상품에만 한정되지 않는 경우가 많고, 전체 시장규모를 산정함에 있어서도 1년 간의 단위가 적합하지 않는 경우가 있다. 따라서 실제 산정작업을 하면서 매출액 또는 판매량 이외의 기준을

1) 불공정거래행위심사지침(공정거래위원회 예규 제26호) 참조

2) 이하에서의 논의는 미국 법무부 독점국의 Senior Economic Counsel인 Gregory J. Werden의 "Assinging Market Shares"(2002) 논문의 내용을 필자가 정리한 것이다.

선택해야 할 경우가 많다.

(2) 그리고 최적의 방법을 찾는 데 있어서, 이것이 시장지배력을 판단하기 위한 전제작업이란 점을 염두에 두어야 한다. 따라서 시장지배력의 유무를 판단하는 데 가장 도움이 되어야 한다.

(3) 마지막으로 시장점유율은 계량적으로 표현되므로, 이를 시장지배력 유무의 객관적이고 결정적인 기준으로 판단하기 쉽다. 그러나 시장점유율은 시장지배력 판단에 있어서 하나의 출발점에 불과하고, 시장지배력의 유무를 종국적으로 결정하는 것이 아니라는 점을 잊어서는 안 된다.

나. 구체적 기준별 논의

(1) 척도의 표준화

일반적으로 시장점유율을 산정함에 있어서 많이 활용되는 방법은 매출액과 판매량이다. 현행 공정위의 기업결합심사기준에서 시장점유율은 직전사업연도의 연간매출액을 원칙으로 하고 예외적으로 물량기준 또는 생산능력기준으로 산정할 수 있다고 규정함으로써, 매출액을 원칙적인 기준으로 정하고 산출량이나 생산능력은 예외적 기준이라고 명시하고 있다.

따라서 현행 공정거래법을 적용함에 있어서는 이러한 기준을 따르게 될 것이다. 그러나 앞서 설명한 바와 같이 상품이 동종이거나 동질적이 아닐 경우에 어떻게 처리하는지가 문제될 수 있다.

먼저 산출량과 관련해서는 통용되는 표준화된 단위가 있다면 이를 활용하면 된다. 예를 들면, 화학제품 중간재를 생산하는 데 있어서 그 농도가 다른 제품이 하나의 시장으로 확정될 경우는 일종의 계산 상의 단위인 M/T같은 단위로 표준화하면 된다. 농도 100%인 제품 1톤과 농도가 50%인 제품 2톤을 M/T로 나타내면 똑같이 1 M/T가 된다. 같은 사례로 함량의 차이가 있는 발전연료에서 사용되는 Efficiency Unit인 BTU(1파운드의 물을 1기압상태에서 화씨 1°를 올리는데 필요한 열량으로, 약 252.997cal를 하나의 단위로 하는 측정단위)가 있다.

그러나 산출량과 관련해서 표준단위를 쉽게 정할 수 없는 경우가 있다. 예컨대 화장실용 화장지의 경우는 무게, 두께, 길이를 포함하여 통일하는 단위를 구하기가 쉽지 않다. 또한 일회용품과 내구성을 가진 제품의 경우도 마찬가지이다. 일회용 면도기와 일반 면도기의 산출량을 어떤 비율로 잡아야 할지가 문제되는 것이다. 물론 이러한 경우는 매출액으로 통일하는 것이 하나의 방법이 될 수 있으며, 현재 기업결합심사기준에 따르면 원칙적으로 매출액으로 통일하게 된다. 다만 매출액으로 기준을 삼을 경우 고려되어야 할 요소로 브랜드간 가격 차이나 지대, 제품 차이가 정확하게 반영되지 않고 있다는 점을 지적할 수 있다.

