

## 독일 경쟁제한금지법의 주요 개정내용 고찰(1)

최재호 | 공정거래위원회 파견검사

### 1. 문제의 제기

독일 연방정부는 「독일 경쟁법의 EC법으로 동화(Angleichung)」라는 거시적인 목적하에서 2003년도 경제보고서에 구(舊) 경쟁제한금지법에 대한 전반적인 재검토 내용을 담아 공표한 바 있다. 2003년 9월 시안(Referentenentwurf)이 나왔고, 2004년 5월 연방내각의 결정 후 2004년 8월 12일 연방정부 개정안(BT Drucks. 15/3640)이 발표되었다. 2005년 3월 11일 경제위원회의 보고서(BT Drucks. 15/5049)를 기초로 한 개정안이 연방의회(Bundestag)에 제출되었다. 2005년 4월 29일 연방의회는 근본적인 법률 재검토를 위한 법안심의위원회(BT Drucks. 210/05)를 구성하였고, 특히 법안심의위원회에서 언론기관 기업결합에 관한 새 규정에 대하여 많은 논쟁이 있었다. 법안심의위원회는 언론기관 기업결합 규정 삭제 등 주요규정 변경을 담은 개정 권고안을 확정하였고, 최종개정안이 2005년 6월 16일 연방의회를 통과하여 제7차 개정 경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)<sup>1)</sup>은 2005년 7월 1일부터 효력이 발생하였다.<sup>2)</sup> 법률 개정의 주요 동기는 새로운 유럽 카르텔절차법의 등장<sup>3)</sup>이고, 제7차 법 개정은 독일 경쟁법의 근본적인 재구성<sup>4)</sup>을 의미한다.

1) 이하에서 7차 개정법은 신법으로, 6차 개정법은 구법으로 약칭한다.

연방카르텔청 홈페이지(www.bundeskartellamt.de)에서 독일어본·영어본 신법을 볼 수 있다.

2) Langen/Bunte-Bunte, Deutsches Kartellrecht(10. Aufl.), Rn. 25 a zu Einführung zum GWB.

3) 새로운 유럽 카르텔절차법은 2004년 5월 1일 발효된 “EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 (Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty)”을 의미한다. EC 위원회 규칙 No 1/2003은 신고와 인가의무를 주요내용으로 하고 40여년 동안 본질적인 변경이 없었던 EC 위원회 규칙 Nr. 17/62의 근본적인 개혁을 의미하고, EC 경쟁법규의 효율적인 집행, 원심력과 또한 구심력있는 법 적용, 절차의 단순화와 법적 안정성 보장 등 개혁목표는 EC 위원회의 1999년 발간 “EC 조약 제85조와 제86조 적용규정 현대화에 관한 백서”에 잘 나타나 있다(Vgl. Langen/Bunte-Sura, Europäisches Kartellrecht(10. Aufl.), Rn. 1-2. zu VO Nr. 1/2003).

4) Martin Lutz, Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle, WuW, 2005, S. 718.

이 글은 카르텔 금지와 시장지배적 지위 남용 금지, 독일 경쟁법과 EC 경쟁법의 관계, 적극 명령처분의 허용과 미국 반독점법상 동의명령과 유사한 이행확약 처분 등 카르텔청의 권한 확대와 손해배상청구권 등 민사상 청구권 보장을 주내용으로 하는 사적집행의 강화 등을 중심으로 제7차 경쟁제한금지법의 주요개정 내용과 그에 관한 독일의 논의와 해석론을 소개하는 것을 목적으로 한다.

## II. 새로운 독일 카르텔 입법

### 1. 카르텔 금지

신법 제1조의 카르텔 금지규정은 7차 개정을 통하여 EC 조약 제81조와 완전히 동일하게 되었다.<sup>5)</sup> 구법 제1조의 「상호 경쟁관계에 있는(miteinander im Wettbewerb stehenden)」 문언이 삭제되었고, 이제 카르텔 참가 기업들이 상호 경쟁관계에 있어야 하는 것이 아니기 때문에 EC 조약 제81조 제1항과 같이 수평적 카르텔 뿐만 아니라 수직적 카르텔의 경우에도 신법 제1조가 적용된다.<sup>6)</sup> 가격·거래조건에 관한 합의 금지(구법 제14조)와 배타적 구속에 관한 남용행위 감독(구법 제16조) 규정은 법 개정때 모두 삭제되었다.<sup>7)</sup>

신법 제1조가 EC 조약 제81조 제1항에 터잡아 법률용어(Terminologie)를 규정함에 따라 제1조의 해석과 적용에 있어서도 EC 조약 제81조 제1항에 따라 형성된 유럽 법원의 판결

