Deutsche Lufthansa의 가격남용에 관한 연방카르텔청의 결정

(Bundeskartellamt 9.Beschlussabteilung B9-144/01, 18. Februar 2002)

이 봉 의 | 경북대학교 법대 교수

I. 들어가며

공정거래법상 시장지배적 사업자가 자신의 지위를 이용하여 가격을 부당하게 정하는 행위는 법 제3조의2 제1항 1호의 가격남용 또는 5호의 경쟁자배제로 규제되고 있다. 전자는 수급의 변동이나 공급비용의 변동에 비하여 가격을 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 이른바 가격의 실질적인 '인상'에, 후자는 주로 통상거래가격에 비하여 현저히 낮은 대가로 공급하는 거래에서 문제된다(령 제5조제1항, 제5항). 그런데 후자의 남용은 가격 그 자체가 낮다는 것을 문제삼는 것이 아니라, 통상거래가격 이하의 가격으로 거래함으로써 경쟁사업자를 시장에서 배제시킬 우려가 있는, 즉 경쟁이론상 약탈가격인 경우를 금지하는 것으로 이해된다. 이때 과연 어떤 가격설정이 경쟁자배제를 위한 '부당한' 것인지를 판단하기는 결코 용이하지 않은데, 지난 2월 18일 독일의 연방카르텔청은 "DLH(Deutsche Lufthansa)/Germania" 결정에서 경쟁사업자 배제를 위한 가격남용에 관한 매우 시사적인 결정을 내린 바 있고, 이는 향후 공정거래위원회의 실무에도 매우 중요한 사례로서 참고할 만한 것으로 보인다.

II. 사건의 개요

1. 사실관계

이 사건은 프랑크푸르트-베를린간 노선의 기존 항공사인 Lufthansa와 새로 진입한 Germania 간의 요금경쟁에서 비롯되었는데, 먼저 Germania는 2001년 11월 12일 위 노선에 대하여 편도요금으로 99유로(왕복요금은 198유로)를 받기 시작하였고, 이에 대응하여 Lufthansa는 종래의 485유로 대신 베를린-프랑크푸르트간 88유로, 프랑크푸르트-베를린간 66유로짜리 요금을 도입하기로 하였고, 이때 각종 승객수수료를 포함하면 편도 당 요금은 종전보다 약 60% 인하된 100유로 수준이었다. 그 후 2002년 1월 1일자로 Lufthansa는 베를린-프랑크푸르트간 105.11유로 및 프랑크푸르트-베를린간 105.31유로의 새로운 요금체계(M-Fly-OW; 이코노미석 편도요금)로 그에 앞서 도입되었던 평균 100유로 요금체계를 대체하였다. 그에 따라 위 노선의 왕복요금은 210.42유로로서, 편도 기준으로 105.21유로였다.

2. 결정의 요지 및 쟁점

(1) 결정의 요지

연방카르텔청은 Lufthansa(주)의 100유로 요금이나 105.21유로의 M-Fly-OW 요금전략에 대하여 원가 이하의 요금을 통해 의도적으로 손실을 감수하면서, 새로 프랑크푸르트-베를린 노선에 취항한 경쟁사업자인 Germania를 시장에서 배제하려고 하였다는 이유로 프랑크푸르트-베를린간 항공노선에서 그의 경쟁사인 Germania의 요금수준보다 편도 기준으로 최소한 35유로 이상 비싼 요금을 받아야 하고(이때 이들 항공사가 왕복티켓을 판매하는 경우에는 왕복요금의 절반을 편도요금으로 본다), 또한 Germania가 99유로 이상으로 요금을 인상하는 경우에도 Lufthansa는 134유로 이상의 요금을 받아서는 안 된다는 내용의 시정조치를 내렸다. 이러한 요금책정상의 의무는 예약사항을 변경할 수 없거나 최소체류기간(최소한 이틀 이상 또는 Sunday rule)의 제한이 있거나 또는 주말탑승에 한정되는 요금에 대해서는 적용되지 않으며, 동 시정조치는 향후 2년간 적용된다.

