

공동행위 심사기준

[시행 2021. 12. 30.] [공정거래위원회예규 제390호, 2021. 12. 28., 일부개정]

공정거래위원회(시장감시정책과), 044-200-4329

I. 목적

이 심사기준은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제40조제6항에 의거, 제40조의 "부당한 공동행위"에 관한 일반적인 처리원칙을 규정함으로써 경쟁사업자간 공동행위 사건처리의 효율성과 일관성을 제고하는데 그 목적이 있다.

II. 공동행위의 성립

1. 2 이상 사업자

가. 부당한 공동행위가 성립하려면 2 이상의 사업자가 주체가 되어야 한다.

나. 사실상 하나의 사업자의 행위에 대한 예외

(1) 다수의 사업자를 실질적·경제적 관점에서 '사실상 하나의 사업자'로 볼 수 있는 경우에는 그들 간에 이루어진 법 제40조제1항각호의 사항(입찰담합은 제외)에 관한 합의에는 법 제40조제1항을 적용하지 아니한다. 다만, 그 합의에 다른 사업자가 참여한 경우는 그러하지 아니한다.

(2) '사실상 하나의 사업자'의 인정 기준

(가) 사업자가 다른 사업자의 주식을 모두 소유한 경우(법 제2조제11호의 동일인 또는 시행령 제4조제1호의 동일인 관련자가 소유한 주식을 포함한다. 이하 같다), 당해 사업자들 모두를 사실상 하나의 사업자로 본다.

(나) 사업자가 다른 사업자의 주식을 모두 소유하지 아니한 경우라도 주식 소유 비율, 당해 사업자의 인식, 임원겸임 여부, 회계의 통합 여부, 일상적 지시 여부, 판매조건 등에 대한 독자적 결정 가능성, 당해 사안의 성격 등 제반사정을 고려할 때 사업자가 다른 사업자를 실질적으로 지배함으로써 이들이 상호 독립적으로 운영된다고 볼 수 없는 경우에는 사실상 하나의 사업자로 본다. 다만, 관련시장 현황, 당해 사업자의 활동 등을 고려할 때 경쟁관계에 있다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 합의의 존재

가. 합의의 의의

(1) 부당한 공동행위가 성립하려면 계약, 협정, 결의 기타 어떠한 방법으로든지 사업자간에 공동행위를하기로 하는 합의가 있어야 한다. 부당한 공동행위를 인정하기 위한 합의는 계약, 협정, 협약, 결의, 양해각서, 동의서 등과 같은 명시적 합의 뿐만 아니라 사업자간의 암묵적 양해와 같은 묵시적 합의까지 포함한다.

(2) 어느 한 쪽의 사업자가 당초부터 합의에 따를 의사도 없이 진의아닌 의사표시에 의하여 합의한 경우라고 하더라도 다른 쪽 사업자는 당해 사업자가 합의에 따를 것으로 신뢰하고 당해 사업자는 다른 사업자가 위와 같이 신뢰하고 행동할 것이라는 점을 이용한 경우에는 당해 합의가 경쟁을 제한하는 행위가 되는 것은 마찬가지이다. 따라서, 진의아닌 의사표시라 하여 부당한 공동행위의 성립에 방해가 되는 것은 아니다.

<예시>

갑, 을 및 다른 10개 건설회사 입찰 담당자들이 사전에 모여 공공건물 신축공사입찰에서 을이 낙찰되도록 하기 위해 을은 100억원 미만의 금액으로 입찰하고 을을 제외한 다른 회사들은 모두 100억원 이상의 가격으로 입찰하기로 약속하였다. 갑회사 입찰 담당자는 다른 사업자들과 합의를 하는 과정에서 내심으로는 100억원보다 낮은 80억원으로 입찰하여 낙찰을 받을 의사를 가졌으나 겉으로는 위와 같이 합의하였다. 그후 합의와 달리 갑은 실제 80억원으로 입찰하여 낙찰을 받았다. 이와 같이 갑이 진의 아닌 의사표시로 합의를 한 후 실제 입찰에서 이 합의를 실행하지 않았다고 해도 이러한 사정은 부당한 공동행위의 성립에 방해가 되지 아니한다.

(3) 합의는 일정한 거래분야나 특정한 입찰에 참여하는 모든 사업자들 중에서 일부의 사업자들 사이에만 이루어진 경우에도 성립될 수 있다.

(4) 공급자들이 아닌 수요자들의 합의라 하더라도 그로 인하여 부당한 공동행위가 성립될 수 있다.

나. 합의의 추정

(1) 부당한 공동행위에 대한 규제가 강화되면서 사업자간의 합의는 명시적으로 드러나거나 증거를 남기지 않고 암묵리에 이루어지기 때문에 '합의의 존재'를 입증하기가 용이하지 않다. 이런 점을 감안하여 법 제40조제5항에 추정제도를 두고 있다. 추정이란 사실관계가 명확하지 않거나 간접적인 사실만 있는 경우 직접적인 사실이 있는 것으로 일단 정하여 그에 따라 법률효과를 발생시키는 것이다.

(2) 2이상의 사업자가 법 제40조제1항각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우에 이들 사업자 간의 합의에 관한 직접적 증거가 없을 지라도 아래 (가), (나) 중 어느 하나의 요건이 충족되면 그 사업자들이 공동으로 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다.

(가) 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자 간 접촉의 횟수, 양태 등 관련 정황에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때. 아래에 제시하는 사항들은 상당한 개연성이 있는 정황증거가 될 수 있다.

