

EC조약 제85조 제1항의 ‘합의’의 개념

- 일방적 조치도 합의에 해당하는가? -

신창선

전남대학교 법학과 교수

서론

EC조약 제85조 제1항은 가맹국간의 거래에 영향을 미치고 공동체내의 경쟁을 방해, 제한 또는 왜곡하는 것을 목적으로 하거나 그러한 효과를 발생시키는 기업간의 “합의”, 사업자단체의 결의 및 상호간의 동조적 행위를 금지하고 있다.

EC법은 공동체법 특유의 목적, 예컨대 공동시장의 완성이라는 이념하에 해석되는 경향이 있는데, 이는 EC카르텔법의 운용에 있어서도 마찬가지로 해당되고 있다. 1987년 7월 EC집행위원회는 “Sandoz P.F.” 사건¹⁾ 및 “Tipp-Ex” 사건²⁾의 두가지 사건에서 제조업자가 당해 제품의 판매업자에 대하여 역내시장내에서의 수출을 금하는 “일방적인 조치”를 조약 제85조 제1항 “합의”(agreement: Vereinbarung)에 해당하는 것으로 보아 벌금을 부과하였고, 1990년 EC법원도 위원회의 그러한 결정이 정당하다고 판결한 바 있는데³⁾, 이 역시 위와 같은 관념에 입각

한 것이라 할 수 있다. 이하에서 이 두가지 사안을 중심으로 EC카르텔법상의 “합의”의 개념과 그 운용상의 특징 및 우리 법에의 시사점(示唆點)을 살펴보기로 한다.

“Sandoz P.F.” 사건 및 “Tipp-Ex” 사건

1. “Sandoz P.F.” 사건

가. 사안의 내용

이탈리아 Mailand에 소재하는 Sandoz P.F. 사(Sandoz Prodotti Farmaceutici S.p.A.)는 스위스의 화학·제약그룹인 Sandoz AG(주식회사)의 자회사로서, 자사(自社)가 생산하거나 스위스에서 수입된 의약품을 이태리에서 판매하였다. 유럽의 의약품시장은, 의약품의 제조 및 판매허가의 난이도에 있어서 가맹국간에 현저한 차이가 있기 때문에 수급 및 가격면에서 지역적

1) EG Kommission Entscheidung v. 13. 7. 1987, Abl. 1987 L 222/28

2) EG Kommission Entscheidung v. 10. 7. 1987, Abl. 1987 L 222/1

3) EuGH Urteil v. 11. 1. 1990, “Sandoz P.F.”, RS C-277/87; EuGH Urteil v. 8. 2. 1990, “Tipp-Ex”, RS C-279/87

으로 분할되어 있다. 이에 따라 스위스 Sandoz AG는 대부분의 EC가맹국에 자회사를 두고 있었으나 자회사마다 동일 제품의 판매가격이 상이하여, 예컨대 이태리에서는 타지역에 비하여 의약품가격이 상대적으로 저렴하였다.

Sandoz P.F.사는 주로 이태리에 소재하고 있는 도매상과 병원에 의약품을 공급하였는데, 동사와 고객들과의 거래조건에 관한 합의는 주로 일반거래약관을 통하여 이루어졌다. Sandoz P.F.사는 고객의 전화주문에 응하여 계산서를 송부하였는데, 그 계산서의 앞면에는 <수출금지>이라는 문언이 인쇄되어 있었다. 이밖에 그 계산서에는 관할법원, 하자담보책임, 위험부담의 이전 등에 관한 사항도 기재되어 있었다.

Sandoz P.F.사는 이 계산서 양식(樣式)을 최소한 1958년부터 1984년까지 사용하였다. 위원회의 조사절차에서, Sandoz P.F.사의 고객이 위의 <수출금지> 사항을 준수하였는가 또는 그 위반행위가 Sandoz P.F.사에 의하여 감지된 바가 있었는가에 관하여 언급되지는 않고 있으나, 위원회는 1987.7.13. 그러한 <수출금지>가 EC 조약 제85조 제1항에 위배된다고 하고 Sandoz P.F.사에 대하여 벌금을 부과하였다. 위원회의 이와 같은 결정에 대하여 Sandoz P.F.사가 EC 법원에 제소하였던 바, 동 법원은 위원회의 결정이 정당하다고 판결한 것이다.

나. EC집행위원회 및 EC법원의 법적 판단

우선 EC법원도 EC집행위원회와 마찬가지로 이 사안에서 <수출금지>라는 것이 제85조 제1항의 <합의>에 해당한다고 판단한 점이 주목된다.

Sandoz P.F.사는 <수출금지>라는 계산서상의 문언은 법률행위로서의 의미를 갖고 있지 않으며, 계산서를 송부하는 것은 일방적인 조치로서

제85조 제1항의 적용범위에 포섭되지 않는다고 주장하였다.

