

미국과 EU의 시장지배적 지위 남용 규제 비교

이석준 | 법무법인 율촌 미국변호사

세계화의 진전에 따라 카르텔 규제 및 기업결합 심사에 대한 국가간 협력 및 수렴화가 크게 진전을 보고 있는 데 반해 시장지배적 지위 남용에 대한 규율은 각국간에 상당한 차이가 있다. 특히, 최근에 미국과 EU는 시장지배적 지위 남용행위에 대한 규율에 있어서 확연히 대조되는 접근을 보이고 있다.

EU는 시장지배적 지위 남용행위 규율에 있어 매우 적극적인 반면 미국은 소극적인 입장을 보이고 있다. 이는 최근에 EU 경쟁당국이 마이크로소프트사의 시장지배적 지위 남용행위를 문제삼은데 이어 인텔사, 퀄컴사 등의 시장지배적 지위 남용행위에 대해 적극적인 조사를 벌이고 있는 데 반해 미국은 마이크로소프트 사건에서도 연방항소법원이 소극적인 판결을 내린 데 이어 인텔이나 퀄컴사에 대해 경쟁당국이 조사를 개시하지 않고 있다. 이와같은 양 경쟁당국간의 접근태도의 차이는 미국의 경우 사적집행이 활성화되어 있고 EU는 그렇지 못한데 기인하는 측면도 있지만 무엇보다도 시장지배적 지위 남용행위에 대한 기본시각이 다른 데 있다고 보여진다. 미국의 경우 시장지배적 지위 남용과 같은 단독기업의 행위의 경우 경쟁적 행위와 반경쟁적인 행위를 구분하기 어렵고 반경쟁적 행위로 보이는 경우에도 경쟁촉진효과를 수반하기 마련이기 때문에 경쟁당국은 시장지배적 지위 남용행위를 규율하는 데 매우 신중해야 한다는 것이다. 이에 반해 EU는 카르텔이 달성하고자 하는 것은 담합을 통한 시장지배적 지위의 구현이며, 시장지배적 지위의 남용은 카르텔과 비교해서 덜 유해하지는 않기 때문에 적극적인 규제가 필요하다는 입장이다.

이하에서는 대표적인 경쟁정책의 선진국이라 할 수 있는 미국과 EU의 시장지배적 지위 남용에 대한 접근에 있어서의 차이점을 살펴보고자 한다.

1. 시장지배적 지위 남용 규제에 대한 2가지 입법주의 - 원인규제주의 v. 피해규제주의

시장지배적 지위 남용 규제에 대한 입법태도는 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 원인규제주

의와 폐해규제주의가 그것이다. 원인규제주의는 독과점의 형성 그 자체를 원인적으로 금지하는 접근방식이고, 폐해규제주의는 독과점의 형성은 허용하되 그로 인한 폐해만을 규제하는 접근방식이다. 미국은 전자의 태도를 취하고 있는 반면, EU에서는 후자의 접근법을 채택하고 있다.¹⁾ 원인규제주의 입장에서는 시장의 구조가 독과점화 되는 것을 방지하기 위해 부당하게 독과점화를 형성·유지·강화하는 행위를 규제대상으로 삼으며, 이에 따라 시장지배적 지위의 부당한 형성·유지·강화를 도모하는 행위는 금지된다. 따라서 원인규제주의 입장에서는 시장지배적 사업자의 신규진입방해행위, 경쟁사업자 배제행위 등 경쟁배제적 행위가 주로 규제대상이 된다. 독점화를 초래하는 행위를 금지하는 미국이 주로 문제삼은 행위유형이 경쟁사업자 배제행위(exclusive behavior)인 것은 이 때문이다. 이에 반해 폐해규제주의 입장에서는 시장지배적 사업자의 지배적 사업자로서의 지위 남용행위를 문제 삼는다. 지위 남용행위에는 경쟁배제행위뿐만 아니라 착취적 행위인 독점이윤추구행위(exploitive behavior)도 포함된다. EU에서는 경쟁배제행위 뿐만 아니라 가격남용, 출고조절 등 독점이윤추구행위까지 문제를 삼는 것은 폐해규제주의 입장에 있기 때문이라 볼 수 있다. 폐해규제주의 입장을 취하는 EU의 경우 최근에 구조적 시정조치를 가능하도록 규정을 도입하였고²⁾ 미국의 경우도 최근에는 기업분할명령은 거의 합병을 통한 독점화의 경우에만 발동된다는 점을 고려할 때 실제로는 큰 차이가 없다고도 볼 수 있다.

우리 공정거래법은 기업결합 이외의 방법으로 시장지배적 지위를 형성하는 것은 문제삼지 않고 그 폐해, 즉 남용행위만을 금지하고 있다는 점에서 EU와 같이 폐해규제주의에 가깝다고 말할 수 있다.