① 직·간접적인 의사연락 등의 증거가 있는 경우

<예 1> 해당 사업자간 가격인상, 산출량 감축 등 비망록 기입내용이 일치하는 경우

<예 2> 모임을 갖거나 연락 등을 하고 그 이후 행동이 통일된 경우

<예 3> (삭 제)

<예 4> (삭 제)

② 공동으로 수행되어야만 당해 사업자들의 이익에 기여할 수 있고 개별적으로 수행되었다면 당해 사업자 각각의 이익에 반하리라고 인정되는 경우

<예 1> 원가상승 요인도 없고 공급과잉 또는 수요가 감소되고 있음에도 불구하고 가격을 동일하게 인상하는 경우

<예 2> 재고가 누적되어 있음에도 불구하고 가격이 동시에 인상된 경우

③ 당해 사업자들의 행위의 일치를 시장상황의 결과로 설명할 수 없는 경우

<예 1> 수요공급조건의 변동, 원재료 공급원의 차이, 공급자와 수요자의 지리적 위치 등의 차이에도 불구하고 가격이 동일하고 경직되어 있는 경우

<예 2> 원재료 구입가격, 제조과정, 임금인상률, 어음할인금리 등이 달라 제조원가가 각각 다른데도 가격변동 폭이 동일한 경우

<예 3> 시장상황에 비추어 보아 공동행위가 없이는 단기간에 높은 가격이 형성될 수 없는 경우

④ 당해 산업구조상 합의가 없이는 행위의 일치가 어려운 경우

<예 1> 제품차별화가 상당히 이루어진 경우에도 개별 사업자들의 가격이 일치하는 경우

<예 2> 거래의 빈도가 낮은 시장, 수요자가 전문지식을 갖춘 시장 등 공급자의 행위 일치가 어려운 여건에서 행위의 일치가 이루어진 경우

(나) 법 제40조제1항각호의 행위(제9호의 행위 중 정보를 주고받음으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 제외한다)에 필요한 정보를 주고받은 때, 필요한 정보를 주고받았는지 여부에 대한 판단기준 및 구체적 사례는 「사업자 간 정보교환이 개입된 부당한 공동행위 심사지침」V.3.에 의한다.

(3) (2)의 규정 중 "2이상의 사업자가 법 제40조제1항각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우"라 함은, 가격, 생산량, 거래조건, 지급조건, 설비의 규모, 상품 또는 용역의 규격 등 경쟁변수의 외형상 일치가 나타남을 의미한다.

(가) 외형상 일치가 있는지 여부는 다음 요소들을 종합적으로 고려하여 판단한다.

① 가격 등의 변동률, 변동시점

- 가격 등 경쟁변수의 변동률, 변동폭, 변동시점 등이 동일 또는 유사한 경우 외형상 일치가 있다고 볼 수 있다.

② 구매대체의 정도

- 가격 등 경쟁변수의 변동률, 변동폭 등에 다소 차이가 있더라도 그로 인한 소비자의 상품 또는 용역들 간 구매대체의 정도가 미미한 경우에는 외형상 일치가 있는 것으로 볼 수 있다.

③ 입증하려는 합의의 내용

- 입증하려는 합의의 내용이 다소 느슨한 형태의 합의(예 : 가격을 특정 수준으로 인상하는 합의가 아닌, 가격을 인상하자는 등의 방향만 공동으로 결정하는 합의)라면 가격 등 경쟁변수의 변동률 등에 다소 차이가 있더라도 외형상 일치가 있는 것으로 볼 수 있다.

(나) 외형상 일치가 있는 것으로 볼 수 있는 사례는 다음과 같다.

<예 1> 경쟁사별 상품 가격의 인상폭이 원단위까지 동일한 경우

<예 2> 품질이 대체로 동일하고 상호대체성이 큰 시멘트를 제조하는 7개 사업자들이 3주에 걸쳐서 연속적으로 가격을 인상하였는데, 가격 인상률이 대체로 14%에 근접하나 회사별로 최대 1.4%p의 차이가 있었던 경우(13.4% ~ 14.8%)

<예 3> 7개 사업자만 존재하는 카드서비스 시장에서, 4개사가 2개월의 기간 동안 현금서비스 수수료율은 28.99% ~ 30% 수준으로 최대 1.1%p차이를 두고 인상하였고, 연체이자율은 34% ~ 35% 수준으로 최대 1%p 차이를 두고 인상하였는데, 비록 요율이나 인상시기의 차이가 있더라도 실제 고객들의 카드사 선택에 영향을 주지 않는 수준으로 볼 수 있는 경우

<예 4> 10개 손해보험사들이 종래 무료로 제공하던 긴급출동 서비스 중 긴급견인, 비상급유 서비스를 4개월에 걸쳐, 배터리충전, 타이어 교체, 잠금장치 해제 서비스를 6개월 에 걸쳐 순차적으로 유료화하는 방식으로 거래조건을 변경한 경우

<예 5> 강판 제조업자 3개사가 5년간 10여회에 걸쳐 강판 가격 변동 결정을 하였는데, 결정된 가격이 거의 유사하였고 다소 차이가 있더라도 최대 2.3% 수준에 불과하였으며, 가격 인상시점이 1개월 내로 대체로 근접한 경우

<예 6> 산업기계용 베어링 제조·판매업자 3개사가 4년에 걸쳐 수회에 걸쳐 가격 인상을 하였는데, 가격 인상률이 약간의(0.3%p ~8%p 수준) 차이가 있었지만 대체로 유사하였고, 가격 인상시점이 1개월 내로 대체로 근접한 경우

(4) 법 제40조제5항에 의하여 합의가 추정되는 경우, 사업자는 아래 (가), (나) 중 어느 하나를 입증함으로써 추정을 복멸할 수 있다.

(가) 합의 추정의 전제사실이 없음을 입증. 즉, 다음 ①, ②중 어느 하나를 입증함으로써 추정을 복멸할 수 있다.

① 외형상 일치가 없었다는 점

② 합의가 있었을 상당한 개연성이 없다는 점 또는 외형상 일치를 창출하는데 필요한 정보가 교환된 적이 없었다는 점

(나) 외형상 일치가 합의에 의한 것이 아니라는 점을 입증. 이러한 경우의 예시는 다음과 같다.

