

규제연구 제11권 제1호 2002

# 전자상거래에 대한 영·미 경쟁정책 당국의 대응\*

서정환

(한국경제연구원 연구위원)

영국은 전자상거래와 관련된 다양한 이슈를 분석하고 있으며, 보고서에서는 경쟁법 적용시 가이드라인 외에 추가로 고려되어야 할 요인들을 제시하고 있다. 그러나 최근까지 OFT는 제한된 권한밖에 없어 개별 사례들을 평가하는 데는 한계가 있었으며 따라서 향후 전자상거래의 경쟁정책 이슈에 대한 개정 경쟁법의 적용·집행은 관망해야 할 사안이다. 미국은 정보공유를 통한 경쟁자간 공동행위, 그룹구매를 통한 수요자 독점력 증대, e-마켓플레이스를 통한 배타적 행위에 분석의 초점을 두고 있으며, e-마켓플레이스 시장을 독자적인 시장으로 취급하여 경쟁정책 이슈를 제시하고 있다. 우리나라 공정위는 전자상거래의 경쟁정책 이슈가 기존의 제도적·법집행적 틀을 탄력적으로 운용함으로써 해결이 가능하다고 인식하고 있으나, 현재의 공정거래법과 각종 심사기준이 명확하지 못하고 경제상황 및 경쟁수단의 변화에 따른 공정거래법 적용의 어려움을 명확히 인식하지 못하고 있다.

핵심용어 : OFT, FTC, 전자상거래, 경쟁정책

\* 본고는 한국경제연구원에서 수행한 『e-비즈니스와 경쟁정책』 중 「전자상거래와 영·미 경쟁정책 당국의 대응」을 수정·보완한 것임.

# I. 서론

정보통신기술의 발전과 인터넷의 등장은 기업 경영환경을 급속히 변화시키고 있다. 특히 정보통신기술의 발전은 다양한 경제주체들간에 보다 효율적인 ‘연결’을 가능하게 하며 이를 통해 다양한 주체들, 그리고 상이한 경제활동들의 통합이 실현되고 있다.

정보통신기술의 발전을 활용한 개별기업들의 효율성 향상과 경쟁력 제고노력은 경쟁을 제약하기도 할 것이다. 경쟁과 관련된 모든 사안이 경쟁정책 당국의 소관이라면 경쟁정책 당국은 경영환경 변화에 따른 기업의 경쟁행태 변화와 그 결과 나타나는 경쟁제한성 여부를 분석·평가할 수 있도록 적응할 필요가 있다.

최근 들어 주요 정보통신기술의 발전과 이에 기인한 전자상거래의 전개가 기업의 경쟁행태와 효율성에 어떠한 영향을 주며, 이에 대해 경쟁정책 당국은 어떻게 경쟁법을 적용할 것인가에 대한 논의가 활발해졌다. 이러한 논의의 목적은 경쟁법 적용의 틀을 명확히 하여 정책당국의 법집행에 대한 사업자들의 불확실성을 제거하는 데 있다. 본고에서는 전세계 전자상거래를 선도하는 미국의 경쟁정책 당국과 유럽 내에서 가장 전향적으로 전자상거래의 활용을 계획하고 있는 영국의 경쟁정책 당국이 최근의 전자상거래 전개와 경쟁정책 이슈를 어떻게 인식하고 있으며 어떠한 대응방안을 제시하고 있는지를 살펴본다.

제II장에서는 전자상거래의 전개가 유발하는 경쟁환경의 변화와 이에 따른 기업의 인센티브 및 경쟁행태의 변화를 살펴보고 경쟁행위에 대한 경쟁제한성 평가의 어려움을 지적한다. 네트워크 경제에서는 시장의 동태성, 혁신innovation의 역할, 기업간 협력의 가능성이 증대되며 이에 따라 성능performance중심의 경쟁, 가격경쟁, 레버리징leveraging, 수직적 통합, 경쟁자간 협력, 전환비용, 지적재산권 등의 반경쟁 효과와 친경쟁 효과를 평가하기가 어려워짐을 설명한다. 제III장에서는 제II장의 틀을 기반으로 경쟁법, 가이드라인, 보고서들을 통해 영국 OFT(Office of Fair Trading)와 미국 FTC(Federal Trade Commission)의 인식과 대응방안을 살펴본다. 영국은 전자상거래와 관련된 다양한 이슈를 분석하고 있으며, 보고서에서는 경쟁법 적용시 가이드라인 외에 추가로 고려되어야 할 요인들을 제시하고 있다. 그러나 최근까지 OFT는 제한된 권한밖에 없어 개별 사례들을 평가하는 데는 한계가 있었으며, 따라서 향후 전자상거래의 경쟁정책 이슈에 대한 경쟁법의 적용·집행의 적정성은 관망해야 할 사안이다. 미국은 정보공유를 통한 경쟁자간 담합, 그룹구매를 통한 수요자 독점력증대, e-마켓플레이스를 통한 배타적 행위에 분석의 초점을 두고 있으며, e-마켓플레이스 시장을 독자적인 시장으로 취급하여 경쟁정책 이슈를 제시하고 있다. 제IV장에서는 우리나라 공정거래위원회의 인식과 대응방안을 살펴보고, 영국과 미국의 사례가 주는 시사점을 살펴본다. 공정위는 전자상거래의 경쟁정책 이슈가 기존의 제도적·법집행적 틀을 탄력적으로 운용함으로써 해결이 가능하다고 인식하고 있으나, 현재의 공정거래법과 각종 심사기준이 체계적이지 못하며 공정위는 경제상황의 변화 및 경쟁수단의 변화에 따른 공정거래법 적용

의 어려움을 명확히 인식하지 못하고 있다고 지적한다.

## II. 전자상거래와 경쟁정책 이슈

네트워크 경제에서는 시장의 동태성, 혁신의 역할, 기업간 협력의 가능성이 증대된다. 역동적dynamic 시장에서 경쟁하기 위해 기업은 사용자 기반installed base을 토대로 지속적인 R&D를 수행하게 되며 이 과정에서 기업간 협력이 중요한 경영전략으로 등장한다. 그런데 사용자 기반의 확보와 지속적인 R&D는 높은 고정비용을 수반하는 한편, 정보재의 경우 한계생산비용은 극히 작다.

이러한 경제환경의 변화는 경쟁행태에 있어서 사업자의 인센티브를 변화시키며 이에 따라 새로운 경쟁정책 이슈가 등장한다.

첫째, 성능Performance중심의 경쟁 : 혁신과 이에 따른 맞춤생산/판매customization가 가격보다 상대적으로 중요한 경쟁수단으로 등장하므로 사업자들은 가격경쟁보다는 성능중심의 경쟁 인센티브가 증대된다. 이 경우 가격변화에 초점을 둔 경쟁제한 여부 평가의 불합리성은 증대된다.<sup>1)</sup>

둘째, 가격경쟁 : 네트워크 효과가 중요한 시장전개 요인이 되는 경우, 사용자 기반의 크기가 증대될수록 미래 사용자 기반installed base의 크기도 증대된다. 따라서 개별 사업자는 치열한 가격경쟁을 통해 현재의 네트워크를 확장시키려는 인센티브가 있다. 이 경우 약탈가격과 경쟁가격간의 구분은 모호해진다. 또한 사업자가 미래에 책정하는 높은 가격은 과거의 손실을 회수하기 위한 전략의 일환일 수 있으므로 단순히 높은 가격을 시장지배력 남용으로 평가하기가 어렵다. 이러한 행태는 경쟁에 있어서 R&D투자라는 높은 고정비용이 수반되는 경우에도 적용된다. 한편, 역동적인 시장에서 현재의 낮은 가격을 통해 미래에 시장지배력을 획득한다는 보장이 없는 상황에서는 현재의 낮은 가격이 약탈가격이라고 평가하기는 더욱 어렵다.<sup>2)</sup>

셋째, 레버리징Leveraging : 상품간 보완가능성이 증대되는 상황에서 네트워크 효과가 존재하는 경우, 한 시장에서의 네트워크 효과는 관련된(반드시 보완재일 필요는 없다) 다른 시장에서의 네트워크 효과와 맞물려 있다. 따라서 사업자는 한 시장에서의 시장지배력을 다른 관련시장에서의 시장지배력으로 확장시킬 인센티브가 있다. 레버리징의 수단은 끼워팔기tying, 묶어팔기bundling, 배타적 거래exclusive dealing, 가격인하 등 다양하다. 이러한

1) e-비즈니스 컨설팅 기업인 Accenture의 조사에 의하면 인터넷에서의 기업구매자들(1000여개 조사대상기업 중 80%)이 고려하는 가장 중요한 구매요인은 가격보다는 브랜드의 친밀성과 고객서비스이다(E-Commerce Times, 2001. 5. 10).

2) 미국에서 경쟁정책 당국이 약탈가격으로 사업자를 기소한 첫 번째 사례는 1999년 시작되어 2001년 4월에 기각된 American Airline(AA) 사례이다. DOJ의 기소내용은 다음과 같다. (i) Dallas-Fort Worth 노선에서 지배적 사업자인 AA는 단기적으로 손실을 보는 수준의 가격을 책정함으로써 경쟁사인 3개 항공사(Vanguard Airlines, Sun Jet International, Western Pacific) 중 두 개의 항공사(Sun Jet International, Western Pacific)가 퇴출되었다. (ii) 1996년 9월 Vanguard Airlines가 노선 추가를 발표한 이후 AA는 Vanguard의 대부분의 Dallas 노선에 노선을 추가하고 가격을 낮추었다. 이후 2달 후에 Vanguard는 노선추가 계획을 포기하였고, 이후 1997년 6월에 AA는 Dallas와 Wichita 노선의 편수를 감소시키고 가격을 50% 이상 올렸다. 그러나 법원(US District Court in Wichita, Kansas)은 (i) AA가 비용 이하의 가격을 책정했다는 증거가 불충분하고, (ii) AA가 현재의 손실을 미래에 회수할 능력이 있다는 증거도 불충분하다는 이유로 사건을 기각하였다(New York Times, 2001. 4. 28).

레버리징 수단은 관련 시장에서 경쟁자의 비용을 상승시키거나 시장진입을 봉쇄함으로써 반경쟁적 효과를 유발할 수 있다. 그러나 보완재의 경우 사업자가 이중한계화(double marginalization)를 회피하기 위한 방안으로 보완재 시장에 진출할 수 있는 한편, 해당 사업자가 해당 상품과 호환적인 상품생산을 유도하기 위해 미래에도 해당 상품의 가격을 높이지 않겠다는 자기구속(commitment)의 일환으로 보완재 시장에 진출할 수도 있다.

넷째, 수직적 통합(Vertical Integration) : 경제활동의 통합이 용이한 상황에서 생산에서 판매에 이르는 단계에 있는 사업자들이 경제활동을 통합함으로써 효율성을 높이려고 하는 인센티브가 있다.<sup>3)4)</sup> 이러한 수직적 통합에는 규모의 경제를 누리기 위한 제약조건이 수반되기도 하며, 제약조건은 일반적으로 배타적 행위로 나타난다. 배타적 행위는 경쟁자의 비용을 상승시키거나 시장을 봉쇄 foreclosure 함으로써 반경쟁적 효과를 유발할 수 있다. 그러나 배타적 행위는 수직통합의 규모의 경제를 확보하고 통합된 사업자간 무임승차 문제를 해결하기 위해 필요한 경우도 있다.

다섯째, 경쟁자간 협력(Competitor Collaboration) : 경제활동의 통합이 용이한 상황에서 생산, 판매, R&D 등 다양한 경제활동에서 경쟁자들이 협력함으로써 개별 기업의 효율성을 증대(규모의 경제, 네트워크 효과 등)시키고자 하는 인센티브가 있다. 경쟁자 협력은 개별 기업이 수행할 수 없는 경제활동을 가능하게 함으로써 사업의 효율성을 높이는 한편, 공동행위의 가능성을 증대시키기도 한다. 특히 기업간 협력에 있어 정보공유와 교환은 정보비대칭의 문제를 해결하기 위해 필수조건일 수 있는 반면, 기업간의 다양한 조정(coordination) 수단을 제공하기도 한다.