II. 미국, EU의 시장지배적 지위 남용관련 제도 및 운용 비교

1. 관련 규정

미국의 경우 셔먼법 제2조에서 독점화를 금지한다. 동 조 제2조는 구체적으로 독점화(mono-polization), 독점화의 기도(attempt to monopolize), 독점화의 공모

1) 권오승 경제법(제5판) 160면.

2) Article 7(1) of Regulation 1/2003 the Commission may impose on the undertakings any behavioural or structural remedies ... Structural remedies can only be imposed either where there is no equally effective behavioural remedy or where any equally effective behavioural remedy would be more burdensome for the undertakings concerned than the structural remedy.

(conspiracy to monopolize)를 금지한다.³⁾ 따라서 미국에서는 독점화의 형성·유지·강화를 위한 경쟁사업자 배제행위는 금지되는 반면 독점이윤추구행위는 금지되지 않는다.

EU에서는 조약 제82조가 시장지배적 지위 남용을 규정한다.⁴⁾ 동 조약 제82조는 시장지배적 사업자의 남용행위 유형으로 가격남용, 차별적 행위 등을 예시하고 있으며, 앞에서 언급한 바와 같이 가격남용 등 독점이윤추구행위가 금지된다.

양국 모두 입법방식이 포괄적 규정주의를 채택하고 있어 어떤 행위가 시장지배적 지위 남용이 될 것인지는 사후적으로 판단된다.

2. 시장지배력(Dominance/Market power)의 평가

EU와 미국의 시장지배적 지위 남용 규율에 대한 서로 다른 접근은 시장지배력의 평가에 있어서도 나타난다. EU는 시장지배력을 평가함에 있어서 관련시장을 좁게 확정하고 낮은 시장점유율을 가진 업체의 경우도 시장지배력을 보유하고 있다고 보는 등 시장지배력을 보다 쉽게 인정하는 경향을 보이고 있다. 이에 반해 미국의 경우 매우 높은 시장점유율을 보유해야 시장지배력이 있다고 인정하는 등 시장지배력 평가에 매우 엄격한 기준을 적용하고 있다.

독점화 내지는 시장지배력 남용행위가 성립하려면 위반 기업이 시장지배력을 보유하거나 시장지배력을 획득할 가능성이 상당해야 한다(독점화의 기도). 시장지배력을 평가하기 위해서는 관련시장이 먼저 정의되어야 한다.

미국과 EU 모두 수요의 대체가능성을 토대로 독점사업자의 행위가설에 입각하여 관련시장을 확정한다는 점에서 동일하다. 하지만 실제로 EU 경쟁당국은 미국보다는 시장을 좁게 확정하는 경향을 보이고 있다.

미국에서는 셔먼법 제2조가 적용되기 위해서는 당해 기업이 시장지배력을 보유하거나 보유할 가능성이 있어야 한다. 시장지배력은 가격을 마음대로 결정할 수 있고 경쟁을 배제할 수 있는 능력으로 정의되며 독점화가 성립되기 위해서는 위반 기업이 “superior skill, foresight, industry”에 의해서가 아니라 경쟁사업자를 배제하기 위한 행위의 결과 독점력을 획득 또는

3) 셔먼법 제2조: Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce...shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000...or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments...

4) EU 로마조약 제82조 : 공동체시장 내에서 또는 공동체시장의 상당부분에서 하나 이상의 사업자에 의한 지배적 지위의 남용은 동 남용이 회원국간의 무역에 영향을 미칠 수 있는 한 공동시장에 양립 불가능한 것으로 금지되어야 한다. 이러한 남용은, 특히 다음의 행위에 존재할 수 있다:

(a) 불공정한 구매 또는 판매 가격 또는 다른 불공정한 거래 조건을 직접 또는 간접적으로 부과하는 것; (b)…; (c)…; (d)…;

유지했다는 것을 입증해야 한다. 수요 측면에서의 대체가능성으로 시장을 일단 확정하고 공급 대체가능성은 진입장벽이나 경쟁에 미치는 효과 분석시 고려한다.

EU 또한 수요대체가능성에 기반한 SSNIP test(독점적 공급자 행위가설)에 기초하여 상품시장과 지리적 시장을 확정한다는 점에서 미국과 마찬가지로의 접근을 통해 시장을 확정한다. EU에서 시장지배력은 경쟁사업자, 고객, 최종소비자 등의 외부 시장세력들로부터 독립적으로 행동할 수 있는 능력("the ability to act independently from market forces, such as competitors, customers and end-users")으로 정의된다.⁵⁾

미국과 EU 모두 시장지배력 평가시 시장점유율을 고려하며, 시장점유율은 시장지배력을 평가하는 데 있어서 결정적 요소가 아니고 중요한 하나의 고려요소이며 진입장벽 등 다른 요소와 종합적으로 동시에 고려하여 결정한다는 점에서 동일하다. 하지만, EU가 미국에 비해 시장점유율에 보다 많은 비중을 두고 있고, 낮은 점유율에서도 시장지배력을 인정한다는 점에서 서로 다르다.

