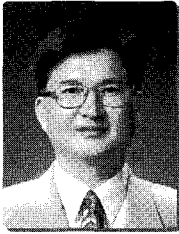


EU경쟁법상의 『사업자』



신 동 권

대통령 비서실 행정관, 법학박사

독점규제및공정거래법에관한법률을 적용하는데 있어 사업자의 개념은 매우 중요하다. 왜냐하면 동 법은 “사업자”를 법적용 대상으로 하고 있기 때문이다. 즉 “사업자”는 법적용에 있어 가장 기초되는 개념 중의 하나라고 할 수 있다. 그러나 실제로는 법 적용 대상 사업자인지 여부가 애매한 경우가 있으며, 이러한 문제는 EU 등 외국의 경쟁법 집행에서도 마찬가지로 논의된다. 본 글에서는 판례를 중심으로 EU에서의 논의를 간단히 소개해보고자 한다.

1. 머리말

“EU경쟁법”¹⁾하면 유럽공동체조약(이하 “조약”) 제81조의 카르텔 금지와 제82조의 시

1) 유럽을 통상 EU라고 부르고 있으나, 실제 유럽은 다층적 구조로 되어 있다. 유럽의 경제적 통합을 목적으로 하는

장지배적지위의 남용 금지 및 합병통제규칙을 들 수 있는데, 동 규정들은 기본적으로 사업자를 적용대상으로 하고 있다. 조약 제81조에 의하면 회원국간의 통상에 영향을 줄 우려가 있고 공동체시장내의 경쟁을 저해, 제한 또는 왜곡하는 것을 목적으로 하거나, 또는 그러한 효과를 초래하는 사업자간의 협정, 사업자단체에 의한 모든 결의 및 협조행위를 금지하고 있다. 또 조약 제82조에 의하면 시장지배적지위 남용 금지의 수범자는 공동체시장에서 혹은 그 중요한 부분에서 시장지배적지위를 갖고 있는 하나 또는 둘 이상의 사업자이며, 남용행위가 회원국간의 통상에 영향을 미치는 경우에는 공동체시장과 조화되지 않는다고 하여 금지하고 있다.

그러나 조약에서는 “사업자”의 개념에 대해서 구체적으로 규정하고 있지 않다. 따라서 EU법원(이하 “법원”)의 판결이나 EU집행위원회(이하 “위원회”)의 심결 등을 통하여 사업자의 개념에 대해 문제되는 몇 가지 쟁점들을 살펴보고 우리나라 독점규제법에서의 해석에 대하여도 간단히 언급하고자 한다. 법원의 판결²⁾에 의하면 사업자는 법적 형식이나 자금조달방식과 무관하게 경제적 활동을 영위하는 단일체를 의미하며³⁾ 여기에서 경제적 활동은 재화나 용역을 특정한 시장에 공급하는 모든 활동을 의미한다⁴⁾. 이러한 기준에 의

조약은 1951년의 석탄 및 철강공동체(ECSC, EGKS)조약 및 1958.1.1 발효한 로마조약, 즉 유럽경제공동체(BEC, EWG)조약 및 원자력공동체(Euratom)조약으로 되어 있다. 따라서 “유럽경제공동체”하면 ECSC(EGKS), EEC(EWG) 및 Euratom을 의미한다. 로마조약은 그 후 변화를 겪게 되는데, 1992년 마하스트리트에서는 새롭게 유럽연합(EU)조약이 발효하였고, 1997년 암스텔담조약, 2002년의 니스조약으로 발전해오고 있다. 1992년의 EU조약은 그간의 경제공동체 성격 외에도 유럽을 외교, 안보공동체차원으로 끌어 올리려는 목적을 갖고 있는 것이다. 따라서 유럽을 하나의 건물에 비유하면, 1992년의 EU조약을 지붕으로 삼아 하부에 3개의 경제공동체 개념이 지주를 형성하고 있는 구조로 되어 있었는데, 2002. 7월 석탄 및 철강공동체(ECSC)가 폐지됨으로써 현재는 두 개의 경제공동체만 남게 되었다. 통상 협의의 “유럽법”하면 상기의 조약들을 연구하는 학문을 의미한다. 이에 광의의 유럽법은 EFTA, OECD, 유럽인권조약 등을 포괄하는 개념으로 사용된다. 유럽법 중 경쟁법을 얘기할 때 정확하게는 경제공동체조약(ECC, EGV) 제81조 및 제82조라고 해야 하나, 1992년 마하스트리트조약 이후에는 경제공동체보다 상위개념으로 유럽연합(EU)이라는 개념이 사용되므로, 본 글에서도 EU라는 표현을 쓰기로 한다.