여섯째, 전환비용(Switching Cost) : R&D에 대한 투자로 높은 고정비용을 갖는 비용구조하에서 개별기업은 이 비용을 회수하기 위한 다양한 경쟁전략을 활용할 인센티브가 증대된다. 특히, [높은 고정비용 + 낮은 한계비용]의 비용구조하에서 고정비용을 회수하기 위한 전략의 필요성은 더욱 증대된다. 이러한 전략은 광범위한 사용자 기반을 확보하는 데 목적이 있으며(특히 네트워크 효과가 있는 경우는 이러한 행위의 가능성이 높다), 결과적으로 고객의 전환비용을 높일 수 있는 다양한 수단이 강구된다. 이러한 수단은 일반적으로 배타적 행위(exclusivity)로 나타난다. 배타적 행위는 고정비용 회수를 위해 필요한 방안일 수 있지만, 경쟁자의 비용을 상승시키거나 시장을 봉쇄함으로써 반경쟁적 효과를 유발할 수 있다. 일곱째, 지적재산권(Intellectual Property Right(IPR)) : 혁신이 중요한 경쟁수단으로 등장하는 상황에서 사업자는 지적재산권 또는 그에 대한 라이선싱 계약을 활용하여 경쟁자를 배제하거나 진입장벽을 설정할 인센티브가 있다. 한편, 시장지배적 사업자의 경우 기존의 지적재산권을 활용한 사용자 기반을 최대한 활용하기 위해 혁신의 속도를 조절할 인센티브도 있다. 더불어 기술시장에서 지적재산권을 매개로 한 시장지배력이 발생할 수도 있으며, 이러한 행태는 반경쟁적 결과를 낳을 수 있다. 그러나 배타적 거래는 라이선스 사용자(licensee)에게 해당 지적자산을 활용한 R&D의 인센티브를 부여하기도 하며, 라이선싱에 수반되는 조건이 라이선스 사용자들간의 무임승차 문제를 해결하기 위한 것일 수도 있다.

사업자들의 인센티브 변화에 따른 경쟁정책 이슈는 기본적으로 시장의 역동성이 증대하는 데서 발생한다. 따라서 경쟁정책 당국은 현재의 경쟁행위가 현재뿐 아니라 미래의 시장에 미치는 영향을 예측하고 평가할 수 있어야 한다. 또한 이러한 경쟁행태는 기업 효율성 증대를 통한 친경쟁

3) 또한 e-비즈니스화는 생산에서 판매에 이르는 사업자들이 동시에 함께 추진해야 실효가 있기도 하다.

4) Jupiter Media Metrix는 on-line B2B의 85%가 기존의 협력업체들간에 설정될 것이라고 예측하고 있기도 하다(E-commerce Times, 2001. 3. 6).

적 효과도 나타내므로 경쟁당국은 반경쟁anti-competitive 효과와 친경쟁pro-competitive 효과를 평가할 수 있어야 한다. 따라서 기존의 정태적인 구조-성과 패러다임에 기반한 분석은 한계가 있으며, 반경쟁 및 친경쟁 효과에 대한 동태적 분석이 요구된다. 이는 개별 경쟁정책 이슈뿐 아니라 시장획정 및 시장지배력 평가라는 기본적인 사안에 대한 경쟁정책 당국의 변화된 시각과 대응방안이 필요함을 의미한다.

K C I

### Ⅲ. 영국 OFT와 미국 FTC의 대응

#### 1. 영국 OFT의 대응<sup>5)6)</sup>

##### (1) 전반적인 시각

OFT의 경우 전자상거래가 새로운 형태의 반경쟁 행태를 발생시키지는 않으며 따라서 전자상거래의 경쟁정책 이슈를 기존의 경쟁정책 체계에서 다룰 수 있으나,<sup>7)</sup> 다만 동일한 경쟁이슈가 전자상거래 분야에서는 다른 방식으로 드러날 수 있기 때문에 기존의 분석틀을 새로운 환경에 적응시킬 필요는 있을 것<sup>8)</sup>이라고 주장한다.

OFT의 보고서는 전자상거래가 발생시키는 기업효율성 향상효과를 먼저 다루고 있으며 반경쟁 관련 이슈는 이러한 효율성 향상을 통한 경쟁촉진 효과를 고려하여 판단되어야 한다고 주장한다. 영국 경쟁법은 EU의 경쟁관련법령과 일관성을 갖기 위해 개정되었음을 명시하고 있다. 따라서 전자상거래의 경쟁행위에 대한 최근 EU의 사례는 현재 OFT의 정책방향을 암시할 수 있다.

최근(2000. 8. 7) EU는 항공산업 e-마켓플레이스인 MyAircraft.com을 허가하였다. MyAircraft.com은 United Technologies Corp.와 Honeywell International Inc.가 조인트벤처로 만든 e-마켓플레이스인데 EU는 합병규제Merger Regulation를 적용하여 심사하였다. 허용배경은 (i) MyAircraft.com이 항공시장의 보다 효율적인 운영을 가능하게 하고, (ii) 제3자들을 배제하지 않으며, (iii) 경쟁 e-마켓플레이스가 존재하여 경쟁이 심화될 가능성이 있기 때문이다.<sup>9)</sup>

OFT는 보고서에서 전자상거래 분야에서는 경쟁행위의 선발자 이득first-mover advantage과 혁신을 통한 시장의 급속한 전개를 고려하여 조심스럽게 경쟁효과를 조사해야 한다는 일반원칙을 제시하고 있다. 선발자 이득으로 인해 단기적인 반경쟁 행위가 장기적 효과를 나타낼 수 있으므로, 시장봉쇄에 대한 경쟁정책 당국의 대응이 지연되면 장기적으로 상당한 반경쟁효과를 나타낼 수 있다. 한편, 전자상거래 시장이 혁신을 기반으로 급속히 전개되므로 경쟁정책 당국의 조급한 시장개입은 혁신과 시장전개를 방해할 수 있다.

5) 영국의 경우 1998년에 2000년부터 적용되는 경쟁법을 마련하였다. 새로운 경쟁법은 기존의 「경쟁법 1980(Competition Act 1980)」, 「제한적 거래관행에 관한 법 1976(Restrictive Trade Practices Act 1976)」, 「재판매가격에 관한 법 1976(Resale Prices Act 1976)」을 대체하면서 경쟁정책당국인 OFT(Office of Fair Trading)의 권한을 확대강화하고 있다. 이와 더불어 「시장범위 설정(Market Definition)」(1999), 「시장지배력 평가(Assessment of Market Power)」(1999), 「개별계약 및 행위 평가(Assessment of Individual Agreements and Conduct)」(1999), 「지적재산권(Intellectual Property Rights : A draft Competition Act 1998 guideline)」(2001. 11) 등의 가이드라인을 발표하였다. 그 이후 보고서로는 “E-Commerce and its Implications for Competition Policy”(2000. 8)와 “Competition in e-commerce : a Joint OFTEL and OFT Study”(2000. 4)를 발간하고 향후 기존 가이드라인의 동태적 시장에서의 효율적 적용을 위한 검토를 계획하고 있다. OFT는 이들 보고서를 통해 전자상거래의 경쟁이슈는 기존의 경쟁법령 체계 내에서 해결될 수 있으며 다만 그 적용의 명확화를 위한 심도있는 작업이 필요하다는 결론을 얻고 있다.

6) 본 절에서 “가이드라인”은 OFT의 가이드라인을, “보고서”는 “E-Commerce and its Implications for Competition Policy”(2000. 8)와 “Competition in e-commerce : a Joint OFTEL and OFT Study”(2000. 4)를 의미한다.

7) “E-Commerce and Its Implications for Competition Policy,” OFT, 2000. 8, p.1.

8) “Competition Issues in Electronic Commerce,” OECD, DAF/CLP(2000)32, p.109.

9) EU Document, IP/00/912, 2000-08-07.

동 보고서는 전자상거래의 특성에서 유발되는 이러한 상충되는 정책적 시사점을 해결하기 위해 경쟁정책 당국은 (i) 현재로서는 경쟁법을 가볍게 적용하는 with a light hand 한편, 만약 미래에 반경쟁효과가 드러나면 무거운 처벌(과징금, 구조적 분리 structural break-up)이 가능하다는 것을 인식시키되, (ii) 미래의 처벌이라는 위협자체가 시장전개를 방해할 수 있으므로 사후적으로 반경쟁으로 판단될 수 있는 행위에 대한 명시적이고 자세한 가이드라인을 제공해야 한다는 주장을 한다. 더불어 네트워크 효과가 존재하는 경우 구조적 분리는 시장참여자들의 시장가치를 감소시키므로 적절한 정책수단이 아닐 수 있음을 상기시키고 있다. 이러한 주장은 전자상거래 분야가 혁신과 네트워크 효과라는 동태적 요인을 특징으로 한다는 인식을 반영하고 있다고 할 수 있다.

## (2) 개별이슈에 대한 시각

### 1) 공동행위

공동행위는 제Ⅱ장의 경쟁정책 이슈에서 경쟁자간 협력에 관련된 사안이며, 영국은 Competition Act 1998의 Chapter I 과 II에서 다루고 있다.<sup>10)</sup>

가이드라인에서는 사업자들의 평행적 가격책정 parallel pricing, 선도자-추종자 가격책정 price leadership 등이 암묵적 담합에 해당되며 이는 합의된 행위 concerted practice(Chapter I) 또는 시장지배력의 남용(Chapter II)에 해당된다고 설명하고 있다.

공동행위의 필요조건은 경쟁자간 의사소통 communication이다. 보고서는 경쟁자간 의사소통을 용이하게 하는 요인들을 정보공유 information sharing와 e-마켓플레이스의 디자인 및 소유구조로 들고 있다.

e-마켓플레이스에서는 참여자들이 거래정보를 공유할 수 있는 다양한 통로가 있으며, 일부 참여자들은 채팅방을 통해 비밀리에 정보를 교환할 수 있다. 시장참여자들이 공동으로 소유하는 e-마켓플레이스에서 마켓디자인을 통해 기술적으로 참여자-소유자들에게 유리한 동태적 가격결정 메커니즘을 설정함으로써 참여자-소유자들간 공동행위를 가능하게 할 수도 있다. 한편, e-마켓플레이스의 경우 다양한 거래정보가 노출 또는 공유되므로 거래의 투명성이 제고된다. 공동행위 참여자들은 이러한 정보를 조정수단으로 활용할 수 있다. e-마켓플레이스가 아니더라도 인터넷 판매 조인트벤처 joint internet sales venture의 경우 조인트벤처가 모기업으로부터 독립되어 있지 않으면 이 조인트벤처는 참여자들간의 조정수단으로 활용될 수 있으며, 공동행위 참여자들간에 웹사이트를 연계 link 시킴으로써 고객으로 하여금 모르는 사이에 공동행위 참여자들의 웹사이트만을 방문하게 할 수도 있다.

더불어 이와 같은 거래투명성 제고는 공동행위에서 참여자들의 이탈을 쉽게 감지할 수 있고 그에 대한 처벌 punishment도 용이하게 함으로써 암묵적 공동행위의 성공 가능성을 높인다. 특히 e-마켓플레이스와 내부정보시스템이 통합 integration된 경우 공동행위의 성공가능성은 더욱 높아진다. 그 외에도 낮은 메뉴비용은 공동행위 이탈자에 대한 처벌을 쉽게 한다. OFT는 전자상거래의 정보공유를 통한 공동행위를 방지하기 위해 경쟁법에서 허용하는 경쟁자간 계약의 내용을 명확히 하는 가이드가 필요하고, e-마켓플레이스의 경우 공개되는 정보에 대한 규정이 필요함을 주장한다. 한편 거래투명성의 증대는 경쟁정책 당국이 보다 쉽게 거래정보를 관찰할 수 있음을 의미하기도 하므로 공동행위를 감시하기 위해 경쟁정책 당국이 거래감시 소프트웨어를 개발할 필요가 있음을 주장한다. 또한 공동행위 여부를 평

10) Chapter II는 시장지배력 남용을 다루고 있으며, Chapter I은 공동행위를 포함한 여타 경쟁제한적 행위를 다루고 있다.