<예 1> 가격에 영향을 미치는 외부적 요인(금리, 환율, 원자재 가격 등)의 변동에 대해 사업자들이 내부프로세스를 거쳐 '각자' 대응하는 과정에서 우연히 외형상 일치가 나타난 경우

<예 2> 다른 업체의 가격 인상 등을 단순 추종하는 과정(의식적 병행행위)에서 외형상 일치가 나타난 경우

<예 3> 행정지도(구두 등 유형 불문)에 '각자' 따른 결과 외형상 일치가 나타난 경우

III. 부당한 공동행위의 수와 기간

1. 부당한 공동행위의 수

사업자들이 일정한 기간에 걸쳐 수차례의 합의를 하는 경우 부당한 공동행위의 수는 그 개별적인 합의들의 기본원칙을 담거나 토대가 되는 기본합의가 있었는지의 여부 또는 그 개별합의들이 사실상 동일한 목적을 위해 단절됨없이 계속 실행되어 왔는지의 여부 등을 종합적으로 살펴서 판단하여야 한다.

<예 1> 사업자들이 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고, 이에 따라 그 합의를 실행하는 과정에서 수차례의 합의를 계속 하여 온 경우에는 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 본다. 기본원칙에 관한 합의 또는 각 합의의 구체적 내용이나 구성원 등에 일부 변동이 있었다고 하더라도 또한 같다.

<예 2> 사업자들이 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의 없이 장기간에 걸쳐 여러 차례의 합의를 해 온 경우에도 그 각 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 본다. 그 각 합의의 구체적 내용이나 구성원 등에 일부 변동이 있었다고 하더라도 또한 같다.

2. 부당한 공동행위의 기간

가. 부당한 공동행위의 개시일

(1) 법 제40조제1항을 적용하는 경우, 참가사업자 전부에 대하여 법 제40조제1항각호의 어느하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 날을 위반행위의 개시일로 본다.

(2) 합의일을 특정하기 어려운 경우에는 사업자별로 실행개시일을 위반행위의 개시일로 본다.

나. 부당한 공동행위의 종료일

부당한 공동행위가 종료한 날은 원칙적으로 그 합의에 기한 실행행위가 종료한 날을 의미한다. 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 합의에 기한 실행행위가 종료한 것으로 볼 수 있다.

- (1) 합의에 정해진 조건이나 기한이 있는 경우로서 그 조건이 충족되거나 기한이 종료한 경우
- (2) 공동행위의 구성사업자가 합의 탈퇴의사를 명시적 내지 묵시적으로 표시하고 실제 그 합의에 반하는 행위를 한 경우. 다만, 합의에 반하는 행위를 하는 것이 현저히 곤란한 객관적이고 구체적인 사유가 인정되는 경우에는 합의 탈퇴의 의사표시로 부당한 공동행위가 종료한 것으로 볼 수 있다.

<예 1> 합의 탈퇴의사 표시를 하였으나, 가격인하 등 합의에 반하는 행위를 할 수 있었음에도 불구하고 하지 않은 경우에는 합의 탈퇴의사 표시만으로 공동행위가 종료한 것으로 볼 수 없다.

<예 2> 합의에 참가한 각 사업자가 각자의 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하는 경우 그 독자적인 가격 결정일을 합의에 기한 실행행위가 종료한 날로 본다.

<예 3> 합의에 참가한 사업자들 사이에 반복적인 가격 경쟁이 있는 등 담합이 사실상 파기되었다고 인정할 수 있을 만한 행위가 일정 기간 계속되는 경우 그 행위가 발생한 날이 속한 달의 전월의 마지막 날에 합의에 기한 실행행위가 종료한 것으로 본다.

- (3) 공동행위가 심의일까지 지속되는 경우에는 심의일에 그 공동행위가 종료된 것으로 본다.

IV. 부당한 공동행위의 세부 유형

법 제40조제1항각호의 행위는 다음과 같이 예시할 수 있다. 아래에 예시된 사항은 부당한 공동행위 중에서 흔히 나타나는 법 위반 유형을 제시한 것이므로 예시되지 않은 사항도 법에 위반될 수 있다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위(법 제40조제1항제1호)

가. '가격'이란 사업자가 거래의 상대방에게 상품 또는 용역을 제공하고 반대급부로 받는 일체의 경제적 대가를 의미하며, 권고가격, 기준가격, 표준가격, 수수료, 임대료, 이자 등 명칭 여하를 불문한다.

나. 가격을 '결정·유지 또는 변경'하는 행위에는 가격을 인상하는 행위뿐만 아니라 가격을 인하하거나 현행가격을 유지하는 행위, 최고가격이나 최저가격범위를 설정하는 행위도 포함된다.

다. 인상률, 할인율, 할증률, 이윤율 등과 같이 가격에 영향을 미치는 요소를 결정·유지·변경하는 행위, 일률적인 원가계산 방법을 따르도록 함으로써 실질적으로 가격을 결정·유지·변경하는 행위 등과 같이 가격에 영향을 미치는 행위도 포함된다.

2. 상품 또는 용역의 거래조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위(법 제40조제1항제2호)

가. '거래조건'이란 위탁수수료, 출하장려금, 판매장려금 등의 수준, 무료 상품·서비스 제공 여부, 특정 유형의 소비자에 대한 상품·서비스 공급방식, 운송조건 등과 같이 상품 또는 용역의 거래와 관련된 조건을 의미한다.

나. '대금 또는 대가의 지급 조건'이란 지급 수단, 지급 방법, 지급 기간 등과 같이 대금 또는 대가의 지급과 관련된 조건을 의미한다.

3. 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위(법 제40조제1항제3호)

가. 상품 또는 용역의 거래에서 생산량, 판매량, 출고량, 거래량, 수송량 등을 일정한 수준 또는 비율로 제한하거나 사업자별로 할당하는 행위가 포함된다.

