



# 시장지배적지위 남용행위에 대한 유럽 경쟁법과 미국 독점금지법의 접근방법의 차이

- 유럽위원회의 Virgin/British Airways 결정(1999)을 중심으로 -

정영진 | 변호사, 법무법인 율촌

## 1. 들어가며

시장지배적지위의 남용에 대한 경제학적·법학적 이론논쟁이 뜨겁다. 특히 우리나라에서는 공정거래위원회가 Microsoft 사건을 다루면서 21세기의 지식경제(knowledge-based economy)하에서 시장지배적지위의 남용행위를 어떻게 규제하는 것이 바람직한 것인지가 첨예한 관심의 대상이 되고 있다. 카르텔은 그 경쟁제한효과가 비교적 명백한 까닭에 그 규제는 합의의 적발을 위한 법 집행방식의 개선에 초점이 맞추어져 있다. 그러나 경쟁당국이 시장지배적지위 남용의 경쟁제한성을 판단하는데 있어서는 실체법상의 위법여부에 대하여 상당한 이론적 축적과 경험이 필요하다. 이에 따라 카르텔규제에 대해서는 OECD 경성카르텔 권고안이 채택되는 등 실체법적 수렴화가 상당히 진전되고 있는 양상을 보이고 있으나 시장지배적지위의 남용에 대해서는 국제적 수렴화가 더딘 편이다. 설사 각국이 동일한 법문을 두고 있다고 하더라도 경쟁당국이 문제되고 있는 행위를 경제학적 및 법적으로 어떻게 해석하는지에 대하여 국가간 상당한 편차를 보이고 있는 실정이다.

각국간 경쟁법의 해석의 편차는 국제무역과 투자에 종사하는 기업에게는 상당한 법적 불확실성을 안겨다 준다. GE-Honeywell 사건<sup>1)</sup>에서 미국과 유럽의 경쟁당국이 동일한 사안에 대하여 정반대의 해석을 내놓아 결국 합병이 수포로 돌아간 예는 이러한 위험의 일 단면을 보여주는 좋은 예이다.

본 고의 검토대상인 Virgin/British Airways 사건은 거의 동일한 시장지배적지위의 남용행위 사건에 대하여 유럽과 미국이 상이한 판단을 한 또 다른 대표적인 예이다. Microsoft 사

1) Eleanor M. Fox, Mergers in Global Markets: GE/Honeywell and the Future of Merger Control, 23 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 457 (2002).

건도 동일한 시장지배적지위의 남용행위 사건에 대하여 유럽과 미국이 상이한 판단을 한 대표적인 예라는 평가도 없지 않으나 유럽에서는 Microsoft의 Workgroup Server와 Windows Media Player와 관련된 것이었고, 미국에서는 Internet Explorer가 문제된 것이어서 문제되고 있는 사실관계가 동일한 것은 아니었다는 점에 유의할 필요가 있다. 경쟁법의 비교법적 검토에서 흔히 간과되는 것 중의 하나는 경쟁법상 동일한 법리를 적용하더라도 그 적용대상이 되는 사실관계가 조금만 달라지면 전혀 다른 경쟁법적 평가를 하는 경우가 흔히 존재한다는 점이다. 따라서 어떤 사안에서 미국의 경쟁법과 유럽의 경쟁법을 수평적으로 비교하여 미국의 경쟁법에 의하면 어떻게, 유럽의 경쟁법에 의하면 어떠한 결과가 나올 것인지를 이야기하는 것은 매우 위험한 접근방법이다. 실제로 WTO에서 경쟁규범이 만들어 진다고 하더라도 개별 사건에 대하여 WTO 분쟁해결기구가 사실판단을 하는 것은 허용해서는 안 된다는 주장<sup>2)</sup>의 근거에도 경쟁법의 집행이 매우 fact-specific하다는 점을 반영한 것이다.

Virgin/British Airways 사건은 Virgin Atlantic Airways Limited(이하 “버진항공”)가 British Airways plc(이하 “브리티시항공”)가 여행사(travel agency) 또는 기업고객(corporate customers)에게 개별 약정에 따른 수수료 이외에 소위 충성리베이트(loyalty rebates/fidelity rebates)와 같은 인센티브를 제공한 것은 시장지배적지위 남용행위에 해당한다는 이유로 미국과 EC에 각각 제소한 사건이다. 미국 법원에서는 시장지배적지위 남용행위로서 인정을 받지 못했지만, 1999. 7. 14. EC집행위원회는 브리티시항공의 시장지배적지위 남용행위를 인정하고 그 시정을 명하였으며, 그 위반의 심각성을 인정하여 고액의 벌금을 부과한 바 있다.

미국과 EC의 경쟁법이 전반적으로 수렴되고 있다고 평가되고 있고, 특히 최근의 EC의 경쟁법의 현대화 작업<sup>3)</sup>에 따라 상당한 정도로 그 간극이 좁혀져 가고 있다. 그러나 일부 영역에서는 미국과 EC의 경쟁법의 접근방법이 큰 편차를 보이고 있는바, 대표적인 것이 시장지배적지위의 남용행위, 그 중에서도 충성리베이트에 대한 것이다.<sup>4)</sup>

충성리베이트는 우리나라에서도 공정거래법 제23조의 불공정거래행위의 유형 중 “부당한 고객유인”으로 규제하고 있다.<sup>5)</sup> 또한 시장지배적사업자가 이러한 행위를 하는 경우에는 공정

2) See generally Youngjin Jung, Modeling WTO Dispute Settlement System in An International Antitrust Agreement, Journal of World Trade, Feb. 2000.

3) D.G. Goyder, EC Competition Law (4th), (2003) at 549-560.

4) Margaret Bloom, The U.S and EU Move Towards Substantial Antitrust Convergence on Consumer Welfare Based Enforcement, 19 SUM Antitrust 18, 22 (2005).

5) 공정위 2004. 2. 10. 의결 제2004-054호; 공정위 2002. 10. 16. 의결 제2002-215호; 공정위 2001. 1. 2 의결 (약) 제2001-4호; 공정위 2000. 8. 8. 의결(약) 제2000-212호 등.



거래법 제3조의2가 적용될 여지도 있다. 따라서 브리티시항공의 시장지배적지위 남용을 인정한 EC집행위원회의 결정을 비교법, 특히 미국 독점금지법적 관점에서 살펴보는 것은 상당한 의의가 있으리라고 생각한다.<sup>6)</sup> 대상결정에서는 Microsoft 사건에서도 중요하게 다루어지고 있는 번들링(bundling) 이슈, 특히 경제적 결합판매(economic/financial tying)와 관련한 이슈도 중요하게 다루어졌으나 현재 공정거래위원회의 절차가 진행되고 있다는 점을 고려하여 다음 기회에 별도로 상세하게 논하기로 한다.