(2) 시장획정 및 Lufthansa의 시장지배적지위

시장지배적지위의 남용을 문제삼기 위해서는 먼저 관련시장을 획정한 다음, 그 시장에서 당해 사업자가 지배적지위를 갖고 있는지를 살펴야 한다. 이 사건에서 연방카르텔청은 프랑크푸르트-베를린간의 항공노선을 별개의 상품관련 시장으로 보았는데, 이 두 도시간의 교통수단으로서 항공기는 자동차나 기차 등의 다른 교통수단에 의해서 사실상 대체될 수 없기 때문이었다. 그리고 비록 이 노선에서 각 사의 여객운송 물량은 영업비밀에 해당하여 구체적으로 적시되지 않았으나, 당시 Germania는 동 노선에서 총 승객의 10%에 미치지 못하는 승객만을 운송한 것으로 파악되었고, 그밖에 동 노선을 운항하는 항공사는 Lufthansa밖에 없으므로 비교적 쉽게 Lufthansa의 시장지배적지위가 인정될 수 있었다.

(3) 시장지배적지위의 '남용'

가. 배제전략(Verdr ngungsstrategie)으로서의 가격남용

연방카르텔청은 결정문의 상당부분을 이른바 약탈적 행위의 의미에 대해서 할애하고 있다. 그에 따르면 약탈전략은 일반적으로 막강한 자본력을 기초로 한 시장지배력을 전제로 하며, 새로 시장에 진입한 경쟁자를 배제하거나 기존의 경쟁자를 견제하거나 또는 조만간 시장에 진입할 의사와 능력이 있는 제3의 잠재적 경쟁자에 대하여 시장진입을 주저하게 하는 효과가 있다는 점에서 적어도 당해 시장지배적 사업자로서는 합리적인 전략이나, 당해 시장에서의 경쟁에는 심각한 위협이 될 수 있다. 여기서 사용되는 약탈가격은 통상 현재의 이득을 잠정적으로 포기하는 형태로 이루어지는데, 향후 경쟁사업자가 시장에서 배제된 이후에 그 이상의 보상을 기대할 수 있는 경우에 비로소 실현 가능한 것이다. 그런데 이와 같은 배제전략의 존부를 판단함에 있어서 어려운 문제는 경쟁에 적절히 대응하기 위한 전략(meeting the competition)과 지위남용을 어떻게 구별할 것인지의 여부이다. 따라서 배제전략을 규제하고 있는 독일 경쟁제한방지법(GWB) 제19조 제1항은 시장지배적 사업자에게 손실을 가져올 수 있는 모든 형태의 가격경쟁을 금지하는 것은 아니며, 문제의 행위를 종합적으로 판단하여 남용여부를 가리게 되어 있다.

나. 약탈가격의 판단

연방카르텔청은 Lufthansa가 도입한 100 내지 105.21유로 상당의 요금이 명목상 Germania에 비하여 높은 수준이라 하더라도 그 요금은 이른바 약탈가격(predatory pricing)에 해당한다고 보았다. 즉, 동 요금체계는 Germania가 그간 Lufthansa가 독점하던 프랑크푸르트-베를린 노선에 저가요금으로 진입한데 따른 대응수단으로서, Lufthansa의 원가요소를 분석하면 부가가치세