가하기 위해서는 자료가 필요하므로 e-마켓플레이스에서 장기적으로 저장·보관해야 하는 자료들도 명시할 필요가 있음을 제안한다.

## 2) 가격차별

가이드라인에 의하면 가격차별은 “가격이 비용으로 합리화되지 않는 상황”으로 정의되며 가격차별의 전제로 해당 사업자가 시장을 분할할 능력이 있고 실제로 분할한 상황에서 아비트라지(arbitrage)가 불가능해야 한다.

가격차별이 경쟁을 제한하는 형태는 이를 통해 경쟁자를 배제하는 경우인데, 일부 고객에 대한 약탈가격, 수직통합된 사업자가 하류부문의 자사에게 다른 회사에 비해 낮은 가격 preferable prices을 제공하는 경우가 해당된다.

가이드라인에서는 가격차별이 일률적 가격책정하에서보다 생산량을 증대시킨다면 이를 시장지배력 남용이라고 보기 어렵다고 설명한다. 한 예로 [높은 고정비용+ 낮은 한계비용]의 경우 가격차별은 사업자와 시장의 효율을 증대시키는 방안일 수 있음을 설명한다.

보고서에서는 가격차별이 매출을 증대시키기 위한 일반적인 전략일 뿐 아니라 전자상거래의 특징인 [높은 고정비용+ 낮은 한계비용]하에서 가격차별은 고정비용을 회수하기 위한 전략의 일종일 수 있음을 주장함으로써 가격차별이 갖는 효율성 증대효과를 고려해야 한다고 주장한다.

한편, 전자상거래 분야에서 가격차별의 경쟁폐해를 측정하는 데 있어서 다상품 생산의 경우 범위의 경제에 따른 공동비용/고정비용의 배분문제가 있고, 동일 상품이지만 on-line 시장과 off-line 시장에서의 가격차별에 있어서 양 시장의 비용구조 차이 등을 고려해야 한다고 주장한다.

## 3) 약탈가격 Predation

약탈가격은 제II장 경쟁정책 이슈에서 약탈가격 및 레버리징과 관련 있으며, 영국 경쟁법은 Chapter II에서 다루고 있다.

가이드라인에 의하면 약탈은 “장기적으로 경쟁자를 제거하여 초과가격을 얻기 위해 단기적으로 손해를 보더라도 의도적으로 낮은 가격을 책정하는 전략적 행동”<sup>11)</sup>으로 정의하고 있다.

약탈의 요건은 (i) 그 행위자가 시장지배적 사업자이고, (ii) 가격이 평균가변비용 또는 평균비용 이하이고, (iii) 경쟁자를 제거하려는 의도가 있으며, (iv) 현재의 손실을 미래에 회수할 수 있어야 한다.

이러한 요건을 평가하는 데 있어서 평균비용의 경우 가격이 평균가변비용 미만이면 약탈가격일 가능성이 높으며, 경쟁자를 제거하려는 의도의 경우 약탈가격 부과의 시점, 대상시장 등을 고려해야 하고, 미래의 회수가능성은 시장지배력을 전제로 한다. 그러나 가이드라인은 약탈가격처럼 보이는 현상이 실제로 약탈가격이 아닌 경우를 들고 있는데 판촉, 예상치 못한 비용상승이나 수요감소, 네트워크 효과를 고려한 가격전략, 보완재와 함께 판매하는 경우(따라서 보완재 판매로 인한 이윤을 고려하면 전체적으로 사업자는 수익을 누릴 수 있음) 등을 예시하고 있다. 한편, 가이드라인은 사업자내에서 사업단위간 상호보조 cross-subsidy를 통한 약탈가격이 경쟁을 왜곡시킬 수 있음도 설명한다.

11) “Assessment of Individual Agreements and Conduct,” 4.1.



보고서에서는 약탈가격을 평가하는 데 있어 전자상거래 분야에서 고려해야 할 요인들을 설명한다. 먼저 무형자산에 대한 매물투자의 경우 이 투자가 현재의 지출로 처리되는가 아니면 투자로 처리되는가에 따라 현재 가격에서 손실을 보는지가 결정된다. 따라서 회계기준의 설정도 중요한 역할을 한다. 둘째, 시장이 동태적으로 변화하는 상황에서 현재의 손실을 미래에 회수할 수 있는지를 판단하기가 어렵다. 셋째, 현재 시장지배력 사업자가 아니더라도 미래의 시장지배력을 위해 낮은 가격을 책정할 수 있다. 이 경우 현재 시장지배적 사업자라는 약탈가격 요건을 전자상거래에 적용하는 데는 한계가 있을 수 있다.

#### 4) 수직적 제약

수직적 제약은 제II장 경쟁정책 이슈에서 수직적 통합과 관련 있으며, 영국 경쟁법에서는 Chapter II에서 다루고 있다.

가이드라인에서는 수직적 제약의 상황을 재판매가격 유지, 생산자에 대한 봉쇄, 판매자에 대한 봉쇄 등으로 구분하고, 이러한 수직적 제약은 경쟁자의 비용상승을 통해 경쟁자를 퇴출시키거나 진입장벽을 형성할 수 있음을 설명하고 있다. 한편, 해당 시장의 경쟁정도, 진입장벽, 계약의 유효기간 등도 고려해야 한다. 반면, 수직적 제약은 생산자간 또는 판매자간 무임승차 방지, 수직적 관계에서 매물투자로 인한 억류문제 해결 등의 효과도 있고, 규모의 경제를 실현하기 위한 방안일 수도 있으므로 반경쟁적 폐해와 효율성 제고효과를 모두 고려해야 한다고 설명한다.

수직적 제약을 평가하는 데 있어 OFT는 자세한 비용-편익 분석보다는 해당 수직적 제약이 이로부터 발생하는 이득을 얻기 위한 최소한의 반경쟁적 방안인가(즉 경쟁을 덜 제한하면서 동일한 이득을 얻는 다른 방안이 있는가)를 기준으로 평가한다.

보고서에서는 전자상거래가 수직적 제약의 활용을 용이하게 하는 요인으로 기술적인 수직적 통합이 용이해졌고, 탐색 및 전환비용의 감소, 집단구매 등을 통한 하류부문 사업자들의 협상력 증대, 시장의 지역적 제한 감소 등을 들고 있다.

한편, 이러한 수직적 제약은 전자상거래 분야에서의 시장효율성 증대에 기여하기도 한다. 첫째, e-마켓플레이스에서 억류문제를 해결하는 방안이 될 수 있다. e-마켓플레이스에서 거래자들이 해당 e-마켓플레이스와 정보통신시스템을 통합한 경우 이는 매물투자가 되며 이에 따른 억류문제를 해결하기 위해 수직적 제한이 활용될 수 있다. 둘째, 전자상거래 분야에서의 무임승차 문제를 해결할 수 있다. 고객이 on-line에서 정보수집하고 off-line에서 구매하거나 그 반대의 경우 수직적 제한은 선택적selective 배급망 설정을 통해 무임승차 문제를 해결하는 데 활용될 수 있다.

#### 5) 필수설비에 대한 접근거절

필수설비에 대한 접근거절은 제II장 경쟁정책 이슈에서 지적재산권과 관련된다.

가이드라인에 의하면 필수설비는 (i) 관련시장에서 경쟁하는 데 없어서는 안되는 설비 그리고 (ii) 모방에 의해 만들기가 불가능한 설비이거나 (ii') 물리적, 지리적, 법적 제약으로 인해 모방해 만들기가 어려운 설비라 정의된다. 필수설비에 대한 접근거절의 경쟁제한적 효과는 시장획정이 결정적인 역할을 한다고 설명한다.

보고서에서는 전자상거래하에서 필수설비는 전자상거래를 지원하는 물리적 인프라스트럭처, e-마켓플레이스, 지적재산권, 가격정보에 대한 접근(이는 소비자에게 정보를 제공하기 위한 필수설비일 수 있다) 등을 들고 있다. 경쟁제한 효과에 대해서는 거절을 당한 제3자

가 대안적인 방안이 있는가, 예를 들어 여타 e-마켓플레이스가 존재하는가 아니면 새로운 e-마켓플레이스를 만들 수 있는가 등이 고려해야 할 요인이다.

#### 6) 관련시장에서의 행위

관련시장에서의 행위는 제II장 연구들의 레버리징과 관련이 있으며 영국 경쟁법에서는 Chapter I 과 II에서 모두 다루고 있다.

가이드라인에서는 한 시장에서의 시장지배력을 여타 시장으로 확장하는 경우를 주로 다루고 있으며, 특히 최근에는 시장은 다르지만 기술수렴(technological convergence)으로 인해 시장구분이 희미해지는 분야에서 수렴화된 시장에서 시장지배력을 획득할 수 있음을 고려해야 한다고 설명한다.

보고서에서는 e-마켓플레이스를 대상으로 e-마켓플레이스는 거래서비스뿐 아니라 시장정보, 위험관리, 품질보증, 보험, 컨설팅, 지원업무시스템(back-office system) 제공 등 다양한 서비스를 제공하므로 이들 분야에 레버리징이 발생할 수 있음을 주장한다.

#### 7) 사례<sup>12)</sup>

최근 <BskyB의 KirchPayTV에 대한 지분인수> 사례는 시장지배력, 레버리징, 필수설비에 대한 접근 등의 경쟁이슈를 포함하고 있다. 이에 대한 EC의 결정을 통해 향후 OFT의 관련 이슈에 대한 평가를 예측할 수 있을 것이다.

##### ① 사건의 개요

BskyB는 아날로그 및 디지털 TV 방송을 주 사업으로 하면서 payTV 채널도 운영하는 사업자로써 영국에서 디지털 인터랙티브 TV 방송을 제공하는 British Interactive Broadcasting 조인트벤처에도 참여하고 있다. KirchPayTV는 영화 및 TV 프로덕션, 비즈니스 TV, pay-TV, 디지털 방송을 위한 기술서비스 제공 등 다양한 오디오-비주얼 매체분야의 사업자이다. KirchPayTV는 독일과 오스트리아에서 pay-TV 사업을 하고 있다.

BskyB는 KirchPayTV의 지분 24%를 인수하여 KirchPayTV를 조인트벤처로 설립하였다.

##### ② 사업자의 자기구속(commitment)과 EC의 평가

EC는 다음과 같은 사안에 대하여 조사를 실시하였다.

(i) 기존 시장지배력 강화 : 설립되는 조인트벤처가 BskyB의 금융자원, 마케팅 및 배급망에 접근가능함으로써 독일과 오스트리아의 pay-TV 시장에서 기존 KirchPayTV의 시장지배력을 강화함으로써 진입장벽이 형성될 수 있다.

(ii) 레버리징, 시장지배력 형성, 필수설비 접근제한 : 현재 독일에서 pay-TV와 디지털 인터랙티브 TV 서비스를 제공할 수 있는 유일한 사업자임을 고려할 때, 설립되는 조인트벤처는 (a) 향후 디지털 인터랙티브 TV 서비스 시장에서 시장지배력을 형성함으로써 진입장벽을 형성할 수 있다; (b) 따라서 KirchPayTV의 “d-box”는 독일 인터랙티브 시장에서 표준으로 설정될 수 있다. “d-box”가 폐쇄적인 디코더(closed decoder)임을 고려할 때 제3자의 사업자의 시장진입은 “d-box”를 통해야만 가능해질 수 있다.

12) “Commission Authorises the Participation of BskyB in KirchPay TV,” EU Press Releases, 21, March 2000.

이에 대해 BskyB와 KirchPayTV는 다음과 같은 자기구속을 하였다.