(2) 생산능력

기업결합을 하는 당사회사들이 산출량을 감소하여 가격을 올리는 능력을 갖게 되면 결합기업은 시장지배력을 갖게 된다고 판단할 수 있다. 이때 결합 전의 당사회사의 실제 판매량이나 매출액은 결합기업이 산출량을 줄일 수 있는지 여부를 나타내지만, 그러한 판매량이나 매출액의 감소를 통해 시장에서 가격을 상승시킬 수 있는지 여부까지를 나타내는 것은 아니다. 왜냐하면 시장에 충분한 생산능력을 보유하고 있어 산출량을 탄력적으로 결정할 수 있는 경쟁기업이 존재한다면, 결합기업의 산출량 감소에 대응하여 이 경쟁기업은 판매량을 확대하거나 산출량을 늘일 수 있으므로 그 결과, 가격은 결합기업의 의도대로 상승하지는 않을 것이기 때문이다. 결국 결합기업은 매출 손실을 입게 되어 손해를 보게 될 것이기 때문에 이러한 상황에서는 결합기업이 매출 감소를 통해 경쟁가격 이상으로 가격을 상승시킬 수 있는 능력 즉, 시장지배력이 있다고 단정할 수는 없을 것이기 때문이다. 따라서 이러한 사정을 감안하면 실제 판매된 물량이나 매출액보다는 생산능력을 시장점유율로 설정하는 것이 시장지배력 유무의 판단에서 더욱 용이할 수 있다.

① 지하자원

지하자원의 경우는 다른 생산능력과는 구별되는 특성을 가지고 있다. 통상적으로 생산능력의 경우는 일정기간 큰 변동이 없는 것으로 받아들여지지만, 지하자원의 경우는 자원의 한정성 때문에 기존 생산량에 따라 추가생산능력이 큰 영향을 받을 수 있다. 따라서 시장점유율을 산정함에 있어서는 이러한 점에 유의할 필요가 있다.

이와 관련한 사례로는 석탄생산업체 간의 기업결합에 관한 General Dynamics 사건(1972)³⁾이 있다. 미국 법무부는 석탄생산업체의 기업결합에 있어서 생산량을 시장점유율로 파악하고, 그에 따라 동 기업결합이 시장지배력이 있다고 판단하여 경쟁제한성을 인정하였다. 그러나 연방대법원은 이와 다른 견해에 입각해 법무부 판단이 잘못되었다고 판단하였다. 즉, 석탄생산업체의 주 고객은 전력생산회사로, 양자 사이의 거래는 장기적 공급계약으로 이루어지는 관행이 있고, 이러한 장기적 공급계약을 맺을 때 중요하게 고려되는 것은 단순히 과거의 공급계약을 이행하기 위해서 이루어진 생산량이 아니라, 별도의 추가계약이 대상이 될 수 있는 석탄의 매장량이라고 보아야 한다고 판시하였다. 다시 말하면 기존의 생산량은 과거의 장기계약에 따른 이행분으로, 현재 석탄업체의 경쟁능력 - 신규계약에 대한 물량공급능력이 아니라고 판단한 것이다. 따라서 신규계약물량이 될 수 있는 매장량을 감안하면 이 기업결합으로 증가되는 생산능력이 매우 제한적이라고 보고 법 위반이 아니라는 결론을 내렸다.

그러나 자원의 매장량을 시장점유율의 기준으로 삼는 것이 실제로는 쉬운 일이 아니다. 즉, 매장량에 대한 정확한 정보의 취득이 현실적으로 어려운 경우가 많기 때문이다. 자원탐사기술의 발전

3) UnitedStates, v. GenDynamicsCorp., 341F.Supp.534(N.D. III, 1972)

이나 시장조건에 따라 매장량의 추정과 경제성 있는 보유량의 규모는 가변적일 수 있다는 점도 유념해야 한다.

② 생산설비

이는 동질적인 상품을 생산하는 프로세스산업으로 생산설비에 의하여 생산능력이 좌우되는 경우는 생산설비를 기준으로 산정한 시장점유율이 통상적으로 사용되고 있다. 생산능력을 시장점유율로 판단함에 있어서도 경제성이나 효율성의 요소를 감안해야 하는 경우가 있다.

전력산업의 예를 보면, 생산능력설비가 동질적인 것이 아니라 이원적으로 구성되어 있다. 즉, 통상 기본설비와 성수기설비를 모두 갖추고 있는데 각각의 생산비용이 다르다. 특히, 단기적인 한계 발전비용은 상용기본설비가 성수기설비보다 낮다. 우리나라의 경우를 보면 수력발전설비나 원전 설비가 기본설비에 해당하고, 주간이나 성수기에 추가발전을 하는 화력발전설비가 성수기설비라고 할 수도 있다.