## 2. EC집행위원회의 결정<sup>7)</sup>

### 가. 사실관계

#### (1) 사건의 당사자

신청인 버진항공은 1984년 영국법에 의해 설립된 항공사로서 1997년 국제 정기 항공노선에서 탑승승객-운항거리를 기준으로 21위, 영국내 국내선에서는 31위를 차지한 회사이다.

그리고, 피신청인 브리티시항공은 1972년 British Overseas Airway Corporation과 British European Airways의 합병으로 설립된 회사로서 1987년 민영화되었는데, 국내선 15개 노선, 국제선 72개국 155개 노선을 운영하는 영국 최대의 항공사로서 1997년 정기항공 국제노선으로 세계 1위, 국내 및 국제노선 합계로는 세계 9위의 회사이다.

#### (2) 사건의 개요

버진항공은 1993. 7. 9. EC집행위원회에 브리티시항공과 여행사 및 소비자 사이의 마케팅 계약이 (i) 명시적 또는 묵시적으로 브리티시항공의 항공권을 일정 비율 이상 구매하는 경우 충성리베이트(loyalty/fidelity rebates) 등 인센티브를 제공하고, (ii) 이러한 인센티브를 기준 비율 이상의 구매분에 대해 지급하는 것이 아닌 구매분 전부에 적용하여 기준 달성 이전의 구매부분에 대해서도 인센티브를 제공하고 있으며(target or kick-back rebates<sup>8)</sup>),

6) 유럽과 미국에서 모두 카르텔에 관한 EC조약 제81조와 Sherman법 제1조의 문제도 제기되었으나 본 고에서는 이 이슈를 별도로 다루지는 않는다.

7) 유럽제1심법원(Court of First Instance)에서도 EC위원회의 결정을 대체적으로 인용하였으므로 별도로 구분하여 언급하지 않는다. See Case T-219/99 British Airways plc v. Commission of the ECropean Community [2003].

(iii) 또한 장거리 항공권 구매 고객이나 여행사에게 단거리 항공권 제공 및 좌석 업그레이드 등 인센티브를 제공하여 EC조약 제85조 및 제86조(현재의 제81조<sup>9)</sup> 및 제82조<sup>10)</sup>, 이하 현재 조문 체계로 인용함)를 위반하였다고 제소하였다.

또한 1998. 1. 9. 버진항공은 브리티시항공의 성과보상제도(Performance Reward scheme; PRS)가 기존의 집행위원회의 지시와 입장을 무시하고 기존의 인센티브 제공 관행과 더불어 조약 제81조를 위반하고 있다고 브리티시항공을 추가 제소하였다.

이에 집행위원회는 버진항공이 제기한 브리티시항공의 여행사와 기업고객에 대한 인센티브 및 할인 제공 부분 중 여행사와 관련한 부분에 대해서만 판단을 내렸다.

### (3) 쟁점이 된 브리티시항공의 인센티브 지급 제도

브리티시항공은 자신의 항공권을 취급하는 여행사에 대하여 국제선 항공권 취급의 경우에는 9%, 국내선 항공권의 경우에는 7.5%의 수수료를 각각 지급하여 왔다. 브리티시항공은 이외에도 각 여행사와 추가로 마케팅계약(The Marketing Agreement)을 체결하여 추가적인 인센티브를 제공하였다. 브리티시항공은 여행사를 그룹A(연간 항공권 취급량 5,000만 파운드 이상)와 그룹B(연간 항공권 취급량 1,000만 파운드 이상 5,000만 파운드 미만)로 나누어 각각의 그룹에 대하여 다른 인센티브 지급 비율 기준을 정하였고, 이 기준을 기본으로 하여 각 여행사마다 인센티브 지급 비율과 지급 기준을 개별적으로 정하여 마케팅계약을 체결하였다. 그 제공되는 인센티브는 다음과 같다.

(가) '성과보상금(Performance Reward) 지급 : 브리티시항공권 취급량에 추가적인 수수료 지급<sup>11)</sup>

이는 기본적으로 전년도(또는 기준연도) 대비 브리티시항공권 월별 취급량의 증가비율을 기준으로 하여 지급되었다. 예를 들어, 해당 월의 브리티시항공권 취급량이 전년대비 120%인 경우에는 그 취급량의 X%를 지급하였는데, 125%의 경우에는 취급량의 (X+a)%를 성과보상금으로 지급하였다.

가장 기본적인 기준인(마케팅계약은 이 기준을 근거로 개별적으로 약정됨) 월 취급량이 전년대비 95% 이상이면 0.1%의 성과보상금을 지급하는 경우 만약 어떤 여행사가 전년대비 월

8) 미국 법원은 이를 "Back-to-dollar-one" 리베이트(인센티브)라 칭하기도 한다.

9) Article 81.

10) Article 82.

11) 사실관계에 의하면 성과보상금 이외에 특별보너스(Special Bonus)도 지급되었으나, 기본적으로 성과보상금과 같은 기준에 의해 지급되는 것으로 논의의 단순화를 위하여 생략하였다.



취급량을 112% 달성하였다면 기본 수수료 외에 1.7%  $\{(112-95) \times 0.1\}$ 의 성과보상을 지급 받는 식이었다.

(나) 훈련자금(Training Fund) 지원 : 여행사 직원에게 브리티시항공의 교육과정 참여 기회 부여

(다) 사업개발자금(Business Development Fund) 지원 : 브리티시항공과 여행사 양자간 공동이익이 되는 마케팅 및 홍보 실시

#### (4) 사건의 결과

1999. 7. 14. 집행위원회는 브리티시항공의 수수료 및 인센티브제도 운영 방법이 조약 제 82조를 위반하였음을 인정하고, 또한 여행사로부터 충성(loyalty)을 보장받고 여행사들을 차별함으로써 영국내 항공운송 사업에서 경쟁자들을 배제하기 위한 목적을 가지고 있었으며, 그 독점 효과가 발생하였음을 인정하였다. 이에 집행위원회는 브리티시항공에 벌금 680만 파운드를 부과하고, 즉시 위 수수료 및 인센티브제도를 시정할 것을 명하였다.

이에 대하여 브리티시항공은 EC제1심법원(The Court of First Instance)에 집행위원회의 벌금부과 및 시정명령 취소를 구하는 소송을 제기하였으나 법원은 2003. 12. 17. 이를 기각하였다.<sup>12)</sup>

이하 EC집행위원회가 브리티시항공 인센티브 제공 등의 행위가 시장지배적지위 남용에 해당한다고 판단한 구체적 근거에 대해 시장지배적지위 인정 부분과 남용행위 인정 부분을 나누어 살펴본다.

### 나. 시장지배적지위 여부

#### (1) 시장의 확정

이 사건에서는 집행위원회는 관련 시장의 정의에 대한 EC집행위원회의 지침<sup>13)</sup>에 따라<sup>14)</sup> 관련 시장을 항공여행사 시장과 항공운송 시장으로 나누어 살펴보았다.