나. 가동률, 가동시간, 원료구입 여부 또는 비율 등을 제한함으로써 실질적으로 생산·출고·수송을 제한하는 행위도 포함된다.

4. 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위(법 제40조제1항제4호)

가. 사업자별로 거래지역을 정하는 행위, 특정 지역에서는 거래하지 않도록 하거나 특정 지역에서만 거래하도록 하는 행위 등과 같이 거래지역을 제한하는 행위가 포함된다.

나. 사업자별로 거래상대방을 정하는 행위, 특정사업자와는 거래하지 않도록 하거나 특정사업자와만 거래하도록 하는 행위 등과 같이 거래상대방을 제한하는 행위가 포함된다.

5. 생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설 또는 증설이나 장비의 도입을 방해하거나 제한하는 행위(법 제40조제1항제5호)

업계 전체 또는 개별 사업자별로 설비 총량 또는 신·증설 규모를 정하는 행위, 특정한 장비 도입을 제한하거나 또는 유도하는 행위 등이 포함된다.

6. 상품 또는 용역의 생산·거래 시에 그 상품 또는 용역의 종류·규격을 제한하는 행위(법 제40조제1항제6호)

특정 종류 또는 규격의 상품 또는 용역을 생산 또는 거래하지 않도록 하는 행위, 사업자별로 상품 또는 용역의 종류 또는 규격을 할당하는 행위, 새로운 종류 또는 규격의 상품 또는 용역의 생산 또는 공급을 제한하는 행위가 포함된다.

7. 영업의 주요부문을 공동으로 수행·관리하거나 수행·관리하기 위한 회사 등을 설립하는 행위(법 제40조제1항제7호)

상품 또는 용역의 생산, 판매, 거래, 원자재의 구매, 기타 영업의 주요 부분을 공동으로 수행하거나 관리하는 행위, 이를 위해 회사 등을 설립하는 행위가 포함된다.

8. 입찰 또는 경매에 있어 낙찰자, 경락자, 투찰가격, 낙찰가격 또는 경락가격, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 결정하는 행위(법 제40조제1항제8호)

가. 낙찰예정자 또는 경락예정자를 사전에 결정하고 그 사업자가 낙찰 또는 경락받을 수 있도록 투찰여부나 투찰가격 등을 결정하는 행위, 낙찰가격 또는 경락가격을 높이거나 낮추기 위하여 사전에 투찰여부나 투찰가격 등을 결정하는 행위가 포함된다.

나. 다수의 입찰 또는 경매에서 사업자들이 낙찰 또는 경락받을 비율을 결정하는 행위, 입찰 또는 경매에서 사전에 설계 또는 시공의 방법을 결정하는 행위, 그 밖에 입찰 또는 경매의 경쟁요소를 결정하는 행위가 포함된다.

9. 위 1. 내지 8.에 해당하지 않는 행위로서 다른 사업자(그 행위를 한 사업자를 포함한다)의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위(법 제40조제1항제9호전단)

가. 영업장소의 수 또는 위치를 제한하는 행위, 특정한 원료의 사용비율을 정하거나 직원의 채용을 제한하는 행위, 자유로운 연구·기술개발을 제한하는 행위 등과 같이 위 1. 내지 8.에 해당하지 않는 행위로서 다른 사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한하는 행위가 포함된다.

나. 공동행위 참여 사업자들이 공동행위에 참여하지 않은 다른 사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한하는 경우뿐만 아니라, 공동행위에 참여한 사업자 자신들의 사업활동 또는 사업내용을 제한하는 경우도 포함된다.

10. 가격, 생산량, 그 밖에 대통령령으로 정하는 정보를 주고받음으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위(법 제40조제1항제9호후단)

가. 사업자 간 정보를 '주고받는'(이하 "정보교환"이라 한다) 행위는 사업자가 다른 사업자에게 가격, 생산량, 상품 또는 용역의 원가, 출고량·재고량 또는 판매량, 상품·용역의 거래조건 또는 대금·대가의 지급조건 관련 정보(이하

"경쟁상 민감한 정보"라 한다)를 알리는 행위를 의미한다. 우편, 전자우편(이메일), 전화통화, 회의 등 알리는 수단은 불문한다.

나. 사업자단체(협회, 협동조합 등), 제3의 사업자 등 중간 매개자를 거쳐 간접적으로 알리는 행위도 포함된다. 간접적으로 알리는 행위가 성립하기 위해서는 특정 사업자의 정보가 중간 매개자를 거쳐 다른 경쟁사업자에게 전달되어야 한다. 사업자단체 등 중간 매개자에게 일방적으로 정보가 전달되기만 하는 경우는 정보교환이 이루어진 것으로 보지 아니한다.

다. 사업자가 불특정 다수에게 경쟁상 민감한 정보를 공개적으로 공표 또는 공개하는 행위는 포함하지 아니한다. 공개적인 공표 또는 공개여부를 판단함에 있어서는 공표 또는 공개매체의 성격 및 이용자의 범위, 접근 비용의 유무·수준 및 경제주체별 차등 여부, 공표 또는 공개의 양태 및 의도 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

라. 위 다.에 불구하고, 사업자 간 비공개적으로 정보교환 행위를 한 후 그 정보를 사후적으로 공개적으로 공표 또는 공개한 경우는 정보교환 행위로 본다.

V. 공동행위의 위법성 심사

공동행위의 위법성 심사는 공동행위의 성격에 대한 분석으로부터 출발한다. 성격상 경쟁제한 효과만 생기는 것이 명백한 경우에는(예컨대 가격·산출량의 결정·제한이나 시장·고객의 할당 등) 특별한 사정이 없는 한 구체적인 경쟁제한성에 대한 심사 없이 부당한 공동행위로 판단할 수 있다. 다만, 이 경우에도 당해 공동행위와 관련되는 시장의 구조, 거래형태, 경쟁상황 등 시장상황에 대한 개략적인 분석은 하여야 한다.