(i) 조인트벤처는 디지털 인터랙티브 서비스를 제공하는 경쟁자들의 KirchPayTV 서비스에 접근을 허용함으로써 KirchPayTV 그들 자신의 기술적 플랫폼을 구축할 수 있도록 하고, KirchPayTV의 조건부 접근시스템을 통해 자신들의 decoder box를 생산할 수 있도록 한다.

(ii) DVB Multimedia Home Platform을 통해 디지털 인터랙티브 서비스 제공자들이 KirchPayTV의 기술적 플랫폼에서 그들의 서비스를 제공할 수 있도록 한다.

이에 대해 EC는 (i) BskyB가 중단기적으로 payTV 시장에 진출하지 않을 것이고, (ii) 조인트벤처의 자기구속은 진입장벽을 낮추어 시장지배력 강화 또는 형성의 가능성이 없으므로 BskyB의 KirchPayTV 인수를 반대하지 않는다는 결정을 하였다.

### ③ 해석

이 사건에서는 지분인수가 시장지배력, 레버리징, 필수설비에 대한 접근 등에 대한 제한을 통해 진입장벽을 형성할 가능성이 고려되고 있다. 그러나 사업자들의 필수설비에 대한 접근을 허용한다는 자기구속이 진입장벽 형성을 방지할 뿐 아니라 진입장벽을 낮춤으로써 관련시장에서 시장지배력의 강화·형성을 방지할 수 있다는 판단하에 지분인수를 허용하고 있다. 전자상거래 분야에서의 레버리징이나 필수설비에 대한 접근도 경쟁을 제한하지 않는다는 사업자들의 자기구속을 통해 허용될 수 있을 가능성을 보여주고 있다.

### 8) 시장획정

가이드라인에는 시장획정의 목적은 기본적으로 시장지배력의 평가에 있으며, 이를 위해 먼저 시장점유율을 측정하는 이유는 시장지배력이 존재하지 않아 OFT의 조사가 필요하지 않은 경우를 추출하는 데 있다고 설명한다. 일반적으로 시장획정은 SSNIP의 방법을 응용하여 상품시장과 지리적 시장을 모두 고려한다. SSNIP에서 가격인상폭은 5-10%이며 수요 및 공급 측면에서의 대체성을 모두 고려한다. 그 외에도 시간별 시장temporal market, 2차시장secondary market을 고려하기도 한다. 경쟁가격의 설정은 새로운 계약을 평가하는 상황에서는 기존의 가격을 기준으로 설정benchmark할 수 있으나, 이미 시장지배적 사업자가 존재하는 상황에서 계약을 평가하는 경우는 기존의 가격을 기준으로 설정해서는 안된다고 설명한다. 또한 과거 사례를 활용할 수도 있으나 혁신이 활발하여 시장상황이 급변하는 경우 과거 사례를 활용하는 데는 한계가 있음을 지적한다.

보고서에서는 전자상거래가 시장획정에 미치는 영향을 살펴보고 있다. 먼저 (i) 전자상거래가 새로운 시장을 창출하는가, 아니면 기존 시장내 새로운 판매채널의 등장인가, (ii) 가격차별이 시장을 축소시키는가, (iii) 탐색비용과 전환비용은 시장획정에 어떻게 영향을 미치는가, (iv) 비용구조의 변화는 시장획정에 어떻게 영향을 미치는가를 살펴본다. 먼저 전자상거래로 인해 새로운 상품(예 : 가격비교 서비스 등)이 등장한 것은 사실이나 기존 상품과 경쟁하므로 기존 시장의 확대가 현재까지 나타난 현상이고, 아비트라지arbitrage의 가능성 증대로 가격차별의 가능성이 축소되므로 시장의 범위가 확대될 가능성이 있으며, 탐색비용의 하락은 시장의 범위를 확대시키는 반면, 전환비용의 증대는 시장의 범위를 축소시키고, [높은 고정비용+낮은 한계비용]하에서 기존의 SSNIP의 적용은 측정되는 시장의 범위를 확대시킬 것이라고 주장한다. 이러한 변화를 고려할 때, 현재 전자상거래 분야가 급변하고,

초기 자료가 부족하며, 지리적 시장이 확대되고, 맞춤형 생산/판매가 확대된다면 가격탄력성과 한계비용을 측정하기가 어려운 반면, 향후 양질의 다양한 자료가 얻어질 수 있어 미래에는 보다 정확한 시장확정이 가능할 것이라고 주장한다. 한편, on-line과 off-line간의 가격이 상이 diverge하다고 해서 분리된 시장이라고 하기 어려운 경우도 있음을 설명한다. 예를 들어 동일상품이라도 off-line 가격의 변화는 미미하지만 on-line에서의 가격은 네트워크 효과를 위해 하락할 수도 있다.

보고서에서는 향후 양질의 다양한 자료를 확보하기 위해 사업자가 저장 및 보관해야 할 전자상거래 관련자료의 종류를 명시할 필요가 있고, 지리적 시장이 확대되는 상황에서 외국의 자료가 필요할 가능성이 높으므로 국가별 경쟁당국간 협조가 필요하다고 주장한다.

### 9) 시장지배력

가이드라인에 의하면 시장지배력이 있는 시장은 사업자들이 경쟁적으로 행위를 할 조건이 효과적으로 작동하지 않는 시장을 의미하며, 시장지배력 사업자는 경쟁자, 고객 그리고 소비자들에 대해 충분한 정도로 독립적으로 행위를 해도 유효한 경쟁상황의 유지를 방해할 수 있는 사업자를 의미한다. 시장지배력은 시장점유율, 진입장벽, 상황적 변수들을 고려해야 한다. 시장점유율의 경우 사업자가 지속적으로 높은 시장점유율을 갖고 있는 경우 시장지배력을 갖고 있을 가능성이 높지만, 지속적으로 높은 품질 또는 지속적인 혁신을 통한 경쟁의 결과 높은 시장점유율을 유지하는 경우도 있음을 지적한다. 진입장벽은 크게 절대적 우위, 전략적 우위, 배타적 행위 등을 포함한다. 절대적 우위는 필수설비의 보유, 지적재산권의 보유 등이 있는 경우이며, 전략적 우위는 선발자 이득을 위한 매물비용, 약탈, 규모의 경제, 금융시장에의 접근 등을 포함하고, 배타적 행위는 수직적 제약, 약탈, 공급거절 등을 포함한다. 그 외 성장속도가 빠른 산업의 경우 진입이 상대적으로 쉬우므로 이도 고려해야 한다.

보고서에는 전자상거래 분야가 확대되는 경우 시장점유율의 측정은 자료부족, on-line과 off-line 가격차별, 맞춤형 생산/판매 등의 이유로 쉽지 않음을 주장한다. 한편, 진입장벽의 경우 필수설비에는 e-마켓플레이스와 지적재산권에 대한 접근거절, 무형자산에 대한 매물 투자, 공급체인의 통합, 네트워크 효과를 위한 유동량 liquidity 또는 critical mass 등이 포함된다고 설명한다. 한편, [높은 고정비용+낮은 한계비용]은 진입장벽이 될 수는 있으나 기존 경쟁자들의 확장 expansion을 용이하게 함으로써 경쟁을 촉진시키는 역할을 할 수 있음을 지적한다. 또한 전자상거래 분야에서의 진입장벽은 off-line 시장까지 고려하면 진입장벽이 아닐 수 있으며, 구매자 독점력의 증대는 공급자의 시장지배력을 약화시키므로 이들도 고려해야 한다고 지적한다. 다만, 네트워크 효과로 현재의 시장지배력이 미래에 확대/지속될 수 있고 이를 기반으로 여타 시장의 시장지배력으로 확장될 수 있으므로 이들도 고려해야 한다고 지적한다.

### 10) 지적재산권

OFT는 2001년 11월에 지적재산권에 관한 가이드라인의 초안을 발표하였다. 전자상거래의 발전으로 필수설비가 될 수 있는 지적재산권이 경쟁법 측면에서 어떻게 고려되고 있는가를 살펴봄으로써 OFT의 전자상거래에 대한 인식을 살펴볼 수 있을 것이다.

지적재산권의 대상에는 특허, 상표, 저작물, 기타 노하우 know-how에 관한 기술적 정보 등이 포함된다. 먼저 지적재산권에 따른 시장지배력은 해당 지적재산권과 관련된 대체제가

존재하는 정도에 의해 결정된다. 지적재산권의 소유자체는 시장지배력을 발생시키지 않으며 시장지배력을 갖고 있어도 라이선스 거절은 남용이 아니다. 다만, 해당 지적재산권이 (i) 필수설비인 경우 또는 (ii) 지속적이고 정기적인 잠재수요가 존재함에도 불구하고 라이선스 거절로 인해 신상품이나 새로운 서비스 등장이 방해받는 경우에는 남용이 될 수 있다.<sup>13)</sup>

지적재산권을 통해 경쟁을 봉쇄하는 효과를 내는 경우, 지역 또는 사용영역의 제한, 라이선스 사용자가 라이선스 제공자licensor의 상품을 의무적으로 구매해야 하는 제약, 라이선스 사용자가 여타 지적재산권을 라이선스를 받을 수 없는 계약exclusive dealing 등도 경쟁제한적 효과를 나타낼 수 있다.

한편, 특허법 1977에는 라이선스 계약에 반경쟁적 조건을 허용하고 있으나(특허법 44조와 45조) 새로운 경쟁법은 이를 무효화시킴으로써 지적재산권을 활용한 반경쟁적 행위는 경쟁법 조사의 대상이 된다.

## 2. 미국 FTC의 대응<sup>14)15)</sup>

### (1) 전반적인 시각

FTC는 오랜 기간 다양한 경쟁이슈를 다루어 온 경험을 바탕으로 전자상거래 분야에서의 경쟁정책 이슈를 분석한다. FTC는 전자상거래 분야의 경쟁이슈가 FTC가 지금까지 다루어 왔던 이슈들과 동일한 한편, 역동적인 전자상거래 분야를 기존의 규정old rules으로 감시하는 것이 새로운 도전임을 인정한다. 그러나 기술에 기반을 둔 시장에서와 마찬가지로 반독점과 소비자보호의 원칙은 전자상거래 분야에도 여전히 적용된다고 인식하고 있다. FTC의 이러한 인식은 최근 Covisint 사례에 잘 나타나고 있다. Covisint는 미국의 자동차 3사가 주축이 되어 부품구매를 위해 설립한 e-마켓플레이스이다.<sup>16)</sup> FTC는 Covisint에 대해 Clayton Act의 section 7(기업에 의한 다른 기업의 주식 또는 자산의 취득)을 적용하였는데 아직 경쟁제한적 요인이 발견되지 않는다면 사건을 종결하였다. FTC는 종결고지서에서 단서를 달고 있는데 Covisint가 (i) 아직 사업 초기단계여서 그 효과를 알 수 없고 아직 내규가 없다는 점, (ii) 아직 영업개시가 안되었다는 점, (iii) 참여한 자동차회사들이 자동차 시장의 많은 부분을 차지하고 있다는 점 등을 들어 사건 종결을 경쟁법위반이 발생하지 않았다고 해석해서는 안됨을 명시하고 공공이익이 요구하면 보다 심도있는 수사가 가능함을 명시하고 있다. 그러나 Clayton Act section 7이 사전적인 구조규제임에도 불구하고 영업

13) 그 외 끼워팔기도 남용이 될 수 있다.

14) 기업간 전자상거래와 관련된 FTC(Federal Trade Commission)의 가이드라인으로는 「경쟁자협력에 대한 독점금지 가이드라인(Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors)」(2000. 4), 「지적재산권 라이선스에 관한 반독점 가이드라인(Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)」(1995. 4), 「수평적 합병에 관한 가이드라인(Horizontal Merger Guidelines)」(1992, 1997)이 있으며, 보고서로는 “Economic Perspectives on the Internet”(2000. 7)과 “Entering the 21st Century : Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces”(2000. 10)가 있다.