아울러 생산설비의 효율성에서도 많은 차이가 날 수 있다. 노후화된 설비나 고비용설비의 경우는 생산능력은 있으나 경제적 효율성이나 생산원가에서 차이가 발생한다. 따라서 발전설비능력을 시장점유율로 평가함에 있어서는 이러한 점이 감안되어야 할 것이다.

③ 집합시장

한편, 이른바 집합시장(Cluster Market)도 생산설비가 시장점유율 판단기준으로 중요시 될 수 있다. 고도의 공급대체성이 있는 경우 등에서는 개별시장보다는 집합시장이 획정되는 경우가 있다.

예를 들면, 진료과목이 다수인 종합병원의 경우는 개별 진료과목별 시장보다는 집합시장으로 획정하는 것이 일반적이다. 이 경우에 기준이 되는 생산설비를 무엇으로 할 것인지가 문제될 수 있다. 입원환자를 치료하는 병상 수가 기준이 될 수 있을 것이다.

업소용 냅킨과 공중화장실용 화장지 생산업체간 기업결합 사례에서, 미국 법무부는 비가정용 티슈용지 시장에서 다품목의 생산이 가능한 티슈머신을 기준으로 시장점유율을 산정한바 있다.⁴⁾

④ 생산능력의 기준시점

생산능력을 기준으로 시장점유율을 산정할 때는 어떤 시점을 반영할 것인가가 문제될 수 있다. 매출액이나 판매량의 실적을 기준으로 하는 시장점유율은 주로 최근의 과거실적을 기준으로 할 수 밖에 없다. 그러나 기업결합의 경쟁제한성은 통상 기업결합 이후의 시장이나 경쟁 상황이 문제가 되는 경우이므로, 결합 후 미래의 시점을 기준으로 하는 것이 바람직하다.

매출액이나 판매량이 아닌 생산능력의 경우는 일정 정도 미래의 시점 상황을 고려하는 것이 현

4) UnitedStatesv. Ga. Pac. Corp. No.00-2824(D.D.C. filed Nov. 21, 2000)

실적으로도 가능하기 때문에 이를 반영해야 한다. 즉, 기업결합 1~2년 후 신규 진입과 퇴출, 생산능력의 증설 등이 고려되는 것이 바람직하다. 다만 막연하게 검토단계에 있는 계획을 그대로 반영하기는 곤란하겠지만, 기업결합 1~2년 이내에 관련시장에서의 공급능력을 변경시킬 개연성이 충분한 계획은 반영하는 것이 좋을 것이다.

(3) 산출량

앞서 본 생산능력의 경우는 종류가 동일하고 균질적인 생산품에 적용하는 것이 보다 적절하지만, 고도로 차별화된 상품들에 있어서는 생산능력보다는 실제 산출량이나 판매량을 척도로 삼는 것이 적절하다. 서비스산업에 사용되는 산출량으로는 이용자 수가 주로 이용되고 있으며, 구체적으로 살펴보면 통신서비스나 유료방송서비스에서는 가입자 수, 소프트웨어 수, 계좌 수, 이용객 수를 활용할 수도 있다.

① 생산량과 판매량

상품이 생산과 판매단계를 거칠 경우는 가능한 관련시장에서 판매가 가능한 것과 판매된 것을 기준으로 하는 것이 좋다. 구체적으로 살펴보면, 장기계약이 적용될 때 현재의 산출량은 과거의 산출량과 출하를 반영한 것이므로 시장지배력은 최근의 계약상 물량을 기준으로 하는 것이 좋다. 그러나 생산능력이 한계에 다다랐는지 여부와 고객 간의 장기계약으로 신규 고객을 수용할 수 있는지 등도 점유율 기준으로 감안하는 것이 좋다.

그리고 주문상품(Customized Goods)의 경우, 일반적으로 주문이 최근의 경향을 나타내므로 주문 취소가 어려울 경우는 주문이 그 척도로 적합하지만, 취소가 용이한 상품의 경우는 배송이 척도로 되어야 한다.

② 판매실적 부족

거래되는 상품에 따라서 일정기간 동안 거래량이 희소하거나 상당한 기간 동안 간헐적으로 발생하는 경우가 있다. 특히 내구연한이 장기간이고 수요자가 많지 않은 경우가 그러하다.

