

EU 경쟁법상 시장지배적지위 및 그 남용의 개념

원 용 수 ■ 숙명여자대학교 법학부 교수

I. 서언

경쟁법상 시장지배적지위 남용의 규제는 시장경제의 수호에 중요한 역할을 한다. 그렇지만 시장을 지배할 가능성이 높은 기업이나 기업집단을 규제한다는 것은 어느 나라에서든지 쉬운 일이 아니다. 그러한 기업이나 기업집단은 정계나 여론을 자신에게 유리하게 유도할 수 있다는 관념이 유럽에서 오랫동안 팽배해 왔다. 이러한 이유로 인하여 유럽의 각 나라나 EU의 경쟁법에서 시장지배적지위 남용규제의 제도는 1957년의 Roma 조약이 성립될 때까지 크게 발전할 수 없었다.¹⁾ 이러한 상황은 서면법 제2조나 클레이튼법 제2조가 시장지배적지위의 남용을 규제하기 시작한 미국의 상황과 크게 대조를 이룬다고 할 수 있다. 그러나 미국의 경우에 비하여 상당히 늦게 발전하기 시작한 EU 경쟁법상 시장지배적지위 남용규제제도를 검토하는 것도 우리나라의 관련 법제의 발전에 크게 기여할 수 있다. 그러한 시장지배적지위 남용의 규제에 관한 EU 법제의 핵심은 Roma 조약에 의한 EU 독점금지법 제82조의 해석론에 관한 판례의 검토를 통하여 이해할 수 있다. 따라서 이 글은 위 EU 독점금지법 제82조의 구조를 고찰하는 데 중점을 두기로 한다. 이러한 과정에서 시장점유율·시장진입장벽·시장확장장애·수직적 기업결합의 정도·R&D능력과 결부된 기술적 지식·마케팅과 광고능력 등의 기준을 고찰하고 해당분야에서의 지배와 남용의 개념을 EU 법원 등에 의하여 형성된 판례의 이론에 따라 분석·검토한다. 그리고 해당분야에 있어서 매우 중요한 개념인 지리적 시장과 제품시장에 관련되는 판례법의 이론도 고

1) 프랑스의 경우 1963년에 비로소 Roma 조약에 의한 EU 독점금지법 제82조(기존의 제86조)를 1945년 6월 30일의 경쟁법령(Ordonnance du 30 juin 1945)에 처음으로 도입하였다. 프랑스에서 이 제도가 도입된 직후부터 벨기에와 룩셈부르크에서도 이와 유사한 제도에 의하여 시장지배적지위 남용의 규제가 꽤 활발히 이루어지게 되었다. 네덜란드에서도 비슷한 경쟁조정소송(action de r gulation de la concurrence)이 활용되고 있었다. 그리고 포르투갈에서는 1983년 12월 3일 법 제14조가 제정되어 그 제도가 정식으로 입법화된 바 있다(Dominique Brault, Droit et Politique de la concurrence, Economica, 1997, P.256).

찰의 대상에 속한다.

II. EU 경쟁법상 시장지배적지위의 개념

시장지배적지위의 개념에 관하여 Roma 조약에 의한 EU 독점금지법 제82조는 정의를 내리지 않고 있다. 이에 따라 EU의 각 국가들은 시장지배적지위의 개념에 관하여 판례의 태도를 기대하게 되었다. 이러한 상황에서 유럽사법법원(Cour de justice europeenne)은 시장지배적지위의 개념에 관하여 다음과 같이 판결하였다:

*시장지배적지위는 경쟁사업자, 고객 및 궁극적으로는 소비자에 대하여 독립된 행동가능성을 평가할 수 있는 정도로 보이면서 문제가 되는 시장에서 유효 경쟁의 유지를 방해하는 힘을 가진 기업에 의하여 보유된 경제력의 상황과 관련성이 있다.*²⁾

상기의 개념은 시장지배적지위를 매우 추상적이면서 포괄적으로 표현하고 있다. 상기의 개념 중 독립된 행동가능성의 의미를 파악하는 것이 시장지배적지위의 개념을 이해할 수 있도록 한다. 이러한 행동의 독립성은 판례법상 다음과 같이 양적 기준과 질적 기준에 따라 평가될 수 있다.

1. 양적 기준

(1) 시장의 역할

시장의 역할은 시장지배적지위의 존재에 관한 가장 설득력 있는 지수이고 충분하고 필요한 지수라고 할 수 있다. 그리하여 사실상 및 지리적으로 정의된 관련시장에 대한 독점적 지위는 그것의 수혜자에 대하여 의심의 여지없이 시장지배적지위를 부여받게 된다. 또한 높아진 시장의 역할을 보유하는 경우에도 다른 기준 및 동일한 결론 기준을 고려할 필요 없이 동일한 결론에 도달

2) Case 27/6 United Brands v. Commission(1978) 1 CMLR 429. 이 정의는 프랑스 국내의 판례에 의하여 여러 차례 인용되었는 바, 이와 관련하여 퀴즐금속산업부에서 Planet 전기야금회사를 기초한 사례(Cons. conc. 31 mars 1992, n° 92-D-26 et CA Paris 14 janv. 1993, Secteur du calcium-métal)는 유명하다. 이 사례에서 한 기업에 대하여 그의 경쟁사업자의 전략에 충분히 무관심한 사실은 그의 시장지배적지위의 특징을 나타낸다고 판결되었다(Renée Galène, Droit de la concurrence & Pratiques anticoncurrentielles, EFE, 1999, p.190).