15) 본 절에서 “가이드라인”은 FTC의 가이드라인을, “보고서”는 “Economic Perspectives on the Internet”(2000. 7)과 “Entering the 21st Century : Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces”(2000. 10)를 의미한다.

16) 미국의 General Motors Corp., Ford Motor Co., DaimlerChrysler AG, 일본의 Nissan Motor co. Ltd 등 5개 완성차 업체와 CommerceOne, Inc., Oracle Corporation이 연합하여 설립.

개시가 안되었다는 이유로 사건을 종결한 사실은 경쟁정책이 전자상거래의 시장전개를 방해하지 않겠다는 의도가 반영되어 있다고 할 수 있으며, 한편으로는 FTC가 e-마켓플레이스가 갖는 효율성 제고효과<sup>17)</sup>도 인식하고 있음을 밝히고 있기도 하다.<sup>18)</sup>

보고서에서는 시장을 e-마켓플레이스를 통해 거래되는 기존의 상품 및 서비스시장과 e-마켓플레이스 시장으로 구분하고, 개별 경쟁정책 이슈보다는 두드러지게 나타나는 경쟁행태를 대상으로 특성과 대응방안을 분석하고 있다. 이러한 경쟁행태에는 정보공유, 수요독점, 배타적 행위 등이 포함된다.

## (2) 개별이슈에 대한 시각

### 1) 경쟁자간 협력

“경쟁자 협력에 관한 가이드라인”의 취지는 과거 20년간 경쟁자간 협력이 FTC의 조사를 받은 경우는 없지만 경쟁법이 경쟁자간 협력에 대해 부정적이라는 인식이 존재하는 상황에서, (i) 사업자들에게 가이드를 제공하고, (ii) 경쟁법이 경쟁자간 협력을 취급하는 내용을 보다 명확히 하는 데 두고 있다.

경쟁자간 협력은 경쟁자간에 성립되는 사업에 대한 계약을 의미하며 합병은 포함되지 않는다. 경쟁자에는 잠재적 경쟁자도 포함된다. 경쟁자간 협력을 평가하는 원칙은 (i) 경쟁자간 협력이 반경쟁적 피해를 유발하는지 여부(참여자들이 독립적으로 경쟁할 능력이나 인센티브를 감소시키는가 여부, 명시적·암묵적 공동행위를 조장하는가 여부), (ii) 친경쟁적 이득(효율성 증대효과와 그로 인한 다양한 소비자 후생증대의 가능성), (iii) 계약자체에 대한 분석으로 구성되어 있다.

경쟁자간 협력에 대한 분석의 틀은 크게 당연위법의 원칙과 합리의 원칙으로 구분되는데, 전자의 경우에는 항상 또는 대부분 가격을 높이거나 생산량을 낮추는 계약이 해당된다. 한편, “참여자들이 ‘효율성 증대 통합efficiency-enhancing integration’을 하여 그 통합에 합리적으로 관련되어 있고 또한 친경쟁적 이득을 달성하기 위해 ‘합리적으로 필요한reasonably necessary’ 계약”<sup>19)</sup>은 합리의 원칙이 적용된다. 여기서 ‘효율성 증대’란 참여자가 개별적으로는 달성할 수 없는 효율성 증대인 동시에 이 결과가 소비자에게 이득이 되는 경우를 의미하며, ‘통합’이란 단순한 조정coordination보다 높은 수준의 계약을 의미한다. ‘합리적으로 필요한’의 의미는 참여자들이 동일한 또는 비슷한comparable 효율성 증대 통합을 ‘현실적이고 practical 덜 제약적인less restrictive’ 방법으로 달성할 수 있는가의 여부이다.

합리의 원칙하에서 경쟁자간 협력을 분석하는 순서는 먼저 반경쟁적 요소가 있는가를 파악하고 이에 대해 긍정적인 결론이 도출되는 경우에만 친경쟁적 효과를 파악한다. 반경쟁적 효과를 파악하는 데 있어서 계약의 성격, 경쟁자간 협력에 영향을 받는 시장, 시장점유율과 집중률 등을 파악한다.

계약의 성격에서는 계약상 독립적 의사결정을 제한하거나, 공동의 통제권을 설정하거나 combining control, 재무적 이해financial interest가 걸려 있는 경우 그 계약은 경쟁자간 협력으로 생긴 사업자나 그 참여자들의 시장지배력을 증대시키거나 그 남용을 조장facilitate할

17) 참고로 Covisint의 비전은 (i) 기존의 제품개발 사이클 단축(42개월 → 12-18개월), (ii) 주문배달사이클 단축, (iii) 주주가치 향상, (iv) 자산효율화, (v) 재고감축 등이 있다(www.DigitalBusinessGame.com).

18) FTC news release, 2000. 9. 11.

19) “Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors,” p.8.

수 있다고 판단하고 계약의 목적, 참여자들의 의도 등을 통해 공동행위의 가능성을 분석한다.

경쟁자간 협력에 관한 계약에 있어 참여자들의 경쟁인센티브를 감소시키거나 소멸시키는 계약조건들은 (i) 참여자들이 해당 협력 밖에서 독립적으로 경쟁할 여지를 제거하는 정도, (ii) 참여자들이 경쟁에 필요한 자산을 독립적으로 통제할 수 있는 정도, (iii) 참여자들의 해당 협력에 대한 재무적 이해(참여자들의 해당 협력에 대한 재무적 이해가 깊을수록 참여자들은 해당 협력과 경쟁할 가능성이 낮다), (iv) 해당 협력이 독립적으로 의사결정을 할 수 있는 정도(해당 협력의 조직 및 지배구조), (v) 반경쟁적 정보공유의 가능성, (vi) 해당 협력의 기간 등이 있다.

경쟁자간 협력에 영향을 받는 시장은 상품시장, 기술시장, 혁신시장이 있다. 기술시장은 지적재산권이 거래되는 시장을 의미하고, 혁신시장은 R&D 시장을 의미한다. 시장획정, 시장 점유율 및 집중률은 “수평적 결합에 관한 가이드라인”을 원용하는데 이는 SSNIP와 HHI를 주로 사용한다. 시장획정시 진입장벽의 정도를 고려해야 하는데 진입의 시기, 가능성, 충분성 등을 고려한다.

경쟁자간 협력의 친경쟁적 효과를 평가하는 데는 ‘인식할 수 있는 효율성 cognizable efficiency’ 개념이 사용된다. ‘인식할 수 있는 효율성’이란 (i) 경쟁정책 당국이 증명 verifiable할 수 있고, (ii) 생산감소 등의 반경쟁적 효과로 인해 발생하는 것이 아니며, (iii) 현실적이고 덜 제약적인 대안이 없는 경우에 발생하는 효율성을 의미한다. 따라서 경쟁자간 협력을 통해 생산 또는 마케팅 감소로 인한 단순한 비용감소는 인식할 수 있는 효율성이 아니며 따라서 친경쟁적 효과가 아니다.

가이드라인에서는 친경쟁적인 경쟁자간 협력을 촉진하기 위해 경쟁법 적용의 안전지대 safety zone를 설정하였는데, 일반적으로 경쟁자간 협력으로 발생한 사업자와 그 참여자들의 시장점유율이 20% 이하인 경우와 해당 경쟁자간 협력 이외에 셋 또는 그 이상의 독립적이면서 대체적인 R&D가 가능한 경우가 이에 해당된다.

## 2) 정보공유

정보공유는 제II장 경쟁정책 이슈에서 경쟁자간 협력과 관련이 있다.

FTC는 전자상거래의 특성을 정보공유를 용이하게 한다는 데서 찾고 있으며, 이를 통한 공동행위의 가능성에 주목하고 있다. 정보공유가 발생시키는 반경쟁적 효과를 평가하는 데 있어 FTC는 (i) 누가 정보를 공유하는가, (ii) 어떤 종류의 정보를 공유하는가, (iii) 공유되는 정보가 얼마나 오래된 것인가, (iv) 공유되는 정보에 접근할 수 있는 해당 B2B 이외에 대안이 있는가 등을 고려한다. 공동행위는 Sherman Act의 section 1이 적용되며 일반적으로 합리의 원칙에 의해 평가된다.

경쟁자간 정보공유가 공동행위의 가능성이 높으며, 상품의 가격, 비용, 생산량, 사업자의 전략적 계획 등에 관한 정보공유가 경쟁에 덜 민감한 정보공유보다 공동행위의 가능성이 높고, 조건부 가격 또는 미래가격에 관한 정보공유가 과거 정보보다는 공동행위의 가능성이 높으며, 해당 B2B에서만 공유할 수 있는 정보의 공유가 쉽게 접근할 수 있는 정보공유보다 공동행위의 가능성이 높다. 한편, 정보공유에 있어서 배타적 거래정책 exclusivity policies은 공동행위 참여자들의 이탈에 대한 중요한 처벌수단이 됨으로써, 그리고 해당 B2B에서만 거래하도록 하는 배타적 거래는 공동행위를 위한 자기구속 역할을 함으로써 공동행위의 유지를 쉽게 해준다.

정보공유 계약에 대한 평가는 “경쟁자간 협력에 관한 가이드라인”을 활용할 수 있다. 특히 동 가이드라인에서는 경쟁자간 협력에서 정보공유의 문제를 명시적으로 논의하고 있다. 이러한 반경쟁적 효과의 가능성에 대하여 FTC는 사업자들의 자율적 제재에 초점을 둔다. 즉 e-마켓플레이스의 디자인을 통해 참여자들이 접근할 수 있는 정보를 제한한다거나, e-마켓플레이스 참여자가 고용한 이사회 구성원에게는 민감한 정보에 대한 접근을 제한한다거나, 또는 e-마켓플레이스 운영규정과 그 준수여부에 대한 감사메커니즘을 활용함으로써 사업자들이 자율적으로 반경쟁적 효과를 억제하는 방안을 논의하고 있다. FTC는 과거의 사례를 인용하여 전자상거래상의 정보공유의 경쟁효과를 예시한다. 그 중 <US. v. Airline Tariff Publishing Co.>를 통해 정보공유를 통한 공동행위의 형태, 효과 등에 관한 FTC의 논리와 결과를 살펴보자.<sup>20)</sup>

### ① 사건의 개요

Airline Tariff Publishing Co.(ATP)는 항공회사들이 공동으로 소유하고 있는 컴퓨터시스템으로서 항공회사와 여행사에게 가격변화 정보를 전달해 준다. 1992년 12월 21일 미국 DOJ는 항공회사들이 ATP를 통해서 가격을 올리고 경쟁을 제한하기 위해 공동행위를 했다는 이유로 ATP와 8개 항공회사를 기소하였다. DOJ는 다양한 사례를 제공하였다. 한 예로 항공회사가 몇 주 후에 가격인상을(ATP를 통해) 발표하면 다른 항공회사가 같은 노선의 가격인상(항상 같은 수준은 아니지만)을 발표하고 이러한 방식으로 가격인상폭을 반복적으로 교환함으로써 결과적으로 같은 날짜에 같은 수준의 가격인상을 하였다. 또한 가격인상을 추종하지 않는 항공사가 있는 경우 가격인상을 발표한 항공사들은 인상날짜를 연기함으로써 다른 항공사들이 가격인상을 따라잡을 기간을 주기도 하였다.

### ② 항공사의 논리와 DOJ의 반박

DOJ의 기소에 대하여 항공사들은 몇 가지 반대논리를 주장하였다. 첫째, 개별 항공사들은 여타 항공사들의 가격인상에 대해 독립적·전략적으로 반응하였다. 둘째, 미래의 가격인상에 대한 발표는 소비자에게 정보를 제공함으로써 소비자후생을 증대시킨다. 셋째, 가격하락을 미리 발표한 적은 없으며 따라서 가격고정 행위라는 주장은 맞지 않는다. 넷째, 모든 가격인상이 공공연히 발표된 것은 아니다. 다섯째, 개별 항공사들은 경쟁 항공사들의 판매되지 않은 좌석수를 알 수가 없다.