Baker Hughes 사건⁵⁾에서 드릴장비(Hydraulic Drilling Rigs Used in Underground Hardrock Mining) 상품시장에서 동 상품이 매우 고가지만 자주 거래되지는 않아 1년에 한 번 판매될 경우도 있어서 법무부는 3년 간의 판매실적을 집계하여 점유율을 산정한바 있었다. 그러나 법원은 시장점유율 산정에 이용된 판매실적의 편차가 너무 크다는 이유로 이러한 법무부의 시장점유율을 받아들이지 않은 바 있다.

그러나 이런 경우는 신뢰성 확보를 위해서 통계적인 표본선택방식을 활용하는 것도 하나의 방법

5) UnitedStatesv. BakerHughes, Inc., 731F.Supp.3(D.D.C.1990)

이 될 수 있다. 표본이 95% 이상의 신뢰성을 가지도록 샘플링을 하는 방법이다. 예를 들면, 5회의 판매실적표본이 있다고 하더라도 100%가 A사가 판매한 것이라면 A사가 실제로 50% 이상의 점유율을 가진다는 95%의 신뢰도로 예측 가능한 것이다. 만약 표본이 10회가 있는 경우는 표본치에서 A사가 80%, 표본이 25회가 있다고 하면 표본치에서 A사가 68%, 표본이 100회가 있다고 하면 표본치에서 A사가 59%, 1,000회에서는 52.7%의 점유율을 A사가 가질 경우 95%의 신뢰도로 A사가 50% 이상의 점유율을 가질 수 있다는 통계적 분석이 가능하다. 이러한 경우에 오류를 피하기 위해서는 생산능력기준으로 시장점유율을 산정하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다.

한편, 샘플링의 신뢰성 측면에서는 가능한 많은 판매실적이 필요하고, 그에 따라 샘플링의 범위는 장기간이 된다. 그러나 장기간의 샘플링은 또 다른 문제점을 야기할 수 있다. 즉, 시장 변화나 최근의 시장 추세를 제대로 반영하지 못할 수 있다는 점이다. 이러한 점을 감안하면 샘플링 기간은 원칙적으로 1년이 적당하고, 수요 및 공급에 계절적 변화가 있는 경우에는 가능한 1년 단위로 반영하는 것이 필요하다.

③ 경쟁입찰

논란이 될 수 있는 것으로, 희소한 거래가 경쟁입찰로 이루어지는 경우가 있다.

예를 들면, GE-Honeywell 사건⁶⁾에서 경쟁제한성이 문제되는 대형 상용제트기용 엔진 공급은 정매로 이루어졌다. 미국 경쟁당국은 입찰로 이루어진 판매실적을 점유율로 인정하기를 거부하고, 입찰의 특성상 그 거래 성사가 과거의 실적에 구애를 받지 않고 당해 입찰에서 가격이나 품질에서 가장 좋은 조건을 제시하는 경우, 입찰에 참가하는 사업자에게 낙찰 가능성이 공평하게 존재하기 때문에 실제 입찰 결과 판매실적이 많더라도 GE-Honeywell에게 시장지배력이 발생하지 않았다고 판단하였다.

반면, EU위원회는 다수의 입찰을 통해서 집계된 판매실적은 해당 상품(대형 상용제트기용 엔진)의 경쟁력을 반영하는 것이라고 보고 시장점유율로 인정하였다.

④ 산출량의 기준시점

기업결합과 관련하여 시장지배력에 대한 판단시점이 기업결합 이후인 미래란 점은 생산능력을 기준으로 하는 경우뿐만 아니라 산출량의 경우에서도 마찬가지이다.

그러나 생산능력의 경우와는 달리 산출량의 경우는, 장래의 경쟁정도를 예측하기 위해 현재의 산출량을 조정하는 것은 일반적으로 적절하지 않다. 일종의 시장성공을 반영하는 산출량의 경우, 향후 신규 사업자의 진입이나 투자 확대나 시장 변화 등을 감안하여 미래 산출량을 예측하여 시장 점유율을 산출하는 것은, 생산능력의 경우와 같이 객관적으로 장래의 산출량을 확정할 수 없다는

6) Case T-210/01, General Electric v. Commission

점에서 정확성을 담보하기 어렵기 때문이다.