- 2) INAIL, EuGH Urt. v. 22. 1. 2002, Rs. C-218/00, WuW/E, EU-R 551, Tz. 22; Höfner u. Elser, EuGH Urt. v. 23. 4. 1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, 2061 Tz. 21; Kommission/Italien, EuGH, Urt. v. 18. 6. 1998, Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3895, Tz. 36; Kommission/Italien, EuGH, Urt. v. 16. 6. 1987, Rs. 118/85, Slg. 1987, 2621, Tz. 7; Aeroports de Paris (ADP)/Kommission(이하: “ADP”), EuGH Urt. V. 24. 10. 2002, Rs. C-82/01 P, WuW/E, EU-R 598, Tz. 75.
- 3) Vgl. Jung, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar I* (2002), Art. 82 EGV, Rn. 21; *Langen/Bunte*, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band 1 (2001), Art. 82, Rn. 4; *Pohlmann, Petra*, *Der Unternehmensverbund im europäischen Kartellrecht*, S. 35.,
- 4) Kommission/Italien, EuGH, Urt. v. 18. 6. 1998, Rs. C-35/96, Slg. 1998 I-3896, Tz. 36;

하면 소비자나 노동자⁵⁾ 또는 비경제적이고 고권적인 활동은 조약 제81조 및 제82조의 적용범위에서 제외되게 된다⁶⁾. 그런데 경제적 활동과 비경제적 활동의 구분은 매우 유동적이다. 법원은 이에 대해 경제적 활동의 범위를 다음과 같이 넓게 해석하고 있다. 예를 들어 “Ambulanz Glöckner” 사건⁷⁾에서 응급 및 환자수송수행을 경제적 활동으로 인정하였다⁸⁾. 1인 사업자나 자유직업자⁹⁾ 역시 사업자가 될 수 있으며, 또한 변호사협회도 경제적 활동을 영위하는 경우 사업자개념에 포함될 수 있다¹⁰⁾. 그러나 노동자는 근로관계가 지속되는 동안 기업에 편입되고 그 기업과 경제적 동일체가 되기 때문에 “사업자” 개념에 해당되지 않는다고 본다¹¹⁾. 이하에서는 사업자 개념을 둘러싼 몇 가지 쟁점에 대해 살펴보기로 한다.

II. 몇 가지 쟁점

1. 공기업의 사업자성

조약에서 “공기업”의 개념은 규정하고 있지 않다. 그러나 “회원국과 공기업간의 재정관계의 투명성지침”¹²⁾ 제2조에서는 “국가가 소유권, 지분보유, 정관 및 당해 사업자를 규율하

Kommission/Italien, EuGH, Urt. v. 16. 6. 1987, Rs. 118/85, Slg. 1987, 2621, Tz. 7; INAIL, EuGH Urt. v. 22. 1. 2002, Rs. C-218/00, WuW/E, EUR 551, Tz. 23.

5) *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar I (2002), Art. 81 EGV, Rn. 60.

6) *Lange, Knut Werner*, WuW 2002, 954.

7) *Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz* (이하: “Ambulanz Glöckner”), EuGH, Urt. v. 25. 10. 2001, Rs. C-475/99, WuW/E, EU-R 483.

8) *Ambulanz Glöckner*, EuGH, Urt. v. 25. 10. 2001, Rs. C-475/99, WuW/E, EU-R 485, Tz. 20.

9) 예를 들어 *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar I (2002), Art. 81 EGV, Rn. 56; *Weiß*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag (2002), Art. 81 Rn. 32; *Rittner, Fritz*, Wettbewerbs- und Kartellrecht (1999), S. 154; *Emmerich, Volker*, Kartellrecht (2001), S. 16 ff.; *Wouters/Nederlandes Orde van Advocaten* (이하: “Wouters”), EuGH, Urt. v. 19. 2. 2002, Rs. C-309/99, WuW/E, EU-R 533, Leitsätze: “네덜란드 변호사협회가 제정한 1993년의 공동작업규정 같은 자유직업 종사자간의 공동작업에 관한 규정은 제81조(구 제85조)의 사업자단체의 결의로 보아야 한다”.

10) Vgl. *Wouters*, EuGH, Urt. v. 19. 2. 2002, Rs. C-309/99, WuW/E, EU-R 542, Tz. 112.

11) Vgl. *Becu*, EuGH, Urt. v. 16. 9. 1999, Rs. C-22/98, WuW/E, EU-R 269, Tz. 26.

12) Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten

는 다른 규정을 통하여 직접 또는 간접으로 지배적인 영향을 행사할 수 있는 사업자”로 정의되어 있다¹³⁾. 동조에서는 지배적인 영향력 행사는 공시된 자본의 과반수를 소유하는 경우, 지분과 관련된 의결권의 과반수를 행사하는 경우 및 경영, 생산 및 감독조직의 과반수 이상을 차지하는 경우에는 직·간접적 지배적 영향력을 행사하는 것으로 추정한다. 법원의 판결에 의하면 그 정의는 오직 이 지침에만 배타적으로 적용된다¹⁴⁾. 그럼에도 불구하고 이는 다른 경우에도 해석의 실마리를 제공할 수 있다¹⁵⁾고 본다.

공기업도 조약 제81조나 제82조의 수범자가 될 수 있다. 조약 제86조에 의하면 회원국에게 공기업이나 법적으로 특권을 가진 사업자와 관련, EU경쟁규범에 반하는 행위를 해서는 안 된다는 의무를 부과하고 있다(제1항)¹⁶⁾. 특정 사업자와 관련, 회원국이 그에게 특별한 혹은 배타적인 권한을 부여한 경우 공기업과 동일시된다¹⁷⁾. 일반적으로 경제적 이익에 기여하는 역무를 위임받은 사업자의 경우¹⁸⁾ 혹은 재정적 독점의 성격을 가진 사업자에게는 그 규정의 적용이 그에게 부과된 특별한 과제의 수행에 법적이거나 사실적 제한이 되지 않는 범위에서 조약의 규정, 특히 경쟁규범의 적용을 받는다(제2조)¹⁹⁾. 조약 제86조는 제82조

und den öffentlichen Unternehmen (이하: "Transparenzrichtlinie"), ABIEG 1980 L 195/35, geändert durch die Richtlinie 85/423/EWG (ABIEG 1985 L 229/20), die Richtlinie 93/84/EWG (ABIEG 1993, L 254/10) und die Richtlinie 2000/52/EG (ABIEG 2000, L 193).