하게 된다. 예컨대 EU 경쟁법상 70%~80%의 점유율이 있는 경우에는 예외적인 상황의 경우를 제외하고 시장지배적지위가 존재한다는 것이 증명된다.³⁾

(2) 경제력과 금융능력

이 기준은 관련되는 기업의 상황과 기업이 속하거나 경제적 고리를 가진 기업집단의 상황을 고려하여 평가된다. 사실상 EU 경쟁당국은 기업이나 기업에 연결된 기업집단의 경제력과 금융능력이 시장에서 발휘되는 다른 기업의 경쟁압력에 대하여 초연하는 것을 허용한다고 판단한다. 이러한 힘은 관련되는 기업이나 기업이 연결된 기업집단의 매상고, 다른 회사나 다른 기업집단과 체결된 금융계약 또는 경제적 계약의 수와 규모, 회사나 그가 속한 기업집단의 기업결합의 정도 및 그들이 관련 시장과 연결된 시장에 진입한 정도 등과 같은 여러 요소에 의하여 평가된다. 그 반면에 한 기업의 수익성은 그의 경제력과 금융능력을 측정할 수 있는 중요한 요소가 아니다. 그리하여 유럽사법법원은 한 기업이 그의 시장지배적지위를 반박하기 위하여 감소된 수익분이나 공장의 상실을 항변할 수 없다고 판결하였다.⁴⁾ 또한 이 판결은 심각한 손실 없이 잠정적 상실이 있었던 기업이 그의 경제력으로 인하여 시장지배적지위를 차지하였다고 확정하였다.

2. 질적 기준

(1) 경쟁의 상황

중대한 시장역할을 하지 않는 기업은 그럼에도 불구하고 그들 중 각자의 개별적 역할이 약하여 그의 경쟁사업자에 대하여 확고한 독립성을 얻을 수 있고, 그때부터 시장지배적지위를 차지할 수 있다. 이와 반대로 관련되는 기업이 동일한 경쟁력을 가진 1인 또는 수인의 경쟁사업자와

3) CJCE 13 févr. 1979, Société Hoffmann-La Roche, TPI 12 déc. 1991, Société Hilti, 이에 반하여 프랑스 경쟁당국은 관련되는 기업이나 기업집단의 시장의 역할이 관련 시장의 점유율 30% 미만에 미치는 경우에는 시장지배적지위가 존재하지 않는다고 추정한다. 예컨대, Oscar Savreux사가 Somme지방의 모래 및 자갈시장의 29%를 점유한 경우(Cons. conc. 1^{er} sept. 1987, SA Renault), Cora 그룹이 Alsace 지방의 소매업체 판매의 17%를 점유한 경우(Cons. conc. 8 juin 1993, n° 93-D-21, Société Gillet & Cie), Elf-Antar가 윤활유 시장의 13.6%를 점유한 경우(Cons. conc. 19 déc. 1989, n° 90-D-36, Société des Inbriantse), d'entreprises métalliques가 교량 및 육교시장의 12.2%를 점유한 경우(Cons. conc. 28 avril 1987, n° 87-D-07, Compagnie française d'entreprises métalliques) 등이 그에 속한다. 이에 비하여 우리나라의 공정거래법은 일정한 거래분야에서 1사업자의 시장점유율이 100분의 50이상이거나 3이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75이상(다만 이 경우에 시장점유율이 100분의 10미만인 자는 제외한다)에 해당하는 사업자는 시장지배적사업자로 추정한다(동 법 제4조).

4) Case 27/6 United Brands v. Commission [1978] 1 CMLR 429.

그의 시장에서 경쟁하는 경우에는 중대한 시장의 역할은 반드시 시장지배적지위를 부여하는 것은 아니다. 따라서 지배의 상태를 특정 지우기 위하여는 시장의 역할에 관한 분석은 흔히 관련되는 부문의 경쟁의 상황과 그것의 발전과정의 분석과 연결된다고 할 수 있다. 이와 같은 결과로 인하여 두 개의 기업이 동일한 시장의 역할을 함에도 불구하고 그들의 경쟁의 환경에 따라 차별적으로 시장지배적지위의 존부가 선고될 수 있다. 이러한 관점에서 보건대, 시장지배적지위의 존부를 확정하기 위하여 시장에서의 경쟁사업자의 수가 고려되어서는 안되고 그들 각자가 하는 시장의 역할이 고려되어야 할 것이다. 그리고 치열한 경쟁이 있음에도 불구하고 자신의 지위를 유지하는 기업의 능력이 시장지배적지위의 지수가 될 수 있다고 할 수 있다. 또한 시장지배적지위의 존부를 확정함에 있어서, 위에서 언급한 시장의 역할 외에 신규경쟁자들의 시장진입을 억제하는 법규상의 제한, 기술적 제한 및 금융규제 등을 고려해야 한다.

(2) 기술적 이익

이 기준이 유럽사법법원에 의하여 시장지배적지위를 확인하는 데 필요한 기준으로 인정된 바 있다.⁵⁾

III. EU 독점금지법 제82조의 구조에 대한 이해

하나 또는 둘 이상의 기업에 의하여 시장지배적지위의 남용이 EU 회원국간의 거래에 영향을 미치는 경우 EU의 공동시장내에서는 성립될 수 없는 것으로 간주되어 금지된다. 이와 같이 시장지배적지위의 남용은 특히 다음과 같은 경우에 해당된다:

- ① 직접적으로나 간접적으로 불공정한 구매 또는 판매가격을 부과하거나 불공정한 거래조건을 부과하는 경우
- ② 소비자에게 손해가 발생하도록 제품의 생산, 시장 또는 기술적 발전을 제한하는 경우
- ③ 다른 거래당사자와의 동등한 거래에 유사하지 않는 조건을 적용하여 그 다른 거래당사자로 하여금 경쟁상의 불이익을 받는 상황에 처하게 하는 경우
- ④ 계약의 성격이나 상거래 관행에 의하면 어떠한 계약의 주제와는 전혀 관계가 없는 부가적 의무사항을 다른 당사자로 하여금 수락하게 하면서 계약의 체결을 유도하는 경우

5) CJCE 13 févr. 1979, Société Hoffmann-La Roche, préc. alc 14 f vr. 1978, Case 27/6 United Brands v. Commission [1978] 1 CMLR 429.