어느 정도의 시장점유율을 보유하여야 시장지배적 지위에 있다고 추정할 수 있느냐 하는 문제에 있어서 미국은 70% 이상을 요구하는데 반해 EU는 50% 점유율에서도 추정된다고 보고 있다.

미국법원은 대체로 점유율 기준이 높아 70% 이상의 시장점유율은 명백히 시장지배력의 추정을 불러일으키고, 50~70%의 MS는 시장지배력 보유 여부를 평가하기 위한 조사개시를 할 수 있는 수준(threshold)이고, 50% 미만은 시장지배력을 보유한다고 볼 수 없는 수준이라고 보고 있다. Alcoa 판결에서 연방대법원은 90%의 시장점유율(MS)은 독점력을 발생시키며, 60% 또는 64%의 MS는 독점력 발생 여부가 확실치 않고 33%의 MS는 독점력을 발생하지 않는다고 판시한 바 있다.⁶⁾

이에 반해 유럽법원은 50%의 시장점유율만으로도 특별한 사정이 없는 한 시장지배력을 형성하기에 충분하다고 판시한 바 있다(AKZO Chemie). 이는 추정에 불과하지만 깨지기 어려운 추정으로 작용한다. 최근에 EU경쟁당국은 50% 이상의 점유율은 시장지배력의 추정을 불러 일으키고 40% 이상의 시장점유율은 심사대상이고 25% 미만은 고려대상에서 제외한다는 입장이다.

참고로 캐나다에서는 어느 정도의 시장점유율을 보유해야 시장지배력을 보유한다고 추정할 수 있는 지에 대한 명확한 기준이 정립되어 있지는 않지만 법원은 85% 이상의 점유율은 명백히 시장지배력 추정요건을 충족하고 25%의 시장점유율은 시장지배수준에는 못 미친다고 판

5) MS 사건에서 EU Commission의 결정.

6) United States v. Aluminum Co. of America(2d Cir. 1945).

시한 바 있다. 하지만, 경쟁당국은 35% 이상의 시장점유율은 지배력 평가를 위한 검토를 개시할 수 있는 수준이라는 입장을 견지하고 있다.

또한, EU에서는 공동의 지배력 개념이 법에 규정되어 있고 이를 인정하는 판례도 있지만, 미국의 경우 공동의 지배력 개념이 인정되지 않는다. EU의 경우 조약 제82조의 “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position”이라는 문구는 공동의 지배력 개념을 인정한다. 따라서 단독으로는 지배력을 보유하지 않더라도 제82조 위반이 될 수 있다.

3. 남용행위유형

1) 금지되는 행위유형

시장지배적 지위 남용을 구성하기 위해서는 시장지배적 기업의 경쟁제한적인 행위가 입증되어야 한다. 미국과 EU 모두 어떤 행위유형이 금지되는 행위에 해당되는지를 망라적으로 열거하지 않고 포괄적으로 규정하고 사후적으로 case-by-case로 판단한다. 2개국 모두 경쟁제한적인 행위입증과 관련하여 당해 행위를 하려는 의도 이외에 경쟁을 제한하려는 구체적인 의도를 입증할 필요가 없고 주어진 상황을 토대로 객관적인 기준에 따라 추정되는 것으로 충분하다.

금지대상의 행위유형과 관련해서는 앞에서 언급한 바와 같이 원인규제주의를 취하는 미국에서는 경쟁배제적 효과를 초래하는 행위만 문제되고, 단순히 경쟁자를 불리하게 만들거나 부당하게 높은 가격을 부과하거나 소비자를 착취하는 행위는 문제되지 않는다. 이에 반해 피해규제주의를 취하는 EU에서는 경쟁배제행위 뿐만 아니라 독점이윤추구행위도 금지대상이 된다.

미국의 경우 서면법 제2조에 따라 독점화, 독점화의 기도, 독점화의 공모가 금지된다. 독점화(monopolization) 범죄가 구성되려면 사업자가 관련 시장에서 독점력을 보유해야 하며 그러한 독점력을 획득하거나 보유하게 된 것이 제품의 우수성, 기업가의 예지(판단), 자연적인 사건의 결과로서가 아니라 경쟁배제행위의 결과이어야 한다.⁷⁾ 독점화의 기도(attempt to monopolize)는 사업자가 구체적인 독점화의 의도(specific intent to monopolize)를 가지고, 약탈적 또는 경쟁제한적인 행위(predatory or anticompetitive conduct)에 종사하고, 그 결과 독점력을 획득할 상당한 가능성(dangerous probability of achieving monopoly power)이 존재하는 경우 성립한다.⁸⁾ 독점화의 경우 실제로 시장지배력을 보유하

7) US v. Grinnell Corp.(S.Ct., 1966). 독점화 범죄가 성립하려면 i) 관련시장에서 시장지배력의 보유, ii) 그러한 시장지배력의 악의적인 취득 또는 유지 등의 두 가지 요건을 충족해야 한다.

8) Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan(S.Ct., 1993).

고 있어야 하나 독점화의 기도의 경우 실제로 독점력을 보유할 필요는 없고 독점력을 보유할 가능성이 있으면 된다는 점에서 차이가 있다. 독점화를 달성할 가능성이 있는지 여부를 결정하기 위해서는 관련 시장에서 경쟁을 감소시키거나 배제시킬 능력이 있는지를 검토해야 하는데, 독점화의 상당한 가능성이 있는지를 검토하는데 있어서 가장 중요한 요소는 시장점유율과 진입장벽의 존재 여부이다. 이는 시장점유율이 높고 진입장벽이 높으면 독점화의 성공가능성이 높기 때문이다. 보통 법원은 피고의 시장점유율이 50% 이상이면 독점화의 성공가능성이 있으며, 30~50%이면 독점화의 성공가능성이 희박하고, 30% 이하이면 성공가능성이 전무하다고 판단하고 있다.

독점화의 공모는 둘 이상 기업이 독점화를 달성하려는 구체적인 상호합의를 하고, 그러한 합의를 실현하기 위한 행동(concerted action)을 할 때 성립된다.⁹⁾

정당한 행위와 반경쟁적인 행위를 구별하는 하나의 기준은 행위의 의도가 경쟁사업자를 착취하거나 배제하거나 압살하는 등의 경쟁제한적인 의도가 있었느냐의 여부이다. 하지만, 경쟁을 제한하려는 주관적인 의도가 입증되어야 하는 것은 아니며, 경쟁제한적인 의도는 그 행위의 성격으로부터 객관적으로 추론되는 것으로 받아들여지고 있다. 미국의 경쟁당국과 법원은 독점화의 범위를 다룸에 있어서 anticompetitive act와 vigorous competition간의 구별이 매우 중요한데 이를 구별하기는 매우 어렵다고 보고 있다. 또한, 단독기업의 행위는 경쟁촉진적인 측면이 많으며 어떤 기업의 단독행위가 경쟁촉진적 효과가 큰지 경쟁저해효과가 더 큰지 분간하기가 어려운 경우에는 개입해서는 안 되고 명백하게 경쟁제한효과가 큰 경우에만 문제를 삼아야 한다는 입장이다.

이에 반해 EU에서는 시장지배적 기업은 시장지배력을 보유하고 있다는 사실 그 자체만으로도 특별책임을 지기 때문에 경쟁사업자 배제행위뿐만 아니라 기존시장에 존재하는 경쟁의 정도를 감소시키거나 경쟁의 확대를 저해하는 행위 등 경쟁제한행위 뿐만 아니라 독점이윤을 추구하는 착취적 행위도 금지된다. 로마조약 제82조는 금지되는 모든 유형의 행위를 열거하지 않고 몇 개의 유형만을 예시하고 있다. 경쟁당국과 법원에 의해 금지되는 행위유형은 가격의 과도한 인상, 가격 또는 거래조건 차별, 거래거절, 충성리베이트 또는 차별적 리베이트, 지적재산권 남용, 끼워팔기, 배타조건부 거래협정, 수출제한, 필수설비 접근거절 등 다양하다. 하지만, 정상적인 활발한 경쟁(vigorous competition)을 통해 시장지배력을 유지하거나 시장지위를 강화해 나가는 것은 물론 문제가 안 된다.

9) American Tobacco Co. v. US(S.Ct., 1946).

2) 서로 크게 다르게 접근되는 행위유형

양국간에 위법성 판단에 크게 차이가 나는 행위유형은 충성리베이트(fidelity rebate), 약탈적 가격(predatory pricing), 필수설비원리(essential facilities), 독점력의 전이(monopoly leveraging) 등이다.

a. 충성리베이트(Fidelity Rebates)

일반적으로 충성리베이트(Fidelity Rebates)란 어떤 기업이 시장지배적 기업으로부터 특정 제품이나 용역을 구매함에 있어서 구매기업이 필요로 하는 수량을 모두 또는 일정분량 이상 구매할 경우 구매기업에 주어지는 추가적 보상 또는 디스카운트를 말한다. 충성리베이트에 대해 지금까지 미국은 비용 이하로 할인하지 않으면 문제 삼지 않은 매우 관대한 태도를 취해 온 반면 EU는 최근까지 per se illegal로 취급하는 등 엄격한 입장을 취해 왔다.