13) Transparenzrichtlinie, ABIEG 1980, Nr. L 195/35, Art. 2.

14) Frankreich, Italien u. Vereinigtes Königreich/Kommission, EuGH, Urt. v. 6. 7. 1982, verb. Rs. 188-190/80, Slg. 1982, 2578, Tz. 24.

15) Jung, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag (2002), Art. 86, Rn. 12; Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag (1999), Artikel 90, Rn. 9.

16) Vgl. Jung, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag (2002), Art. 86, Rn. 18, 또는 Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag (1999), Artikel 90, Rn. 38; "Ambulanz Glöckner" 사건에서 법원은, 보건조직(Sanitätsorganisationen)이 응급환자수송시장에서 지배력을 갖고 그 지배력이 공동체시장의 중요한 부분에서 존재하며, 문제된 시장에서의 국내법 규정이 당해 회원국 이외의 장소에 소재하는 사업자로 하여금 병원수송차를 운영하는 것을 방해하거나 사업소를 두는 것을 방해하는 것이 확실한 경우에는 그 규정은 제82조 관련 제86조제1항에 위배된다고 판시하였다. 이에 대해서는 Ambulanz Glöckner, EuGH, Urt. v. 25. 10. 2001, Rs. C-475/99, WuW/E, EU-R 483, Leitsätze Nr. 3 u. 488, Tz. 50.

17) Vgl. Ambulanz Glöckner, EuGH, Urt. v. 25. 10. 2001, Rs. C-475/99, WuW/E, EU-R 485, Tz. 22.

18) 예를 들면 보건조직, 이에 대해서는 Ambulanz Glöckner, EuGH, Urt. v. 25. 10. 2001, Rs. C-475/99, WuW/E, EU-R 489, Tz. 55.

19) Art 86 Abs. 2 EG; 국가에 대한 의존적 관계에서 볼 때 제86조제2항의 사업자도 공기업으로 볼 수 있다는 점에 대해서는 Jung, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag (2002), Art. 86,

와 관련하여 직접적인 효력을 미친다²⁰⁾. 그런데 공기업의 모든 활동이 조약 제82조에 해당되는 것은 아니다. 왜냐하면 전술한 바와 같이 고권적이고 비경제적인 활동은 해당되지 않고²¹⁾, 오로지 경제적이고 사실행위적 성격이 사업자성을 결정하기 때문이다²²⁾.

경제적 행위와 고권적 행위의 구분은 매우 어렵다. “Italien/Kommission” 사건에서 법원은 이용규정에 따른 장거리우편요금의 결정행위를 경제적 활동으로 판시하였다²³⁾. “ADP” 사건에서는 항공사에 대해 사용료를 받고 공항시설을 사용하게 하는 것, 그리고 다양한 서비스를 제공하는 것을 경제적 활동으로 보았다²⁴⁾. 이에 반해 “SAT” 사건에서는 국가의 영공을 감시하는 행위는 전형적인 고권적 활동으로 보았다²⁵⁾.

“필수설비이론”의 적용에 있어서도 공기업은 적용된다. “Hafen von Rödby” 사건에서 당사회사인 “DSB”는 교통부장관의 감독을 받고 예산이 재정관련법령에 의해 공표되는 공기업이었다²⁶⁾. 위원회는 “AENA” 사건에서 “AENA”는 스페인 예산법령에 의해 설립되었고 사용료를 받고 공항시설을 사용케 하는 것이 주된 업무인데, 이는 조약 제86조제1항에 의한 공기업이고 조약 제82조의 사업자에 해당한다고 보았다²⁷⁾. 공기업이나 독점기업이 조약 제82조에 반하는 조치를 취하는 경우 이러한 행위는 조약 제86조에 위반된다. 이 경우 위원회는 결정이나 기준을 통하여 회원국에게 조치하고²⁸⁾ 추가적으로 사업자를 대상으로 절차를 진행할 수가 있다.

Rn. 14: 에너지산업에서의 제86조제2항의 의미에 대해서는 Rinne, Alexander, Die Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe (1998), S. 51 ff.

20) max.mobil Telekommunikation Service GmbH gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaft (im folgenden: “max. mobil”), EuG, Urt. v. 30. 1. 2002, Rs. T 54/99, EuGRZ 2001, 267, Tz. 17; Höfner u. Elser, EuGH Urt. v. 23. 4. 1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-2015, Tz. 16: “공적-법적인 노동청이 갖고 있는 직업알선의 독점이 제86조제2항의 고려하에 제82조의 지배적지위의 남용이 되는지 여부”.

21) Vgl. Benicke, Christoph, EWS 1997, 373.