5) EC 경쟁법의 원심적(dezentral) 적용은 EC 경쟁법 적용과 우위관계를 현저하게 확대시켰다. EC 경쟁법의 우위는 국제카르텔의 경우에 중요하게 부각된다. EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조 제1항 제1문은 회원국가간의 상거래를 침해하는(may affect trade between Member States) 경쟁제한적인 기업의 합의, 결의 그리고 공동행위에 대하여 개별 국가의 경쟁법과 함께 EC 경쟁법이 적용될 수 있다는 점을 명시하고 있다. EC 경쟁법은 개별 국가의 경쟁법과의 관계에서 우위(Vorrang)에 있음이 인정된다 (EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조 제2항 제1문 참조). 특히 국가간상거래조항(Zwischenstaatlichkeitsklausel)의 개념 범위가 EC 회원국가 경쟁법에 미치는 영향은 상당히 크다. 카르텔 금지에 관한 개별 국가법은 단지 국내시장 그리고 지방시장내의 카르텔의 경우에만 독자적인 의미를 가지게 된다. 종국적으로 EC 경쟁법이 국가간 관련 카르텔에 대한 결정적인 금지 내지 허용규범이 된다(Martin Lutz, WuW, 2005, S. 718). 독일 입법자들은, 신법 제1조가 EC 조약 제81조 제1항과 동일한 내용을 가짐으로써 국가간 상거래에 영향을 미치지 아니하는 카르텔 합의 등에 대하여도 EC 조약 제81조 제1항을 우선적으로 적용하고자 하였고, EC 경쟁법의 계수를 EC 위원회 규칙 Nr.1/2003에 의한 "EC 경쟁법의 보다 강력한 우위(Vorrang)"로부터 유래하는 당연한 결과로 이해하였다고 한다(Langen/Bunte- Bunte, Dueutsches Kartellrecht, Rn. 6 a zu Art. 1 GWB).

6) Lettl, Kartellrecht, 2005, Rn. 480.

7) 구법에서는, 구법 제14조의 가격조건과 거래조건에 대한 합의 금지를 제외하고, 수직적 경쟁제한 합의행위에는 적용상 어려움이 많은 구법 제16조의 배타적 구속에 관한 남용행위(Missbrauchsaufsicht über Ausschließlichkeitsbindungen)규정이 적용되었다(Martin Lutz, WuW, 2005, S. 719).

과 EC 위원회의 결정과 밀접한 관련을 가지게 되었다.<sup>8)</sup> 기업(사업자) 그리고 사업자단체의 개념, 구성요건행위, 경쟁방해·제한·왜곡 개념표지에 대하여서 뿐만 아니라 경쟁제한의 지각가능성(Spürbarkeit)<sup>9)</sup>과 같은 명문화되지 않은 구성요건표지 해석에도 EC 경쟁법상의 법원칙이 적용된다.

## 2. 카르텔 금지의 적용제외

구법상 카르텔에 대한 신고의무(Anmeldepflicht)와 인가의무(Genehmigungspflicht)에 관한 규정이 삭제되었고, 신법 제2조 제1항은 EC 조약 제81조 제3항을 모범으로 하여 단일한 법정적용제외원칙(ein System der Legalausnahme)<sup>10)</sup>을 규정하고 있다. 중소기업간의 수평적 카르텔에 대한 개별 적용제외 가능성을 신법 제3조에서 규정한 것 이외에 규격 및 유형카르텔, 조건카르텔, 전문화카르텔, 합리화카르텔, 불황카르텔에 대한 열거적 적용제외 조항은 모두 삭제되었다.<sup>11)</sup>

신법 제2조 제1항에 따르면, 카르텔 금지의 적용제외는 각 2개의 적극적 그리고 소극적 구성요건을 충족하는 경우에 인정된다. 먼저 적용제외가 되기 위해서는 제품의 생산 또는 유통

8) Lettl, Kartellrecht, 2005, Rn. 482.

9) Rittner는 경쟁제한의 지각가능성의 한계는 독일 경쟁제한금지법 제1조의 이념, 즉 “법관은 사소한 일에 구애되지 않는다(minima non curat praetor)는 이념에 따라 고려된다고 한다(권오승 역, 독일경쟁법, 1997, 243면). 독일의 경미사항배제고시(Bagatellbekanntmachung BAnz Nr. 133 v. Juli 1980)에 따르면 경쟁제한적 의미가 경미한 협동협정(Kooperationsabrede)은 중소기업자들만의 참여, 5% 이하의 관련 시장점유율, 협력을 통한 기업기능의 능률향상이 실현되는 경우를 조건으로 카르텔 금지가 적용되지 않으며, EC 경쟁위원회의 경미사항배제고시(Bagatellbekanntmachung ABI. 2001 C 368/13)는 EC 조약 제81조의 경쟁제한성이 지각되지(spürbar) 않는 관련 기업의 시장점유율을 규정하고 있고, EU 법원은 카르텔 합의가 유럽공동체내의 상거래에 대한 영향이 지각되지 않거나 지각되는 경쟁제한성이 없는 때에는 EC 조약 제81조 제1항을 적용하지 않고 있다.

10) 법정적용제외원칙이 입법화되면서 카르텔 신고절차 등에 관한 구법 제9조부터 제14조가 삭제되었다. 다만 기하 적용제외된 구 카르텔의 존속보호(Bestandsschutz)는 2007. 12. 31. 까지 연장되고(제131조 제1항 제1문, 제2항 제1문 참조), 2007. 12. 31. 이후 구 카르텔의 경쟁법상 허용문제는 신법(특히 제2조)의 적용제외 요건에 따라 결정된다.