(가) 항공여행사(air travel agency) 시장

EC집행위원회는 (i) 항공권이 유통되기 위해서는 항공노선에 대한 마케팅 등 고객에 대한

12) Case T-219/99 British Airways plc v. Commission of the European Community [2003].

13) Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law(OJC 372): <http://ECropa.EC.int/geninfo/query/engine/search/query.pl> 참조.

14) EC집행위원회는 1997. 12. 9. 공동체 차원에서 관련 시장의 확정과 관련한 지침을 제정하였다.

정보 제공, 항공권의 발권, 대금의 수령 등 일련의 절차를 요하는데, 항공사들은 통상 이러한 업무를 항공여행사에 위탁하여 여행사로부터 용역을 제공받고 그 대가를 지급하고 있고(이러한 면에서 생산업자에게서 제품 또는 용역을 구입해 이를 자기 계산으로 판매하는 전통적인 유통업자들과는 다르다는 점을 지적하였다), (ii) 최근 항공사들은 인터넷과 같은 통신수단을 이용하여 고객에게 항공권을 직접 판매하는 방식을 취하려고 노력하고 있기는 하지만 영국의 경우 전체 항공권 판매의 85%가 여전히 여행사를 통해 판매되고 있으며 (iii) 이러한 항공산업 업계의 관행과 실무로 인하여 여행사 용역 시장이 형성되게 되었고, 항공사는 이 용역을 구입하고 있는 것이고, (iv) 위에서 본 바와 같이 항공사들이 항공권을 인터넷 등을 통하여 사내(in-house)에서 직접 판매하려 노력하고 있으므로 여행사 시장을 독립된 시장으로 볼 수 없지 않느냐는 의문이 있을 수 있으나, 소비자가 해당 시장의 제품이나 용역을 직접 생산하여 그 요구를 충족시킬 수 있다고 하더라도 이는 공급자와 소비자의 시장지배력에 영향을 미칠 뿐 관련 시장의 획정과는 무관한 것이므로 항공여행사 시장을 하나의 관련 시장으로 정의하였다.

나아가 항공여행사는 항공권 판매 용역 외에 호텔 예약, 렌터카 예약 등 다른 용역을 제공하기도 하므로 서로 다른 시장이 하나의 관련 시장으로 획정된 것이라는 의문이 제기될 수 있고, 또한 항공기 전세업자에게 비슷한 용역을 제공하며, 때로는 여행업자<sup>15)</sup>가 여행사와 같이 전세 항공기에 대한 항공권을 판매하기도 하고, 여행사의 용역이 수직적으로 통합되어 여행업자에 의해 제공되기도 하므로 관련 시장이 여행사 용역 시장보다는 넓게 획정되어야 하지 않느냐는 의문이 있을 수 있다고 지적하면서(실제 브리티시항공은 여행사 용역과 위와 같은 다른 용역들 사이에 '공급 대체가능성'이 존재한다며 이러한 주장을 하였다), 이에 대해 집행위원회는 첫째, 여행사가 제공하는 용역은 위와 같은 항공권 예약판매, 호텔 예약, 렌터카 예약은 일체로 제공되는 용역으로 항공여행사가 이러한 용역 중 일부를 특화할 수 없을 뿐 아니라 위와 같은 용역은 일체로 제공되는 것이라는 점에서 여행사 용역을 하나의 시장으로 획정한 것은 타당하다고 지적하였고, 둘째, 정기노선 시장과 전세항공기 시장을 하나로 보아야 한다는 주장에 대해서는 정기노선 시장과 전세항공기 시장이 중복되는 부분은 단지 좌석할당 전세항공기 노선(seat-only charter flights)의 경우인데, 통상 여행사들이 좌석할당 전세기의 이용을 정기노선의 대안으로 생각하고 있지 않고, 실제적으로 그러한 관행 또는 실무가 중대하게 일어나지 않으므로 수요와 공급의 조건이 다른 이 두 시장을 하나의 시장으로 볼 수 없으므로 항공여행사 시장을 하나의 시장으로 획정한 것은 타당하다고 판단하였다.

15) 위 결정문에서는 여행사(travel agency)를 주로 정기노선(scheduled airlines)에 대한 항공권 판매 용역을 제공하는 공급자로 보았고, 여행업자(tour operator)를 전세항공기(charter airlines)에 대한 항공권 판매 용역을 제공하는 자로 보았다.



이러 지역시장에 대해서는 집행위원회는 여행사 시장의 지역은 영국에 한정된다고 보았다. 통상 여행사는 국가적 경계 내에서 운영되고, 국내 거주자는 통상 국내에서 항공권을 예약하며, 그러한 결제는 파운드화로 되고 있고, 실제로 여행사들이 국내 범위에서 마케팅 활동을 하고 있기 때문이라고 설명하였다.

(나) 항공운송 시장

집행위원회는 브리티시항공의 인센티브 및 할인 제공은 항공운송 시장에도 영향을 미치고 있다고 하면서 항공운송 노선 각각이 하나의 시장을 형성한다고 판단하였다.

그 이유에 대해서는 “정기항공의 특정 노선이 하나의 시장을 형성하는지 보기 위해서는 그 노선이 다른 노선과 대체관계에 있지 않고, 다른 노선과의 경쟁에 주요한 영향을 주지 않는지 여부를 판단하여야 한다”는 법원의 결정을 인용하면서 (i) 여행시간이 한정되지 않고, 저비용으로 여행을 하려는 소비자는 출발지 공항을 고집하지 않고 인근 공항을 이용할 수 있고, 중간 기착지를 택할 수도 있으며, 도착지 인근 공항을 이용할 수도 있고, 중간에 철도나 선박을 이용할 수도 있으나, (ii) 이에 반해 시간에 민감한 소비자는 출발지와 도착지에서 가장 인접한 공항을 이용하여야 하고, 중간 기착이 없는 직항 노선을 이용하여야 한다는 다른 상황에 처하게 되어 이러한 소비자(승객)에 대해서는 같은 노선의 다른 항공사의 항공권 상품만이 경쟁관계에 있게 되고, (iii) 위와 같이 항공운송 시장은 수요자의 요구와 가능한 대안 운송수단의 이용가능성에 따라 달라질 수 있는데, 브리티시항공의 경우 일부 다른 운송수단 또는 다른 노선과 경쟁관계에 있기는 하나, 항공사에 이익이 되는 시장에 있어서는 브리티시항공은 단지 같은 출발지와 도착지의 다른 항공사의 직항노선과 경쟁관계에 있을 뿐이므로 각각의 항공노선을 하나의 시장으로 보는 것이 타당하다고 판단하였다.