22) Vgl. Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht Band 1 (2001), Art. 82, Rn. 4; Wiedemann, Gerhard, Handbuch des Kartellrechts (1999), 22, Rn. 4; Höfner u. Elser, EuGH Urt. v. 23. 4. 1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-2016, Tz. 22.

23) Italien/Kommission, EuGH, Urt. v. 20. 3. 1985, Rs. 41/83, Slg. 1985, 885 Tz. 16 ff.

24) ADP, EuGH Urt. V. 24. 10. 2002, Rs. C-82/01 P, WuW/E, EU-R 599, Tz. 78.

25) SAT Fluggesellschaft (이하: “SAT”), EuGH, Urt. v. 19. 1 1994, Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-63, Tz. 30.

26) Hafen von Rödby, Komm., Entsch. v. 21. 12. 94, ABIEG 1994, Nr. L55/52, Tz.3 u. L/55/54, Tz. 6.

27) AENA, Komm., Entsch. v. 26.7.2000, ABIEG 2000, Nr. L 208/38 Tz.12, 208/40 Tz.30.

28) 이러한 측면에서 조약 제83조제3항에 의거, 유럽경쟁법은 사업자뿐만 아니라 회원국 자신에게도 적용된다고 볼 수 있다.

2. 국가의 경제적 활동

국가 역시 “사업자”로서 경제적 활동에 참가할 수 있다²⁹⁾. 여기에서 우선 국가가 공기업으로 인정될 수 있느냐 하는 점이 문제된다. 법원은 투명성지침 제2조의 해석의 관점에서 이 문제를 다루고 있다³⁰⁾. 다만 동 규정의 문언에 의하면 투명성지침 제2조의 사업자가 법적으로 독립적인 공기업을 의미하는지³¹⁾ 혹은 국가가 공기업으로 인정되는지 여부가 불투명하다. 법원은 “Kommission/Italien” 사건에서 투명성지침 제2조의 공기업규정에 나타나는 “공공기관”과 “공기업” 간의 구별은, 국가가 공공기관으로서 뿐만 아니라 시장에서 상품과 용역을 제공하는 방식으로도 행동할 수 있다는 점에서 나오는 것이라는 입장이다³²⁾. 그래서 법원은 재무행정기관인 “AAMS”를 투명성지침 제2조의 공기업으로 인정한 바 있다³³⁾.

둘째 국가가 조약 제82조의 사업자로 인정되느냐 하는 점이다. “Höfner u. Elser” 사건에서 법원은 독일 연방노동청을 통한 직업알선행위를 경제적 활동으로 보아 제82조의 적용을 받는다고 보았는데 그 이유는 사적인 직업알선행위가 가능하기 때문이다. 그러나 국가의 모든 행위가 사업자의 개념에 포함되지는 않는다. 예컨대 공동의 항공안전을 위한 기관의 사업자성이 인정되지 않았으며³⁴⁾ “Hafen von Guana” 사건에서 국가로부터 환경감시를 위탁받은 이태리 주식회사³⁵⁾의 감시행위도 사업자성이 부인되었다. 결정적인 것은 고권적인 행위로 인정되느냐 하는 것이다³⁶⁾. 고권적 행위와 경제적 활동의 구분의 중요한 징

29) 상세한 설명은 *Ulmer, Peter*, ZHR 146 (1982), 467 ff.; vgl. *Mestmäcker, Ernst-Joachim*, in: *FIW* (Hrsg.), *Erfahrungen mit der Privatisierung von Monopolunternehmen* (1999), S. 71.

30) Vgl. *Kommission/Italien*, EuGH, Urt. v. 16. 6. 1987, Rs. 118/85, Slg. 1987, 2599 u. 2620 Tz. 1 ff.; 동 사건에서는 국가행정으로 분류되는 AAMS의 지침 적용가능성이 문제되었다.

31) “Kommission/Italien” 사건에서의 이태리정부의 주장, *Kommission/Italien*, EuGH, Urt. v. 16. 6. 1987, Rs. 118/85, Slg. 1987, 2522, Tz. 9.

32) *Kommission/Italien*, EuGH, Urt. v. 16. 6. 1987, Rs. 118/85, Slg. 1987, 2621, Tz. 7; *Asia Motor France IV*, EuG, Urt. v. 26. 10. 2000, Rs. T-154/98, WuW/E EU-R 386 ff.; 동 사건에서 “국가의 수입할당행위”의 사업자성을 인정하였다.

33) *Kommission/Italien*, EuGH, Urt. v. 16. 6. 1987, Rs. 118/85, Slg. 1987, 2623, Tz. 16; AAMS는 담배시장에서 상품과 용역을 제공함으로써 경제생활에 참여한다. 그리고 국가로부터 독립된 법인격을 갖고 있지 않다.

34) Vgl. *SAT*, EuGH, Urt. v. 19. 1. 1994, Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-63, Tz. 30.

35) Vgl. *Diego Cali & Figli*, EuGH, Urt. v. 18. 3. 1997, Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1588, Tz. 22 f.

36) *Schwarze, Jürgen*, EuZW 2000, 615; *Lange, Knut Werner*, WuW 2002, 958.