11) 신법에 따라 기업에게 상당히 넓은 자유활동영역이 생겼고 그와 아울러 높은 자기책임이 발생하게 되었다. 앞으로 카르텔청은 더 이상 기업의 카르텔 관련 상행위가 허용되는 것인가에 관한 공식적 적용제외 결정을 하지 않는다. 물론 카르텔청에 대하여 비공식적인 정보요청의 가능성은 있지만, 이러한 요청에 대한 법률적 근거규정은 없다. 단지 신법 제32 c는 카르텔청이 기존 사실관계에 따라 따로 재송화의 가능성이 없음을 확인하는 처분을 할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다. 물론 제3조 제2항에 따른 중소기업 이외의 기업에게는 위와 같은 처분을 구하는 청구권이 인정되지 않는다. 법정적용제외원칙(ein System der Legalausnahme)이 도입되면서 카르텔청은 더 이상 카르텔 신고를 통한 정보취득을 하지 못하게 되어 카르텔 통제기능을 상실한 것처럼 보인다. 이러한 정보의 결핍은 신법 제32조 c에서 규정한 시장조사권한을 통하여 보완될 수 있다. 이에 따르면 카르텔청은 구체적인 혐의(Anfangsverdacht)가 아닌 경쟁이 제한되거나 왜곡되는 추정적 사정이 있는 경우에 관련 기업이나 사업자단체에게 자료를 요청할 수 있다(Langen/Bunte-Bunte, Deutsches Kartellrecht, Rn. 26c zu Einführung zum GWB).

개선, 기술적·경제적 혁신의 촉진에 기여하고, 소비자가 발생한 이익에 적정하게 참여할 수 있어야 한다(적극적 요건). 그리고 관련 사업자에게 목적달성에 필수적이지 않은 경쟁제한행위를 부과하지 않고 당해 제품의 주요부분에서 경쟁을 제한하는 가능성이 나타나지 않아야 한다(소극적 요건). 또한 신법 제2조 제1항의 해석과 적용에 있어서도 EC 조약 제81조 제3항에 따른 판결과 실무관행이 중요한 관련성을 갖는다.

신법 제2조 제2항은 EC 경쟁위원회의 「그룹별 적용제외 규칙」(GVO; Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission)<sup>12)</sup>을 받아들였다. 「그룹별 적용제외 규칙(GVO)」은, 국제적 카르텔에 대하여는 직접 EC 경쟁법 적용우위에 따라 적용되고 (EC 조약 제249조 제2항 참조), 경쟁제한적 합의가 국가간 상거래를 침해하지 않는 때에는 카르텔에 대하여 기본적 효력(konstitutive Wirkung)을 갖는 신법 제2조 제2항을 통하여 적용된다.<sup>13)</sup> 이러한 해석이 국가간 카르텔과 국내 카르텔을 동일한 범규범으로 규율하고자 하는 신법의 법원칙에 부합한다.<sup>14)</sup>

### 3. 중소기업 카르텔(Mittelstandskartelle)

신법 제3조 제1항은 「시장에서의 경쟁에 중요한 침해를 가져오지 않고, 합의 또는 결의가 중소기업의 경쟁력을 향상시키는데 기여하는 경우에는 기업간 협력을 통한 경제활동의 합리화를 대상으로 하는 상호 경쟁관계에 있는 기업의 합의 그리고 사업자단체의 결의는 제2조 제1항의 요건에 해당한다」고 규정하여 EC 경쟁법 계수에 있어서 중요한 예외에 해당한다. 카르텔 금지(신법 제1조)와의 관계에서 직권으로 검토되어야 하는 법정적용제외조항에 해당하므로, 신법 제1조의 요건을 충족하는 경우에 비로소 신법 제3조 제1항이 적용된다(원칙-예외-관계 Regel-Ausnahme-Verhältnis<sup>15)</sup>). 또한 중소기업카르텔 적용제외에 대한 배타적 규정(abschließende Regelung)이 아니기 때문에 제3조 제1항에 해당하지 않는 경우<sup>16)</sup>에 적용

12) 그룹별 적용제외규칙(GVO)은 EC 조약 제249조 제2조에 터잡은 규칙으로 회원국의 법원과 행정청은 이를 준수하여야 한다. 동 규칙은 EC 조약 제81조 제1항에 의한 카르텔 금지가 적용되지 않는 특정한 카르텔 종류(그룹)에 대한 추상적·일반적 적용제외를 규정하고 있다. 그룹별 적용제외는 수직적 카르텔(EC 위원회 규칙 2790/1999), 수평적 카르텔(EC 위원회 규칙 2658/2000 “전문화 분야”, EC 위원회 규칙 2659/2000 “연구개발분야”, EC 위원회 규칙 772/2004), 구체적 산업분야(EC 위원회 규칙 358/2003 “보험”, 1400/2002 “자동차”)에서 인정된다. 법정적용제외원칙(ein System der Legalausnahme)에서 그룹별 적용제외는 “어떤 행위가 적용제외에 해당한다”라는 선언적 의미와 법적 명확성을 담보하는 기능을 갖는다(Lettl, Kartellrecht, 2005, Rn. 15, 166ff.)