그러나 공동행위의 성격상 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과를 함께 발생시킬 수 있는 경우(예컨대 공동마케팅, 공동생산, 공동구매, 공동연구·개발, 공동표준개발 등)에는 당해 공동행위의 위법성을 판단하기 위해 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과를 종합적으로 심사함을 원칙으로 한다.

1. 제1단계 : 공동행위의 성격 및 시장 분석

공동행위의 성격은 공동행위의 대상이 되는 경제활동의 종류(생산·판매·산출량 결정 등) 및 합의의 수준 등의 요소에 의하여 결정된다.

가. 공동행위의 성격상 경쟁제한 효과만 발생시키는 것이 명백한 경우

(1) 경쟁 제한 이외에 다른 목적이 없는 공동행위는 직접적으로 관련시장에서 가격을 올리거나 산출량을 감소시키며 다음과 같은 유형이 이에 해당된다.

- 경쟁관계에 있는 사업자간에 가격을 결정 혹은 변경하는 행위
- 경쟁관계에 있는 사업자간에 산출량을 결정 혹은 조정하는 행위
- 경쟁관계에 있는 사업자간에 거래지역 또는 거래상대방을 제한·할당하는 행위
- 경쟁관계에 있는 사업자간에 입찰가격 또는 낙찰예정자를 사전에 결정하는 행위

(2) 가격·산출량의 결정·조정은 직접적으로 소비자로 하여금 높은 가격을 지불하게 하며, 시장 및 고객의 제한·할당도 소비자의 선택가능성을 제한하고 사업자간 경쟁을 감소시켜 결국 가격 상승이나 산출량 제한을 초래한다. 입찰가격 등을 사전에 결정하는 행위는 입찰참여 사업자들의 경쟁을 직접적으로 제한하여 낙찰가격을 상승시키게 된다. 이러한 행위는 성격상 경쟁을 직접 제한하는 효과를 발생시킨다.

(3) 위에 열거한 경쟁제한 효과만 생기는 공동행위는 관련 사업자들이 공동으로 행동하면 당해 상품시장이나 지역시장에서 가격·수량·품질 및 기타 조건을 좌우할 수 있는 시장지배력을 획득할 수 있는 경우에 쉽게 발생되고 유지될 수 있다. 공동행위에 참여한 사업자보다 낮은 가격으로 소비자들이 원하는 상품 수량을 충분히 공급할 수 있는 공급자가 존재하는 경우에는 대부분의 소비자들이 공동행위에 참여하지 않은 공급자들로부터 상품을 구매할 것이기 때문에 당해 공동행위가 유지되기는 어렵다.

(4) 한편, 어떤 업종의 생산구조, 시장구조, 경쟁상태 등을 분석하여 시장지배력 형성여부를 심사하는 것은 결국 해당 공동행위가 관련시장에서의 경쟁을 제한하는지 여부를 판단하기 위한 것이다. 그런데, 위에서 열거한 공동행위는 행위 자체가 직접적으로 경쟁을 제한하여 가격상승·산출량 감소를 초래하기 때문에 구체적인 경제분석이 없더라도 시장상황에 대한 개략적인 분석을 통하여 위법한 공동행위로 판단할 수 있는 것이다.

<예시>

가평시내 5개 주유소가 휘발유 가격을 같은 폭으로 인상하면서 앞으로 휘발유 가격인하 경쟁을 하지 않기로 합의하였다고 가정하자. 이 경우 5개 주유소의 주요 고객은 대부분 가평 시민들이고, 상기 주유소들 외에 가장 가까운 주유소는 반경 20Km이상 떨어진 춘천 또는 대성리에 위치하고 있어, 가평 시민들은 가격이 조금 저렴하다고 해서 춘천이나 대성리까지 가지는 않는 것으로 파악 되었다. 이런 상황에서 가평시내 5개 주유소의 합의는 성격상 각 주유소들간 가격, 서비스 등에 관한 경쟁을 직접적으로 제한하고 휘발유 가격을 상승시켜 해당 주유소에서 휘발유를 구입하는 소비자들에게 피해를 발생시키기 때문에 보다 엄밀한 구체적인 경제분석이 없더라도 일응 부당한 공동행위로 판단될 수 있다.

한편, 이번에는 46번 춘천방향 국도변의 대성리와 가평사이에 위치한 3개 주유소들이 위와 동일한 합의를 하였다고 하자. 이 때, 3개 주유소의 주된 고객은 서울에서 춘천 인근으로 여행을 가는 서울시민일 가능성이 높다. 이들은 46번 국도를 지나며 이들 3개 주유소의 휘발유 가격이 비싸다고 생각할 경우 3개 주유소를 이용하지 않고 가평을 지나 위치하고 있는 다른 주유소에서 휘발유를 구입할 수 있는 상황이다. 이 경우에는 위의 가평시내 3개 주유소가 담합한 사례보다는 보다 더 자세한 분석이 필요할 것이다.

(5) 다만, 문제되는 공동행위가 경쟁제한 효과만 있는 공동행위로 분류되는 유형이라도 효율성을 증대시키는 경제적 통합과 합리적으로 연관되어 추진되고, 효율성증대 효과의 목적을 달성하기 위해 합리적으로 필요하다고 인정되는 경우에는 연관되는 경제적 통합의 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과 등을 종합적으로 고려하여 위법성 여부를 판단한다. 즉, 이 심사기준의 제2단계부터 제4단계까지의 심사절차를 통해 위법성 여부를 판단한다. 여기서 "경제적 통합"이라 함은 생산, 판매, 구매 또는 연구개발 등의 통합을 의미한다. 효율성을 증대시키는 경제적 통합에 참여하는 사업자들은 중요한 자본, 기술 또는 상호보완적인 자산 등을 결합한다. 가격, 산출량, 고객 등에 대한 단순한 조정 또는 합의는 경제적 통합이 아니다.