표는 문제가 된 행위가 전통적으로 국가에 귀속되느냐 하는 것이다³⁷⁾. 그러나 국가에 귀속한다고 하여 모든 경우에 경제적 성격이 부정되지는 않는다. 앞의 “Höfner u. Elser” 판결에서 본 바와 같이 직업알선행위가 공적-법적인 기관에 의해 수행된다는 사실이 그 활동의 경제적 성질을 부정하는 것은 아니다. 직업알선행위는 항상 공공기관에 의해 이루어지는 않기 때문이다³⁸⁾. 중요한 것은 오히려 활동이 산업이나 상업적인 방법으로 행해지는지 그리고 사기업과 (잠재적인) 경쟁관계에 놓여있는지 여부에 달려 있다³⁹⁾.

문제되는 것은 조약 제82조를 사회적 성격의 기관에까지 적용할 수 있는가 하는 점인데 최근 법원이 이에 대해 여러 번 다룬 바 있다⁴⁰⁾. 그 중 “INAIL” 사건에서 법적으로 산업재해나 직업병에 대한 보험시스템을 위임받은 기관의 사업자성을 부정하였다⁴¹⁾. 즉 법원은 그 활동이 경쟁법의 적용을 받는 경제활동이 아니라고 판시하였다⁴²⁾. 왜냐하면 INAIL로부터 운영되는 시스템의 핵심적인 징표인 급부와 보험료의 액수가 국가의 감독하에 놓여 있고 동 시스템의 특징으로서 재정적인 균형이나 연대성원칙⁴³⁾의 적용을 위해 의무가입이 필수적이기 때문이다⁴⁴⁾. 즉 법원은 사회연대성원칙이 적용되는 경우에는 경쟁법 적용영역이 아니라고 보고 있다.

3. 공동의 시장지배

조약 제82조에는 둘 또는 다수사업자의 공동의 시장지배를 규정하고 있다⁴⁵⁾. 둘 또는 다수의 사업자가 경제적 단일체로서 공동으로 책임을 질 수 있나 하는 점이 문제되는데 위원회의 견해에 따르면 하나의 그룹에 속하는 두 개의 회사는 경제적 단일체를 형성하는 경우

37) Vgl. SAT/Eurocontrol, EuGH, Urt. v. 19. 1. 1994, Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-63, Tz. 31.

38) Vgl. Höfner u. Elser, EuGH Urt. v. 23. 4. 1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-2016, Tz. 22.

39) Vgl. Schwarze, Jürgen, EuZW 2000, 615; ADP, EuGH Urt. V. 24. 10. 2002, Rs. C-82/01 P, WuW/E, EU-R 599, Tz. 82; Diego Cali & Figli, EuGH, Urt. v. 18. 3. 1997, Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1587, Tz. 16.

40) 상세한 설명에 대해서는 Schwarze, Jürgen, EuZW 2000, 615 ff Lange, Knut Werner, WuW 2002, 959 ff.

41) INAIL, EuGH Urt. v. 22. 1. 2002, Rs. C-218/00, WuW/E, EUR 551, Leitsatz.

42) INAIL, EuGH Urt. v. 22. 1. 2002, Rs. C-218/00, WuW/E, EUR 551, Leitsatz u. 552, Tz. 45.

43) 이 원칙은 급부가 기여금과 비례하지 않는다는 점을 말해준다.

44) INAIL, EuGH Urt. v. 22. 1. 2002, Rs. C-218/00, WuW/E, EUR 551, Leitsatz u. 551, Tz. 44.

45) 합병통제 분야에서의 공동의 시장지배에 대해서는 Airtours/Kommission (이하: “Airtours”), EuG, Urt. v. 6. 6. 2002, Rs. T-342/99, WuW/E, EU-R 559 ff.

하나의 사업자로 된다⁴⁶⁾. 법원 역시 공동체시장에서 지배적지위를 가지고 그들의 행위가 하나의 행동으로 나타나는 경우 하나의 경제적 단일체로 취급되어야 하고 공동으로 책임을 져야 한다고 한다⁴⁷⁾.

그러나 집단적인 혹은 공동의 시장지배는 관련시장에서 서로 독립적인 사업자들의 시장 지배적지위를 의미한다⁴⁸⁾. 이는 “경제적 단일체”의 개념과는 구별된다. 경제적 단일체는 공동의 시장지배가 아니라, 단독의 시장지배를 형성하기 때문이다⁴⁹⁾. 독일경제제한방지법 제19조제2항과는 달리 조약은 공동의 시장지배 개념에 대한 정의규정이 없다. 그러나 유럽경쟁법에서도 공동의 시장지배에서는 관련시장에서 사업자 내부적으로 유효경쟁이 결여되어야 하고 사업자들이 관련시장에서 집단적인 통일체로서 나타나야 한다. 그러나 사업자들 사이에 합의나 다른 법적인 구속은 필수적인 것이 아니다⁵⁰⁾. “Hafen von Rödby” 사건에서 DB와 DSB는 법적인 구속없이 공동으로 수수료를 결정하고, 시간계획을 조정하고, 공동으로 상품화하여 과점적 시장지배를 하고 있는 것으로 인정되었다⁵¹⁾.