나 여행사수수료 등을 제하면 105.21유로의 요금은 승객 1인당 평균비용에도 미치지 못하는 것이고, 문제의 노선과 비교할 만한, 그리고 Lufthansa의 유일한 경쟁사인 Deutsche BA가 취항하고 있는 베를린-뮌헨 노선의 요금(이른바 비교가격 내지 경쟁가격)은 이코노미석 기준으로 왕복 요금이 441유로에 달하여 문제노선 요금의 2배 이상에 달하며, Lufthansa의 프랑크푸르트-베를린간 편도요금 100 내지 105.21유로는 여전히 경쟁사인 Germania의 99유로에 비하여 높은 수준이었지만 Lufthansa의 요금에는 체크-인 서비스나 단골고객에 대한 마일리지 제공을 비롯한 각종 특별프로그램 등 Germania의 요금에는 포함되어 있지 않은 추가적인 급부가 포함되어 있었고, 결국 연방카르텔청은 사실상 Lufthansa의 요금은 Germania에 비하여 훨씬 낮은 수준이라고 보았다. 그리고 Lufthansa가 계속 이 요금을 고수할 경우에 Germania가 당해 노선에서 계속 영업을 수행하기를 기대하기 어렵고, 이는 향후 동 노선에 신규 진입하려는 제3자에게는 초기에 상당한 수준의 출혈을 감수해야 할 것이라는 신호로 작용하게 될 것이었다.

다. 경쟁자배제의 의도 내지 효과

그렇다면 Lufthansa의 요금체계가 과연 경쟁자를 배제하려는 의도 내지 효과를 갖는가? 이 문제는 결국 각종 정황증거 내지 간접증거에 의해서 입증될 수밖에 없다. 우선 연방카르텔청은 손실을 감수하면서 실질적으로 요금을 경쟁사업자보다 현저히 낮춘 행위가 Germania를 시장에서 배제할 우려가 있고 객관적인 상황을 고려할 때 이러한 가격전략은 배제하고자 하는 특정 사업자, 여기서는 Germania를 목표로 이루어졌다는 사실로부터 경쟁자배제 이외의 다른 의도를 찾을 수 없다고 보았다. 실제로 Lufthansa는 Germania가 취항한 프랑크푸르트-베를린 노선에서만 문제의 특별요금제를 도입하였고, Lufthansa로서는 기존에 이코노미 요금 및 각종 할인요금제를 탄력적으로 이용하던 상황에서 빈 좌석의 활용차원에서도 별도로 문제의 요금체계를 도입할 필요가 없었으며, Lufthansa가 새로운 요금체계를 도입한 시점은 언제나 Germania의 요금변동 직후였고, Lufthansa는 이전에도 저가항공사인 Go-fly나 Ryanair에 대하여 마찬가지로 약탈가격을 사용하여 유럽집행위원회로부터 금지명령을 받은 바 있기 때문이었다.

경쟁자배제의 효과와 관련해서 연방카르텔청은 ① Lufthansa가 종래 동 노선에서 활동하던 Eurowings가 퇴출된 이후 독점적 지위를 누리고 있었기 때문에 이제 막 진입한 Germania 마저 시장에서 축출할 경우 예전의 지위를 계속 유지할 수 있다는 점, ② 비록 Germania의 요금보다 외견상 조금 높은 수준의 요금이라도 가격에 민감한 고객들은 항공사를 변경하는 경향이 있고, Lufthansa의 얼핏 다소 높아 보이는 요금에는 Germania와 같이 저가항공표를 판매하는 사업자들은 제공하지 못하는 각종 부대서비스가 포함되어 있기 때문에 결국에는 경쟁사업자를 배제하기에 족하다는 점, ③ 원래 남용규제는 경쟁을 보호하는 것이지 개개의 경쟁사업자를 보호하는 것은 아니지만 경우에 따라서는 양자의 보호가 모두 이루어지는 경우를 배제할 수는 없다는 전제하

에 Germania처럼 제3자의 시장진입이 자유롭도록 장기적으로 경쟁구조를 보호할 필요가 있다는 점, ④ Lufthansa 측에서 문제의 저가요금을 정당화할 만한 아무런 사유를 제시하지 못하였다는 점을 들어 최종적으로 남용행위를 인정하였다.