오히려 그러한 의미에서는 현재의 산출량이 미래의 산출량을 예상하는데 가장 정확한 자료라고 할 수 있다. 또한 시장점유율의 추세로 미래의 산출량을 예측하는 것도 좋은 방법은 아니다.

⑤ 특수한 산출량 기준

Microsoft 사건에서는 매출액을 시장점유율의 척도로 삼았는데, 네트워크 효과를 감안할 때는 매출액보다는 실제로 Microsoft의 운영체제 프로그램을 탑재한 이용자 수를 척도로 삼는 것이 보다 효과적일 수도 있었을 것이다.

한편, 구매자가 공급선을 다원화하려는 정책을 가지고 있을 경우는 현재 1순위 판매자의 판매량을 기준으로 하는 것보다는, 1순위 판매자를 제외하고 점유율을 판단하는 것도 생각해볼 수 있을 것이다.

(4) 수입과 수출

수입과 수출은 관련시장의 획정과는 따로 떼어낼 수 없을 만큼 밀접하게 관련되어 있다. 만약 관련시장이 소비자의 소재지를 기준으로 획정되면 수입은 관련시장에 포함되어야 하고 수출은 배제되어야 하며, 생산의 소재지를 기준으로 획정되면 반대의 결론이 도출된다.

국가간 무역에서는 환율 변동이나 국제무역에 수반하는 불확실한 요소와 무역제한조치와 관세 등의 무역장벽 때문에 수입과 수출을 시장점유율에 당연하게 포함시키는 것이 어려운 경우가 많다.

(5) 시장점유율 귀속문제

일반적으로 시장점유율의 귀속문제는 발생하지 않지만, 단일상품의 생산·판매에 복수의 사업자가 관여하는 경우는 그 시장점유율을 누구의 시장점유율로 볼 것이냐는 문제가 발생한다.

예를 들면, 대형할인점에 PB상품(대형할인점의 고유브랜드상품)을 납품하는 사업자가 자신의 고유브랜드로 상품을 판매하는 경우, PB상품의 시장점유율을 제조자에게 귀속시킬 것인지 아니면 대형할인점에 귀속시킬 것인지가 문제될 수 있다. 이 문제에 대해서는 누가 시장지배력을 행사할 수 있는지를 감안해야 한다. 즉, 누가 경쟁을 없애고 시장가격을 상승시킬 수 있는지를 가려내어야 하는 것이다. 위 사례에서는 통상의 소매가격을 결정하는 것은 주문을 받고 납품을 한 제조자가 아니라, PB상품을 기획하고 주문하여 자신의 브랜드로 가격을 결정하는 대형할인점이므로 그 점유율은 그 대형할인점의 점유율로 보는 것이 적절하다.

① 브랜드 라이선스계약 당사자간

브랜드 라이선스의 경우도 구체적으로 분석해 보아야 한다. 라이선스 대가지급을 완료하고 영구

적인 상표사용허가권을 라이선시가 취득하는 경우는 실질적으로 실제 상표권자와 다를 바가 없다고 본다.

빵포장용 비닐백과 마찬가지로 한계비용에서의 한 가지 요소가 되는 제품 개수에 따른 로열티를 지급하는 장기적 상표사용허가계약의 경우도 비교적 간단하다. 이 경우도 상표사용권자에게 그 상표상품의 점유율이 귀속되는 것이 적절하다. 판매액에 따른 로열티를 지급하는 경우는 다소 명확하지는 않지만, 실제적인 로열티가 지급되더라도 그 브랜드의 점유율을 브랜드 소유자의 시장점유율로 보지 않는 것이 적절하다. 그러나 라이선스는 양도될 수도 있고 현재의 라이선스 사용권자가 그 브랜드를 장기간 소유할 것인지가 불확실한 경우는, 그 브랜드의 시장점유율은 라이선스 사용권자보다는 그 라이선스 소유자의 점유율로 보는 것이 적절할 수 있다.