이러한 항공사들의 논리에 대한 DOJ는 다음과 같이 반박한다. 첫째, 미래의 가격인상에 대한 발표에 따른 소비자후생 증대는 항공사간 가격조정 기회와 비교할 때 극히 적다. 둘째, 항공사들이 가격하락을 미리 발표하지 않은 이유는 그렇게 할 경우 당연히 반독점 조사가 시작될 것이라는 것을 알고 있기 때문이다. 셋째, 경쟁 항공사가 보유하고 있는 빈 자리의 수는 공항에서 개별 항공사들의 판매대를 살펴보면 알 수 있으며 따라서 공동행위이탈에 대한 감시가 어렵지는 않다.

### ③ 결과

이 사건은 1994년 3월 17일 타협settlement을 통해 해결되었다. 타협을 통한 법원의 명령 consent decree은 (i) 항공사들은 ATP를 통해 가장 기본적인 정보 외에는 전달할 수 없고, (ii) 공개적인 세일widely publicized sales 이외에는 미래의 가격인상을 미리 발표할 수 없다.

20) Kwoka and White(1999) 참조.



## ④ 해석

이 사건은 정보통신기술의 발전으로 실시간 정보에 경쟁자들이 빠른 속도로 접근할 수 있게 됨에 따라 경쟁자들이 비밀리에 직접 만나지 않고도 행위를 조정할 수 있는 상황을 나타내고 있다. 특히 미래 가격에 대한 조정(coordination)을 하였고, 공항판매대를 통해 공동행위(ital)를 쉽게 감시할 수 있음으로써 공동행위의 가능성을 높이고 있기도 하다. 반면에 항공사들의 주장에 따라 평행적 가격책정(parallel pricing)은 경쟁상황에서 개별 사업자들의 독립적 의사결정의 결과로 나타날 수도 있다. 따라서 경쟁정책 당국은 경쟁사간 행위가 의도적인 공동행위였는지 아니면 단순한 경쟁행위인지를 구분하기가 어렵다. 한편, 법원의 명령은 공유되는 정보의 종류를 제한할 뿐 사업자들의 독립적인 가격책정을 허용함으로써 문제의 초점이 경쟁사간 정보공유에 있음을 명확히 하고 있다.

## 3) 수요독점

수요독점은 제II장 경쟁정책 이슈에서 경쟁사간 협력과 관련이 있다.<sup>21)</sup> FTC는 B2B가 구매그룹을 coordinate시키는 기능을 할 수 있으며 특히 구매그룹 참여자들은 해당 구매그룹을 통해서만 구매해야 한다는 배타적 조항은 수요자 독점력을 증대시키는 역할을 한다고 주장한다. 한편, 수요독점을 통해 가격을 낮추는 경우와 구매그룹을 통해 대량구매를 함으로써 공급자의 비용을 절약시키고 이를 기반으로 한 낮은 구매가격은 구분되어야 한다고 주장한다. 또한 수요독점의 정도를 평가하는 데 있어서도 새로운 구매그룹의 진입도 고려해야 한다고 주장한다.

FTC는 수요독점의 폐해를 방지하기 위해 구매그룹의 점유율 제한, 정보공유 제한 등을 제안할 뿐 아니라 판매자들도 구매그룹의 지분을 보유할 수 있게 함으로써 수요독점력의 행사를 억제할 수 있다고 주장한다.

## 4) 배타적 행위 Exclusion : 접근거절 또는 차별대우

FTC는 e-마켓플레이스에서 참여자-소유자가 경쟁자들의 접근을 거절하거나 경쟁자들을 차별적으로 대우함으로써 경쟁을 제한할 수 있음을 주장한다. 이러한 상황에 대한 평가는 경쟁사에 대한 폐해가 아닌 경쟁에 대한 폐해에 초점을 두어야 하며, 경쟁폐해가 관찰되는 경우 효율성에 대한 평가를 통해 전체적인 경쟁효과를 평가해야 한다고 주장한다. FTC는 과거 사례를 활용하여 배타적 행위를 평가할 수 있다고 주장한다. 이 평가에서 고려되는 요인은 (i) 다른 e-마켓플레이스 또는 off-line 시장을 통해 배타적 행위에 따른 경쟁자 비용상승이 방지될 수 있는가 여부, (ii) 경쟁자의 경영전략을 통해 경쟁자 비용상승이 방지될 수 있는가 여부, (iii) 접근거절이나 제한으로 해당 B2B 참여자들이 여타 사업자들에게 높은 가격을 부과할 수 있는가 여부, (iv) 배타적 행위의 효율성 증대효과는 무엇인가(예를 들어 참여자들의 무임승차 문제 해결을 위해 필요한가?) 등이다.

<Visa and Discovery Card> 사례를 통해 조인트벤처의 배타적 행위에 따른 경쟁자 폐해와 경쟁폐해가 어떻게 논의되었는지 살펴보자.<sup>22)</sup>

21) “수평적 결합에 관한 가이드라인”은 수요독점을 명시적으로 정의하고 있다. “Market Power encompasses the ability of a single buyer(a “monopsonist”), a coordinating group of buyers, or a single buyer, not a monopsonist, to depress the price paid for a product to a level that is below the competitive price and thereby depress output. The exercise of market power by buyers(“monopsony power”) has adverse effects comparable to those associated with the exercise of market power by sellers”(HMG 0.1).

### ① 사건의 개요

Visa는 금융기관들의 조인트벤처로서 신용카드 회사이다. Dean Witter 금융그룹은 1986년 Discover 카드사를 신설하여 1986년 신용카드 사업을 시작하였다. 2년 후 Discover사는 Visa의 네트워크에 멤버십을 신청했으나 Visa는 이를 거절하고, Discover와 American Express를 명시적으로 배제하는 새로운 내규(Bylaw 2.06)를 신설하였다. 1990년 3월 Dean Witter 금융그룹은 Mountain West Savings and Loan사를 매입하면서 이 기관의 Visa membership을 함께 매입하였다. 그러나 Visa사는 내규를 이유로 카드발급을 거절하였다. Dean Witter는 Visa의 내규 2.06은 비합리적으로 거래를 제약함으로써 Sherman Act의 section 1을 위배하고 있다고 소송을 제기하였다.

### ② 주장과 반박

Dean Witter는 조인트벤처가 (i) 높은 시장점유율을 보유하고 있고, (ii) 배제행위가 조인트벤처의 효율적 운영을 위해 필요하다는 것을 보일 수 없다면, 지원application하는 어떤 회사에도 멤버십을 주어야 한다고 주장한다. 또한 조인트벤처에게는 (i) 경쟁을 제약할 목적과 그 효과를 유발하면서 (ii) 해당 조인트벤처의 정당한 목적에 부수적이지 않은 멤버십요건을 허용해서는 안된다고 주장한다. 더불어 Dean Witter는 개방적 조인트벤처 또는 네트워크가 효율적이라고 추정된다고 주장한다.

Visa사는 조인트벤처가 경쟁자의 참여를 허용하는 경우는 해당 조인트벤처가 시장에서 경쟁을 위해 필수적인 경우에 가능하다고 주장한다. 또한 경쟁사의 참여를 강제하는 것은 경쟁자와의 재산공유를 강제하는 것이며 이는 장기적으로 투자와 혁신을 통해 재산을 창출하려는 인센티브를 감소시킨다고 주장한다. 따라서 Dean Witter가 Visa사의 재산에 접속하지 않으면 성공적으로 경쟁할 수 없다는 것을 입증하지 않는 한 Visa사의 멤버십을 주지 않아도 된다고 주장한다. 더불어 Visa사는 Dean Witter가 이미 관련시장에서 경쟁력을 갖추고 있는데 그 경쟁력을 제고할 수 있다는 이유로 Visa사의 재산을 사용해야 한다는 주장에는 문제가 있다고 주장한다. 또한 Dean Witter를 Visa 멤버로 받아들이면 Visa사의 투자와 혁신에 무임승차하는 것이며 경쟁적 의사결정을 붕괴시킬 것이라고 주장한다.

### ③ 결 과

1차 판결에서 법원은 Visa사가 Dean Witter에게 멤버십을 주어야 한다고 결정하였다. 그러나 항소심 법원은 위와 반대되는 판결을 내렸다. 항소심 법원은 Visa사가 시장지배력을 갖고 있고 Visa사의 내규는 경쟁에 상당한 영향을 줄 수 있다는 Dean Witter의 주장을 기각하는 한편, 내규 2.06은 Visa사의 운영에 합리적으로 관련되어 있으며 또한 필수요건이라는 Visa사의 주장을 받아들였다. 항소심 법원은 성공적인 경쟁자가 다른 경쟁자로 인해 피해를 입었다는 주장이 반경쟁적이라는 판결을 얻기 위해서는 다른 경쟁자의 행위가 실제로 또는 잠재적으로 소비자후생에 피해를 주어야만 한다고 하면서, Visa사의 내규 2.06은 Dean Witter의 Discover사의 경쟁전략 및 수단을 방해한다는 증거가 없다고 결론을 내린다. 법원은 Sherman Act에 다음과 같은 해석을 내린다. “Sherman Act는 궁극적으로 경쟁을 보호해야 하며 경쟁자를 보호해서는 안된다. 그리고 양자간의 구분을 없애려 한다면 Sherman Act의 소비자후생 보호라는 기능을 왜곡시키게 될 것이다.”<sup>23)</sup>

22) Kwoka and White(1999) 참조.

## ④ 해석

이 사건은 다수 사업자가 소유한 네트워크의 배타적 행위의 판단기준이 경쟁보호에 있음을 명확히 하는 사례라 할 수 있다. 또한 배타적 행위가 해당 네트워크의 효율적 운영을 위해 필요할 수도 있음을 인정하는 사례이기도 하다. e-마켓플레이스를 비롯한 경쟁자간 협력에서 배타적 행위가 경쟁을 저해하지 않는 한 인정될 수 있다는 응용이 가능하다.

## 5) e-마켓플레이스 시장에서의 배타적 행위

e-마켓플레이스 시장은 제Ⅱ장 경쟁정책 이슈에서 전환비용과 관련이 있으나 보고서에서는 보다 광범위한 이슈들을 다루고 있다.

e-마켓플레이스 시장에서의 관심의 초점은 배타적 행위에 있다. 즉 e-마켓플레이스가 비참여자들을 차별하는 상황에서 참여자들이 여타 e-마켓플레이스로 전환하는 경우 이들은 해당 e-마켓플레이스에서 누리던 이득benefit을 포기해야 하는 전환비용이 발생하며, 해당 e-마켓플레이스에서 참여자들의 거래량에 하한선이 존재하는 경우 참여자들이 여타 e-마켓플레이스로 전환할 때 벌금penalty을 물어야 하는 전환비용이 발생한다. 이러한 배타적 제약으로 인해 해당 e-마켓플레이스의 시장지배력이 증대될 수 있는 한편, 경쟁 e-마켓플레이스들은 경쟁하기가 어려워진다. 특히 네트워크 효과를 고려할 때 경쟁제한 효과는 장기적으로 증가하게 될 것이다. 그 결과 가격상승, 품질하락, 혁신감소 등의 결과가 나타날 수 있다.

FTC는 다양한 사례를 통해 배타적 행위를 통한 e-마켓플레이스 시장의 경쟁제한 평가시 고려사항을 제시하고 있다(<표 1> 참조).