<예시>

6개의 중소 구두제조 사업자들이 대형 구두제조사업자들에 대항하기 위한 생존전략의 일환으로 유통비용과 광고비용을 절감하고 제품의 상표가치를 제고하기 위해 '○○'이라는 상표로 공동마케팅을 수행하기로 합의하였다. 이 합의에는 제품을 동일한 가격으로 판매한다는 합의도 포함되어 있다. 이 합의에 포함되어 있는 가격의 공동결정은 효율성증대를 발생시키는 공동마케팅 수행에 합리적으로 필요한 제한으로 인정될 수 있기 때문에 경쟁제한성 여부를 최종 판단하기 위해서 제2단계부터 제4단계의 심사절차를 추가적으로 진행한다.

나. 공동행위의 성격상 효율성증대 효과와 경쟁제한 효과가 동시에 생길 수 있는 경우

(1) 효율성증대 효과와 경쟁제한 효과가 동시에 생기는 유형의 공동행위로는 공동마케팅, 공동생산, 공동구매, 공동연구·개발, 공동표준개발 등을 예로 들 수 있다.

(2) 이런 종류의 공동행위는 자산·지식·경험의 결합 또는 위험의 배분, 중복비용의 감소 등을 통해 효율성을 증대시키고 때로는 사업자가 개별적으로 수행하지 못했을 사업을 수행하도록 한다. 하지만 참여사업자들의 시장지배력을 유지·창출·증가시켜서 가격 상승, 품질·산출량·혁신노력의 감소를 초래하는 등 경쟁제한 효과를 발생시킬 수도 있다.

(3) 당해 공동행위의 성격 분석만으로 경쟁제한 효과가 발생하지 않는 것이 명백한 경우에는 본 단계에서 심사를 종료할 수 있다.

(4) 그러나 공동행위의 성격에 대한 분석만으로 경쟁제한 효과가 생기지 않는 것이 분명하지 않은 경우에는 당해 공동행위가 경쟁을 제한하는지 여부를 판단하는 한편, 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과의 비교형량이 필요하므로 추가적인 심사를 진행한다.

2. 제2단계 : 경쟁제한 효과 분석

공동행위의 성격상 경쟁제한 효과와 효율성 증대효과를 함께 발생시킬 수 있는 경우 경쟁제한 효과 분석은 다음과 같이 행한다.

가. 경쟁제한 효과 분석의 일반원칙

(1) 참여사업자들이 상당한 시장지배력을 보유하고 있는 경우에는 공동행위를 통해 시장지배력을 유지·창출·증가시켜 가격 상승이나 품질·산출량·혁신노력의 감소를 초래하는 등 경쟁제한 효과를 발생시킬 수 있다.

(2) 공동행위의 경쟁제한 효과를 심사하기 위해서는 우선 관련 시장을 확정하고 당해 공동행위에 참여하고 있는 사업자들의 시장점유율을 산정한다. 참여사업자들의 시장점유율의 합계가 20% 이하인 경우에는 당해 공동행위로 인해 경쟁제한 효과가 발생할 가능성이 없거나 경쟁제한 효과가 발생하더라도 그 효과가 미미한 것으로 보고 심사를 종료한다(제2-1단계~제2-3단계). 그러나 시장점유율의 합계가 20%를 초과하는 경우에는 시장지배력, 참여사업간의 경쟁제한 수준 등을 분석하여 경쟁제한 효과의 발생여부 및 크기 등을 심사한다.

(3) 공동행위의 경쟁제한 효과를 판단하기 위한 첫째 요소는 공동행위 참여사업자가 보유하고 있는 시장지배력의 정도이다. 관련시장에서 사업자들이 보다 큰 시장지배력을 보유하고 있을수록 당해 공동행위가 관련시장에서 경쟁제한 효과를 발생시킬 가능성은 증가한다.

(4) 공동행위의 경쟁제한 효과를 판단하기 위한 둘째 요소는 공동행위에 참여하고 있는 사업자간의 경쟁제한의 정도이다. 즉 참여사업자간 독자적 경쟁능력·경쟁동기의 감소수준, 경쟁기회·경쟁수단·경쟁방법의 제한 등이 검토되어야 한다. 참여사업자간 경쟁제한의 정도가 클수록 당해 공동행위가 관련시장에서 경쟁제한 효과를 발생시킬 가능성은 증가한다.

(5) 당해 공동행위가 경쟁제한 효과를 발생시키는지의 여부는 참여사업자들의 시장지배력 보유와 참여사업자간의 경쟁제한을 종합적으로 고려하여 결정한다. 참여사업자간 경쟁제한의 수준이 높더라도 참여사업자들이 공동행위를 통해서도 시장지배력을 보유하지 못하는 경우에는 당해 공동행위로 경쟁제한 효과가 발생할 가능성이 낮으며, 참여사업자들이 공동행위를 통해 시장지배력을 보유하게 되더라도 참여사업자들간 경쟁이 계속되고 있다면 당해 공동행위로 경쟁제한 효과가 발생할 가능성은 감소된다.

나. 경쟁제한 효과 분석의 단계별 절차

(1) 제2-1단계 : 관련시장의 확정

시장점유율 산정 및 시장지배력 존재 등을 판단하기 위해서는 관련시장의 확정이 필요하다. 관련시장 확정에는 「기업결합심사기준」에 규정된 "V. 일정한 거래분야의 판단기준"을 참고한다.