한편, 제빵업자간 기업결합이 일어나고 당사자인 제빵업자가 모두 소매업자들인 경우는 PB상품의 점유율을 제빵업자의 점유율로 보는 것이 적절하다. 시장지배력의 원천인 제빵생산능력의 집중이 이루어지기 때문이다.

② 생산시설 리스계약자간

Archer-Daniels-Midlands 사건에서 사업자가 13년간 경쟁자의 생산시설을 리스하고, 리스한 생산시설에 대한 구매권 옵션을 부여받은 것을 생산시설을 취득한 기업결합으로 파악한 것은 적절했다고 볼 수 있다. 리스를 받은 사업자가 그 시설을 통한 생산을 지배하고, 그 시설로부터 발생하는 이윤을 갖기 때문에 해당 사업자로 볼 수 있기 때문이다.

③ 위탁가공약정 당사자간

제조업에서는 다양한 형태의 계약생산이 이루어지고 있는데, 이 중에는 한 쪽이 원자재나 중간 제품을 공급하고 다른 쪽이 가공하거나 완제품을 생산하여 인도하고 대가를 받는 Tolling Arrangement(가공약정)도 포함된다.

Amax 사건에서, 법원은 생산능력에 대한 소유가 경쟁의 중심이고 가공시설의 소유자가 비교적 자유롭게 생산량을 제한할 수 있다는 이유로, 가공약정 이행에도 불구하고 생산능력의 소유를 기준으로 시장점유율을 산정한다.

다른 사건에서는 생산능력에 대한 지배가 그리 중요하지 않았기 때문에, 발주자가 생산을 하지 않더라도 생산량은 발주자의 점유율로 산정해야 한다고 보았다.

④ 조립용 부품업자와 조립자간

부품을 조립하여 완제품을 만드는 경우이다. 만약 조립업체가 그 완제품을 생산하는 데 필요한 독창적인 기술이나 자산을 가지고 있는 경우, 완제품 점유율이 그 조립업체의 점유율로 산정되는

것이 적절하다. 그러나 그 조립이 조립용 부품업체나 최종고객들에 의해서도 쉽게 행해질 수 있는 것이라면, 그 완제품의 점유율은 조립용 부품업체의 점유율로 보아야 할 것이다.

⑤ 유한자원 장기공급계약자간

장기공급계약의 대상인 유한자원의 경우, 예컨대 이를 공급자나 구매계약자의 시장점유율로 보느냐 아니면 아예 시장점유율 산정에서 제외하느냐의 문제가 발생한다.

석탄산업의 통상적인 관행은 이를 시장점유율 산정에서 제외하는 것이다. 왜냐하면 계약상의 대상인 석탄은 다른 용도로 이용될 수 있는 가능성이 거의 없기 때문이다.

그러나 계약된 생산물량을 계약상 구매자가 양도할 수 있어서 다른 용도로 이용될 가능성이 있으면, 계약상 구매자의 점유율로 산정하는 것이 최선일 수 있다.

⑥ 높은 기회비용과 산출량 전환의 경우

미국 법무부의 수평기업결합가이드라인은 “사업자의 시장점유율을 산정함에 있어서, 판매량과 생산능력이 관련시장의 외부에서 계약상 제공되거나 높은 이윤으로 제공되어 관련시장의 가격 상승에 대응하여 이용될 수 없는 범위 내에서는 관련시장의 시장점유율에 산입되지 않는다”고 규정하고 있다.

한편, 기업이 두 지역에서 생산활동을 하고 있을 때 지역간 대체가 가능하더라도 두 지역에서 마진 차이가 있는 경우는 공급의 지역간 대체가 쉽게 일어날 것으로 볼 수는 없다. 왜냐하면, 우선적으로 마진이 큰 지역의 공급을 채우고도 공급이 충분한 경우라면 마진이 낮은 지역에 공급하는 것이 그 기업의 이윤을 최대화할 수 있기 때문이다.

⑦ 공동소유, 계약상 지배, 그리고 조인트벤처

공동소유와 공동지배의 경우나 지배와 분리된 소유의 경우도 점유율 귀속의 문제가 발생한다.