〈표 1〉 배타적 행위에서 고려해야 할 사항<sup>24)25)</sup>

- 23) “The Sherman Act ultimately must protect competition, not a competitor, and were we tempted to collapse the distinction, we would distort its continuing viability to safeguard consumer welfare”(「The Antitrust Revolution」 p.308에서 재인용).
- 24) “Retina Associates v. Southern Baptist Hosp.(1997)”은 Southern Baptist Hospital(SBH)이 안과에서의 ‘one-stop 의료서비스’를 위해 Florida Retina Institute(FRI)와 함께 SBH의 망막환자들을 FRI의 망막전문의에게만 보내기로(referral) 한 계약에 대하여 Florida주의 망막전문의협회(RA : Retina Associates)가 반독점소송을 제기한 사건이다. RA는 SBH를 수평적 합계에 의한 거래배제 또는 단체보이코트의 명목으로 Sherman Act의 section 1을 위반한다고 소송을 제기하였다. 법원은 (i) 단체보이코트가 항상 경쟁에 악영향을 미치지 않는다고, (ii) SBH가 시장지배력을 갖고 있다고 할 수 없으므로 ‘당연위법’이 적용되지 않고, 한편 SBH의 행위가 관련시장(relevant market)에서 반경쟁적 효과를 유발한다고 볼 수 없으므로 소송을 기각하였다.
- 25) “CDC Technologies Inc. v. Idexx Laboratories Inc.(1999)”는 CDC와 Idexx가 모두 혈액분석기 생산자들인데 Idexx가 CDC의 배급업자(distributor)와 배타적 거래계약을 맺은 것에 대하여 CDC가 반독점소송을 제기한 사건이다. 이에 대해 법원은 (i) 배급업자의 역할이 미미하고, (ii) CDC가 다른 방식으로 고객에게 접근할 수 있으며, (iii) 배타적 거래기간이 짧고 쉽게 종결될 수 있다는 이유로 소송을 기각하였다.

배타적 행위의 정도	Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.(1983)
배타적 행위의 기간 및 종료	Omega Environmental Inc. v. Gilbarco. Co.(1997)
경쟁에 영향을 받는 시장의 범위, 경쟁자에 대한 영향	Retina Assoc. v. Southern Baptist Hosp.(1997)
대안 및 대안에 대한 접근 가능성	CDC Technologies Inc. v. Idexx Laboratories Inc.(1999)
배타적 행위에 대한 경쟁자의 대응방안	Retina Assoc. v. Southern Baptist Hosp.(1997)
경쟁자의 비용상승분	Roland Machinery v. Dresser Industries Inc.(1984)

또한 독점화monopolization 또는 attempted monopolization는 “US v. Microsoft Corp.(2000)” 사례를, 배타적 거래Exclusivity와 차별Discrimination에 대해서는 “US. v. FTD Corp.(1995)”<sup>26)</sup> 사례를, 배타적 거래와 라이선싱에 대해서는 “US. v. Microsoft Corp.(1995)” 사례를 응용할 수 있다고 파악하고 있다.

e-마켓플레이스에서의 배타적 행위의 반경쟁 측면을 분석하는 경우 해당 e-마켓플레이스가 참여자들의 여타 경쟁 e-마켓플레이스를 지원할 수 있는 능력을 얼마나 제약하는가를 고려해야 한다. 친경쟁적 측면의 경우 (i) 네트워크 효과가 얼마나 강하고 팽배한가, (ii) 배타적 행위가 네트워크 효과를 달성하기 위한 ‘합리적으로 필요한’ 항목인가,<sup>27)</sup> (iii) B2B들 간의 호환성inter-operability이 경쟁을 침해하지 않으면서 네트워크 효과를 달성할 수 있는가 등이 고려되어야 한다고 주장한다. 이를 통해 (i) B2B 소유자들의 시장점유율이 클수록, (ii) 여타 B2B 참여에 대한 제약이 클수록, (iii) 여타 B2B와의 호환성이 적을수록 반경쟁 효과가 커진다는 대강의 기준을 제시하고 있다.

## 6) 지적재산권

“지적재산권의 라이선싱에 관한 가이드라인”을 제정한 취지는 경쟁정책 당국이 지적재산권에 관한 관행을 반경쟁적으로 처리할 것인가에 대한 예측을 필요로 하는 사람들을 지원 assist하는 데 있다.

지적재산권의 적용대상은 특허권법, 저작권법, 거래비밀에 관한 법 등에 의해 보호받는 것들과 노하우를 포함한다.

지적재산권에 관한 원칙은 첫째, 지적재산은 다른 재산과 기본적으로 동일comparable 하며,<sup>28)</sup> 따라서 전형적인 반독점분석이 지적재산권에도 적용된다. 둘째, 지적재산권 자체가 시장지배력을 창출하는 것은 아니며,<sup>29)</sup> 따라서 시장지배력이 있는 지적재산권 소유자가 라이선스를 줘야 하는 의무는 없다. 셋째, 라이선싱은 일반적으로 친경쟁적이므로,<sup>30)</sup> 지적

26) 이 사건은 꽃을 통신판매하는 업체들의 협회인 FTD(Florist Telegraph Delivery Association)가 그 회원들에게 여타 통신판매단체의 이용을 금지한 것에 대한 소송이다. FTD는 Sherman Act의 Section 1(거래제한)을 위반하는 것으로 판결되었다.

27) 이는 투자자 설득, 컨소시엄(consortium)에서 고정비용 부담, 소유자들간의 인센티브 조정, ‘cherry picking’ 방지 등의 이유가 있을 수 있다.

28) “the Agencies regard Intellectual Property as being essentially comparable to any other form of property.”

29) “the Agencies do not presume that Intellectual Property creates market power in the antitrust context.”

30) “the Agencies recognise that Intellectual Property licensing allows firms to combine complementary factors of production and is generally procompetitive.”

재산 라이선스에 대한 제한(사용영역field-of-use, 지역territorial, 기타)은 친경쟁적일 수 있고, 이러한 제한은 라이선스 사용자를 다른 라이선스 사용자들 또는 라이선스의 무임승차로부터 보호하거나 라이선스 제공자를 보호하는 기능을 할 수 있다.

지적재산권 라이선싱의 반경쟁적 측면에서의 관심은 라이선싱이 시장분할, 가격고정, 접근 봉쇄, 조정증대 등을 조장하는가에 있으며, 이를 위해 시장획정, 라이선싱 관계자들간의 관계 등을 고려해야 한다. 시장은 상품시장, 기술시장, 혁신시장으로 구분되며, 라이선싱 관련자들의 관계는 수직적 관계, 수평적 관계로 구분된다.

라이선싱 제약조건에 대한 분석의 틀은 기본적으로 ‘합리의 원칙’을 적용하며 ‘당연위법’과 ‘합리의 원칙’간 구분의 기준은 해당 제약이 ‘경제활동의 효율성 증대 통합’에 기여하는가의 여부이다.

먼저 반경쟁효과는 가격조정, 생산량 제약, 시장지배력의 획득 또는 유지, 새로운 상품이나 생산공정의 개발을 제약하는 효과를 발생시키는가를 파악해야 한다. 또한 배타적 행위 exclusivity(라이선스 제공자가 특정 사업자에게만 라이선스를 부여하는 경우)의 경우 라이선스 사용자들 또는 라이선스 제공자와 라이선스 사용자가 수평적 관계에 있을 경우만 반경쟁적 효과가 발생하고, 배타적 거래exclusive dealing(라이선스 사용자가 여타 경쟁 라이선스를 사용하지 못하게 하는 제약)는 라이선스 사용자가 해당 지적재산권을 응용할 수 있는 인센티브를 제공함으로써 경쟁을 촉진시킨다는 친경쟁적 측면도 존재한다.

친경쟁적 효과는 현실적이고 덜 제약적인 대안이 존재하는가 여부를 살펴보아야 하며 계약 기간도 고려해야 한다.

가이드라인에서는 경쟁법의 저촉을 받지 않는 안전지대safety zones를 설정하였는데 그 기준은 상품시장의 경우 (i) 제약조건이 표면상 반경쟁적이지 않고, (ii) 라이선스 제공자와 라이선스 사용자들의 통합 시장점유율이 20% 미만인 경우이고, 기술시장의 경우 (i) 제약조건이 표면상 반경쟁적이지 않고, (ii) 해당 라이선스를 대체할 수 있고 독립적으로 통제되는 4개 이상의 여타 기술이 존재하는 경우이며, 혁신시장의 경우 (i) 제약조건이 표면상 반경쟁적이지 않고, (ii) 해당 R&D를 대체할 수 있는 R&D를 수행할 수 있고 최소한의 전문화된 자산 또는 성격을 보유하고 있는 4개 이상의 독립적으로 통제되는 사업자가 존재하는 경우이다.

### 3. 비교 및 평가

전자상거래의 등장이 과거와는 상이한 경쟁이슈를 제기하지는 않으나, 과거와는 다른 경쟁수단을 제공함으로써 경쟁상황과 경쟁행태에는 변화가 발생할 수 있고 따라서 경쟁행위에 대한 기존의 분석틀이 변화할 필요가 있다는 데는 OFT나 FTC 모두 인식을 같이한다. 또한 전자상거래를 통해 과거 어느 때보다도 기업의 효율성이 제고될 수 있으며 따라서 경쟁행위의 평가에 있어서도 반경쟁 및 친경쟁효과를 모두 고려해야 한다는 시각도 동일하다. 그러나 OFT는 경쟁행위의 선발자 이득과 혁신을 통한 역동적인 시장전개를 전자상거래시장의 특성으로 파악하고 있는 한편, FTC는 정보통신기술 발전의 직접적인 영향으로 인한 정보교류의 증대와 e-마켓플레이스 시장을 특성으로 파악하고 있다.

OFT의 보고서는 제II장에서 언급한 이슈들을 모두 다루고 있다. 먼저 전자상거래 분야에서 시장지배력을 유지·획득하는 통로를 파악하고 새로운 경쟁제한적 행태를 분석하고 있으며, 경쟁법을 적용하는 데 있어 가이드라인에 추가로 고려해야 할 사항들을 제시하고 있다.

주요 무형자산의 중요성 증대와 레버리징이라는 경쟁수단 및 경쟁행태의 변화에 대응하여 무형자산의 평가, 공동자산 및 비용의 분배, 매물투자에 대한 회계기준 등이 추가로 고려되어야 한다고 주장한다. 또한 시장의 역동성을 고려하여 네트워크 효과, 미래이윤 및 위험의 추정, 레버리징 등이 추가로 고려되어야 할 사안들이다.

더불어 정보교류를 통한 경쟁제한적 행위를 방지하고 정보교류를 통해 경쟁정책 당국의 법적용 능력을 배가시키기 위한 대안도 제시하고 있다. 공동행위와 같은 반경쟁적 행위의 방지를 위해 사업자간 공유될 수 있는 정보에 대한 규정의 필요성을 강조하고 있는 한편, 경쟁정책 집행의 효율성을 높이기 위해 사업자가 저장·보관해야 할 정보에 대한 규정의 필요성도 강조하고 있다.

그러나 경쟁법 개정 이전에는 OFT가 권한상의 제약(조사권, 과징금 부과 등)으로 인해 개별 반경쟁 사안들을 심도있게 분석하는 데는 한계가 있었다는 측면에서 향후 경쟁법과 보고서의 내용을 실제로 어떻게 적용할 것인가는 관망의 대상이다.

FTC는 정보통신기술 발전의 직접적인 영향으로 정보교류가 증대하는 데 초점을 두고 전자상거래의 경쟁정책 이슈를 분석하고 있다. 따라서 ① 정보공유를 통한 경쟁자간 공동행위, ② 그룹구매를 통한 수요자 독점력 증대, ③ e-마켓플레이스를 통한 배타적 행위에 분석의 초점을 두고 있다. ①의 경우 “경쟁자 협력에 관한 가이드라인,” ②는 “합병에 관한 가이드라인,” ③은 배타적 행위에 관한 다양한 과거 사례를 기반으로 대응방안을 제시하고 있다. 더불어 “지적재산권의 라이선싱에 관한 가이드라인”을 통해 지적재산권을 통한 배타적 행위를 취급하고 있다.