(2) 시장지배적지위를 가지고 있는지 여부

집행위원회는 시장지배적지위란 “어떤 사업자가 사업을 수행함에 있어 경쟁사업자, 또는 사업자에 독립적으로 관련 시장에 상당한 부분 영향력을 행사하여 공정한 경쟁을 저해할 수 있는 지위”라고 정의하고,<sup>16)</sup> 시장지배적지위의 인정은 가장 중요하고 직접적인 요소인 시장점유율을 포함하여 여러 가지 요소를 종합하여 판단하여야<sup>17)</sup> 한다는 법원의 견해에 따라 브리티시항

16) Case 85/76 Hoffmann-La Roche (1979) ECR 541.  
17) Joined Cases T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93 Vompagnie Maritime Belge Transports and Others v. Commission (1996) ECR II-1439에서 The Court of First Instance(1심법원)는 “각각의 요소가 독립적으로는 시장지배적지위를 인정할 수는 없으나, 이들 요소를 종합하여 시장지배적지위를 인정할 수 있다고”고 판시하였다.

공의 시장지배적지위 여부에 대해 판단하였다.

이에 대해 집행위원회는 (i) 시장점유율을 보면 1998년 브리티시항공의 여행사를 통한 항공권 판매의 점유율은 39.7%로 2위에서 5위까지의 경쟁업체의 점유율의 2.2배에 달했고(당시 2위였던 버진항공의 점유율은 5.5%), 이는 수년간 지속되었으며, 특히 1992년에는 브리티시항공이 46.3%이고 나머지 4개 업체의 점유율이 3.6%로 3.9배의 차이를 보였고,<sup>18)</sup> 영국 국내선 항공 노선에 있어서는 1994년 46.5%의 시장점유율을 기록하였으며, (ii) 브리티시항공은 관련 공항의 이착륙 시간대의 주요한 부분을 점유하고 이착륙 시간대의 재할당에 대해 기득권을 행사하여 신규진입자는 이착륙 시간대를 확보하지 못하여 공항을 이용하지 못하는 일이 발생하였고,<sup>19)</sup> 이러한 사실들은 브리티시항공의 시장지배적지위를 형성, 강화하였다고 판단하였다.

또한 1998년에는 여행사를 통하여 취급, 판매되는 상위 10개 항공사의 항공권 중 43.7%가 브리티시항공의 항공권이었고, 이로 인하여 대부분의 여행사들은 브리티시항공의 항공권 판매 수입에 더욱 의존하게 되어, 결국 브리티시항공의 시장지배적지위가 강화되었다는 사실을 인정하고 브리티시항공이 여행사 시장과 항공운송 시장에서 시장지배적지위를 누리고 있다고 판단하였다.

#### 다. 시장지배적지위 남용행위에 해당하는지 여부

집행위원회는 문제가 된 브리티시항공의 성과보상금 지급 등 인센티브 제공행위가 Michelin 사건과 Hoffmann-La Roche 사건에서 불법으로 인정된 리베이트 제공 및 할인 행위와 거의 동일하여 시장지배적지위를 남용하고 거래상대방을 차별하여 공정경쟁을 저해하였다고 판단하였다.

##### (1) 시장지배적지위를 이용한 인센티브 제공행위

먼저 집행위원회는 이 사건 판단의 전제로 한 Hoffmann-La Roche 사건과 Michelin 사

18) 브리티시항공은 국제항공운송협회(IATA)의 Billing and Settlement Plan United Kingdom(이하 "BSPUK")에 의한 통계가 여행사들이 브리티시항공의 항공권 용지나 백지항공권을 이용하여 발권한 항공권을 고려하지 않아 정확한 수치가 아니라고 주장하였으나, 집행위원회는 그 액수가 미미하고, 정확히 어떤 항공사의 항공권이 발권되었는지 알 수 없으며, 그와 같은 상황은 다른 항공사에도 똑같이 발생한다는 이유로 BSPUK에 의한 수치를 영국내 항공사의 시장점유율을 나타내는 정확한 수치로 보았다.

19) 예를 들어 히드로(Heathrow)공항의 경우 1998년 겨울 브리티시항공은 주간 이착륙 시간대의 34%를 확보하여 다른 5개 경쟁 항공사의 27.4%에 비해 현저히 우월하였다.





건에 대해 설명하고 있다.

(가) Hoffmann-La Roche 사건<sup>20)</sup>

집행위원회는 EC경쟁법은 시장지배적사업자가 운영할 수 있는 인센티브 제공 등 할인수단을 제한하고 있고, 시장지배적사업자가 아닌 사업자가 시행하는 경우 적법하거나 정상적인 영업행위가 될 수 있는 인센티브 제공 등 할인행위도 시장지배적사업자가 행하는 경우 위법해 질 수 있다고 하였다. Hoffmann-La Roche 사건에서 법원은 시장지배적사업자가 소비자와 그 수요의 전부 또는 거의 전부를 그 사업자의 제품으로 구매하도록 하는 계약은 지위 남용행위로서 위법한 것임을 명백히 하였고, 위와 같은 구매계약과 동등한 효과를 거둘 수 있는 할인수단의 운영도 남용행위로 보았다.

또한 법원과 집행위원회는 Hoffmann-La Roche가 시행한 할인 제공행위가 충성(fidelity) 리베이트에 해당하여 배타성요건(exclusivity requirement)과 동등한 것으로서 지배적지위의 남용이라는데 의견을 같이 하였다. 법원은 충성리베이트와 적법한 리베이트를 구별한 바 있는데, 모든 가능한 구매자에게 객관적 구매량에 비례하여 지급되는 적법한 리베이트와 달리 충성리베이트는 각 구매자에 따라 구매 가능량을 예상하여 지급 기준을 정한다는 것이다.

Hoffmann-La Roche 사건은 할인, 리베이트 제공 등 인센티브 제공행위가 공급계약에 있어 배타성요건을 만족하면 시장지배적지위의 남용에 해당할 수 있다는 견해를 확립하였다.

(나) Michelin 사건에 관하여<sup>21)</sup>

집행위원회와 법원은 Michelin 사건에서도 시장지배적지위 남용을 인정하였다. 이 판결에서 인정된 할인수단은 Hoffmann-La Roche 사건에서 인정된 할인 또는 리베이트와 다른 것이었다. 법원은 Michelin사가 제공한 할인은 그 할인을 정당화하는 효율성에 따른 경제적 이유(다량 구매에 따른 판매자의 생산, 유통비용의 감소)가 있는 것이 아닌 경쟁을 제한하는 것이거나 경쟁자를 제거하기 위한 것이므로 시장지배적지위 남용행위라고 판시하였다.

Michelin사가 제공한 할인은 고객이 Michelin사가 정한 연간 목표 구매량을 달성하는 경우 그 연간 구매량 전부에 대해 리베이트를 제공하는 것으로서 이는 대량 구매에 따른 비용절감이나 추가 이익을 리베이트로 제공하는 것이 아닌 공급자에 대한 충성의 대가로 지급되는 것이라고 결론을 내렸다.