요약하자면, 외부경쟁에서의 “집단적 통일체로서의 행위” 및 내부관계에서의 “경제적 결합”이 공동의 시장지배의 특징적 징표라 할 수 있다. 충분한 경제적 결합은 과점적 시장상

46) “Sealink-II” 사건에서 위원회는 다음과 같이 실시하였다: 1. SSL은 SSP 지분의 55%를 갖고 있고, 2. SSL과 SSP는 1990년부터 Stena Line AB (“Stena-Gruppe”) 그룹에 속해 있으며, 3. SSL과 SSP는 하나의 경제적 단일체를 형성한다. 왜냐하면 같은 “Company Secretary”와 같은 “Board of Directors” 구성원을 갖고 있고 SSL의 전문가가 SSP의 영업활동에 대해 상당한 영향력을 행사하기 때문이다. 4. 양사업자 사이에 구별할 필요가 없다면 대체로 “Sealink”로 나타난다. Sealink-II, Komm. Entsch. v. 21. 12. 1994, ABIEG 1994, Nr. L 15/9, Tz. 5., 6., 7., u. 8.

47) Commercial Solvents, Urt. v. 6. 3. 1974, verb. Rs. 6/773, Slg. 1974, 255, Tz. 36 u. 37: 예를 들면 하나의 콘체른에 속하는 영업자들, 이에 대해서는 vgl. Ahmed Saeed Flugreisen u. a./Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs (이하: “Ahmed Saeed”), EuGH, Urt. v. 11. 4., Rs. 66/86, Slg. 1989, 848, Tz. 35 Jung, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar I (2002), Art. 82 EGV, Rn. 24.

48) Haupt, Heiko, EWS 2002, 362.

49) Vgl. Bronnett, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts (1999), 22 Rn. 26; PCB/M/Kommission (이하: “PCBM”), EuGH, Urt. v. 16. 3. 2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96, WuW/E EU-R 311, Tz. 36: “둘 혹은 다수의 법적으로 독립적인 경제적 단일체”.

50) PCB/M, EuGH, Urt. v. 16. 3. 2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96, WuW/E EU-R 311, Tz. 36: Airtours/First Choice (이하: “Airtours”), Komm. Entsch. v. 22. 9. 1999, WuW/E, EU-R 437, Leitsätze, Nr. 1: CEWAL, COWAC, UKWAL, Komm., Entsch. v. 23. 12. 1992, ABIEG 1993, Nr. L 34/20 ff.: Zugangsmittlung, ABIEG 1998, Nr. C 265/13, Tz. 76 f.

51) Vgl. Hafen von Rödby, Komm., Entsch. v. 21. 12. 1993, ABIEG 1994, Nr. L 55/55, Tz. 11.

황에서와 같이 상호의존성이 존재할 때 인정된다⁵²⁾. 이러한 측면에서 “집단적인” 혹은 “공동의” 시장지배는 실무적으로 “과점적” 시장지배와 동일시된다⁵³⁾. 과점은 소수의 시장참가자가 비슷한 시장력을 갖고 있는 시장구조를 의미한다. 과점사업자간에는 실질적 경쟁이 존재하지 않는다. 내부적 경쟁을 판단하기 위해서는 시장구조, 시장단계, 시장발전 및 변동에 대한 면밀한 조사가 필요하다. 또 하나의 문제는 인식있는 평행행위가 좁은 의미의 과점에 적용되는가 하는 점이다⁵⁴⁾.

4. 역외사업자의 문제

EU경쟁법을 적용하는데 있어 기본적으로 속지주의원칙이 지배한다. 그래서 조약의 수범지는 공동체내에 활동하는 모든 사업자가 된다. 문제되는 것은 유럽공동체의 고권적 영역 밖에 소재하는, 그러나 공동체시장에서 영향을 미치는 사업자 역시 수범자인가 하는 점이다. 이러한 유럽경쟁법의 역외적용은 국경을 초월하는 경제적 관계와 인터넷을 통해 글로벌화된 경제질서에서 매우 중요한 의미를 갖는다⁵⁵⁾. 이른바 효과주의원칙은 위원회⁵⁶⁾ 그리고 문헌⁵⁷⁾에서 지지를 받고 있으나 법원이 명시적으로 인정하고 있지는 않다⁵⁸⁾.

경쟁법의 역외적용 문제와 관련해서는 1945년 미국이 “ALCOA” 판결⁵⁹⁾에서 효과주의(Wirkungsprinzip)를 적용하여 인정하였으나 1976년의 “Timberland and Mannington Mills” 판결⁶⁰⁾에서는 상대방국가의 항변(rule of reason, 이익형량)을 인정하는 수정된 효

52) Zugangsmittelung, ABIEG 1998, Nr. C 265/13 Tz. 79.

53) Haupt, Heiko, EWS 2002, 362; Airtours, Komm. Entsch. v. 22. 9. 1999, WuW/E, EU-R 437, Leitsätze, Nr. 1; Airtours, EuG, Urt. v. 6. 6. 2002, Rs. T-342/99, WuW/E, EU-R 559, Leitsätze Nr. 1.

54) Montag, Frank/Leibenath, Christoph, EWS 1999, 282.

55) 경쟁정책의 글로벌라이제이션에 대해서는 Erb/Jahraus/Mummert/Schulz/Voigt, Konsequenzen der Globalisierung für die Wettbewerbspolitik (2000).

56) Vgl. Zellstoff, Komm., Entsch. v. 19. 12. 1984, ABIEG 1985, Nr. L 85/14, Tz. 79.