EU 독점금지법 제82조는 남용의 방법으로 경제적으로 시장을 지배하는 기업의 일방적 행위를 규제함을 목적으로 한다. 계약의 관점에서 보면 시장지배적지위의 남용은 시장지배적 상품의 공급업자가 협상능력을 거의 가지지 아니하는 약한 고객에 대하여 불공정한 거래조건을 억지로 부과하는 것이 원인이 되어 발생한다. EU 독점금지법 제82조는 또한 2인 이상의 시장지배적지위에서 경제력을 행사하는 상품의 공급업자에 대하여도 적용된다. 동조에서 규정하는 “하나 또는 둘 이상의 기업에 의한 어떠한 남용(any abuse by one or more undertakings)”의 의미는 연합적이거나 집단적으로 시장지배적지위를 차지하는 것에도 적용될 수 있다는 것을 의미한다고 판결된 바 있다.⁶⁾

1. 지배(dominance)와 남용(abuse)의 개념

EU 경쟁법상 단순히 시장지배적지위를 차지하는 것만은 금지되지 아니하고 그 지위를 남용하는 경우에만 금지된다고 할 수 있다. 여기에서 시장지배의 개념과 그 남용의 개념이 중요하다.

우선, 시장지배라 함은 경쟁적 압력을 고려할 필요 없이 시장에서 독립적으로 행동할 수 있는 능력을 발휘하는 것을 의미한다. 위에서 언급한 바와 같이 유럽사법법원에 의하면 EU 독점금지법 제82조에 규정된 시장지배적지위라 함은 어떤 기업의 경쟁자, 고객 및 소비자와는 독립적으로 상당한 수준의 행위를 하는 권한을 어떤 기업에 부여함으로써 관련시장에서 유효경쟁이 유지되지 못하게 하는 기업에 의하여 향유되는 경제적 힘을 가진 지위와 관련된다.⁷⁾

외관상 규모가 크고 막강한 기업이 법적으로 시장지배적지위를 가지는지의 여부를 결정함에 있어서, EU 위원회는 다음과 같은 다양한 요소들을 고려하고 있다.

(1) 시장점유율

시장점유율이 높은 기업은 시장지배적지위를 차지한다고 추정된다. 예컨대, 시장점유율이 80%를 차지하는 기업은 명백하게 시장지배적지위를 차지한다고 할 수 있다. 이와 관련하여 EU 법원은 아주 예외적인 상황의 경우를 제외하고는 50%의 시장점유율은 시장지배적지위를 차지

6) Case 41/83 British Telecommunications[1985] 2 CMLR 368.

7) Case 27/6 United Brands v. Commission [1978] 1 CMLR 429; [1978] ECR 207 외에도 Case 322/81 Michelin [1983] ECR 3461 [1985] 1 CMLR 282; GVL [1982] CMLR 221 사례가 시장지배적지위의 개념을 적절히 제시한 바 있다.

하고 있다고 판결한 바 있다.⁸⁾ 그러나 예컨대, 50%의 시장점유율을 차지하는 X회사는 18%의 시장점유율을 가진 Y회사와 23%의 시장점유율을 가진 Z회사의 두 경쟁자로부터 각각 격심한 경쟁에 시달릴 수 있다. 이러한 경우 지나치게 높은 가격을 책정함으로써 시장지배적지위를 남용한 X로 인하여 Y와 Z는 X에 대하여 불만을 가진 고객을 유치하게 된다. 이와 반대로 만일 X가 40%의 시장점유율을 가지며 두 번째의 경쟁력을 가진 Y나 Z가 단지 2%정도의 시장점유율을 가지면 X가 시장지배적지위를 가질 가능성이 매우 높아진다. 어떤 기업이 시장지배적지위를 차지한다고 해서 반드시 성공한다고 할 수 없다. 시장지배적지위를 가지는 기업에게 손실이 발생하는 경우에는 그 기업이 곤경에 처해질 수 있다. 이러한 사실은 그러한 기업이 계속적으로 적자 운영을 한다고 해서 시장지배적지위를 차지하지 못한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 다른 기업에 의하여 그 기업이 경쟁적 압력을 받았다는 증거가 될 수 있으며 그 기업의 시장지배적지위에 제한이 가해진 것이라는 것을 의미할 수 있다. 어떤 기업의 시장점유율의 분석은 외부적 경쟁 정도의 동시적인 분석과 결부되어 이루어져야 한다. 어떤 규모의 기업이 경제력을 이용할 수 있는 능력은 주로 잔여기업의 훈련효과에 의존한다고 할 수 있다.

(2) 시장진입장벽

시장진입장벽의 존재는 시장지배적지위를 차지한 기업에 대하여 그 기업의 우위성에 도전하여 시장점유율을 훔쳐내기 위하여 시장에 진입하는 잠재적인 경쟁자로부터 보호하는 기능을 한다. 물론 신규기업에 대한 장애물로서 시장진입장벽의 힘과 그 효과는 상황에 따라 가변적이다. 이와 관련되는 경제학자들은 다양한 유형의 시장진입장벽에 대하여 서로 다른 중요성을 부여한다.

시장진입장벽은 기업 자체의 행위로부터 발생한다. 예컨대, 어떤 기업이 자체적으로 제품의 공정과정에 상품을 투입하여 시장의 중요한 부분을 차지하고 이 상품에 대하여 경쟁자의 접근을 제재할 수 있다. 또한 시장진입장벽은 시장진입에 대한 정부의 제한조치로부터 발생할 수 있으며, 엄청나게 비싼 R&D비용, 설비비용 및 원료비용 등으로부터도 발생한다.⁹⁾

(3) 시장퇴장장벽(Exit barriers)

시장퇴장장벽의 존재는 잠재적 경쟁자가 과잉투자를 하여 설비를 과다하게 한 이유로 인하여 시장퇴장으로부터 차단되는 경우에 발생한다. 물론 어떤 회사가 비싼 시설과 기계를 포기하는

8) Case 62/86 AKZO v. Commission [1991] ECR I-3359 [1993] 5 CMLR, para. 60.

9) Napier Brown/British Sugar [1990] 4 CMLR 196.