13) Lettl, Kartellrecht, 2005, Rn. 485.

14) Martin Lutz, WuW, 2005, S. 720.

15) Langen/Bunte - Schneider, Deutsches Kartellrecht, Rn. 9 zu §3 GWB.

16) 일반적으로 카르텔 허용 시장점유율 한계는 10% 내지 15%로 보고 있는데(중소기업의 협동에 관한 연방카르텔청

제의 여부는 일반조항인 신법 제2조 제1항에 해당하는가에 따라 결정된다.

제3조 제1항은 중소기업의 경쟁능력을 제고하고, 중소기업에게 법적 안정성(Rechtssicherheit)과 대기업과의 관계에서 경쟁상 이익을 가지고 오는 협동(Kooperationen)의 유인을 보장하는 것을 규범목적(Normzweck)으로 한다.<sup>17)</sup>

중소기업카르텔에 관한 제3조 제1항은 국내 거래와 관련된 중소기업의 협동행위와 국제거래와 관련된 중소기업의 협동행위에 모두 동일하게 적용된다. 국제적 파급효과(zwischensstaatliche Auswirkungen)를 가지는 카르텔의 경우<sup>18)</sup>에는 EC 경쟁법의 우위(Vorrang)가 인정되고, 물론 중소기업 카르텔이 국제거래와 관련성이 없는 한 EC 경쟁법의 우위가 적용되지 않는다. EC 위원회는, 일반적으로 국내 또는 국내 지방시장에서 이루어지는 중소기업 카르텔의 경영활동은 통상 회원국의 상거래를 침해하지 않는다고 보고 있고,<sup>19)</sup> 언제 국가간 상거래와 관련성이 없는 것으로 추정될 수 있는가에 관한 기준(Kriterien)을 정하고 있다.<sup>20)</sup>

신법 제3조 제2항에 따라 중소기업 또는 사업자단체는, 카르텔청의 결정에 중대한 법적 또는 경제적 이해관계가 있음을 소명하면, 관할 카르텔청에게 제32조 c<sup>21)</sup>에 근거한 결정을 신청할 수 있다(신법 제3조 제2항). 이 규정은 법적 안정성(Rechtssicherheit) 보장에 따른 중소기업의 이익을 고려한 것이다. 제32조 c에 근거한 결정은 카르텔청의 제3조 제1항의 적용제외요건 심사를 사전 요건으로 하고, EC 조약 제81조 제1항의 요건에 해당하지 않을 때에만 신청권이 인정된다. 제3조 제2항은 2009년 6월 30일에 효력을 상실한다(제3조 제2항 제2문).

Merkblatt Teil I A III 참조, 위 범위를 초과하는 경우에는 신법 제3조 제1항이 적용되지 않는다.

17) Lettl, Kartellrecht, 2005, Rn. 488.

18) 가격담합, 생산량담합, 시장분할담합의 경우, 독일 경쟁당국은 매우 엄격한 요건하에 적용제외를 인정하였는데, EC 경쟁법에 따르면 적용제외의 가능성이 거의 없다. 독일 경쟁당국과 같이 경미한 시장지배력(Marktmacht)을 가지는 중소기업에게 유리한 법적 지위를 인정하는 것은 경제적 약자보호라는 관점에서 정당화된다고 한다(Martin Lutz, WuW, 2005, Fn. 14).

19) EC 조약 제81조, 제82조의 국가간 상거래 침해개념에 관한 지침(Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags(2004/c 101/07), Rn. 50.

20) 위 “EC 조약 제81, 제82조의 국가간 상거래 침해개념에 관한 지침” Rn 52ff에 따르면, 관련기업의 공통의 시장점유율이 5%를 넘지 않고 참가 기업의 카르텔 관련 제품의 1년 매출이 4,000만 유로(Euro)를 초과하지 않는 때에는 수평적 카르텔에 의하여 국가간 상거래에 지각가능한 침해는 나타나지 않는 것으로 추정된다.

21) 신법 제32조 c는 “카르텔청은 제1조, 제19조, 제20조, 제21조, EC 조약 제81조 제1항, 제82조의 금지요건에 해당한다고 볼만한 자료가 충분하지 않은 경우에 처분(시정조치)을 부과할 이유(Anlass)가 없다는 취지의 결정을 할 수 있다. 결정에는 새로운 사실관계 자료가 없음을 조건으로 제32조와 제32조 a에 의하여 인정되는 권한을 행사하지 않을 것이라는 내용을 포함한다. 결정은 제1문상의 금지로부터의 적용제외를 그 내용으로 하지 아니한다”고 규정하고 있고, 이 규정은 제7차 개정으로 신설된 조항이다.