이에 대하여 EC집행위원회와 EC법원은 계속적인 거래관계에 있는 고객에 대하여 계산서를 송부하는 것과 같은 영업행위는 일방적인 행위이지만 거래관계의 유지에 따른 일반적인 조건에 속하기 때문에 일종의 <합의>로 볼 수 있다고 하였다. 즉 고객이 동 문언에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않고 Sandoz P.F.사에 주문을 해왔다는 사실은 묵시적으로 <수출금지>를 승낙한 것으로 볼 수 있다는 것이다. Sandoz P.F.사와 그 고객들간에 형성된 거래관계는 전체적으로 보아 사전에 체결된 일반협정과 같은 성격을 띠며 따라서 조약 제85조 제1항의 금지규정을 위반한 것이라 하였다.

2. "Tipp-Ex" 사건

가. 사안의 내용

타이핑 수정액(修正液) 제조회사로 널리 알려진 독일의 Tipp-Ex사(Tipp-Ex GmbH & Co. KG)는 자사의 제품을 유럽 각국의 독점판매상을 통하여 판매해 왔다. 그러나 프랑스로부터 독일로 여러차례에 걸친 저가의 병행수입이 이루어지자 Tipp-Ex사는 프랑스의 독점판매상에 대하여 동 판매상이 프랑에서도 널리 알려진 덤핑수출업자에게 제품을 공급한 점에 대하여 항의하는 전신(電信)을 발송하였다. 전신문(電信文)에는 그러한 공급을 행한 독점판매상에 대하여 어떠한 조치가 취해질 것임을 밝히고 있었다.

일주일 후 Tipp-Ex사는 그때까지 그 독점판매상에게 인정해왔던 현물할인혜택을 박탈해 버렸다. 그럼에도 불구하고 프랑스의 독점판매상은 가격을 인상하여 그 덤핑수출업자에게 계속

적으로 공급하였다. 가격인상으로 인해 그 덤핑 수출업자는 때때로 독점판매상에 대한 주문을 중지하기도 하였다. 나중에 Tipp-Ex사는 프랑스에서의 독점판매권을 Beiersdorf AG(주식회사)에게 넘기고 당초의 프랑스로 독점판매상과의 거래를 단절하였다.

이에 동 판매상은 EC집행위원회에 신고하였고 1987년 7월 10일 위원회는 Tipp-Ex사에 대하여 벌금을 부과하였다. 위원회의 결정에 대하여 Tipp-Ex사는 EC법원에 제소하였으나 동 법원은 1990년 2월 8일 위원회의 결정이 정당하였음을 확인하였다.

나. EC집행위원회 및 EC법원의 법적 판단

EC집행위원회는 Tipp-Ex사가 독점판매상에 대하여 취한 조치를 동사(同社)와 판매상간에 형성된 합의로 평가하였다. 위원회는 전술한 Sandoz P.F.사안에 있어서와 같은 논거를 제시한 것이다. 즉 기업의 어떤 조치가 당해 기업과 판매상과의 계약적인 관계를 뒷받침하는 역할을 한다면 그것은 더 이상 일방적인 것이 아니며 제 85조의 적용으로부터 배제될 수 없다는 것이다.

모든 판매상들이 Tipp-Ex사의 지역보호에 관한 영업전략을 수용하고 있기 때문에 그것은 계약의 중요한 구성부분이 되어 있으며 그것이 판매상들의 이익과 일치하느냐의 여부는 중요하지 않다는 것이다.

그러나 EC법원은 위원회의 결정이유에서와 같은 논거를 제시할 필요가 없이 쉽게 당사간에 합의가 있었음을 인정할 수 있었는데, 그것은 파리에서의 민사소송 과정에서 프랑스의 판매상들이 명백히 Tipp-Ex사의 뜻에 따르겠다는 의사를 Tipp-Ex사에게 밝힌 바 있었음이 확인되었기 때문이었다

분석 및 평가

1. EC경쟁법구조의 특수성

위의 사례는 수직적 경쟁제한행위로서 우리 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률”에 의하면 제2조의 시장지배적 지위의 남용금지 조항이나 제23조의 불공정거래행위 등에 해당하는 사안이다. EC집행위원회와 법원은 카르텔금지조항이라 할 수 있는 조약 제85조의 경쟁제한적 합의의 금지조항을 수직적 경쟁제한행위에 적용하고 있는데 그 근거를 살펴보면 다음과 같다.