과감한 결단을 하는 때에는 시장퇴장장벽이 발생할 가능성이 적어진다. 고객이 만나는 시장퇴장장벽은 공급자의 시장에 대한 시장진입장벽을 발생시킬 수 있다. 예컨대, 컴퓨터의 본체를 구입하는 어떤 기업은 엄청난 자본투자를 한다. 그 기업이 구입결정을 하고 필요한 자금을 할당하였기 때문에 경쟁제조업자의 컴퓨터 때문에 그 컴퓨터를 포기할 가능성은 거의 없다. 왜냐하면 투자자가 많을수록 경쟁회사의 제품을 구입하려는 욕구가 적어지기 때문이다. 어떤 제조업자의 컴퓨터 본체를 구입한 회사는 다른 경쟁제조업자의 컴퓨터 부속물의 성능이 우수하더라도 그것을 구입하지 않고 원래 거래한 제조업자의 컴퓨터 부속물을 구입할 가능성이 높다. 이러한 경우 그 구입하는 회사는 어떤 제조업자의 구속을 받게 되고, 그러한 결과로서 발생하는 시장퇴장장벽은 고객으로부터 효과적으로 차단된 경쟁공급업자에게 실질적으로 시장진입장벽을 발생시킨다.

(4) 시장확장장벽(Expansion barriers)

예컨대, 공급업자 X가 EU 지역 전체에 걸쳐서 독점적인 딜러의 광범위한 판매망을 형성하고 있으며, 이로 인하여 다른 신규 공급업자의 상품을 분배 할 수 있는 능력 있는 딜러가 부족한 경우, 전망 있는 공급업자에 대하여 시장진입장벽이 발생할 수 있을 뿐만 아니라 생산량의 증대를 원하지만 딜러의 부족으로 인하여 효과적인 시장침투가 어렵다고 판단한 기존의 회사에게는 시장확장장벽이 발생할 수 있다. 이러한 상황에서는 X가 대부분의 능력 있는 딜러가 자신의 판매망에 묶여있고 계약상 다른 공급업자의 제품을 처리할 수 없으므로 시장지배적지위를 누릴 수 있다.

(5) 수직적 기업결합의 정도

X가 시장지배적 제조업자라고 주장되는 경우 그는 제품생산에 필요한 그 자신의 자금을 가지고 있는 것은 물론이고, 도·소매업을 포함한 자체의 분매조직을 확보하고 있는 수가 많다. 즉 이 경우 원료의 생산으로부터 소비자에 대한 제품의 종국적인 판매에 이르기까지 완전한 수직적 기업결합이 되었다고 볼 수도 있다. 이러한 상황은 X에 대하여 원료시장에서 불확실한 점이 많고 분매 및 운송조직의 비효율성이 강한 보다 덜 기업결합이 된 제조업자보다 훨씬 더 유리하게 시장지배를 하게 된다.

(6) R&D능력과 결부된 기술적 지식

어떤 기업이 누리는 기술적 지식의 정도는 광범위한 R&D를 수행하는 그 기업의 재정적 능력과 비례한다고 할 수 있다. 창조성이 존중되는 고도의 기술시장에서 기술의 첨단적 지위를 유지하는 능력은 시장지배적지위를 유지하는 데에 있어서 매우 중요한 역할을 한다.

(7) 마케팅과 광고능력

소비자의 기호에 맞게 적절히 광고하는 것은 시장지배적지위를 굳히는 데에 중요한 역할을 한다. 시장지배적지위를 가진 회사는 엄청난 광고비를 투입하지만, 그것을 이용하여 상당한 수입을 올릴 수 있다. 예컨대, United Brands 사례¹⁰⁾에서, 시장지배적지위를 가진 기업은 브랜드가 없는 바나나보다 “Chiquita”라는 브랜드가 있는 바나나에 대하여 양자간에 가격차이가 객관적으로 정당화될 수 없는 것처럼 보였지만 30%에서 40%이상까지 광고비를 소비자가 지급해야 한다고 설득한 바 있다.

(8) 다른 정치적 요소와 시간

BP v. Commission 사례¹¹⁾에서 서방국가들의 OPEC에 대한 거래거부에 의하여 야기된 1973년 석유위기의 발생으로 인하여 석유회사들은 그들의 일상적인 시장지배력에 비례하지 아니하는 잠정적인 정치적 및 경제적 중요성을 실감하게 되었다. 이러한 요소 하나만으로 BP가 관련시장에 관하여 단지 10%정도 EU 시장을 차지하고 있음에도 불구하고 네덜란드 시장상 시장지배적지위를 차지한 것으로 판단되었다. 물론 이 사례는 잠정적인 시장의 지배를 보여주었다고 할 수 있다. 그 밖에도 일정한 시간동안 고려되고 시행된 기업의 가격책정도 시장지배적지위를 강화시키는 요소가 될 수 있다. 예컨대, 어떤 회사가 경기침체의 기간동안 반복적으로 이윤폭을 유지할 수 있었다든지, 어떤 회사의 시장점유율이 압력을 받아 변동될 것으로 기대된 경우 상당한 기간동안 그대로 유지되었다든지 또는 어떤 회사가 경쟁회사를 격퇴시키는 것을 반복적으로 하는 것 등의 시간의 요소가 시장지배적지위에 영향을 주었다고 할 수 있다.

2. 지리적 시장(geographical market)에 관한 개념의 중요성

시장지배적지위를 논함에 있어서 지리적 시장의 개념의 중요성은 매우 크다. 이 문제는 관련 회사가 큰 연못에 있는 작은 물고기인지 아니면 작은 연못에 있는 큰 물고기인지 또는 큰 연못에 있는 큰 물고기인지의 여부에 비유될 수 있다. 어떤 국유화된 원격통신회사가 EU의 한 회원국에서는 시장지배적지위를 차지하고 있지만, 그 회사가 다른 국유화되거나 사유화된 회사와 경쟁

10) Case 27/76 United Brands v. Commission [1978] 1 CMLR 429; [1978] ECR 207.

11) Case 77/77 BP. v. Commission [1978] 3 CMLR 174; [1978] ECR 1513; Case 322/81 Michelin [1985] 1 CMLR 282 para. 59. 어떤 회사에서 잠정적인 수익성이 부족한 것이 반드시 그 회사의 지배에 관한 사실을 부인하는 것은 아니다.