먼저 A기업이 경쟁자인 B기업에 대한 지분을 가지고 있으면, B기업의 이윤 일부를 A기업이 얻게 됨으로써 A기업의 인센티브와 전략적 결정에 영향을 미치게 된다. 그러나 A기업의 지분보유사실은 A기업이 그것을 통해 B기업에 영향을 미치거나 지배하는 정도에 따라 B기업의 전략적 결정에 영향을 미치게 된다.

지분소유는 지분소유자가 지배를 획득할 수 있는 경우에 양자기업의 점유율이 모두 지배기업에 귀속된다. General Dynamics 사건에서 13년에 걸쳐 단계적으로 지분의 일부에서 100%로 단계적 취득이 일어난 경우, 100% 전부가 아니라 34%의 지분을 취득했을 때 지배관계가 확립되었다고 법무부가 주장하였고, 이점에 대해서는 피고나 법원도 견해를 같이하였다.

계약을 통해 지분을 소유하지 않고도 지배를 획득할 수도 있다. 식기세척기를 제조하는 두 경쟁

기업의 기업결합이 문제가 된 Whirlpool 사건에서, Whirlpool은 KitchenAid 브랜드와 관련된 생산능력을 인수하고, 생산시설은 Emerson Electric Co.에게 매각하고 Emerson이 제품을 생산하고 비용을 받기로 계약하였다. 계약상 Emerson은 다른 브랜드로 경쟁하는 것이 금지되어 있기 때문에 법원은 당초에 그 점유율은 모두 Whirlpool에 귀속시켰다. 그러나 계약 변경으로 Emerson이 다른 PB(Private Brand, 주문자상표)상품 공급시장에서 경쟁할 수 있는 상당한 자유를 얻게 되자, 법원은 그 생산능력에 결부된 시장점유율을 Emerson에 귀속시켰다.

조인트벤처의 경우도 조인트벤처가 독립된 시장참여자로 행동하느냐에 따라 점유율 귀속이 달라질 수 있다. 조인트벤처가 독립된 시장점유자로 행동하면, 그에 따라 조인트벤처도 독립된 시장점유자로 취급되어야 하고 시장점유율도 귀속되어야 할 것이다. 만약 출자자 일방이 지배하는 경우는 조인트벤처와 결부된 점유율은 지배기업에 귀속되어야 할 것이다. 조인트벤처의 생산능력이나 산출량의 일부 비율만큼 생산이나 가격을 출자기업이 별개로 지배하는 경우는 조인트벤처 역시 독립된 사업자라고 볼 수 없을 것이다. 반면, 조인트벤처 약정과 운용의 평가에 있어서 조인트벤처의 출자자 간의 실제적인 경쟁을 제한이 되는 경우는 그 점유율은 조인트벤처에 귀속하는 것이 최선이 될 수 있다.

3. 공정위 심결사례의 경우

가. 일반적 경향

공정위의 심결사례에서 시장점유율의 기준으로 삼는 것은 기업결합심사기준에 따라 원칙적으로 기업결합 당시의 직전사업년도 1년 간의 판매액이고, 그것이 곤란하거나 부적절한 경우는 물량기준 또는 생산능력을 기준으로 하고 있다. 일반적으로 심결사례는 매출액을 기준으로 점유율을 산정하지만 시장점유율을 매출액 및 판매량, 생산능력을 모두 활용하는 경우⁷⁾도 있다.

나. 서비스업은 이용자 수 내지 가입자 수를 기준으로 활용

서비스업의 경우는 주로 이용자나 가입자를 기준으로 시장점유율을 산정하는 경우가 많다. 다만 통신시장의 경우처럼 매출액 기준도 활용하지만 이용자 내지 가입자를 기준으로 시장점유율을 같이 산정하는 경우가 있는 반면, 유료케이블방송시장의 경우는 매출액을 시장점유율 산정에서 아예

⁷⁾ 콜럼비안 케미컬즈 어퀴지션 엘엘씨(주)의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(공정거래위원회 의결 제2006-173호)

포함하지 않았다는 것이 차이가 있다. 유료케이블방송의 경우는 통상 초고속인터넷서비스와 번들링판매가 이루어지는 경우가 많고, 제공되는 서비스간 차이가 있는 것으로 판단해 매출액 기준으로 산정하지 않은 것으로 짐작된다.