57) Vgl. 예를 들어 Lange, Knut Werner, WuW 2002, 955; Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag (1999), Artikel 86, Rn. 30.

58) Weiß, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag (2001), Art. 81, Rn. 9; Lange, Knut Werner, EWS 2000, 292; 그러나 Ahlström u. a./Kommission, EuGH Urt. v. 27. 9. 1988, Rs. 89/85 u. a., Slg. 1988, 5243, Tz. 14 ff.: “위원회가 공동체 밖에 소재하는 사업자에 대해 EWG조약의 경쟁규범을 적용한 경우 조약 제85조의 지역적 범위를 잘못 판단한 것으로 볼 수 없다”.

59) U.S. v. Aluminium Co. of America (2nd Cir.1945) 148 F. 2d 416.

60) Timberland Lumber Co. v. Bank of America 549 F. 2d 597 (9th Cir.1976).

과주의이론을 채택하였다. 그러나 이러한 예양원칙(rule of comity)은 최근 판결⁶¹⁾에서 다시 부정되고 있으며, 다시 효과주의이론으로 회귀하고 있는 경향이다.

위원회에서는 1988년 “Zellstoff” 사건⁶²⁾에서 효과주의를 적용하여 미국과 핀란드에 있는 섬유제조업자에 대해 과징금을 부과하였다. 이에 대해 사업자들은 유럽공동체의 경쟁규범은 공동체 외의 제3국에는 적용되지 않는다는 이유로 조약 제230조에 의거 무효소송을 제기하였다. 위원회는 주로 속지주의원칙을 인정하였지만 보완적으로 효과주의원칙, 즉 미국법에서 유래한 수정된 효과주의이론을 주장하였다. 이에 대해 법원은 명시적으로 효과주의를 채택하지는 않았고 자회사가 공동체영역에 소재하지 않음으로써 “Farbstoff” 판결⁶³⁾에서 유래하는 “경제적 단일체이론(Unternehmenseinheit)”⁶⁴⁾도 적용하지 않았다. 그 대신 법원은 국제법적으로 공인된 속지주의원칙을 고수하면서, 가격카르텔이 공동체시장 내에서 실행되었다는 점(Durführung)에 착안, 실행지이론을 채택하였다. 왜냐하면 제품의 소비자가 공동체시장내에 존재했기 때문이다. 어쨌든 법원이 동 판결을 통해 역외적용 관련 근본적인 모순을 해결하지는 못한 것으로 평가되고 있다. 이러한 이론은 유럽 16개 국가의 41개 사업자⁶⁵⁾와 사업자단체가 연루된 EU1심법원(EuG)의 “Zementkartell” 판결⁶⁶⁾로 이어진다.

역외적용 문제는 카르텔뿐만 아니라 기업결합분야에서 더욱 문제가 된다. 위원회는 “Boeing/McDonnell” 사건⁶⁷⁾에서 미국의 항공기제조회사인 Boeing과 McDonnell사에 대한 역외적용을 인정하였는데 그 근거로 합병통제규칙 제1조에서 규칙의 적용범위를 공동체내에서의 매출액에 두고 있지 사업자의 소재지를 기준으로 하고 있지 않는 점을 들고 있다. “Gencor” 사건⁶⁸⁾은 남아프리카의 Genkor유한회사와 영국의 Lonrho주식회사의 기업

61) 예를 들어 U.S. v. Nippon Paper Industrie Co. 109 F.3d 1 (1st Cir.1997), cert. Denied, 118 S.Ct.685(1998); Hartford Fire Insurance Co v. California, 509 US 764 (1993): “Comity is more a matter of grace than a matter of obligation. We see no tenable reason why principle of comity should shield(Nippon Paper) from prosecution”.

62) Ahlström u. a./Kommission, EuGH Ur. v. 27. 9 1988, Rs. 89/85 u. a., Slg. 1988, 5243, Tz. 14 ff.

63) Farbstoff, EuGH, Ur. v. 14.7, Rs. 48/49, ICI v. Kommission, Slg. 1972, S. 619.

64) 동 이론을 활용하면 법원은 콘체른으로 연결된 외국 모회사의 유럽 자회사의 카르텔법 위반행위에 대해 책임을 지을 수 있다.

65) 이 중 2개사(Aker와 Euroc)는 노르웨이와 스웨덴 회사로서 EU에 속하지 않았다.

66) Zementkartell, EuG, Ur. v. 15.3.2000, Rs. T-25/95, Slg. 2000, II-491, WuW/E EU-R 213.

67) Boeing/McDonnell, Komm., Entsch. v. 30.7.1997, Abl. Nr. L. 336, S. 16, WuW/E EU-V 7.

68) Gencor, Komm., Entsch. v. 24.4.1996, Abl. Nr. L 11 S.30.

결합사건이었는데 위원회는 백금 및 로듐시장에서의 지배적인 복점시장의 형성을 이유로 기업결합을 승인하지 않았다. 이에 대해 Genkord와 Lonrho사는 제3국 관련 기업결합으로서 합병통제규칙의 적용범위에 해당되지 않는다는 이유로 법원에 소를 제기하였다. 위원회는 국적주의에 입각해 Lonrho사가 공동체 회원국에서 설립된 회사라고 주장하였으며, 한편 Zellstoff 판결에 의해 사실상 효과주의가 인정되고 있다고 해석하였다. EU1심법원은 판매를 통하여 “실행(Durchführung)”이 공동체내에서 있었다면 합병통제규칙 제1조의 매출액기준에 포함될 수 있고 공동체 차원에서 의미있는 기업결합이라고 보았다. 법원은 효과주의를 긍정하면서 1988년의 Zellstoff 판결에서 EU법원이 실행주의를 통해서 엄격한 속지주의를 포기하였다고 언급하였다.