EC조약중 경쟁법에 관한 주요한 조항으로는 상술한 바와 같은 조약 제85조의 카르텔 금지조항과 시장지배적 사업자의 일방적인 경쟁제한적 행위, 즉 남용행위를 규제하는 제86조가 있다. (위 사례의 경우, Sandoz P.F.사나 Tipp-Ex사가 시장지배적 사업자이었다면 그들의 행위가 제86조에 의하여 규제될 수 있을 것이다.)

그러나 이 양 조항에 의하여 직접적인 규율의 대상이 되지 않는 경쟁제한적 행위가 있는데, 그것은 당해 기업이 어느 정도 경제력은 있으나 제86조의 시장지배적 지위에까지는 도달하지 못한 기업의 일방적인 경쟁제한행위이다. EC경쟁법상 이러한 행위를 규제할 규정의 흠결이 발생하고 있는 것이다. 따라서 이와 같은 행위를 규제하기 위하여 제85조의 구성요건을 광범위하게 해석하고 있다. 이때 EC의 기본 목적과 이념이 주요한 역할을 하게 된다.

2. EC법 특유의 목적론적 해석

EC법의 목적론적 해석에 영향을 미치고 있는 것은 공동체설립조약이 갖고 있는 기본적인 이념이다. 공동시장이 지향하고 있는 역내시장의

완성이라는 목표의 달성 및 유지를 위해 규범의 해석이 이루어지고 있는 것이다.

EC조약은 공동시장의 목표달성을 위해 수행하여야 할 사항을 조약 제3조에 규정하고 있는데, 동조 (f)호는 경쟁정책과 관련하여 공동체가 “공동시장내에서 경쟁의 왜곡을 방지하는 체제”를 구축할 것을 규정하고 있다. 상술한 사안에 있어서 사업자의 일방적인 행위에 대하여 제85조 제1항을 적용한 것은 이 목적에 이바지하는 것이다. 공동체내에서 <수출금지>란 가맹국간의 교역을 저해하고 결국 공동시장의 완성이라는 EC의 근본목적의 달성을 불가능하게 하는 대표적인 경쟁제한적 행위이기 때문이다. 이를 근거로 광범위한 확대해석이 가능한 것이다.

3. “합의”의 확대 해석과 그 문제점

위와 같은 공동체특유의 목적을 달성하기 위하여 EC집행위원회와 법원은 오래 전부터 제85조의 합의의 개념을 상당히 폭넓게 인정해왔다. 즉 위원회나 법원은 합의의 전제조건으로 당사자가 사법적인 계약을 체결할 것을 요구하지 않고 있으며 일방 당사자가 상대방에 대하여 자신의 행위의 자유를 제한하는 의무를 지는 것으로 충분한 것으로 보고 있다. 합의의 외부적 형태나 징표는 중요하지 않은 것으로 보고 있는 것이다. 따라서 구두(口頭)에 의한 합의도 상관없으며, “신사협정”으로 표기된 문서일지라도 그것이 참가자에 대하여 시장에서의 행동을 구속하는 경우에는 합의로 보고 있는 것이다.

요컨대, “합의”의 해석에 있어서 가맹국 국내법상의 계약의 개념에 의하여 영향을 받지 않고 있는데, EC집행위원회나 법원의 이러한 운용방식은 특히 수직적 경쟁제한행위와 관련하여 의문의 여지가 있다.

우선 모든 법, 특히 위반행위에 대하여 제재가 가해지는 규범의 해석·적용은 우선 당해 규정의 범문으로부터 출발되어야 한다는 점이다. “합의”가 민법상의 계약개념과는 관계없이 해석되고 공동체의 목적에 비추어 EC법의 특수한 목적론적 해석방법이 인정된다 할지라도 최소한 2이상의 독립하여 형성된 의사(意思)의 연락이 있어야 할 것이다. 즉 “합의”라는 범문에 비추어 보아 당사자 상호간의 “동의”가 있었음이 인정되어야 할 것이다. 판매상이 제조업자의 지역적 제한에 동의를 표시한 Tipp-Ex사건에 있어서와 달리 Sandoz P.F.사건에서는 생산업자인 Sandoz P.F.사가 그의 판매업자에 대하여 수출을 금하는 경쟁제한적인 행위를 할 것을 계산서에 기재하였을 뿐이다. 이 사안에서 판매업자가 생산업자의 제의를 승낙했거나 어떤 다른 형태로라도 “동의”를 한 모습이 보이지 않는다.

제조업자측도 판매업자가 그러한 권유에 반하는 행동을 할 경우에 어떤 식의 조치를 취할 것인가에 대하여 언급하고 있지 않다. 판매업자들은 그저 영업관계를 통상적으로 유지해온 것이다. “Sandoz P.F.” 사안의 경우, Sandoz P.F.사의 일방적인 조치만 있었을 뿐, 판매상에 의한 동의가 있었다고 보기는 어렵다.