(4) 시정조치

연방카르텔청은 시정조치의 내용으로서 이른바 '가격인상명령'을 내렸는데, 그 하한선을 정함에 있어서 Lufthansa가 추가로 제공하는 급부의 가치를 최소한 35유로로 파악하여, Germania의 요금보다 최소한 35유로 이상의 요금을 받을 것을 명함으로써 저가요금의 경쟁자 배제효과를 완화시키고자 하였다. 그러나 이처럼 최소요금차를 유지하도록 하는 조치가 Germania를 무제한적으로 보호하는 것은 아니어서, Germania가 요금을 인상할 경우에도 Lufthansa는 134유로 이상으로 요금을 인상할 수 없기 때문에 두 회사간의 요금격차가 줄어들게 되어 그만큼 Germania로서는 고객을 놓칠 것이기 때문이다.

끝으로 연방카르텔청이 동 시정조치의 효력을 2년으로 제한한 것은 현재로서는 유일한 경쟁자인 Germania가 이 기간동안 전술한 35유로의 최소요금차를 이용하여 계속해서 당해 노선에서 정착할 수 있게 됨으로써 프랑크푸르트-베를린노선의 경쟁이 충분히 보호될 수 있고, 향후 새로운 경쟁자가 진입하여 자리를 잡거나 동 시정조치로 경쟁자배제효과가 약화될 경우에는 계속해서 이러한 요금차를 강제로 유지할 필요성도 인정되지 않기 때문이었다.

III. 평석

1. 가격남용의 의의

앞에서 언급한 바와 같이 공정거래법 제3조의2 제5호는 시장지배적 사업자가 지나치게 낮은 수준의 가격으로 거래하는 경우에, 이를 통하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위를 문제삼고 있다. 그런데 가격을 낮게 유지하는 것은 사업자들이 사용하는 가장 전형적인 경쟁수단으로서 적어도 단기적으로는 소비자의 후생증대라는 효과를 가져오기 때문에, 현행법상 그것이 남용행위인지를 판단하기 위해서는 먼저 i) 당해 가격이 통상거래가격에 비하여 낮은 것인지, 아울러 ii) 당해 가격설정이 과연 경쟁사업자를 배제하기 위한 의도 내지 경쟁사업자 배제의 효과를 가질 수

있는지가 밝혀지지 않으면 안 된다. 이때 문제는 이들 요건, 특히 경쟁자 배제의 의도 내지 효과를 어떻게 입증할 것인지 이며, '시장지배적지위 남용행위 심사기준'(공정위 고시 제2000-6호, 2000. 9. 8; 5. 가. (2))에서는 당해 행위의 목적, 유사품 및 인접시장의 존재여부, 당해 사업자 및 경쟁사업자의 시장지위 및 자금력 등을 종합적으로 고려하도록 하고 있다. 여기서 개념상 유의할 것은 현행법상 불공정거래행위의 일 유형에 해당되는 '부당염매'와 '약탈남용'과의 구별이다. 양자는 모두 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있어야 함을 그 요건으로 하나, 전자의 경우에는 행위주체가 일반사업자이면 족하고 그 가격의 부당성은 통상거래가격이 아니라 '공급비용'을 기준으로 한다는 점에서 차이가 있다(령 제36조제1항, 일반불공정거래행위의 유형 및 기준 3. 가 참조).

2. 약탈가격남용의 판단기준

약탈가격과 관련하여 공정거래법은 시장지배적 사업자가 부당하게 낮은 가격을 책정하였는지를 판단하는 기준으로서 '통상거래가격'을 제시하고 있으며, 이는 비단 특정 경쟁사업자의 가격을 가리키는 것이 아니라 이른바 '시장가격' 내지 '정상가격'을 의미하는 것으로 해석된다. 그런데 통상거래가격을 산정하는 일이 언제나 용이한 것은 아니다. 예컨대 당해 시장지배적 사업자 이외에 다른 경쟁자가 없거나 단 하나의 경쟁사업자만 존재하는 경우가 그러하다. 이 사건에서도 프랑크푸르트-베를린간 노선이 예전에는 Lufthansa의 독점하에 있었고, 2001년말에 들어와서 Germania가 당해 노선에 신규 진입하여 결국 비교 가능한 가격이란 Germania의 가격밖에 없었고, 따라서 연방카르텔청은 Lufthansa의 원가 및 베를린-프랑크푸르트노선과 거리가 유사한 베를린-뮌헨간 요금을 아울러 고려하여 Lufthansa의 요금이 다분히 비정상적인 '약탈'가격이라고 보았던 것이다. 그리고 또 한 가지 눈에 띄는 것은 사업자간의 서비스요금을 비교함에 있어서 그에 상응하여 제공되는 부대서비스를 포함한 급부의 내용을 아울러 고려하였다는 점이다.