(2) 제2-2단계 : 시장점유율 산정

"시장점유율"이라 함은 일정한 거래분야에 공급된 상품이나 서비스의 총금액 중에서 당해 사업자가 공급한 상품이나 서비스의 금액이 점하는 비율을 말한다. 시장점유율은 공동행위 수행 당시의 직전사업년도 1년간의 판매액(직전사업년도 종료직후로서 직전사업년도의 판매액을 알기 곤란한 경우에는 직전전사업년도 1년간의 판매액을 말한다)을 사용하여 다음과 같이 산정한다. 다만, 시장점유율을 금액기준으로 산정하기 곤란하거나 부적절한 경우에는 물량기준 또는 생산능력기준으로 산정할 수 있다.

$$\text{시장점유율} = \frac{\text{당해 회사의 당해 상품의 국내판매액(수입판매액 포함)}}{\text{당해 상품의 국내 총판매액(수입판매액 포함)}}$$

(3) 제2-3단계 : 시장점유율이 20% 이하인 경우

공동행위에 참여한 사업자(공동행위를 수행하기 위한 회사가 설립되는 경우 이 회사의 시장점유율을 포함한다)들의 시장점유율의 합계가 20% 이하인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 당해 공동행위가 경쟁에 미치는 영향이 미미하기 때문에 당해 공동행위는 경쟁제한 효과를 발생시키지 않는 것으로 판단한다. 즉 참여사업자들의 시장점유율의 합계가 20%를 초과하는 경우에만 다음 심사절차를 거쳐 경쟁제한 효과를 판단한다.

(4) 제2-4단계 : 시장지배력 심사

(가) 참여사업자들이 관련시장에서 보다 큰 시장지배력을 보유하고 있을수록 당해 공동행위로 인해 경쟁제한 효과가 발생할 가능성이 증가한다. 시장지배력 보유 수준을 판단하기 위해서는 아래 (나) 내지 (라)의 요소를 분석하여 종합적으로 판단하는데 일부 요소에 대한 분석만으로도 참여사업자들의 시장지배력 보유수준을 충분히 판단할 수 있는 경우에는 다른 요소에 대한 분석을 생략할 수 있다.

(나) 시장점유율

공동행위 참여사업자들의 시장점유율의 합계가 클수록, 시장점유율이 수년간 안정적으로 유지될수록 해당 사업자들의 시장지배력 보유 가능성은 증가한다. 한편 최근 수년간 사업자의 시장점유율 하락폭이 클수록 시장지배력 보유 가능성이 감소한다.

(다) 해외경쟁 도입수준

관련제품의 수입이 용이하거나 당해 거래분야에서 수입품이 차지하는 비중이 증가하는 추세에 있는 경우에는 당해 공동행위에 의해 시장지배력이 유지·창출·증가되거나 경쟁제한성이 높은 공동행위가 수행될 가능성이 감소한다. 해외경쟁의 도입수준을 평가함에 있어서는 다음 사항을 고려한다.

- 수입침투도의 변화 추세

* 수입침투도 : 내수(생산-수출+수입) 또는 생산에서 수입이 차지하는 비중

- 관세율 및 관세율의 인하계획

- 기타 각종 비관세장벽의 존재 여부

(라) 신규진입의 가능성

① 당해 시장에 대한 신규진입이 가까운 시일내에 용이하게 이루어질 수 있는 경우에는 공동행위로 감소되는 실질적인 경쟁사업자의 수가 다시 증가할 수 있으므로 경쟁제한 효과가 발생할 가능성이 감소한다. 신규진입의 가능성을 평가함에 있어서는 다음 사항을 고려한다.

- 최근 3년간 신규진입 현황 및 변화추세
- 법적·제도적인 진입장벽의 유무
- 필요최소한의 자금규모
- 특허권 기타 지적재산권을 포함한 생산기술조건
- 입지조건
- 원재료조달조건
- 경쟁사업자의 유통계열화의 정도 및 판매망 구축비용

② 다음의 1에 해당하는 사업자가 있는 경우에는 신규진입이 용이한 것으로 볼 수 있다.

- 당해 시장에 참여할 의사와 투자계획 등을 공표한 사업자
- 현재의 생산시설에 중요한 변경을 가하지 아니하더라도 당해 시장에 참여할 수 있는 등 당해 시장에서 상당기간 어느 정도 의미있는 가격인상이 이루어지면 중대한 진입비용이나 퇴출비용의 부담 없이 가까운 시일내에 당해 시장에 참여할 것으로 판단되는 사업자

(5) 제2-5단계 : 참여사업자간 경쟁제한 수준 심사

(가) 참여사업자간 경쟁제한 심사의 일반원칙

① 이 단계에서는 공동행위 참여사업자간 독자적 경쟁 능력·동기의 증감수준, 경쟁기회·경쟁수단·경쟁방법의 제한여부 등을 분석한다.

② 참여사업자간 경쟁 능력·동기의 감소수준이 미약하고, 경쟁기회·경쟁수단·경쟁방법의 제한 정도가 낮아 관련 시장에서 사업자간 경쟁이 계속될 경우에는 참여사업자들이 공동행위를 통해 시장지배력을 유지·창출·증가시킬 가능성은 희박하며, 경쟁과 관련된 민감한 정보 교환이 없거나 적절하게 차단되어 있는 경우에는 경쟁제한 효과를 야기할 가능성이 작아진다.

③ 반면 참여사업자간 경쟁제한 수준이 높아서 사업자 상호간에 독자적으로 경쟁할 동기나 능력이 상당히 감소하거나, 경쟁기회·경쟁수단·경쟁방법이 제한되거나, 경쟁과 관련된 민감한 정보가 교환될 경우에는 경쟁제한 효과를 야기할 가능성이 증가한다.

④ 심사대상인 공동행위가 실제 수행중이지 않는 경우에는 참여사업자간 경쟁제한 수준의 심사를 위한 자료 수집이 어렵거나 불가능할 수 있다. 이 경우에는 다음에 열거한 요소 중 일부만 분석하거나 제2-5단계 심사 자체를 생략할 수 있다.