#### 4. 수직적 가격구속 금지(Verbot von vertikalen Preisbindungen)

EC 조약 제81조 제1항을 계수한 결과 구법 제14조부터 제18조가 삭제되었다. 연방정부 개정안(BTDurcks 15/3640)에 따르면, 구법 제14조에서 금지된 재판매에 있어서 매도인의 가격구속(Preisbindungen)을 제4조에서 수직적 가격구속금지라는 제목으로 별도의 규정을 두어 당연금지(ein Per-se-Verbot)되는 것으로 규정하고자 하였다. 연방의회(Bundestag)의 법안심의과정에서 연방정부 개정안 제4조는 필요하지 않다는 비판이 제기되어 삭제되었다.<sup>22)</sup> 그리하여 재판매의 경우 매도인의 수직적 가격구속은, 신법 제1조에 따라 금지되고, 그 적용제외에 관하여는 신법 제2조가 적용되며, 신법 제2조 제2항 그리고 「수직적 카르텔 그룹별 적용제외에 관한 EC 위원회 규칙 2790/1999 (Vertikal-GVO)」 제4조 a에 의하여 그룹별 적용제외에 해당하지도 않는다. 이와 달리 최고판매가격(Höchstverkaufspreisen) 설정과 가격권고(Preisempfehlungen)는 EC 위원회의 그룹별 적용제외 규칙(GVO)상 black list<sup>23)</sup>에 해당하지 않기 때문에 신법 제2조 제1항에 따라 이론상 개별적 적용제외 대상이 될 수 있다.<sup>24)</sup>

### III. 시장지배적 지위 남용과 그 밖의 경쟁제한행위

#### 1. 제19조, 제20조, 제21조의 원칙적 유지

일방적 경쟁제한행위(einseitige Wettbewerbsbeschränkungen)<sup>25)</sup> 규제에 관한 제19조 내지 제21조는 원칙적으로 변경되지 않았고, 동 행위에 대하여는 EC 경쟁법의 우위가 적용되지 않는다. EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조 제2항 제2문은 가중된 규정을 입법화하고 적용하는 것이 개별 회원국의 권한에 속한다는 점을 인정하고 있고, 신법 제22조 제2항 제2문

22) Langen/Bunte-Bunte, Deutsches Kartellrecht, Rn. 6c zu §1 GWB.

23) EC 경쟁법은 ① 적용제외되는 경쟁제한적 유형(white list), ② 그룹별 적용제외가 허용되지 않는 경쟁제한적 유형(black list), ③ 일의적으로 판단되지 않고 경쟁위원회에서 반대하지 않는 때에는 신고 후 적용제외가 허용되는 경쟁제한적 유형(gray list)으로 구분하고, black list에 포함되는 계약유형에는 적용제외 불적격 추정(die Vermutung der Freistellungsunfähigkeit)을 적용한다(Vgl. Langen/Bunte-Sura, Europäisches Kartellrecht, Rn. 200 zu Art. 81 EG).

24) Langen/Bunte - Bunte, Deutsches Kartellrecht, Rn. 6c zu §1 GWB.

25) 일방적 경쟁제한행위는 시장지배적 지위의 남용행위(EC 조약 82조, 독일 경쟁제한금지법 제19조)와 기타 일방적 행위(독일 경쟁제한금지법 제20조-차별금지, 부당한 방해금지; 제21조-불매동맹금지, 기타 경쟁제한적 행위 금지)를 포괄하는 상위개념이다(Lettl, Kartellrecht, 2005, Rn. 516).

또한 이를 명시적으로 규정하고 있다.

시장지배적 지위에 이르지 아니한 시장강세적 기업(marktstarke Unternehmen)<sup>26)</sup>이 종속성이 인정되는 중소기업에 대한 차별대우나 부당한 방해행위를 하는 것은 금지된다(법 제 22조 제2항, 제1항). 이는 시장강세적 기업의 중소기업에 대한 차별대우나 부당한 방해행위를 시장지배적 기업의 차별대우나 부당한 방해행위와 동일한 범주에 포함시켜 금지하는 것으로 종속적인 중소기업의 보호를 목적으로 하는<sup>27)</sup> 독일의 독특한 입법이며, 구법 규정은 그대로 존속하고 있다.

## 2. 관련 공간적 시장(der räumlich relevante Markt) 명문화

제7차 법 개정을 통하여 신법 제19조 제2항 제3문에 「본 법에 의한 관련 공간적 시장은 법률의 적용범위보다 넓을 수 있다」라는 문언이 추가되었다.<sup>28)</sup>

관련 공간적 시장개념은 법률적 기준이 아닌 경제적 기준에 따라 결정되고(소위 경제적 시장 개념 : sog. ökonomischer Marktbegriff), 이것은 유럽시장에 있어서는 국경은 더 이상 시장진입의 장애기능을 하지 못하며, 관련 공간적 시장은 EC 회원국의 국경에 종속되지 않고 확대 발전한다는 것을 의미한다.<sup>29)</sup>