약탈가격과 관련하여 공정거래법상 생각할 문제는 불공정거래행위의 일 유형, 그것도 시장지배적지위의 남용과 문언상 전혀 동일한 '경쟁사업자의 배제'로서 부당염매에서 문제되는 가격은 '공급비용'보다 현저히 낮은 가격이라는 데에서 비롯된다. 즉, 현행법상 부당염매의 판단기준이 오히려 시장지배적지위에서 비롯되는 가격남용의 경우보다 엄격하게 되어 있음을 알 수 있는데, 이는 시장지배적 사업자에게는 원가 이하는 아니더라도 통상거래가격을 밑도는 가격으로도 경쟁자 배제의 의도 내지 효과를 인정할 수 있는 것이 되어 일응 타당할 수도 있다. 그러나 약탈가격을 통한 배제경쟁이란 연방카르텔청도 확인하고 있는 바와 같이 통상 '시장지배적지위'를 전제로 하며, 일반사업자가 경쟁자배제를 위하여 원가 이하의 가격으로 그것도 "계속하여" 거래하는 경우란 상식적으로 생각하기 어렵고, 그렇다면 이와 같은 약탈가격은 지위남용에서만 문제삼는 것이 바람직할 수 있다. 종래 공정위나 법원의 결정에서는 부당염매의 요건 중 '경쟁자배제의 우려'를

매우 폭넓게 인정함으로써 특히 일회적인 저가입찰행위에 대해서도 그 부당성을 인정하고 있는데(특히 서울고법 1997. 7. 31. 선고 96구21388 판결 참조), 이러한 경우는 차라리 법 제23조제1항 5호의 '사업활동방해'의 일 유형으로 보는 것이 합리적인 것으로 보인다.

뿐만 아니라 약탈가격을 통상거래가격을 기준으로 판단할 경우 시장지배적 사업자나 다른 경쟁사업자나 각기 서로 상이한 원가구조를 갖고, 그 결과 상이한 가격을 정하는 것이 시장원리에 부합함에도 불구하고 공정위는 개별 기업의 특성을 무시한 채 일률적으로 '통상거래가격'을 정상가격으로 간주하여 그보다 낮은 가격을 문제삼는 셈이 된다. 또한 현행법의 논리에 따르면 통상거래가격 이하의 가격이 남용으로 판단되는 경우에 생각할 수 있는 시정조치는 마땅히 통상거래가격으로의 인상일 것이다. 그러나 이는 공정위가 시정조치를 통하여 통상거래가격이라는 다분히 가상의 가격을 기준으로 과점시장의 가격수준을 인위적으로 일치시키는 것에 다름 아니라는 점에서 다분히 문제의 소지가 있다. 반면, 원가기준을 취할 경우에는 개개의 시장지배적 사업자의 비용구조에 따른 남용판단이 가능해질 뿐만 아니라, 당해 원가 이상으로 가격을 인상하라는 시정조치를 내릴 경우에는 공정위가 거래단계에서의 가격경쟁에 지나치게 개입하지 않게 된다는 이점이 있다. 더구나 시장지배적 사업자의 가격이 약탈적인 것인지를 판단하는 기준은 가능한 한 객관적이고 투명하게 산정 될 수 있는 것이어야 한다는 점을 고려할 때 통상거래가격 보다는 원가기준이 보다 합당할 것이다. 공정