(1) 미국 - 소비자 유해주의(consumer-harm approach)

미국은 소비자 유해주의 기준에 따라서 위법 여부를 판단한다고 말할 수 있다. 미국 경쟁당국은 가격인하와 관련해서 인화된 가격이 약탈적이지(비용 이하) 않으면 경쟁촉진적인 것으로 취급한다. 따라서, 미국에서는 시장지배적인 기업이 가격인하(비용 이상)의 수단으로 충성리베이트를 이용하는 것은 문제가 되지 않는다. 이와 같은 입장은 소비자이익을 우선시하는 접근 태도이다. 이와 같은 기준에 입각하여 Virgin Atlantic v. British Airways(BA)에서 연방 항소법원은 전년도 British Airways(BA) 티켓세일량 이상을 판매한 여행사에게 전체 판매액에 대하여 소급적으로 추가적인(extra) 커미션을 제공하는 BA의 인센티브 시스템은 Virgin Atlantic의 티켓판매량을 감소시킴으로써 경쟁제한효과를 초래하지만 BA의 인센티브 시스템이 소비자에게 해로운 것은 아니라는 이유로 법원은 위법하지 않다고 판시하였다.¹⁰⁾

(2) EU - 당연위법주의(per se illegal)

EU에서는 최근까지 경쟁당국과 법원은 충성리베이트를 당연위법시 해 왔다. Volume Discount 등 효율과 관련된 디스카운트는 허용되지만, 충성심을 발로시키기 위한 디스카운트, 즉, 시장지배적 기업의 경쟁사업자의 제품에 대한 구매를 회피하도록 유도하는 디스카운트는 금지된다. 따라서 배타적 구입계약과 동일한 효과를 가져오는 할인은 금지된다(Hoffmann-La Roche, Michelin). Virgin Atlantic은 미국에서와 마찬가지로 EU에서도 제소를 하였으며, European Commission은 미국에서와는 반대로 BA의 인센티브 시스

10) Virgin Atl. Airways v. British Airways 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001).

탐이 시장지배적 지위 남용에 해당된다고 판단하였다.

하지만, 최근에 EU경쟁당국은 시장지배적 지위 남용에 대한 경제분석접근을 강화하는 방향으로 움직이고 있으며 Discussion Paper에서 충성리베이트도 위법성을 유지하려면 경쟁 제한효과를 초래해야 한다는 점을 명시하고 있다(효과주의 입장). 시장지배적 사업자의 충성리베이트의 시행으로 인해 경쟁이 제한되고, 그 결과 시장지배적 사업자의 시장지배적 지위가 유지되거나 강화되는 결과가 초래되어야 한다는 것이다. 이러한 EU의 충성리베이트에 대한 규율태도는 캐나다와 동일한 것으로 미국의 태도에 한걸음 가까워진 것으로 볼 수 있다.

b. 약탈가격(Predatory Pricing)

위법성 여부를 판단함에 있어서 EU는 비용 이외의 요소와 지배적 기업의 가격정책에 관한 배경 등 주관적 요소까지도 고려한다는 점에서 비용요소만을 객관적으로 고려하는 미국과는 다소 상이한 접근을 보이고 있다.

(1) 미국

미국에서 약탈가격규제는 경쟁자의 보호보다는 경쟁의 보호에 초점이 맞추어져 있다. 미국에서 약탈가격이 성립하려면 두 가지 요건을 충족하여야 한다.¹¹⁾ 첫째로, 시장지배적 기업이 행사하는 가격이 비용(평균가변비용) 이하이어야 한다. 즉, 시장지배적 기업이 행사하는 가격이 평균생산비용(average total cost of production)보다 높으면 약탈적 가격책정에 해당되지 않고, 반대로 가격이 평균가변비용(average variable cost of production) 이하이면 약탈적 가격책정에 해당될 수 있다. 둘째로, 비용 이하의 판매로 잃은 손실을 나중에 경쟁사업자가 시장에서 축출된 후 회수할 가능성이 있어야 한다. 회수가능성과 관련해서는 당해기업이 현재 시장지배력을 보유하고 있던지 아니면 나중에 시장지배력을 보유할 가능성이 있어야 경쟁사업자를 구축한 후에 잃은 손실을 회복할 수 있는 가능성이 있다고 본다. 이는 약탈적 가격책정이 성립하기 위한 본질적인 요소이다. 왜냐하면, 회수가능성이 없다면 가격인하는 경쟁의 본질 그 자체에 부합하는 것으로 금지되어야 하는 것이 아니고 오히려 장려되어야 하기 때문이다.

하지만, Brooke Group의 가격-비용기준은 최근에 고정비용이 매우 높고 한계비용이 매우 낮은 산업에는 적용될 수 없다는 비판을 받고 있다. 이를테면 항공산업의 경우 초기 고정투자비용(비행기 구입비용 등)은 매우 큰 반면 추가좌석을 제공하는 데 소요되는 한계비용은 무시할 수 있을 정도로 낮기 때문에 항공운임을 매우 낮게 책정하더라도 평균가변비용보다 낮을 가능성은 거의 없다.¹²⁾ 마찬가지로, 소프트웨어제품의 경우도 추가적인 소프트웨어를 생산하는

11) Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.(S.Ct., 1993).