FTC 보고서의 특징은 OFT의 보고서와는 달리 e-마켓플레이스 시장을 독자적인 시장으로 취급하고 있다. 즉 영국 OFT는 e-마켓플레이스를 통한 레버리징을 이슈로 다루는 반면, 미국 FTC는 e-마켓플레이스 자체를 상품으로 취급함으로써 e-마켓플레이스를 활용한 레버리징의 문제를 해결하려는 시도가 엇보인다. 이는 e-마켓플레이스를 하나의 상품으로 취급하고 이를 대상으로 한 시장을 획정함으로써 e-마켓플레이스를 통한 다양한 레버리징 행위를 평가할 수 있는 분석상의 범위를 마련하고 있다고 하겠다.

FTC는 정보공유를 통한 공동행위의 가능성을 사업자들의 자율적 제재를 통해 해결하려 한다. 이는 영국 OFT가 공유가능한 정보에 대한 별도의 규정 설정을 통해 해결하려는 시도와 대비된다.

FTC의 보고서에는 제II장 경쟁정책 이슈에서 언급한 레버리징이나 수직적 통합에 관한 논의는 없지만 이들 이슈의 경우 경쟁제한 행위가 배타적 행위로 나타날 가능성이 높으므로 ③에서 예시한 다양한 사례들을 응용하여 적용할 수 있을 것이다. “성능중심의 경쟁”은 시장획정의 문제와 밀접히 관련되어 있으므로 시장획정 방법이 정확하다면 큰 문제가 없을 것이다. 이는 기존의 SSNIP를 확대응용함으로써 개선될 수 있을 것이다.

## IV. 우리에의 시사점

우리 공정위는 2001년 11월 15일 “B2B전자상거래 분야에 대한 공정거래법 운용방향”<sup>31)</sup>

31) 그 외에도 공정위는 “전자거래 소비자 보호지침”(2000. 1), “지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침”(2000. 8. 30) 등 전자상거래 관련지침을 발표한 바 있다. 전자의 경우 본고의 연구대상이 아니다. 후자의 경우 공정거래법 제59조에 의해 지적재산권이 공정거래법 적용대상에서 벗어나므로 그 실효성에는 아직 논란

을 발표한 바 있다. 이를 통해 공정위의 전자상거래와 경쟁정책에 대한 시각을 살펴보자. 먼저 공정위는 아직 초기 단계에 있는 전자상거래 분야에 경쟁제도상의 선부른 대응은 법집행을 경직화시키고 전자상거래의 활성화를 저해한다는 이유로 별도의 제도적 대응은 자제하고 있다. 공정위의 정책기조는 전자상거래 분야의 불공정거래행위 유형이 오프라인의 경우와 유사하므로 별도의 분석틀이나 심사기준의 마련보다는 기존 제도의 탄력적 운영을 통해 ‘합리의 원칙’에 따라 공정거래법을 집행해 나가는 것이다.

구체적인 경쟁정책 이슈로는 시장획정 문제, 경쟁자간 협력, 전자상거래망 접근제한, 제조업체의 온라인 업체에 대한 가격/비가격 제한 등을 들고 있다. 첫째, 시장획정 문제는 온라인 시장과 오프라인 시장의 구분 필요성과 온라인 시장의 지역적 범위 결정문제에 초점을 두고 기존의 시장분석틀에 의해 판단이 가능하다고 주장한다. 둘째, 경쟁자간 협력의 경우 협력방식이 기본적으로 오프라인상의 협력방식과 유사하므로 기존 틀에서 판단이 가능하다고 주장한다. 셋째, 전자상거래망에 대한 접근제한의 경우 선발자 이득을 위한 기술개발 촉진, 경쟁네트워크 설립유도 등의 친경쟁적 효과와 신규시장 진입제한 등의 반경쟁적 효과를 비교하여 위법여부를 판단하되, 현행 ‘시장지배적 지위 남용행위 심사기준’상의 필수 설비 원리 및 부당한 거래거절 규정 등에 의해 판단이 가능하다고 주장한다. 넷째, 제조업체의 온라인 업체에 대한 가격/비가격 제한은 그 형태가 오프라인상의 가격/비가격 제한형태와 유사하므로 ‘일반 불공정거래 행위의 유형 및 기준’ 등에 의해 판단이 가능하다고 주장한다.

요약하면, 우리 공정위는 전자상거래의 경쟁정책 이슈가 기존의 제도적·법집행적 틀을 탄력적으로 운용함으로써 해결 가능하다는 인식을 갖고 있다.

그러나 전자상거래의 경쟁정책 이슈에 대한 영국 OFT와 미국 FTC의 대응과 비교할 때 우리의 대응은 미진한 면이 많다.

첫째, 기존의 제도적·법집행적 틀 내에서 해결이 가능하다고 주장하나 기존의 법집행은 불투명한 측면이 많다. 외국의 가이드라인에 해당하는 우리의 고시나 지침은 대부분 심사기준을 제시하는데 목적이 있다. 그러나 그 내용은 법 적용을 할 때 고려할 내용을 나열하고 있을 뿐, 법 적용의 원칙이나 제시하는 항목들이 고려되어야 하는 논리적·사례적 배경에 대한 설명이 없어 기준이라고 지칭하기가 어렵다. 또한 이로 인해 사업자들의 불확실성을 제거하는 데 큰 도움이 되기도 어렵다.

둘째, 공정위는 전자상거래에서의 불공정거래 행위가 오프라인상의 불공정거래 행위와 그 유형이 비슷하므로 기존의 고시나 지침을 탄력적으로 적용할 수 있다고 주장한다. 그러나 불공정거래 행위의 유형은 비슷할지라도 그를 위한 수단이나 주변상황이 변하고 있으며, 이에 따라 경쟁법의 적용방안은 적절한 대응을 할 필요가 있다. 영미 경쟁정책 당국이 제시하는 사업자가 저장·보관해야 하는 정보에 대한 규정, 매물투자의 회계적 처리방법, 공동자산/비용의 분배문제, 지적재산권을 활용한 경쟁행위의 반경쟁성 판단, e-마켓플레이스 시장에서의 배타적 행위 등은 그 행위유형이 이전과 달라서가 아니라 행위가 나타나는 상황이나 수단의 변화에 경쟁법의 집행을 적응시키기 위한 시도이다.

셋째, 보도자료에서 공정위가 제시하는 경쟁정책상의 이슈는 레버리징, 수직적 통합, 지적재산권 등의 주요 문제가 빠져 있다. 물론 전자상거래가 전체 거래에서 차지하는 비율이 낮은 만큼 아직 드러나지 않은 이슈들이 있는 것은 사실이지만 가능한 경쟁정책 이슈에 대해 공정위의 전반적인 입장을 정리할 필요가 있다.

이 있다.

향후 공정위는 전자상거래 분야의 경쟁정책 이슈에 대한 경쟁정책 당국의 인식과 대응원칙을 제시함으로써 사업자의 불확실성을 제거하고 법 적용과정을 명확히 할 필요가 있다.

KCS I



## 참 고 문 헌

- 공정거래위원회, 「B2B 전자상거래 분야에 대한 공정거래법 운용방향」, 공정거래위원회 보도자료, 2001. 11. 15.
- \_\_\_\_\_, 「전자거래 소비자 보호지침」, 2000. 1.
- \_\_\_\_\_, 「지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」, 2000. 8. 30.
- 권명중, 「디지털경제에서의 새로운 경쟁규범」, 한국경제연구학회 + 정보통신정책연구원 2000년 3회 정책토론회, 2000.
- 디지털 경제 정책토론회, 정보통신정책연구원+한국경제학회, 1999.
- 서정환·한현욱·손동원·권영민, 『네트워크시대의 기업환경』, 한국경제연구원, 2001.
- CFO.com, “The B2B Exchange Myth,” 2001. 3. 20.
- Clemons, E. and Row, M., “Information Technology and Industrial Cooperation : the Changing Economics of Coordination and Ownership,” *Journal of Management Information Systems*, Vol.9-2, 1992.
- E-Commerce Times, : “Report : B2B Suffers From Cold Feet,” 2001. 3. 6.
- \_\_\_\_\_, “Report : Internet Buyers Favor Brand Over Price,” 2001. 5. 10.
- European Union, “Commission Authorises the Participation of BskyB in KirchPay TV,” EU Press Releases, 21, March 2000.
- European Council, “A European Initiative in electronic Commerce,” 1997.
- European Union, “Commission gives green light to MyAircraft.com, a B2B company in the aerospace sector,” EU Document, IP/00/912, 2000-08-07.
- FTC, “FTC and DOJ Issues Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors,” FTC News Release, 2000. 4. 17
- \_\_\_\_\_, “Entering the 21st Century : Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces,” a report by FTC, 2000. 10.
- \_\_\_\_\_, “Economic Perspectives on the Internet,” FTC Staff Report, 2000. 7.
- \_\_\_\_\_, and US DOJ, “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property,” 1995.
- \_\_\_\_\_, “Horizontal Merger Guidelines,” FTC, 1997.
- \_\_\_\_\_, “Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors,” FTC, 2000.
- Gilbert, R. and Sunshine, S., “Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis : the Use of Innovation Markets,” *Antitrust Law Journal*, Vol.63, 1995.
- Kwoka, J. and White, L., *The Antitrust Revolution*, Oxford University Press, 1999.
- McKenzie, R., “How Digital Economics Revises Antitrust Thinking,” *the Antitrust Bulletin*, Summer, 2001.
- New York Times, “American Airlines is the Winner in a U.S. Antitrust Case,” 2001. 4. 28.

- \_\_\_\_\_, "More Than One Way of Looking at Software Maker's Earnings," 2001. 5. 23.
- OECD, "Competition Issues in Electronic Commerce," DAFE/CLP(2000)32, OECD, 2000.
- OFT, "Market Definition," Office of Fair Trading, 1999.
- \_\_\_\_\_, "Assessment of Market Power," Office of Fair Trading, 1999.
- \_\_\_\_\_, "Assessment of Individual Agreements and Conduct," Office of Fair Trading, 1999.
- \_\_\_\_\_, "The Major Provisions," Office of Fair Trading, 1999.
- \_\_\_\_\_, "E-Commerce and its Implications for Competition Policy," a report compiled by Frontier Economics Group for Office of Fair Trading, 2000. 8.
- \_\_\_\_\_, "Competition in e-commerce : a Joint OFTEL and OFT Study," Office of Fair Trading, 2000. 4.
- Pleatsikas, C. and Teece, D., "The Analysis of Market Definition and Market Power in the Context of Rapid Innovation," *International Journal of Industrial Organization*, Vol.19, 2001.
- Rubinfeld, D., "Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries," *the Antitrust Bulletin*, Fall-Winter, 1998.
- US Court of Appeals, 11th Circuit, "Retina Association v. Southern Baptist Hospital of Florida, Inc.," 1997.
- US Court of Appeals, 2nd Circuit, "CDC Technologies, Inc. v. Idexx Laboratories, Inc.," 1999.
- Utton, M., "Going European : Britain's New Competition Law," *the Antitrust Bulletin*, Summer 2000.
- Wiseman, A., "Economic Perspectives on the Internet," Bureau of Economics Federal Trade Commission, 2000.
- Zaheer, S. and Zaheer, A., "Market Microstructure in a Global B2B Network," *Strategic Management Journal*, Vol.22, 2001.

Journal of Regulation Studies Vol.11 No.1 2002

## Competition Policy Authority's Response to the Development of E-Commerce : Cases of OFT and FTC

Seo, Jung-Hwan

OFT's report on e-commerce and its implication to competition policy presents the framework and the factors that should be considered in evaluating competitive activities. However, due to the lack of experience due to the limitation of its investigation power in the law before the revision of competition act in 1998, it is too early to expect that the proposed criteria will be properly implemented in the future. FTC proposes that the existing two guidelines can be a sound analytical foundation for collusion and monopsony power. It also insists that the past cases about exclusion can be applied to the exclusionary activities in e-marketplaces. KFTC's competition policy has problems in applying to competition activities in e-commerce area. First, the law and guidelines lack the principles, framework and criteria in implementing them. Second, KFTC seems not to have a broad view about the effects of e-commerce on competition activities and competition policy.

Key Words : OFT, FTC, E-commerce, Competition Policy.