하는 EU의 원격통신시장 전체에서는 시장지배적지위를 차지하지 못하는 경우가 있다.¹²⁾ 따라서 EU 독점금지법 제82조를 적용함에 있어서 시장지역의 확정은 중요한 기능에 해당된다. 이와 같이 시장지역을 확정함에 있어서 운송비가 매우 중요하다. 그런데 지리적 시장은 EU 전체에 속하게 할 필요는 없다. EU 독점금지법 제82조는 “공동시장 또는 공동시장의 실질적인 부분 내에서(within the Common Market or in a substantial part of it)” 시장지배적지위의 남용을 규제한다¹³⁾. 이와 관련하여 “실질적인 부분(substantial part)”의 의미가 EU 법원에서 논란의 대상이 되었다. BRT. v. SABAM 사례¹⁴⁾에서 법률집행위원장(Advocate General)은 다음과 같이 언급하였다:

중요한 것은 전체의 시장과 관련되는 시장의 양적 평가이다. 다시 말하면 그것은 상대적인 경제적 중요성에 달려있다. 이러한 목적을 충족시키기 위하여 인구밀도, 자금의 수준 및 구매력의 정도 등이 우선적으로 고려되어야 한다.

이러한 근거 위에서 인구밀도, 자금의 수준 및 구매력의 정도 등은 벨기에에서 법률집행위원장과 EU 법원에 의하여 공동시장의 실질적인 부분으로 인정되었으며, 마찬가지로 남부독일에서도 공동시장의 실질적인 부분이라고 판결되었다.¹⁵⁾ 이와 관련하여 실질적인 부분은 좁게 해석되어서는 안되고 최소한의 요건을 갖추면 충족되어야 하며, 지역적으로 좁은 곳도 EU의 실질적인 부분일 수 있다는 견해가 제시된 바 있다. BP. v. Commission 사례¹⁶⁾에서 Warner 법률집행위원장은 다음과 같이 언급하였다:

EU의 실질적인 부분의 평가에 있어서 지역면적의 퍼센트에만 초점을 맞추는 것은 위험하다. 실질적인 것의 반대의 개념은 ‘보잘 것 없는(negligible)’ 것이라고 할 수 있는데, 면적상 보잘 것 없는 것이 실질적인 것으로 평가될 수 있다. 예컨대, Luxembourg는 EU

12) British Telecommunications [1983] 1 CMLR 457.

13) 이 규정과 유사하게 프랑스 경쟁법의 근간을 이루는 1986년 12월 1일의 가격자유및경쟁에관한법령(Ordonnance n. 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence) 제8조는 “국내시장 또는 국내시장의 실질적인 부분내에서” 시장지배적지위의 남용을 규제한다고 규정하고 있는데, 이 규정의 해석에 관하여 견해가 다양하게 제시되었다(이에 관하여 상세한 것은 Ren e Gal ne, op. cit., pp.177-179 참조).

14) Case 127/73 BRT. v. SABAM [1974] 2 CMLR 238; [1974] ECR 313.

15) Cases 40-48, 50, 56, 111, 113 및 114/73 European Sugar Cartel(Sniker Unie) [1976] 1 CMLR 295.

16) Case 77/77 BP. v. Commission [1978] 3 CMLR; [1978] ECR 1513 at p. 1521.

전체의 0.23%의 면적을 차지하지만 특정한 제품에 관하여 Luxembourg 시장의 독점적 판매권을 가진 회사에 대하여 EU 독점금지법 제82조를 적용하기 어렵다는 말을 감히 할 수 없다.

Warner 법률집행위원장이 언급한 것을 기초로 하여 EU 위원회는 좁은 지리적 관점에서 시장의 개념을 정하는 경향을 보이며 시장지배를 하는 기업의 경제력을 고려하는 경우가 많다. 이와 관련하여 위에서 언급한 BP. v. Commission 사례에서 EU 법원은 피고인 BP가 EU 독점금지법 제82조를 위반한 것이 아니라는 판결을 하여 법률집행위원장의 견해와 동 판결을 일치시키지는 않았으나, 판결을 하는 과정에서 나온 이론의 핵심은 그 견해와 유사하였다.

“실질적인 부분”이라는 단어를 해석함에 있어서, 지역 또는 위치와 영업활동간의 차이점은 존재한다. 이와 관련하여 Pigs and Bacon Commission v. McCarren 사례¹⁷⁾에서 Warner 법률집행위원장은 아일랜드산 베이컨이 영국에 수출되는 것과 같은 특수한 거래(specific flow or current of trade)는 EU 독점금지법 제82조의 적용범위에 속하는 공통시장의 부분에 포함되지 않는다는 입장을 취하였다. 이와 마찬가지로 Felixstowe Docks and Railways Board v. British Transport Docks Board 사례¹⁸⁾에서 영국 고등법원(High Court)은 Humberside에 있는 항구들은 EU 독점금지법 제82상의 공통시장의 실질적인 부분에 해당되지 않는다고 판결한 바 있다. 이와 반대로 경제적인 중요성으로 인하여 특수한 위치가 그러한 실질적인 부분을 구성할 수 있다. 예컨대, Holyhead 항구는 영국과 아일랜드를 바다로 직접 연결하는 최단의 위치에 있으므로 한 잠정적인 조치 사례에서 EU 위원회에 의하여 실질적인 부분으로 판결된 바 있다.¹⁹⁾

3. 제품시장(product market)에 관한 개념의 중요성

지리적 시장에 관하여 발생하는 유사한 문제가 제품시장에서도 발생하게 된다. 예컨대, X가 음악 카세트 공급에서 시장지배적지위에 있지만 레코드와 콤팩트 디스크의 생산자로부터 경쟁 압력을 받고 있다고 가정할 수 있다. 이러한 경우 제품시장은 단순한 음악 카세트 시장보다는 넓을 수 있다. 그리고 Y는 복숭아 공급에서 시장지배적지위에 있지만 복숭아는 다른 과일이나 모

17) Case 177/78 (1979) 3 CMLR 389; (1979) ECR 2161.

18) (1976) 2 CMLR 665.

19) Sealink/Band I (1992) 5 CMLR 255. 또한 ICG/Morlaix Chamber of Commerce Commission Press Release 15 May 1995, IP/95/492.



든 과일과 경쟁상태에 처할 수 있다. 유사한 다른 경쟁제품과의 경쟁의 정도가 크면 클수록 어떤 기업이 단일한 제품에 대하여 행사할 수 있는 시장지배력은 약화된다. 예컨대, 만일 Y가 복숭아의 가격을 매우 높이면 소비자는 단순히 다른 과일을 구입하게 되는 것이다.