(다) 이 사건에 대한 집행위원회의 판단

이 사건에 대해 집행위원회는 (i) Hoffmann-La Roche 사건 및 Michelin 사건에서 리베이트의 제공과 관련하여 대량 구매에 따른 경제적 효율성으로 인한 비용 감소분을 리베이트로

20) Case 85/76 Hoffmann-La Roche [1979] ECR 541.

21) Case 322/81 Michelin [1983] ECR 3461.

제공하는 것은 가능하나, 경쟁자와의 거래를 제한하고 자사에 대한 충성을 요구하는 할인이나 인센티브는 시장지배적지위 남용에 해당하여 위법한 것이라는 일반 원칙이 확립되어 있고, (ii) 브리티시항공이 운영한 수수료 지급 수단이 위 일반원칙에 위반될 뿐 아니라 Michelin사가 운영한 수단과 매우 유사하여 시장지배적지위 남용에 해당한다고 보았다.

이에 대해 브리티시항공은 지급한 수수료 등이 여행사들이 브리티시항공의 항공권을 대량 취급, 구매함에 따른 경제적 효율성에 기반한 것이라고 주장하였으나, 브리티시항공이 제공한 인센티브는 여행사들이 취급, 구매한 항공권의 절대량을 기준으로 한 것이 아닌 기준연도 대비 구매 증가분에 따른 것으로 구매량이 적은 여행사도 전년도 대비 25%의 구매 증가량만 기록한다면 수수료를 받을 수 있었고, 반면 구매량이 매우 많은 여행사는 그 구매량이 아무리 많아도 전년도 대비 25%의 구매 증가량을 기록하지 못한다면 수수료를 받지 못하는 것이었다. 따라서 경제적 효율성에 기준을 둔 것이 아니고 여행사들이 다른 항공사의 항공권을 구매할 수 있는 가능성을 배제하고 여행사의 브리티시항공에 대한 충성을 유지 강화하는 것이기 때문에 위법한 것이라고 집행위원회는 판단하였다.

나아가 집행위원회는 브리티시항공과 경쟁하는 항공사가 여행사를 통하지 않고 인터넷을 이용한 직접 판매 등 항공사 자체적으로 항공권을 판매할 수 있는 여지가 있으나 영국 내에서 항공권 판매의 85%는 여행사에 의해 이루어지고 있는 만큼 위와 같은 사실에도 불구하고 브리티시항공의 남용행위는 경쟁 항공사에 중대한 영향을 주었다고 보았고, 브리티시항공이 제공한 교육지원과 사업개발자금 지원 자체는 위법하지 않다고 보았으나 이러한 지원도 브리티시항공과 수수료 계약을 체결하여야 지급되는 것이므로 이러한 지원 또한 수수료 지급의 남용행위를 강화하는 또 다른 인센티브로 볼 수 있다고 판단하였다.

## (2) 거래상대방 차별행위

집행위원회는 시장지배적사업자는 각각의 거래상대방과 동일한 거래를 하면서 다른 조건을 제시하여 일방의 거래상대방이 경쟁상 불이익을 받게 하는 차별을 하여서는 아니 된다는 일반 원칙을 설명하였다. 따라서 (i) 브리티시항공이 여행사와 체결한 계약에 결부된 수수료 약정을 보면 두 여행사가 어떤 해에 같은 수량의 브리티시항공의 항공권을 취급하여 같은 용역서비스를 브리티시항공에 제공한 경우에도 그 두 항공사의 전년도 매출에 차이가 있다면 같은 리베이트를 받을 수 없으므로 결국 두 여행사는 같은 용역을 제공하고도 다른 용역 대가를 받은 것으로 볼 수 있고, (ii) 반대로 각기 다른 수량의 항공권을 취급한 여행사가 전년도 대비 취급량의 증가율이 같은 경우 같은 리베이트를 받게 되어 두 여행사는 다른 용역을 제공했음에도 불구하고 항공권 1매당 같은 용역대가를 지급받게 되므로 브리티시항공이 제공하는 위와 같은



인센티브는 같은 용역을 제공하는 거래상대방을 부당하게 차별적으로 취급하는 행위에 해당한다고 판단하였다. 뿐만 아니라 여행사는 다른 여행사들과 경쟁하여야 하고 일반 소비자에게 여행 관련 용역을 제공하고 이를 마케팅하여야 하는데 브리티시항공은 이러한 여행사들에게 차별적 인센티브를 제공함으로써 여행사들의 위와 같은 경쟁능력에 영향을 주어 여행사 용역 제공 시장을 왜곡하였다고 판단하였다.

이에 대해 브리티시항공은 여행사가 대량의 항공권을 취급하는 경우 그 효율이 다르고 그에 따라 용역 제공의 수준이 다르므로 서로 다른 취급을 하는 것을 적법한 것이라고 주장하였으나, 집행위원회는 브리티시항공이 제공하는 리베이트는 다른 수준의 용역 제공에 따른 것이 아니라 여행사의 전년도 구매량에 따른 것이므로 타당하지 않은 주장이라고 보았다.

### 3. 미국 독점금지법과 접근방법의 차이

본 건은 결국 브리티시항공이 리베이트 제공과 여행사를 차별하는 방식으로 인센티브제도를 운영한 것은 EC조약 제82조 위반된다는 것으로 요약해 볼 수 있다. 리베이트제공은 Hoffmann-La Roche 등에서 확립된 선례에 근거하고 있으며, 차별행위에 대해서는 EC조약 제82조(2)(c)를 직접적으로 적용하였다. 따라서 EC위원회는 본 건에서 수수료 할인과 같은 소위 충성리베이트(loyalty rebates/fidelity rebates)를 두 가지 법적 근거에 의거하여 규제하는 방법을 취하고 있다고 할 수 있다. EC위원회는 충성리베이트에 대하여 Hoffmann-La Roche와 Michelin 사건판결에 기초하여 그 법리를 도출하고 있다. 기본적으로 비용절감과 같은 정당화 사유가 없는 한 시장지배적사업자가 지급하는 충성리베이트는 EC조약 제82조 위반이라는 것이다. 사실상 시장지배적사업자가 지급하는 충성리베이트는 당연위법(per se illegal)으로 취급하는 것이다. 이에 비하여 미국에서 충성리베이트는 상대적으로 관대하게 처리되고 있다. 브리티시항공이 미국에 비하여 영국에서 훨씬 강한 시장지배력을 갖고 있다는 점 등에 있어서 차이가 있었으나 미국 법원은 버진항공의 청구를 받아들이지 않았다. 이하에서는 미국 법원의 판결을 살펴보고 충성리베이트 문제에 대한 미국과 EU경쟁법의 어떠한 차이가 서로 완전히 상이한 결정에 이르게 되었는지를 살펴보기로 한다.