데 드는 한계비용은 거의 zero에 가깝기 때문에 소프트웨어가격이 zero 또는 zero에 가깝게 책정되더라도 평균가변비용 이상이 될 것이고 따라서, 그러한 가격책정의 결과 경쟁사업자가 시장에서 구축되거나 효과적인 시장진입이 불가능하더라도 약탈가격에 해당되지 않을 수 있다는 결론이 도출된다.

(2) EU

유럽법원은 Brooke Group의 첫 번째 prong(약탈자의 가격이 비용 이하이어야 한다는 명제)만을 채택하고 회수할 가능성이 있어야 한다는 두 번째 요소는 채택하지 않았다. 이에 따라 평균가변비용 이하의 가격은 모두 약탈가격으로 의율되었다. 또한, 유럽법원은 가격이 평균가변비용 이상이나 평균비용 이하인 경우(grey area) 캐나다와 마찬가지로 비용 이외의 요소와 주관적 의도 등을 고려하여 위법성 여부를 판단하였다. 하지만, Deutsche Post에서 유럽위원회는 비용 이외의 요소와 주관적 의도를 고려하지 않음으로써 방향변화를 시사하였다.¹²⁾

최근에 Discussion Paper에서 EU는 약탈가격의 위법성 심사에 있어서*효과주의 기준을 채택하는 듯한 인상을 주고 있다.

c. 필수설비원리(Essential facilities doctrine)

경쟁사업자의 제품이나 서비스 공급에 필수적인 설비를 소유 또는 지배하는 기업이 경쟁사업자에게 합리적인 조건으로 필수설비에의 접근을 거부하는 경우 시장지배적 지위 남용에 해당된다는 것이 각국의 태도이다. 필수설비원리가 지적재산권 분야에 적용되는 경우 지적재산권의 강제실시의 형태로 나타나게 된다. 필수설비원리를 적용함에 있어서 미국은 다소 엄격한 요건을 요구하고 있어 필수설비원리가 인정되는 경우가 그렇게 흔하지 않은 반면, EU의 경우 거래거절 등의 법리를 적용하여 필수설비원리를 상당히 넓게 인정하고 있다.

미국에서 필수설비원리를 인정한 것은 독점사업자의 필수설비소유·지배는 다른 시장으로까지 지배력을 전이할 수 있다는 우려에 기초하고 있다. 필수설비원리가 적용되기 위해서는 다음과 같은 요건을 충족해야 한다.

- i) 독점사업자가 수직적 하위단계시장에서 경쟁을 제거할 수 있는 힘을 보유하게 하는 필수설비의 소유·지배
- ii) 경쟁사업자가 실제로 또는 합리적으로 동 필수설비를 복제(확보)할 수 없을 것

12) American Airlines case¹¹⁾에서 지방법원은 Brooke Group 기준을 적용하여 American Airlines의 가격정책이 문제가 되지 않는다고 결론내렸는데, 이는 잘못된 기준을 적용한 결과라는 지적도 있다.

1) United States v. AMR Corp., (D.Kan. 2001).

13) United Parcel Service/Deutsche Post AG Case No. COMP/35/141 2001 O.J. 27.

- iii) 독점사업자가 합리적 거래조건으로 동 시설의 사용을 거부할 것
- iv) 독점사업자는 동 시설을 경쟁사업자에게 공급할 여력을 가질 것
- v) 필수설비의 소유·지배자는 동 시설을 필요로 하는 사업자의 경쟁사업자이고 같은 시장에 존재할 것

EU에서는 필수설비원리는 제82조의 시장지배적 지위 남용 규정에서 발전된 개념으로 시장 지배적 지위 남용에 관한 일반규칙의 특수한 적용사례로 이해하고 있다. 따라서 필수설비원리가 적용되는 분야가 미국에 비해 매우 넓다.

d. 독점력 전이(Monopoly Leveraging)

Monopoly Leveraging이란 한 시장에서 독점력을 보유한 기업이 동 독점력을 다른 시장에서의 경쟁을 제한하는 방향으로 사용하는 경우 성립되는 개념이다. 미국의 경우 초기에는 제2의 시장에서 독점화의 기도가 없더라도 경쟁상 우위에 서게 되면 위법성이 유지된다고 보았으나,¹⁴⁾ Spectrum Sports 사건에서 미 대법원은 서면법 제2조 위반이 성립하려면 실제적으로 제2의 시장을 독점화하거나 독점화할 위험성이 있어야 한다고 판시하였으며¹⁵⁾ 연방제2항소법원도 Alaska Airlines, Inc에서 한 시장에서의 독점적 지위를 다른 시장에서의 경쟁상 우위를 획득하기 위해 이용하는 것만으로는 부족하고 leveraged market에서 독점화 내지는 독점화의 기도를 위해 주력제품시장의 독점력을 이용해야 한다고 판시하였다.¹⁶⁾

EU는 제1의 시장에서 지배력을 보유한 기업이 제2의 시장에서 독점력 또는 지배적 지위를 획득하지 못할지라도 제1의 시장의 지배력을 토대로 제2의 시장에서 경쟁상 우위를 점하게 되는 경우 문제가 된다는 입장으로 미국보다는 완화된 기준을 적용한다.