따라서 기업이 단지 경제적 기준에 따라 설정된 시장에서 지배적 지위를 가지는 경우 당해 기업은 개별 공간적 부분시장(Teilgebiet dieses Markts)에서도 또한 지배적 지위가 인정된다. 예를 들면, 기업이 서부유럽이라는 관련 경제적 시장에서 지배적 지위를 가지는 경우에는 독일에서도 시장지배적 지위를 가지게 된다. 따라서 독일시장에서의 시장점유율의 증가가 없더라도 서부유럽시장에서의 기업의 시장점유율의 증가는 당해 기업에게 독일시장에서 시장지배적 지위를 가질 수 있게 한다. 이와 반대로 비록 독일시장에 한정하여 고려할 때 시장지배적 지위가 인정가능한 경우라고 하더라도 서부유럽이라는 관련 경제적 시장에서 지배적 지위를 가지지 못하는 경우에는 당해 기업은 독일 시장에서도 시장지배적 지위를 가지지 못한 것이

26) 시장강세적 기업(marktstarke Unternehmen)은 일정한 종류의 상품 또는 용역의 공급자 또는 수요자로서 중소기업이 다른 기업으로 거래를 변경할만한(객관적으로) 충분하고(주관적으로) 기대할 수 있는 가능성이 없을 정도로 기업 또는 사업자단체에 종속되어 있는 경우 그 우위에 있는 기업 또는 사업자단체를 의미한다(제20조 제2항 참조).

27) Lettl, Kartellrecht, 2005, Rn. 597ff.

28) 신법 제19조 제2항은 「개별 기업이 관련 물적·공간적 시장에서(auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt) 일정한 종류의 상품 또는 용역의 공급자 또는 수요자로서 다음에 해당하는 경우에는 시장지배적이다 : ... 생략 ... 본 법에 의한 관련 공간적 시장(der räumlich relevante Markt)은 본 법의 적용범위보다 넓을 수 있다」라고 규정하고 있다(본문 중 밑줄이 있는 부분이 제7차 개정때 새로이 추가된 문언이다).

29) Lettl, Kartellrecht, 2005, Rn. 478, 479ff.

된다.<sup>30)</sup>

신법 제19조 제2항 3문은 시장지배적 지위 남용 등 일방적 경쟁제한행위 뿐만 아니라 모든 경쟁제한금지법 적용에 있어서 - 특히 기업결합규제를 포함하여- 일반적으로 적용된다.<sup>31)</sup>

### 3. 소극적 차별대우 금지(Verbot der passiven Diskriminierung)

신법 제20조 제3항<sup>32)</sup>은 시장지배적 지위에 있는 기업이 거래관계에 있는 다른 기업으로 하여금 실질적으로 정당한 이유 없이 자신에게 이득(Vorteile)을 제공하도록 요구하거나 유발하는데 시장지배적 지위를 남용하는 것을 금지하고 있다. 법 개정을 통하여 구체적인 결과의 발생이 필요요건이 아니게 되어, 특히 요구행위가 실패한 즉 실질적으로 정당한 이유 없는 이익의 제공에 이르지 않은 사례에도 제20조 제3항이 적용되게 되었다.<sup>33)</sup>

입법심의과정에서 가격교섭과정에 과도한 개입을 하지 않도록 하자는 취지에서 단순한 요구가 아닌 “반복적(wiederholte)” 요구로 제한하여야 한다는 의견이 있었으나 폐기되었다.<sup>34)</sup> 또한 구법상 “유리한 조건(Vorzugsbedingungen)” 개념이 “이득(Vorteile)”으로 대체되었고, 이를 통하여 “유리한 조건” 개념으로 인하여 나타나는 구법 제20조 제3항 적용의 실무상 어려움이 제거되었다.<sup>35)</sup>

### 4. 권고금지(Empfehlungsverbot)의 폐지

EC 경쟁법에는 구법에서 인정된 권고금지(Empfehlungsverbot)와 적용예외 구성요건과 같은 규정이 없다. 독일의 입법자는 EC 경쟁법에 따라 구법 제22조의 권고금지(Empfehlungsverbot)<sup>36)</sup>와 구법 제23조의 상표부착 상품에 대한 비구속적 가격권고

30) Vgl. Lettl, Kartellrecht, 2005, Rn. 519, 520ff.

31) Lettl, Kartellrecht, 2005, Rn. 478 ; Martin Lutz, WuW, 2005, S. 723.

32) 신법 제20조 제3항 제1문은 「시장지배적 기업과 제1항에 의한 사업자단체는 자신들에게 거래관계에 있는 다른 기업들로 하여금 실질적으로 정당한 이유 없이 이득(Vorteile)을 제공하도록 요구하거나(auffordern) 유발하는데(veranstalten) 시장지위를 남용해서는 아니 된다」라고 규정하고 있다(본문 중 밑줄이 있는 부분이 제7차 개정때 새로이 변경 또는 추가된 문언이다).

33) Langen/Bunte - Schultz, Deutsches Kartellrecht, Rn. 215 zu §20 GWB.