#### 가. 미국 법원의 Virgin/British Airways 판결

버진항공은 브리티시항공이 여행사들과 기업고객에 대하여 비용 이하의 약탈적 거래관행에

해당하는 인센티브를 제공함으로써 영국 히드로(Heathrow)공항에서 미국으로 가는 5개 노선의 시장에서 버진항공을 배제하였다는 이유로 1993. 10. 21. 미국 뉴욕남부 연방지방법원에 브리티시항공을 제소한 바 있다.

이에 대하여 위 지방법원은 1999. 10. 22. 브리티시항공의 행위가 셔먼법 제1조 및 제2조에 위반되지 않는다고 판결하였다. 지방법원의 Cedarbaum 판사는 브리티시항공의 충성리베이트 등 인센티브 제공행위가 약탈적 가격책정(predatory pricing)의 요건인 비용 이하의 가격책정(below cost pricing) 및 손실보전행위(recoupment of losses)에 해당한다는 버진항공의 입증에 부족하다고 보고 약식판결(summary judgment)<sup>22)</sup>로서 위 청구를 기각하였다.<sup>23)</sup>

버진항공은 주로 Stanford 대학교의 Berhneim 교수의 약탈적 경쟁봉쇄이론(predatory foreclosure theory)에 의존하였다. 법원에 의하면, 이 이론에 의하면 브리티시항공이 제공하는 인센티브 때문에 5개의 노선에서 항공편수가 추가 증설되었고, 이러한 추가적인 항공편수에 대하여 버진항공이 배제되었거나 그 참여가 지체되었다는 것인데, 버진항공은 이러한 사실을 입증하지 못하였다고 판시하였다. 법원은 전문가의 증언은 사실을 입증하여야 할 원고의 의무를 대체할 수 없다는 점을 분명히 하였다.<sup>24)</sup> 또한 번들링(bundling) 문제에 있어서도 Bernheim 교수는 위 인센티브제도에는 브리티시항공이 자신이 독점하고 있는 노선과 경쟁에 노출되어 있는 노선을 결합판매 하는 요소도 있다고 하였으나 원고가 이러한 이론을 뒷받침하는 경쟁제한성을 입증하지 못하였다고 하였다. 원고는 이러한 지방법원의 판결에 대하여 항소하였다.

2001. 7. 24. 제2연방항소법원은 원고의 충성리베이트 등 인센티브제도의 셔먼법 제2조 위반주장에 대하여 비교적 상세한 설시를 하면서 원고의 충성리베이트의 반경쟁적 효과에 대

22) 정식의 사실심리를 거치지 아니하고 행하는 판결로서, 중요사실에 대한 쟁점이 없어서 법률문제에 대해서만 판결이 가능한 경우에 당사자 일방의 신청에 의해 이루어지는 판결을 말한다 ("Summary judgment is authorized when "the pleadings, depositions, answers to interrogatories, and admissions on file, together with the affidavits, if any, show that there is no genuine issue as to any material fact and that the moving party is entitled to a judgment as a matter of law"). 미국 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure) Rule 56(c)에 이에 관한 규정을 두고 있다.

23) Virgin Atlantic Airways Limited v. British Airways PLC, 69 F.Supp.2d 571 (1999).

24) At 579 ("an expert's opinion is not a substitute for a plaintiff's obligation to provide evidence of facts that support the applicability of the expert's opinion to the case") See also Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 594 n.19, 106 S.Ct. 348, 89 L.Ed. 2d 538 (1986) ("expert opinion evidence...has little probative value in comparison with the economic factors" that may dictate a particular conclusion").



한 주장을 배척하였다. 첫째, 비용 이하의 가격설정(below cost pricing)에 대하여 Brooke Group 사건<sup>25)</sup>에 대한 연방대법원 판결의 기초를 유지하면서 그 가능성을 매우 낮게 보았다. 즉, “약탈적 가격설정은 거의 시도되지 않으며, 그 중에서 성공하는 경우는 극히 드물다(predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely successful)”는 마쓰시다 사건에 대한 연방대법원 판결의 유명한 판시<sup>26)</sup>를 인용하였다. 결국 법원은 버진항공이 브리티시항공의 약탈적 가격설정을 입증하지 못하였다고 판시하였다. 둘째 결합판매(bundling)에 의한 항공권판매에 의하여 비용 이하의 가격판매로 인한 손실을 보전하고 있다는 주장도 배척하였다. 법원은 “끼워팔기(tying)”와 “번들링(bundling)”을 구별하면서 전자는 구매자가 구입할 의향이 없거나 그 외의 다른 곳에서 구매하고자 하는데도 한 제품의 구입시 다른 제품의 구입을 조건으로 하는 것을 말하고 후자는 구매자가 한 제품 이상을 살 의무가 없는데도 복수의 제품을 사도록 할인가격이나 리베이트를 제공하는 것이라고 정의하였다. 법원은 번들링 사건이었던 SmithKline Corp.<sup>27)</sup> 사건의 경우 번들링의 반경쟁효과에 대한 입증이었으며, Lepage’s Inc. v. 3M<sup>28)</sup>의 경우 원고가 피고의 할인정책을 감당할 수 없었기 때문에 고객이 피고의 번들링 프로그램이 적용되는 제품을 구매하도록 심리적으로 강제한다는 것을 보여주는 증거를 제출했다는 점을 지적하였다. 법원은 그러나 본 건의 경우 브리티시항공의 인센티브제도가 버진항공이 적시하고 있는 5개 노선에 대하여 강제성을 띠는지를 보여주는 증거가 없다고 판시하였다. 마지막으로 법원은 원고가 주장하는 독점적 지렛대(monopoly leveraging) 이론에 대하여 의구심을 드러냈다. 동 이론은 2차시장에서의 독점이윤을 강화시킬 목적으로 1차시장에서의 독점력을 사용할 경제적 동기가 있다는 것인데, 법원은 본 건에서 독점적 지렛대 이론이 적용되기 위해서는 (i) 한 시장에서 독점력을 갖고 있고, (ii) 다른 시장에서 버진항공에 대하여 경쟁의 이익을 얻기 위하여 그 독점력을 사용하여야 하며, (iii) 그러한 반경쟁적 행위에 의하여 손해가 발생하였다는 사실을 모두 입증하여야 한다고 판시하였다. 법원은 본 건에서 원고는 위 요건의 대부분을 입증하지 못하였다고 판시하였다.

## 나. 미국 독점금지법과 EU경쟁법의 접근방법의 차이

전술한 바와 같이 EC집행위원회는 충성리베이트를 시장지배적지위의 남용을 규율하고 있

25) Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 222 (1993).

26) Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 594 (1986);

27) SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co., 575 F.2d 1056, 1063 (3d Cir.1978).