이에 대하여 위원회와 법원은 내용적으로 보충 내지 추정하는 방법을 택하고 있다. 즉 위원회와 법원은, Sandoz P.F.사건의 경우, 오랫동안 영업관계가 형성되어 왔고 어느 정도 관계가 인정되고 있는 점을 고려하여 판매상에 의하여 <수출금지>가 암묵적으로 승낙된 것으로 보고 있는 것이다. 물론 일단 체결된 계약이 당사자간의 추후의 행동에 의하여 구체화되고 더욱 변형·발전되어 갈 수 있다는 EC법원의 판단에 어느 정도는 수긍이 간다. 그러나 이 경우 일방 당사자의 일방적인 선언은 그 내용이 타방 당사자의

이해관계에도 맞아 떨어지고 상호간에 그 내용을 지킬 것이라는 기대감이 형성될 수 있어야만 그 타방 당사자의 침묵이 일방 당사자의 제의에 대한 동의로 간주될 수 있을 것이다.

이와 같이 생각한다면 “Sandoz P.F.”사가 계산서에 <관할법원의 지정>과 <위험부담의 이전>에 관하여 인쇄한 내용은 판매상이 이에 대하여 아무런 반응을 보이지 않았더라도 계약의 내용으로 볼 수 있을 것이다. 판매상으로서도 그러한 조항의 필요성을 인식하기 때문이다. 그러나 <수출금지>의 경우에는 다르다. 고객이 병원인 경우에는 수출에 관심을 갖지 않을지 모르나 중간도매상의 경우에는 경제적 이익을 가져다 주는 병행수출에 관심을 가질 수 있으며 따라서 <수출금지>라는 문언에 아무런 이의를 제기하지 않았다고 해서 양 당사자가 합의했다고 추정할 수는 없는 것이다.

또 하나 문제되는 것은 위 사안에서 판매상의 침묵이 <수출금지>에 대한 동의로 추정되어 합의가 성립한 것으로 본다면, 제85조 위반으로 제조업자에 대하여서뿐만 아니라 판매업자에 대하여도 벌금이 부과되어야 할 것이다. 판매업자 역시 경쟁제한적 행위의 가담자이기 때문이다. 위 두 사안에서는 판매상에 대하여 벌금이 부과되지 않았다.

결론

지금까지 살펴본 결과 다음과 같은 결론 내지 시사점을 추출할 수 있다.

1. EC카르텔법인 조약 제85조 제1항은 공동체 내에서의 “가맹국간의 교역에 영향을 미치는” 합의에 광범위하게 적용되어 경쟁관계에서 있지 않는 사업자간의 수직적 공동행위에도 적용되고 있다는 점이다. 우리 공정거래법상으로

도 수직적 공동행위를 제19조(부당한 공동행위의 제한)에 의하여 규제하자는 견해가 있으나(황적인/권오승, 경제법 5정판, 164쪽), 이는 다음과 같은 점에서 긍정하기 어렵다. 우선 수직적 공동행위는 관련시장의 실질적인 독과점화 방지, 한계기업의 존속방지 등 부당한 공동행위를 규제하는 입법 취지와 커다란 상관이 없는 점이다.

다음 우리 법상 부당한 공동행위가 성립하기 위하여는, ① “일정한 행위”를 “공동으로” 할 것을 합의하여야 하며, ② 그러한 행위가 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한”하는 것이어야 하는데, 상호경쟁관계에 있지 않는 사업자(예컨대, 생산업자와 판매업자)가 각기 다른 시장(생산시장과 도매시장)에서 일정한 행위(예컨대, 가격결정행위)를 공동으로 한다는 것이 이론적으로 불가능하며, 설사 그러한 행위가 가능하다 할지라도 이는 “상표내에서의(Intra-Brand)” 경쟁이 제한되는 것일 뿐, 카르텔법이 규제하고자 하는 “상표간의(Inter-Brand)” 경쟁이 제한되는 것이 아니기 때문이다.

2. EC집행위원회와 법원도 “합의”의 개념을 폭넓게 해석하고 있다는 점이다. 합의의 입증과 관련하여 “인식있는 평행행위” 이론, “추정(prima facie)의 원칙” 등이 원용되고 있고 우리 법 제19조 제3항도 이와 같은 조항을 두고 있으나, 죄형법정주의의 원칙에 비추어 문제가 될 수도 있다고 본다. 위반행위에 대하여 제재가 가해지는 규범은 엄격히 해석되어야 하기 때문이다. 한편, EC집행위원회와 법원은 위에서 살펴본 바와 같이 일방 당사자의 일방적 조치와 그에 대한 상대방의 침묵을 합의로 인정하고 있으나 그 일방적 조치가 상대방에게 불리한 내용인 경우에는 합의가 성립되었음을 인정하기 어렵다. ■