34) Martin Lutz, WuW, 2005, S. 723 (Fn. 33).

35) Langen/Bunte - Schultz, Deutsches Kartellrecht, Rn. 209a, 217ff. zu §20 GWB.

36) 권고금지(구법 제22조)는 ① 경쟁제한금지법에 의한 금지 또는 카르텔청의 처분을 동일한 형식의 행위로 회피하고자 하거나 그와 동일한 효과를 발생시키고자 하는 권고 또는 ② 기업이 자기의 상품구매자에게 재판매할 때 일정한 가격으로 매도할 것을 요구하거나 또는 일정한 가격결정방식을 적용하도록 하거나 가격결정때 상한선 또는 하한선을 준수할 것을 권고하는 행위를 금지하는 것이다.



(unverbindliche reisempfehlung für Markenwaren)<sup>37)</sup>를 모두 폐지하였다. EC 경쟁법에 대한 해석과 마찬가지로 권고는 구체적인 상황에 따라 일반적인 카르텔 금지(특히 공동행위 : eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise)에 해당될 수 있다.<sup>38)</sup> 또한 이 경우 관련 권고가 카르텔 금지의 적용제외에 해당하는지 여부를 검토하여야 한다. 예를 들면, 중소기업단체의 당해 단체 구성원들에 대한 권고가 구법 제22조 제2항의 요건에 해당하는 경우에는 신법 제2조, 제3조에 따라 카르텔 금지의 적용제의 대상이 된다. 비구속적 가격권고에 대하여는 제2조 제2항과 나아가 「수직적 카르텔 그룹별 적용제외에 관한 EC 위원회 규칙 2790/1999 (Vertikal-GVO)」 제4조 a가 준용되므로 관련 기업의 시장점유율이 30%에 이르지 아니하면 원칙적으로 비구속적 가격권고는 카르텔 금지의 적용제외 대상이 된다.

#### IV. EC 경쟁법의 적용

EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조는 EC 조약 제83조 제2항 c에 근거하여 EC 경쟁법과 개별 국가의 경쟁법의 관계를 규정하고 있고, 신법 제22조<sup>39)</sup>는 독일 입법과 법적용 실무에 구속력 뿐만 아니라 법적 우위가 인정되는 EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조를 받아들이고 있다. 법률실무가들에 대한 일종의 경고기능(Warnfunktion)<sup>40)</sup> 이외에는 특별한 의미가 없

37) 상표부착 상품에 대한 비구속적 가격권고(구법 제23조)는, 권고에 구속력이 없다는 것을 명문으로 표시하는 등 일정한 경우에, 기업이 다른 제조기업의 동종 상품과 경쟁관계에 있는 자신의 상표부착 상품의 재판매를 위하여 비구속적인 가격권고를 하더라도 이것이 허용된다는 것이다.

38) Martin Lutz, WuW, 2005, S. 724.

39) 신설된 제22조(본 법률과 EC 조약 제81조, 제82조의 관계)는 다음과 같다. 「제1항 : 본 법의 규정은 EC 회원국간 상거래를 침해할 수 있는 EC 조약 제81조 제1항이 의미하는 기업의 합의, 사업자단체의 결의 그리고 공동행위에 대하여 적용될 수 있다. 이 경우에 EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조 제1항 제1문에 따라 EC 조약 제81조도 적용된다. 제2항 : EC 회원국간 상거래를 침해할 수 있지만 EC 조약 제81조 제1항이 의미하는 경쟁을 제한하지 않고 또는 EC 조약 제81조 제3항의 요건에 해당하거나 EC 조약 제81조 제3항 적용 규칙에 포함되는 카르텔 금지에 대하여는, EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조 제2항 제1문에 따라 본 법의 규정이 적용되지 아니한다. 제2절(zweiter Abschnitt)의 규정에 영향을 미치지 아니한다. 다른 경우에는 EC 조약 제81조의 우위는 관련 EC 법에 따라 결정된다. 제3항 : 본 법의 규정은 EC 조약 제82조에 따라 금지되는 남용행위에 적용될 수 있다. 이 경우에 EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조 제1항 제2문에 따라 EC 조약 제82조도 적용된다. 본 법의 중한 규정 적용에 영향을 미치지 아니한다. 제4항 : EC 법에 위반되지 않는 한, 기업결합에 관한 규정이 적용되는 경우에는 제1항, 제2항, 제3항은 적용되지 아니한다. EC 조약 제81조, 제82조와 다른 목적을 가지는 규정은 본 절(Abschnitt) 규정에 영향을 받지 아니한다.」

40) 신법 제22조는 국가간상거래조항(Zwischenstaatlichkeitsklausel)의 적용범위와 관련하여, 다양한 형태의 경쟁 제한적 합의와 행위에 대하여 독일 경쟁법과 함께 EC 경쟁법이 적용될 수 있다는 점을 독일 법률 실무자에게 명확하게 일깨워주는 기능을 한다(Martin Lutz, WuW, 2005, S. 724).