28) LePage’s, Inc. v. 3M, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003).

는 EC조약 제82조의 관점에서 판단하고 있다. EC조약 제82조에 해당하기 위해서는 첫째 해당사업자의 시장지배력이 인정되어야 하고, 둘째 시장지배력(dominance)을 남용하여야 한다. 미국의 Sherman법 제2조는 법문상으로는 사업자가 독점력(monopoly power)을 갖고 있지만 하면 규제대상이 되는 것처럼 보이나 Grinnel 사건 이래로 독점력이라는 요건 이외에 별도로 “willful acquisition or maintenance of [monopoly] power”라는 행위요건을 충족해야 한다는 법리가 확립되어 있다.<sup>29)</sup>

EU법상의 시장지배력과 미국법상의 독점력은 차이가 있다. 첫째, 개념적으로 시장지배력은 (i) 경쟁자, 구매자 그리고 궁극적으로 소비자와 상당한 정도로(to an appreciable extent) 독립적으로 행동할 수 있는 힘과 (ii) 관련 시장에서 유효경쟁(effective competition)을 막을 수 있는 힘이 인정되는 것을 말한다.<sup>30)</sup> 이 두 가지 요소는 사실상 동일한 것이라고 보는 견해가 유력하다.<sup>31)</sup> 그러나 (i)의 개념은 시장지배적사업자도 비시장지배적 사업자와 마찬가지로 각자의 수요곡선의 제약하에서만 행동할 수 있기 때문에 상당한 정도로 독자적으로 행동한다는 것이 비시장지배적사업자와 결정적으로 차별화를 기할 수 있는 개념인지 불분명하므로 경제학적으로는 (ii)의 개념이 더 유용한 개념이라고 보는 견해가 유력하다. 여기서 유효경쟁(effective competition)의 개념<sup>32)</sup>이 문제되나 일반적으로 경쟁이 유효하기 위해서는 단일 또는 다수의 사업자가 공조하여 상당한 시장지배력(substantial market power)을 행사할 수 없는 경쟁상태를 일컫는 것이 일반적이다. 시장지배력은 이윤을 누리면서 가격을 올릴 수 있거나 경쟁을 배제할 수 있는 것을 의미하기 때문에 미국 독점금지법상의

29) United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71, 86 S.Ct. 1698, 1704 (1966).

30) Judgment of the European Court of Justice, Case 27/76, United Brands v. Commission, [1978] E.C.R. 207 at para. 65 and Judgment of the European Court of Justice, Hoffmann La Roche v. Commission, 85/76, [1979] E.C.R. -461 at para. 38. (a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers).

31) See D. Neven, R. Nutall and P. Seabright, Merger in Daylight - The Economics and Politics of European Merger Control, CEPR, 1993.

32) EC경쟁법의 가장 중요한 목표는 유효경쟁의 유지라는 것이 일반적이다. See Simon Bishop and Mike Walker, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, at 12 (2002). 미국에서 유효경쟁 개념의 발달과정을 보면 유효경쟁의 개념은 완전경쟁의 가정이 비현실적이라는 점에 착안하여 현실적인 국가의 정책목표를 찾기 위하여 고안되었다(F.M. Scherer and David Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance(3rd edition), at 52-55 (1990)). 이 개념을 창안한 J.M. Clark 교수는 1940년 그의 유명한 논문에서 완전경쟁은 “존재하지 않고 존재할 수 없으며 한번도 존재한 적이 없을 것이다 (does not and cannot exist and has presumably never existed)”라고 선언하였다(J.M. Clark, “Toward a Concept of Workable Competition,” American Economic Review, vol.30 (June 1940),



독점력의 정의와 유효경쟁의 개념은 동전의 양면의 관계에 있다고 할 수 있다. 실제로 미국 독점금지법상의 독점력은 “가격을 통제하거나 경쟁을 배제할 수 있는 힘(the power to control prices or exclude competition)”<sup>33)</sup>을 의미한다고 보는 것이 일반적이다. 둘째, 시장점유율을 기준으로 볼 때 시장지배력 기준은 독점력 기준에 비하여 상당히 낮다. 본 사건에서 브리티시항공은 40%도 되지 않는 시장점유율을 가지고 있었는데도 시장지배력을 인정하였다. 반면에 미국법상의 독점력 인정기준은 적어도 70% 이상의 높은 수준을 요구하고 있다. 뿐만 아니라 시장점유율을 산정하는데 있어서 전제조건인 관련 시장의 확정에 있어서도 동일한 SSNIP 기준을 적용하면서도 EC경쟁당국이 미국에 비하여 좁게 확정하는 경향이 많다. 또한 EC경쟁당국도 미국과 마찬가지로 시장점유율 이외의 요소를 고려하는데 미국 독점금지법상으로는 효율성이나 소비자후생의 증가요소로 인정될 수 있는 요소를 시장지배력의 증거로 평가하는 경우가 적지 않다. 예컨대, Hoffmann-La Roche 사건에서는 시장지배적사업자가 경쟁자에 비하여 “기술적 및 상업적 우월성(technical and commercial advantages)”을 갖고 있는 경우를 시장지배력의 증거로 보았다.<sup>34)</sup> 사실 GE-Honeywell 사건에서의 EC 결정도 이러한 이유로 미국 법무부의 강력한 비판에 직면하였던 것이다.

그러나 미국 독점금지법과 EC경쟁법 사이에 가장 두드러지게 차이가 나는 부분은 남용 “행위” 요건에 대한 것이다. 기본적으로 미국의 독점금지법은 독점력의 남용행위에 대하여 비교적

pp.241-256. 상세히는 다음을 참조. Clark's Competition as a Dynamic Process). Areeda 교수에 의한 유효(“workable” or “effective”)경쟁 개념은 어떤 정확한 개념을 제시하기 위하여 제시된 것이라기보다는 정책집행을 하는데 있어서 도구개념으로 활용하기 위하여 창안된 것이다 (Philip Areeda and Louis Kaplow, Antitrust Analysis(5th edition), at 35-37 (1997)).<sup>32)</sup> 따라서 유효경쟁 개념은 경제학자들이 합리의 원칙이라고 부르기도 한다(“The concept of “workable” or “effective competition” can perhaps best be described as the economists’ attempt to identify the conditions which could provide appropriate leads for policy in assuring society the substance of the advantages which competition should provide. It is a kind of economists’ “Rule of Reason” -not, of course, to be confused with the legal rule of reason, but analogous to it in the sense that it is also an acknowledgement of the inevitability of the exercise of human judgment and discretion in classifying different forms of economic behavior” (Henry Adler Einhorn & William Paul Smith, Economic Aspects of Antitrust: Readings and Cases 7-8 (1968)). 그러나 시카고학과 또는 후기시카고학과는 이러한 유효경쟁의 개념이 상당한 주관적 가치판단을 요하기 때문에 실용적인 기준이 될 수 없다고 한다(“To determine whether any industry is workably competitive, therefore, simply have a good graduate student write his dissertation on the industry and render a verdict. It is crucial to this test, of course, that no second graduate students be allowed to study the industry”(George J. Stigler, “Report on Antitrust Policy-Discussion,” American Economic Review, vol. 46 (May 1956), p.505.<sup>32)</sup> (정영진, “공정거래법상의 유효경쟁 개념” 초고 (2005)(on file with author).