결론적으로 요약하면, Zellstoff 판결과 이어진 판결에서 볼 때 아직 EU의 법집행이 실행주의에서 크게 벗어나 있지는 않다. 기업결합 사건인 Genkor 판결에서 효과주의를 긍정하였는데 이는 일반적인 카르텔 사건에의 적용가능성을 높일 수 있을 것이다.


Ⅲ. 우리나라 독점규제법상 사업자의 해석

우리나라 독점규제법(이하 “법”)을 적용하는데 있어서도 위에서 언급한 쟁점들이 대부분 문제될 수 있다. 다만 여기에서는 사업자 개념에 대해서만 간략히 살펴보기로 한다. 우리나라의 경우 사업자의 정의에 대해 법에 명문규정을 두고 있다. 즉 법 제2조(정의) 1.에서 “사업자라 함은 제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를 말한다. 사업자의 이익을 위한 행위를 하는 임원·종업원·대리인 기타의 자는 사업자단체에 관한 규정의 적용에 있어서는 이를 사업자로 본다”고 규정하고 있다. 그러나 이는 사업자의 종류만 소개하고 있을 뿐 구체적 개념은 담고 있지 못하다. 따라서 법상 사업자를 어떻게 개념지울 것인가 하는 문제는 여전히 남는다. 우리나라에서는 독점규제법이 시행된 이래로 사업자개념에 대해 직접적으로 다룬 심결이나 판례는 몇 개에 지나지 않는다.

학설에서는 대체적으로 사업의 개념은 “타인에게 일정한 경제적 이익을 제공하고 이에 상응하는 반대급부를 받는 행위, 즉 경제활동을 계속적 또는 반복적으로 하는 것”으로 본

69) 권오승, 경제법, 법문사, 1999, 137면.

다⁶⁹⁾. 이때 사업은 반드시 영리를 목적으로 하지 않아도 되는 것으로 본다. 공정거래위원회도 이와 유사한 입장을 취한다⁷⁰⁾. 한편 의사회, 법무사회, 건축사협회 등 단체도 사업자단체로 인정하고 독점규제법을 적용한다. 따라서 의사, 건축사, 변리사 등 자유직업자도 사업자에 해당한다고 보아야 한다. 한편 고등법원⁷¹⁾은 서울시와 전동차제작회사(현대차량 주식회사)간의 전동차납품계약에 있어서 서울시(지방자치단체)의 사업자성을 부인하였으나, 대법원⁷²⁾은 사업자를 “사경제의 주체로서 타인과 거래행위를 하는 자”로 정의하고 국가나 지방자치단체도 그 범위내에서 사업자에 포함된다고 판시하고 있다. 학설과 공정거래위원회는 “대가성·계속성·반복성” 여부에 두고 있으며, 대법원은 “사경제성” 여부에 중점을 두고 있다. 대법원의 태도는 EU법원의 판결과 유사한 형식을 취하고 있다. 여기서 문제는 학설이나 공정거래위원회에서 정의하는 사업자의 개념과 대법원의 태도 사이에 어떤 차이가 있느냐 하는 점이다. 즉 일회성거래에 대해서도 사업자성을 인정할 수 있는가 하는 것이 문제될 수 있는데 대법원은 학설이나 공정위에서 요구하는 대가성, 즉 경제활동의 계속성, 반복성을 요구하지 않음으로써 사업자성을 더 넓게 보는 것으로 해석할 수 있다. 그러나 “사경제성”의 의미에 대부분은 대가성이나, 계속성 및 반복성도 어느 정도 포함되어 있다고 본다면 개념상 큰 차이가 있다고 보기는 어려운 점도 있다.

중요한 것은 사업자 개념의 기능적 해석을 통해서 어떤 행위가 경쟁에 미치는 효과에 착안함으로써 경쟁의 효율적 보호가 담보될 수 있다⁷³⁾는 점이다. 

70) 대한건축사협회의 이의신청에 대한 건, 공정위 재결 제87-1호(1987.3.25): “사업”이라 함은 통계법에 의하여 경제기획원장관이 고시하는 한국표준산업분류 중 위의 업에 해당하는 경제행위를 계속하여 반복적으로 행하는 것을 의미하며 이는 어떤 경제적 이익의 공급에 대하여 그것에 대응하는 경제적 이익의 반대급부를 받는 행위를 말하고, 반드시 영리목적으로 하지 않아도 되며, “영위”한다는 것은 자기계산하에 사업을 경영한다는 의미이고, 사업자의 업무가 법령에 의하여 규정되어 있는지의 여부 및 그 목적의 공익성 여부는 사업자성 판단과 관계 없음.

71) 서울고판 1989.12.19, 88나18295.

72) 대법원 1990.11.23 선고 90다카3659.

73) Dreher, Meinrad, in: 경쟁법연구 (2002), S. 33.