4. 반경쟁효과

미국에서는 시장지배적 기업의 행위가 위법하기 위해서는 그러한 행위가 경쟁제한적인 효과(실제 경쟁제한적 효과를 나타내거나 경쟁제한효과를 초래할 가능성이 있어야함)를 초래함으로써 해당 기업의 시장지배력이 새로이 형성되거나 유지·강화되는 것을 요구한다. 이에 반해 EU에서는 지금까지는 경쟁제한효과 요건(“competition effect” requirement)을 요구하지 않았다.

미국에서는 독점화의 범죄가 성립하려면 시장지배적 지위 남용행위의 결과 경쟁제한효과가

14) Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.(2d. Cir. 1979).

15) Spectrum Sports v. McQuillan(506 U.S. 447, 1993).

16) Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines(9th Cir. 1991).

발생하였음을 입증하여야 하며, 이는 남용행위의 결과 시장지배력이 형성, 유지, 강화되었는가를 입증하여야 하는 것을 의미한다. 물론, 행위와 경쟁제한효과간에 인과관계가 있어야 한다. 경쟁제한효과를 분석함에 있어서 시장구조와 경쟁상태, 진입장벽 등의 시장분석이 선행되어야 하며 시장지배력이 강한 기업의 행위가 경쟁제한효과가 클 수 밖에 없다.

독점사업자의 행위가 반경쟁적이라는 것이 입증되면, 행위가 경쟁촉진효과가 있다는 입증책임은 피고기업에 전가된다. 피고기업이 행위의 경쟁촉진적인 정당화 사유를 입증하면 경쟁제한적인 효과가 경쟁촉진적인 효과를 능가한다는 입증책임이 원고에게 이전된다.

EU에서 로마조약 제82조는 효과심사를 명시적으로 요구하지 않는다. 따라서, 기존에는 지배적 기업이 지위를 남용했다는 것을 입증하면 제82조 위반이 성립되었다. 하지만, 경쟁배제 행위 유형의 경우 최근에는 경쟁제한효과를 요구하는 방향으로 입장변화 조짐을 보이고 있다. 향후 EU의 시장지배적 지위 남용 지침이 될 Discussion Paper에서는 모든 경쟁배제행위 유형에 대해 위법성 유지를 위해서는 경쟁제한효과를 초래해야 한다는 것을 적시하고 있다.

5. 시정조치

시정조치에 있어서도 미국과 EU는 상당히 대조적 입장을 보이고 있다. 미국의 경우 단독기업의 행위는 대개 경쟁촉진적이고 범위반 여부가 불분명한 경우가 많기 때문에 행태적 조치에 그쳐야 하는 등 처벌이 강력해서는 안 되고 또한, 벌금 등과 같은 금전적 제재는 지양되어야 한다는 입장인데 반해 EU는 시장지배적 지위 남용은 카르텔에 비해 덜 유해하지 않기 때문에 강력한 제재가 필요하며 금전적 제재는 실효성이 크다고 본다. 금전적 제재에 대해 이와 같이 입장이 서로 다른 데에는 미국의 경우 사소가 활성화되어 3배손해배상 등을 통해 범위반 기업에 대해 금전적 제재가 충분히 가해지는 반면, EU는 사적집행이 발달되지 못해 공적집행을 통해 금전적 제재가 부과되기 때문으로 이해된다. 경쟁당국에 의해 경쟁법이 집행되는 EU와 달리 미국에서 독점화 케이스의 대부분이 경쟁당국 보다는 3배손해배상 청구가 수반되는 사적집행의 형태로 이루어지고 있으며, 3배손해배상 청구는 서면법 제2조 집행에 있어서 가장 중요한 구제수단이 되고 있다.

하지만, 미국과 EU 모두 시장지배적 지위 남용행위에 대해 일반적으로 가장 많이 발동되는 시정조치 유형이 행태적 시정명령이며, 기업분할명령과 같은 구조적 시정조치는 범위반이 구조적 원인 때문에 반복되는 경우 등 극히 예외적인 경우를 제외하고는 거의 사용하지 않는다는 점에서 동일하다.