33) United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391 (1995).

34) Hoffmann-LaRoche, 1979 E.C.R. 461, P 48.

관대하다. 반면에 유럽의 경쟁법은 미국의 독점금지법에 비하여<sup>35)</sup> 시장지배적사업자는 경쟁자에 대하여 “특별한 책임(special responsibility)”을 진다는 점을 강조하는 경향이 있다.<sup>36)</sup>

시장지배적사업자에게 특별한 책임을 인정한 결과 동일한 행위라고 하더라도 시장지배적사업자가 하는 행위와 비시장지배적사업자가 하는 행위는 경쟁법적으로 전혀 다른 평가를 받게 된다.

본 건에서 문제되고 있는 충성리베이트에 대해서 EC경쟁법은 시장지배적사업자 제공하는 충성리베이트는 경쟁공급자를 시장에서 상당부분 봉쇄하는 효과가 있기 때문에 시장지배적사업자의 남용행위로 규제한다는 입장이다. 또한 시장지배적사업자가 (현실적/잠재적) 거래상대방을 차별하여 충성리베이트를 받는 자와 받지 않는 자를 구분하는 것은 EC경쟁법 제82조의 차별적 행위라고 본다. EC경쟁법은 구체적으로 충성리베이트의 지급이 시장에 미치는 실제적 영향에 대해서는 큰 고려를 하지 않으므로 사실상 당연위법의 원칙으로 운용되고 있다고 볼 수 있다.

반면에 미국에서는 가격할인이나 충성리베이트의 제공이 차별적으로 이루어졌다고 하더라도 적어도 충성리베이트를 제공받은 거래상대방은 가격할인의 혜택을 받는 것이므로 친경쟁적(procompetitive)이라는 입장이다. 따라서 약탈적 가격설정행위(predatory pricing)가 아닌 한 그러한 관행은 셔먼법 제2조 위반이 아니다. 그러나 이에는 상당히 중요한 예외가 인정된다. 즉 독점자가 경쟁자와 거래하지 않겠다는 조건으로 거래상대방에 대하여 가격할인 또는 충성리베이트를 제공하는 것은 전형적인 구속조건부 거래행위(exclusive dealing arrangement)로서 위법이라는 점이다.<sup>37)</sup> 즉 독점자의 가격할인 등으로 경쟁자가 가격 및 품질과 같은 장점에 기초한 경쟁을 할 수 없도록 하는 경우에는 그러한 가격할인 또는 충성리베이트는 위법이다.<sup>38)</sup> 독점자가 경쟁자를 모든 유통수단에서 축출할 필요는 없고 비용측면에서 효율적인 유통수단의 접근을 막아 경쟁자의 비용을 상대적으로 높이는 것(raising the

35) 미국 독점금지법도 특별책임을 도외시하는 것은 아니다. cf. United States v. Dentsply Int'l Inc, 399 F.3d 181 (3d Cir. 2005) (“Behavior that otherwise might comply with antitrust law may be impermissibly exclusionary when practiced by a monopolist”).

36) “irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the Common Market” (Michelin v. Commission, 1 C.M.L.R. 282, P 57 (1985) (emphasis added)).

37) See Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co., 356 U.S. 320, 327 (1961); LePage's, Inc. v. 3M, 324 F.3d 141, 158-59 (3rd Cir. 2003); Avery Dennison Corp. v. Acco Brands, Inc. 2000 WL 986995, at \*18-\*19 (C.D. Cal. 2000).

38) See generally Tom, Balto & Averitt, Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing, 67 Antitrust L. J. 615 (2000);





rivals' costs)도 위법하다고 본다.<sup>39)</sup>

#### 4. 글을 맺으며

EC위원회의 Virgin/British Airways 결정은 충성리베이트를 포함하여 시장지배적사업자의 가격결정행위에 대한 기존의 EC경쟁법의 논리를 그대로 따르고 있다. 그러나 대서양 건너 미국에서는 거의 동일한 사안에 대하여 전혀 다른 결론을 도출하였다. 미국 학자와 실무자들은 위 결정에 대하여 경제학적 논리에 어긋나는 결정이라고 비판의 목소리를 높이고 있으나 동일한 경제학이론을 구체적인 사안에 적용하는 과정에서도 그 결론이 다르게 나오는 경우가 허다하다는 점을 감안한다면 이러한 비판은 옳지 않다. 대상 사건에 대한 미국 법원의 재판과정에서도 버진항공측이 내세운 저명한 경제학자가 충성리베이트의 제공으로 인하여 경쟁이 봉쇄될 수 있는 가능성을 적어도 이론적으로는 정치하게 논증하였다는 점도 상기할 필요가 있다.

EC조약의 서문에서도 나오는 것이나 EC경쟁법은 그 초창기부터 유럽경제통합의 도구로서의 역할이 중시되었으며, 현재에도 이러한 역할의 중요성은 유지되고 있다. EC경쟁법에서 경제통합에 방해가 되는 지리적 시장의 분할 등과 같은 수직적 거래제한에 대하여 미국에 비하여 엄격하게 처리하는 것도 이러한 입법목적에 부응하기 위한 것이라고 이해할 수 있다. 세계화 시대에 각국의 경쟁법은 상호작용을 통하여 전반적으로 수렴화의 길을 걷고 있다고 할 수 있다. ICN, WTO, OECD, APEC 등 다자포럼에서의 논의가 이러한 수렴화의 촉진제 역할을 하고 있다. 그러나 세계화 시대에서도 경쟁법은 국내법으로서의 태생적 속성을 갖고 있다는 점을 유념하여야 한다. 대상 사건에 대한 미국과 유럽에서의 상이한 판단은 바로 이러한 점을 웅변하고 있다고 할 것이다. **경쟁제한**

39) See generally Thomas G. Krattenmaker & Stephen C. Salop, Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power over Price, 96 Yale L. J. 209 (1986). See also Elhauge, Above-Cost Price Discounts, 112 Yale L. J. at 698 no.53. ("A key reason to treat such loyalty rebates differently [from straight discounts] is that, by foreclosing the market share rivals to reach the minimum efficient scale, loyalty rebates can raise rivals' costs or exclude them from the market altogether... When they do so, they exclude rivals not by virtue of advantages they earned by improving their own efficiency, but by reducing their rivals' efficiency. Rewarding the former is socially desirable. Rewarding the latter is not").