관련 제품시장의 개념을 정의함에 있어서, EU 위원회는 시장의 수요측면과 공급측면의 양쪽으로부터 제품의 교환가능성(interchangeability)에 초점을 맞추었다. 그리고 시장의 범위를 정의하는 경우 EU 위원회는 장기적이라기보다는 단기적인 대체가능성(substitutability)을 더 고려하고 있다. Tetra Pak II 사례²⁰⁾에서 EU 위원회는 이러한 이유가 오랜 기간 동안 기술적 발전이 많이 되고 소비자의 기호 수준도 높아지므로 시장의 구조가 변할 것이고 다양한 시장간에 경계지점도 변하는 것이라고 언급한 바 있다. 관련회사가 시장에서 힘을 발휘하는 기간동안 짧은 시간적 간격이 경제적 활동량을 평가하는 데에 더 유리하다고 할 수 있다.

(1) 수요측면의 대체가능성

수요측면의 대체가능성의 기준은 본질적으로 소비자 선호의 문제이다. 이와 관련하여 서로 다른 상품에 대한 합리적인 대체상품으로서 이용자나 소비자가 주시해야 되는 가격, 품질 및 의도된 용도의 조건에 있어서 어떠한 제품이 충분히 유사한가를 검토해야 한다. 수요측면의 교환가능성에 관한 충분한 정도가 무엇인지를 결정하기 위한 정확한 기준은 없으며, 이러한 것은 사실과 정도의 문제이다. United Brands 사례²¹⁾는 제품의 물리적 성격이 매우 중요하다는 것을 보여준 고전적 사례이다. 이 사례에서 동일한 제품시장의 부분을 형성하도록 다른 과일과 바나나가 교환될 수 있는지의 여부를 고려함에 있어서, EU 법원은 다른 과일과 마찬가지로 바나나도 식사의 일부 또는 디저트로서 먹을 수 있는 것이라고 EU 위원회의 견해를 같이 하였으나, 바나나는 다른 과일과는 다르게 고려되어야 하는 특성, 즉 겉모양, 맛, 부드러움, 쉽게 먹을 수 있는 것 등이 있다고 언급한 바 있다. 수요측면의 대체가능성을 결정하는 데에 있어서 제품의 용도를 고려하는 것이 필요하다. 예컨대, Tetra Pak II 사례에서 비무균의 판지상자(non-aseptic cartons)는 우유를 오랫동안 보관하는 데에 이용할 수 없다는 이유로 무균의 판지상자(aseptic cartons)는 비무균의 판지상자와는 다른 시장에 존재하는 것이라고 EU 위원회에 의해 판결된 바 있다. 이 사례에서 Tetra Pak은 관련시장이 액체음식제품을 포장하는 모든 방법, 예컨대 우유나 과일주스 또는 미네랄 워터를 포장하는 유리, 플라스틱 및 주석 등을 포함한다고 주장하였다. 이에 대하여 EU 위원회는 다음과 같은 두 가지의 근거에서 거부한 바 있다: 첫째, 그러한 판

20) [1992] 4 CMLR 551.

21) Case 27/76 United Brands v. Commission [1973] ECR 215.

지상자는 비등성 음료수(fizzy drink)와 같은 음식에는 기술적으로 사용할 수 없다. 둘째, 식품판 매인이 액체를 포장하기 위한 원래의 장치나 대체장치를 설치하는 경우 다른 용기도 장기적으로 만 경쟁력이 있다.

제품들간에 가격차이가 있으면 교환가능성이 없다고 할 수 있는데, 가장 대표적인 예가 사치품인 향수시장이다. 값비싼 향수의 보다 높은 비용은 고객들에게 심어주는 고급 브랜드의 이미지 관리에 소요되므로 소비자들은 값싼 향수를 값비싼 향수와 교환할 수 없는 것으로 보는 것은 명백하다. 그리고 그러한 제품의 가격은 또 다른 이유로 인하여 당면한 사회문제나 생활과 관련이 있다. 교환가능성을 확정하는 하나의 방법은 수요의 교차탄력성(cross-elasticity of demand)을 측정하는 것이라고 할 수 있다. 그리하여 제품의 가격이 5% 증가하는 것이 고객으로 하여금 중대한 심경의 변화를 일으키게 하는 그러한 제품들은 동일한 시장 내에 있다는 것이 지배적인 견해가 되었다. 이와 관련하여 EU 법원이 수요의 교차탄력성을 고려할 의도가 있는 것은 명백하지만, 이 기준만으로 제품시장에 관한 모든 문제를 해결할 수 있는 것은 아니라고 할 수 있다.

(2) 공급측면의 대체가능성

수요측면의 대체가능성이 없는 유사한 제품의 생산자가 문제가 된 제품의 생산으로 전환할 수 있는 용이함의 정도를 고려하는 것이 필요하다. Continental Can v. Commission 사례²²⁾에서 EU 법원은 다른 유형의 컨테이너 생산자가 그들의 생산품을 Continental Can의 제품과 경쟁할 수 있도록 적응시킬 수 없다고 EU 위원회가 고려한 이유가 좀 더 분명해야 된다고 언급하면서 EU 위원회가 시도한 시장개념을 비판하였다. Tetra Pak II 사례에서, EU 위원회는 관련 제품 시장의 정의를 내리면서 우유포장기계의 생산자가 용이하게 그들의 생산공정을 무균의 포장기계와 판지상자의 제조에 맞출 수 없었다는 사실을 고려하였다.

공급측면의 대체가능성 개념에 관하여 하나의 문제점은 시장의 개념에 관련되는 것이 아니고 어떤 기업이 어느 정도의 시장지배력을 가지는가의 문제와 관련되는 시장진입장벽의 문제와 공급측면의 대체가능성의 문제를 구별하는 것이 어렵다는 것 만일 어떤 회사가 생산방식이나 생산품을 변경하는 것을 방지하는 요소가 있다면, 이것은 시장진입장벽이 없다는 것을 보여주는 것이다. 그리하여 시장의 개념에 관한 문제와 공급측면의 대체가능성 및 시장진입장벽을 고려하여 정의를 내린 시장에 대한 평가능력이 뒤섞이는 위험이 발생할 수 있다.