다. 특수한 이슈

(1) 자가소모분의 시장점유율 산입 여부

사업자가 생산하는 물량 중 자가소비를 하는 경우가 있다. 석유화학제품 중 최종제품의 원료로 쓰이는 에틸렌 등 중간생산물의 경우가 대표적인 예이다.

공정위는 기업결합심사기준상 시장점유율 기준이 원칙적으로 판매액이라고 정하고 있다는 점을 이유로 자가소모분은 시장점유율 산정에서 일관되게 제외하고 있다.⁸⁾ 다만 자가소비가 당해 제품의 외부거래가격 인상에 대해 외부판매로의 전환 가능성 여부를 고려할 필요가 있을 수 있다는 점은 인정하고 있으나, 외부판매로의 전환 가능성을 인정한 사례는 보이지 않는다.

(2) 의원용 EMR(Electronic Medical Record, 일명 '전자차트')에서 누적가입자 수 기준

공정위는 이 사건⁹⁾에서 업체 다수가 공개기업이 아니어서 매출액 자료의 비교가 현실적으로 불가능하고, 최저가격을 낮추고 유지비용을 별도로 부과하거나 매월 사용료를 부과하는 방식으로 제품을 판매하여 판매액으로 시장점유율을 산정하기 어렵다는 이유로, 사용자 수를 시장점유율 기준으로 삼았다.

또 '누적가입자 수가 최근의 시장 상황을 반영하지 못한다'는 피심인의 주장에도 불구하고 시장 특성상 수시로 의료정책, 약가, 수가의 변동을 반영하는 업데이트 서비스가 필요한 점, 사업자의 주수익원이 최초판매가격 보다는 사용료 내지 유지·보수료이고, 한번 제품을 선택하면 타 제품으로 전환하기 어려운 점, 시장 상황이 거의 포화상태에 도달한 점을 감안할 때, 직전 사업연도를 기준으로 하면 신규 가입자 규모가 크지 않아서 왜곡된 효과가 발생할 수 있기 때문에 누적가입자 수를 기준으로 시장점유율을 산정하였다.

8) (주)LG화학 및 호남석유화학(주)의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(의결 제2003-146호), 용산화학(주)의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(공정거래위원회 의결 제2003-154호) 등

9) (주)포인트닉스, (주)엠디하우스 및 특수관계인 정좌락, 송은화의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(공정거래위원회 제1소회의 의결(약) 제2004-079호)

4. 결론

기업결합심사기준에 따르면 원칙적으로 판매액이 기준이 되고, 이것이 곤란할 때 물량기준과 생산능력을 기준으로 시장점유율을 산정할 수 있게 되어 있어서, 앞서 살펴본 논의에 비추어 보았을 때 기준이 경직되어 있음을 알 수 있다.

그러나 공정위의 위 심결사례들을 보면 판매액 이외의 기준을 상당히 적극적으로 활용하려는 경향을 보이고 있다. 아울러 자가소모분을 점유율에 포함시킬지 여부와 관련해서는 그 자가소모분이 외부판매로 전환이 가능한지를 고려하고 있다는 점을 감안하고 있다. 이는 시장가격 인상에 대응하여 공급될 수 있는지를 기준으로 하다는 것이라고 볼 수 있기 때문에, 위에서 본 논의의 산출량과 기회비용을 다룬 논의의 결론과 일치하고 있다.

이러한 점을 감안하면 공정위가 기업결합심사기준 상의 규정보다 유연하게 시장점유율 기준을 활용하는 점은 높게 평가할 수 있을 것이다. 앞으로도 동 규정에 교조적으로 얽매이지 않고, 시장 지배력 유무를 보다 정확하게 반영할 수 있는 기준이나 복수의 기준을 활용함에 있어서 유연한 입장을 견지해나가는 것이 바람직하다고 생각된다. 다만 관련규정과 불일치한다는 점에서 비판을 받을 소지도 있으므로 관련규정을 위 논의에 더해 보다 충실하고 유연하게 개정하는 것도 고려할 필요가 있을 것이다.

마지막으로 시장점유율 산정과 관련해서 주의를 환기하고자 하는 것은, 시장점유율은 그 자체가 목적개념이 아니라 시장지배력을 판단하기 위한 도구개념이고, 시장지배력 그 자체를 징표하는 것은 아니라는 것이다.