(나) 참여사업자간 경쟁제한 심사시 고려요소

① 합의이행에 대한 모니터링 시스템 및 제재수단이 있는지 여부

합의내용이 제대로 이행되는지 점검하는 모니터링 시스템이 있고, 특히 이를 통해 합의 위반행위가 적발될 경우 이에 대한 제재수단이 있는 경우에는 경쟁제한 효과 발생 가능성이 증가한다.

② 공동행위 존속기간

공동행위의 존속기간이 길수록 참여사업자간 독자적인 경쟁 능력 및 동기를 제한하여 경쟁제한 효과가 발생할 가능성이 증가한다.

③ 자산에 대한 공동 사용·통제 수준

공동행위에 참여한 사업자들이 공동으로 사용·통제하는 자산의 비중과 중요도가 클수록 가격, 산출량 등에 관한 독자적인 의사결정의 가능성이 감소하여 경쟁제한 효과의 발생 가능성이 증가한다. 또한 공동으로 사용·통제하는 자산을 다른 자산으로 대체하기 어려울수록 독자적인 의사결정의 가능성이 감소하기 때문에 경쟁제한 효과가 발생할 가능성이 증가한다.

④ 재무적 이해관계 수준

공동행위에 참여하고 있는 사업자간에 재무적 상호 이해관계(예컨대 채권·채무, 주식의 상호보유 등)의 결합 수준이 높을수록 사업자간 경쟁의 동기가 감소하여 경쟁제한 효과가 발생할 가능성이 증가한다.

⑤ 참여사업자간 경쟁 허용수준

참여사업자간 경쟁을 허용하는 범위가 넓을수록 당해 공동행위의 경쟁제한효과는 감소한다. 또한 공동행위에 참여하고 있지 않은 다른 사업자 혹은 다른 사업자 단체와의 거래가 자유롭게 허용된다면 이러한 공동행위가 경쟁을 제한할 가능성은 감소한다. 이를 심사하기 위해서는 시장에서의 참여사업자간 실질적인 경쟁 상황, 가격·산출량 등 주요한 경쟁 변수에 대한 개별 사업자의 독자적인 의사결정 범위, 공동행위 수행 조직의 임무와 역할 등이 분석되어야 한다.

(6) 경쟁제한 효과 분석으로 심사를 종료하는 경우

효율성증대 효과를 분석하는 것은 어떤 공동행위가 경쟁제한 효과를 발생시키더라도 이를 능가하는 효율성증대 효과가 있는 경우 비교형량을 통해 당해 공동행위의 위법성 여부를 결정하기 위한 것이다. 따라서 상기 분석을 통해 당해 공동행위가 경쟁제한 효과를 발생시키지 않는 것으로 판단되는 경우에는 효율성증대 효과와의 비교형량이 불필요하기 때문에 제3단계의 효율성증대 효과 분석으로 이행하지 않고 심사를 종료한다.

3. 제3단계 : 효율성증대 효과 분석

공동행위의 성격상 경쟁제한효과와 효율성 증대효과를 함께 발생시킬 수 있는 경우 효율성 증대효과 분석을 다음과 같이 행한다.

가. 공동행위에 의하여 발생하는 효율성증대 효과

공동행위는 규모의 경제, 범위의 경제, 위험 배분, 지식·경험의 공동활용에 의한 혁신 속도 증가, 중복 비용의 감소 등 경제적 효율성을 증대시킬 수 있다. 이러한 효율성 증대는 사업자간 경쟁을 촉진시켜 상품의 가격 하락, 품질·유통속도의 제고 등 소비자 편익의 증가로 연결될 수 있다.

나. 효율성증대 효과로 주장될 수 없는 경우

산출량 감축, 시장 분할 또는 단순한 시장지배력의 행사에 의해 발생하는 비용절감 등은 효율성증대 효과로 주장할 수 없다. 또한, 제품·서비스의 품질 저하 등 소비자의 이익 감소를 통해 달성되는 비용절감도 효율성증대 효과로 주장될 수 없다.

다. 효율성증대 효과 심사시 고려요소

경쟁을 촉진하는 효율성은 확실하게 실현될 수 있어야 한다. 이를 판단하기 위해서는 효율성이 어떠한 방법으로 실현되는지, 효율성이 가까운 시일 내에 발생할 것이 명백한지, 효율성의 크기는 어떠한지, 효율성 증대가 소비자 편익의

증가로 연결될 수 있는지에 대한 심사가 필요하다.

라. 공동행위와 효율성증대 효과의 인과관계 심사

당해 공동행위 외의 방법으로는 효율성 증대효과를 달성하기 어렵다고 판단되는 경우에만 당해 공동행위의 효율성증대 효과를 인정한다.

마. 효율성증대 효과의 주장 방법

효율성은 검증하거나 수량화가 어렵다. 이는 효율성과 관련된 정보를 오직 공동행위의 참여사업자들만 보유하고 있기 때문이다. 따라서, 효율성증대 효과를 주장하는 사업자는 당해 공동행위로 발생하는 효율성 증대 효과를 판단하기 위한 충분한 자료를 제출하여야 하며, 그렇지 않은 경우 효율성 증대효과는 인정되지 않는다.

4. 제4단계 : 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과의 비교형량

당해 공동행위가 효율성증대 효과와 경쟁제한 효과를 동시에 발생시키는 경우 양 효과의 비교 형량을 통해 당해 공동행위의 위법성을 심사한다. 비교형량에 있어서는 효율성증대 효과가 당해 공동행위의 경쟁제한 효과를 상쇄할 수 있는지 여부를 검토한다. 당해 공동행위가 허용되기 위해서는 관련시장에서 경쟁 제한에 따른 폐해가 클수록 이를 상쇄하기 위한 효율성증대 효과 또한 커야 한다.

VI. 재검토기한

공정거래위원회는 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」에 따라 이 예규에 대하여 2022년 1월 1일을 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 12월 31일까지를 말한다)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

부칙 <제390호,2021.12.28.>

이 예규는 2021년 12월 30일부터 시행한다.