22) Case 6/72 (1973) ECR 215.



4. 남용의 개념

EU 독점금지법 제82조하에서 시장지배적지위를 차지하는 것만으로는 법적인 문제를 야기시키지 않고, 그 지위를 남용하는 경우에 문제가 된다. EU 법원에 의하면, EU 위원회가 스스로 제기하는 문제점은 시장지배적지위를 차지하는 기업이 정상적이고 충분히 유효한 경쟁이 있었다면 얻지 못하였을 거래상의 이익을 얻는 방법으로 자신의 시장지배적지위로부터 발생하는 기회를 이용하였는지의 여부에 관한 것이다.²³⁾ 또 다른 사례에서 EU 법원은 시장지배적지위의 남용이 시장에서 여전히 존재하는 경쟁정도의 유지 또는 경쟁의 증가를 방해하는 효과를 가진다고 선언한 바 있다.²⁴⁾ 또한 시장지배적지위의 남용개념은 제3의 당사자가 시장지배적지위에 있는 기업과 경쟁하기 위하여 필요한 본질적인 설비에 접근하는 것을 거부하는 것까지 포함한다.

상기한 바와 같이, EU 독점금지법 제82조는 하나 또는 둘 이상의 기업이 시장지배적지위를 남용하는 것을 규제한다. 이것은 원래 동일한 경제단위를 형성하는 기업에 대하여 적용되는 것을 전제로 한 것이다. 그러나 이에 관하여 EU 위원회와 EU 법원은 보다 광범위하게 적용되어야 하는 중요성이 있는 것이라고 판결한 바 있다.²⁵⁾ 그리하여 법적으로 독립성이 있는 기업이 연대적으로 또는 집합적으로 시장지배적지위를 차지하면서 그 지위를 남용하는 경우에도 EU 독점금지법 제82조의 적용을 받게 된다. 시장지배적지위의 연대적인 보유는 최근에 많이 이루어져서 그 적용범위에 관하여 논란의 대상이 되고 있다.²⁶⁾ 이 가운데 가장 중요한 문제점은 시장에서 그들의 지위가 개별적인 것이 아니고 집합적으로 평가받는 것이 기업간에 어느 정도의 관계가 요구되는 것인가에 관한 것이다. 이와 관련하여 EU 위원회는 연대적 지배에 다음과 같은 두 가지의 특징이 있다고 언급하였다:

① 소수의 기업들은 단 하나의 기업이 시장지배적지위를 차지하지 않고 문제가 되는 시장에서 전환을 할 수 있다.

② 연대하는 기업의 의사결정에 있어서 고도의 독립성이 있다.

23) Case 27/76 United Brands v. Commission [1978] 1 CMLR 429; [1978] ECR 207 at para. 249 of the judgement.

24) Case 85/76 Hoffman-La Roche and Co. AG v. Commission [1979] 3 CMLR 211; [1979] ECR 461 at para. 91 of the judgement.

25) Joined Cases Y-68, 77 및 78/89 Societa Italiano Vetro SpA v. Commission (Italian Flat Glass) [1992] 5 CMLR 302. 이것은 소위 Italian Flat Glass 사례라고 불리운다.

26) 이에 관하여 상세한 것은 R. Whish and B. Sufrin, "Oligopolistic markets and EC competition law" (1992) 12 YEL 59 참조.

Italian Flat Glass 사례에서, EU 제1심법원은 특수한 시장에서 어떠한 경제적 고리(economic links)에 의하여 둘 이상의 경제적 실체가 연합하는 것을 원칙적으로 막을 방법은 없으므로 동일한 시장에서 그들이 다른 회사에 대하여 시장지배적지위를 연대하여 차지할 수 있다고 판결하면서, 그 한 예로서 계약이나 라이선스를 통하여 어떤 기업들의 경쟁자, 고객 및 궁극적으로 소비자들과 상당히 독립한 정도로 행위하는 권한을 그들에게 부여할 수 있는 기술적 지도를 연대적으로 하는 둘 이상의 독립된 기업의 상황을 제시한 바 있다. Almelo 사례²⁷⁾에서 EU 법원은 집합적인 시장지배적지위가 존재하기 위하여 그룹 내에 있는 기업들이 시장에 대하여 동일한 행위를 취하는 방식으로 연결되어야 한다고 판결하였으며, Centro Servizi Spediporto 사례²⁸⁾에서도 동일한 방식으로 개념정의를 하였다. 후자의 사례에서 법원은 공공기관에 의하여 도로건인비용을 정하는 국내법은 경제적 대리인이 그 비용에 부응함에 있어서 가격경쟁을 근절하였다는 단순한 이유로 인하여 그 경제적 대리인이 그들간에 경쟁이 없는 집합적인 시장지배적지위에 있는 것으로 간주될 수 없다고 판결하였다. 요컨대, 연대적 지배의 필요조건은 기업간의 경제적 고리의 존재라고 할 수 있다. 이러한 경제적 고리는 사업의 실무상 다양하게 존재하는데, 여기에서는 중요한 몇 개만 언급하기로 한다.

(1) 시장의 과점적 성격에 기인된 경제적 고리

EU 독점금지법 제82조하에서 과점시장이 규제될 수 있는지의 여부가 문제될 수 있다. 과점적 시장에서 흔히 보여지는 기업간의 상호의존성이 경제적 고리의 요건을 충족시키기 위하여 그 자체로서 충분인가? 이와 관련하여 Italian Flat Glass 사례에서 EU 위원회는 3인의 유리제조업자가 EU 독점금지법 제81(1)조에 반하는 응축된 관행을 하였을 뿐만 아니라 집합적으로 시장지배적지위를 차지하였다고 판결하였는데, 그 근거로서 주로 시장의 구조를 제시하였다. 이와 관련하여 EU 위원회는 생산자의 결합된 시장점유율이 매우 높았다는 사실로부터 기인되는 그들의 집합적인 시장지배적지위가 매우 높으며 시장의 경향과 경쟁의 조건에 의존하지 아니하는 상업정책을 그들이 추구할 수 없고 그들이 스스로 단일한 경제적 실체로서 시장에 나타날 수 있다고 판결한 바 있다. 그런데 이에 관하여 EU 제1심법원은 번복하였는데, 집합적 지배가 시장의 구조로부터 발생할 수 없다는 지적을 받은 바 있다. 법원은 집합적으로 지배하는 기업이 경제적 고리에 의하여 연결될 필요가 있다고 강조하였으며 그에 관한 실제적인 예는 언급하였으나 결정적인 정의는 제시하지 않았다. 이 당시 언급한 실제적인 예들은 계약이나 라이선스를 통하여 향

27) Case C-393/92 Alemo [1994] ECR I-1477, 1519, 1520.