미국에서 서면법 제2조 위반에 대해 어떠한 시정조치를 부과할 것인가는 일반적으로 위반행위의 성질과 효과에 달려있다. 서면법 제2조 위반에 대해서는 행태적 시정조치, 구조적 시정

조치, 형사적 재제 및 벌금 등 세 가지 형태의 구제조치가 발동될 수 있다. 앞에서 언급한 바와 같이 행태적 시정조치는 서면법 제2조 위반에 대해 가장 일반적으로 부과되는 구제조치로서 위반행위를 하지 말라고 명령하거나 위반행위나 효과를 치유할 수 있는 구체적인 행위를 하도록 명령하는 형태로 이루어진다. 이에 반해 구조적 시정조치는 기업의 조직구조를 변경하도록 명령하는 것으로 대부분의 케이스가 M&A를 통해 형성된 기업에 적용되었으며, 단독기업의 독점화행위에 구조적 시정조치가 부과된 경우는 MS사건의 1심판결(운영체제와 응용프로그램 부분을 분리하도록 명령하였음)을 제외하고는 없다. MS건의 경우도 항소심에서 파기환송 되었으므로 기업결합을 제외한 순수한 단독기업의 독점화행위에 대해 구조적 시정조치가 부과된 사례가 없다고 말할 수 있다. MS사건에서 연방항소법원도 기업분할명령 등 구조적 시정조치는 M&A를 통해 형성된 기업 등에만 적용되고 애초부터 단일기업으로 성장한 기업(unitary company)의 독점화케이스에는 적절하지 않다고 판시하였다. 미국연방대법원도 분할매각명령은 기업간의 결합(자산 또는 주식취득)이 서면법을 위반한 경우 적절한 구제조치라고 판시한 바 있다.¹⁷⁾ 또한, 최근에 미국에서는 독점화 범죄에 대해 징역 및 벌금 등 형사재제가 부과된 경우는 거의 없다.

EU의 경우 Commission의 경쟁총국이 경쟁법 위반의 조사 및 집행을 관장한다. EC Commission은 82조 위반이 있다고 판단하는 경우 기업으로 하여금 위반행위를 금지하도록 하는 중지명령을 내릴 수 있으며, 그러한 중지명령에는 위반상태를 해소하기 위해 필요한 작위 명령과 급부명령도 포함될 수 있다. 최근에는 구조적 시정조치도 가능하도록 관련규정을 도입하였으나 거의 사용되지 않는다. 미국과 같이 직전사업년도 매출액의 10%를 초과하지 않는 범위내에서 벌금을 부과할 수 있으며, 적극적으로 활용되고 있다. 벌금액수는 위반의 성질·정도·기간, 시장에 미친 영향 및 지리적 시장의 크기 등을 고려하여 결정한다.

Compulsory licensing remedies에 대해서도 미국에서는 소프트웨어 디자인 명령, 분할해체명령 등이 가능하지만 시장이 보다 잘 처리할 수 있고 오히려 효율성효과를 거세할 수도 있다는 우려 때문에 일반적으로 매우 제한적으로 사용된다. 이에 반해 EU에서는 시장지배적 지위 남용 규정(82조(b)는 소비자에게 해가 되는 기술개량의 제한을 남용행위의 유형으로 규정)에 따라 비교적 적극적으로 강제실시명령을 부과하고 있다. Magill(1989)이 대표적인 케이스이다.¹⁸⁾

17) United States v. Ford Motor Co., 405 U.S. 562(1972).

18) TV가이드 출판회사인 Magill은 TV가이드에 게재할 편성프로그램 리스트를 3개의 TV회사에 제공할 것을 요청하였으나 TV회사들은 거절하였다. 이에 대해 법원은 세 개의 TV회사가 조약 제82조를 위반했다고 판단, 강제실시명령을 내렸다.

III. 결론-시장지배적 지위 남용 규제의 국제적 수렴 필요성

경쟁법의 국가간 수렴과 집행에 있어서 국제적 협력은 글로벌 경제에서 보다 중요성을 더해 간다.

ICN의 활동에서 보듯이 카르텔과 M&A의 경우 국제적 협력이 비교적 활발하지만, 시장지배적 지위 남용 분야의 경우 그 집행에 있어서 국제적 공조나 수렴화에 있어서나 그간 국제적 노력이 부족하였다. ICN에서도 최근까지 시장지배적 기업의 행위에 대한 논의는 없었으며, 그러한 국제적 협력의 부족은 최근에 시장지배적 지위 남용 규율에 대한 미국과 EU의 상반된 접근에서 잘 나타나고 있다. 오늘날 기업활동이 국경을 넘어 다국적으로 이루어지고 있는 글로벌 경제시대에서 국가마다 다른 경쟁법 기준을 적용한다면 기업활동이 크게 위축될 수밖에 없다. 따라서 시장지배적 지위 남용의 집행에 대한 국제적 협력과 수렴화 노력이 필요하다. ICN이 최근에 Unilateral Conduct Working Group을 구성한 것은 늦기는 했지만 다행스런 일이다.

우리나라의 경우 EU와 같이 시장지배적 지위 남용에 대한 폐해규제주의 입장을 취하고 있어 EU Commission과의 협력은 시장지배적 지위 남용의 효과적인 규율을 위해 매우 중요하다. 특히, 최근에 한국 공정위가 MS사에 이어 쉘컴, 인텔사의 시장지배적 지위 남용을 조사하고 있어 그러한 사건의 성공적인 처리를 위해서는 EU 경쟁당국과의 협조는 필수적이다. **경쟁지침**