다고도 할 수 있는데, 그 이유는 신법 제22조에 계수된 중요 문언(Aussagen)이 없다고 하더라도 그와 동일한 문언을 포함하고 있는 EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조가 직접 적용되기 때문이다(EC 법 직접적용가능원칙(Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts)).

다만 신법 제22조는, EC 경쟁법의 관련된 개념(Konzept)을 전부 받아들이지 않고 단지 EC 경쟁법 규정의 일부를 선언적으로 담고 있다고 평가받고 있으며, (독일 경쟁법보다) 중한 EC 경쟁법 우선의 일반원칙 그리고 독일에서의 법 적용때 그에 상응하는 효과에 관한 명확한 언급이 없기 때문에 실제사건 처리를 하고자 하는 법률 실무가들에게 최적의 수단을 제공하지 못한다는 비판이 있다.<sup>41)</sup>

신법 제22조 제1항과 제3항은 EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조 제1항과 같이 EC 조약 제81조 내지 제82조가 적용될 수 있는 사례에 대하여 EC 경쟁법과 독일 경쟁법의 병렬적용(die parallele Anwendung) 의무를 규정하고 있다. 독일 카르텔청 또는 법원은 카르텔 금지나 시장지배적 지위 남용 금지 사례에 대하여 독일 경쟁제한금지법의 관련규정을 적용할 때 당해 행위가 EC 회원국가간의 상거래를 침해하는지 즉 국가간상거래조항(Zwischenstaatlichkeitsklausel)을 충족시키는지에 대하여 조사를 하여야 한다. 당해 행위가 회원국가간의 상거래를 침해한다는 사실이 인정되는 경우에는 카르텔청과 독일 법원은 독일 경쟁제한금지법의 관련 규정과 EC 조약 제81조 또는 제82조를 병렬적용하여야 할 의무를 부담한다.

신법 제22조 제2항은 EC 조약 제81조의 우위에 관한 EC 법의 규정을 받아들였고, (EC 법보다) 중한 독일 카르텔법 규정(strengerer deutsches KartR)이 EC 조약 제81조를 배제하지 못한다는 점을 규정하고 있다. 이와 반대로 (EC 법보다) 경한 독일 카르텔법 규정(milderer deutsches KartR)이 EC 조약 제81조를 문제로 삼지 못한다는 것은 신법 제22조 제2항이 아닌 EC 법 우위의 원칙에 근거하는 것이다.<sup>42)</sup>

EC 법의 일반적 우위원칙(der allg. Vorrang des europäischen Primärrechtrs)은 EC 조약 제82조에 따라 금지된 시장지배적 지위 남용행위가 또 다시 개별 회원국가의 법에 의하여 금지될 수 있음을 허용하고 있다. 즉 유럽 공동체내에서 EC 조약 제82조는 시장지배적 지위 남용행위 금지에 관한 최소한의 기준(Mindeststandard)이 된다.<sup>43)</sup> 그러나 신법 제

41) Langen/Bunte - Schneider, Deutsches Kartellrecht, Rn. 1 zu §22 GWB.

42) 따라서 제22조 제2항 제3문에 따라 독일 카르텔청과 법원은 카르텔 금지 사례에 대하여 중한 EC 조약 제81조를 적용할 의무를 부담하고, EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조 제1항의 일반적 적용 의무가 그 법적 근거가 된다. EC 조약 제81조와의 관계에서 경한 독일 카르텔법이 EC 법 우위의 원칙에 위반하여 적용될 수 없다(Langen/Bunte - Schneider, Deutsches Kartellrecht, Rn. 21 zu §22 GWB).

43) Langen/Bunte - Schneider, Deutsches Kartellrecht, Rn. 22 zu §22 GWB.

22조 제3항 제3문은 EC 위원회 규칙 Nr. 1/2003 제3조 제2항 제2문에 터잡아, 시장지배적 지위 남용행위와 관련하여, EC 조약 제82조에 따라 금지되지 않지만 (EC 경쟁법보다) 중한 독일 경쟁법 규정에 해당하면 금지된다고 규정하고 있다. 그 구체적인 예가 바로 시장강세적 기업의 중소기업에 대한 차별대우 금지(제20조 참조), 불매동맹 금지와 기타 경쟁제한적 행위 금지(제21조 참조)이다.

연방정부 개정안 제23조는 카르텔청과 독일 법원에게 유럽 경쟁법의 법원칙에 터잡아 카르텔 금지와 시장지배적 지위 남용 금지를 적용할 의무를 부과하는 것을 내용으로 하고 있었으나 법안 심의과정에서 삭제되었다. 규정이 입법화되지 않았다고 하더라도 독일과 EC 경쟁법의 “동시성(Synchronisierung)”을 보장하고자 하는 개정 법률의 기본요구(Grundanliegen)에 부합한다는 점에서 신법 제1조, 제2조 그리고 제19조를 적용할 때 EC 기관의 판결실무를 포함한 EC 경쟁법의 법원칙을 폭넓게 고려하여야 한다.<sup>44)</sup> **경쟁저널**

44) Martin Lutz, WuW, 2005, S. 725.