28) Case C-96/94 Centro Servizi Spediporto Sri [1995] ECR I-2883.



유된 기술적 지도에 관한 것이었다. 그리하여 만일 기술분배계약이나 라이선스가 있다면, 그것은 집합적인 지배의 개념을 확립하는 데에 필요한 요소에 관하여 법원이 파악하고 있다는 것을 의미한다. 그러나 이와 관련하여 '다른 경제적 요소가 요구되는가'라는 논란의 소지는 많고 직접적 상호의존을 통한 고리가 충분한가를 논할 필요성은 여전히 있으며, EU 위원회도 스스로 내린 판결에서 동일한 입장을 취하였다. Almelo 사례와 Centro Servizi Spediporto 사례에서 EU 법원이 활용한 기준이 Italian Flat Glass 사례에서 EU 제1심법원이 취한 기준보다 외관상 보다 더 넓은 것처럼 보인다.

(2) 주식소유를 통한 고리연결

만일 기업들이 상호간에 아주 밀접하게 연결되어 단일한 경제적 실체로 간주된다면, 그 기업들의 시장에서의 지위는 집합적으로 평가되어야 한다. 그러나 만일 주식소유를 통한 고리연결이 모자회사의 관계(parent-subsiary relationship)를 형성하지 않으면 어떻게 될 것인가? 이에 대하여 French West African Shipowner's Committee 사례²⁹⁾에서 EU 위원회는 선박소유자 위원회의 회원들의 시장지배적지위는 집합적으로 평가되어야 한다고 결정한 바 있다. 이러한 결정의 주된 이유 중 하나는 그 회원들이 주식소유를 통하여 서로 연결되어 있었다는 것이었다.


(3) 기업간의 계약

Italian Flat Glass 사례에서 EU 제1심법원은 EU 독점금지법 제82조를 위반하였다는 것을 입증하기 위하여 동 법 제81조의 위반을 구성하는 사실을 재생이용 하는 것으로는 충분하지 않고 그 사실로부터 어떤 계약이나 위법한 관행의 당사자들이 연합하여 실질적인 시장점유율을 차지하고 있고, 그 사실만으로 그 당사자들은 집합적으로 시장지배적지위에 있으며, 그들의 행동이 집합적인 시장지배적지위의 남용을 구성한다는 것을 추론해야 한다고 언급하였다. 그리하여 당사자간의 계약이 설사 경쟁제한적이라고 하더라도 그 계약의 존재만으로는 본질적으로 연합적인 지배를 충족시킬 수 있는 충분한 고리를 구성하지 아니한다. 그러나 이것은 그러한 사례에서 EU 제1심법원이 기술분배계약은 연합적인 지배를 야기시키지 않을 것으로 판결하지 않았을 것이기 때문에 그와 같은 계약이 필수적인 경제적 고리를 설정하기 위하여 기능할 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니다. Gottrup Klim 사례³⁰⁾에서 EU 법원은 다수의 다른 기업을 회원

29) OJ 1989 L33/44.

으로 구성하는 구매협동조합(purchasing co-operative)이 스스로 시장지배적지위를 차지한다고 수용하였으며 이러한 결론에 도달함에 있어서 동 법원은 연합적이거나 집합적인 지배의 개념에 관심을 갖지 않았다.

IV. 결어

위에서 고찰한 바와 같이 시장지배적지위와 시장지배적지위 남용의 개념은 매우 복잡하고 탄력성이 있다고 할 수 있다. 이러한 개념은 EU 경쟁법상 가장 중요한 것으로서 대륙법의 특성을 지니고 있으면서 판례법의 발달에 따라 변화하고 발전한다고 생각된다. 또한 지금까지 EU 독점금지법 제82조를 분석하면서 현행 공정거래법과 비교해 보건대, 현행 공정거래법상 해석론적 도입을 고려할 필요가 있다는 것을 알 수 있다. 환언하면 현행 공정거래법 제3조의2를 존속시킨다면, 시장지배적사업자의 판단기준을 EU 각국 법제를 조화시키고 있는 EU 독점금지법상 위에서 언급한 다양한 기준을 고려하여 해석론적으로 도입할 필요가 있다고 할 수 있다. 특히 관련 사업자의 수직적 기업결합의 정도, R&D능력과 결부된 기술적 지식, 마케팅과 광고능력의 기준은 국내에서 거의 강조되지 않았다. 또한 후반부에서 언급한 바와 같이 시장지배적사업자의 지위를 고려함에 있어서 지리적 시장과 제품시장 등과 관련되는 여러 개념을 중시해야 한다는 관념도 미국 독점금지법상 시장지배력이 중요한 기능을 하는 것과는 다른 차원에서 이해되어야 한다. 그리고 위에서 언급한 Case 27/6 United Brands v. Commission [1978]1 CMLR 429 등의 판례법에서 시장지배적지위를 포괄적이면서 다소 추상적으로 정의를 내린 것은 우리나라의 시장지배적사업자의 개념 정립에 큰 도움을 줄 수 있는 것으로 생각된다. 그리고 현행 공정거래법은 시장지배적지위의 남용행위의 유형으로서 상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위, 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위, 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위, 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위 및 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위를 예시하고 있으며, 남용행위의 유형 또는 기준을 대통령령으로 정할 수 있도록 하고 있다(동 법 제3조의 2). 이와 관련하여 우리나라에서도 EU 경쟁법상 남용의 개념을 참조하면서 우리의 실정에 맞는 법원의 판례가 많이 형성될 수 있기를 기대한다. 

30) Case C-250/92 [1994] ECR I-5641, 5690, 5691.