

<검수의견서>

## EU의 배제남용 행위 규제와 관련한 최근 법집행 변화에 관한 연구

이상윤<sup>1)</sup> (교토대학교 법학연구과)

### 1. 서론

이번 연구는, 지정주제 4에 해당하는 연구로서,<sup>2)</sup> EU의 경쟁법 규정 중 시장지배적 지위 남용 금지(prohibition of abuse of dominance)에 해당하는 기능조약<sup>3)</sup> 제102조 운용과 관련하여 그동안의 집행 방향의 변천과 판례의 발전상을 다루고 있습니다. 이번에 제출된 중간보고서는 그중에서도 특히 제102조 집행의 주를 이루고 있는 배제적 남용(exclusionary abuse)을 중심으로 최근 판례와 EU 위원회<sup>4)</sup>의 집행 우선순위 가이드런스(Guidance)<sup>5)</sup>의 개정<sup>6)</sup> 내용을 폭넓게 검토하고 있습니다. 그리고 최종보고서에는 지난 8월 1일 발표된 제102조 집행 가이드라인(Guidelines) 초안<sup>7)</sup>의 내용까지도 함께

1) sangyunl@korea.ac.kr

2) 공정거래조정원, 2024년 공정거래 학술연구 지원사업 모집 공고문 3면 참고 <[https://www.kofair.or.kr/home/board/brdDetail.do?menu\\_cd=000043&num=1839](https://www.kofair.or.kr/home/board/brdDetail.do?menu_cd=000043&num=1839)>.

3) Treaty on the Functioning of the European Union ('TFEU').

4) 일반적으로 "European Commission"의 번역으로 '집행위원회'라는 표현이 사용되고 있으며 이러한 용법에 큰 문제는 없지만, 엄밀히 '집행'이라는 단어는 동 기관이 입법제안권을 사실상 독점적으로 행사한다는 점을 생각할 때 약간 오인의 여지가 없지 않다고 생각합니다(Article 17(2), Treaty on European Union). 물론 입법제안권을 생각하더라도, 일반적으로 (특히 경쟁법 영역에 있어서는) European Commission이 행정부처럼 법 집행 기능을 담당하기 때문에 '집행위원회'라는 표현이 잘못되었다고 말하기는 어렵습니다만, 이 글에서는 영문 표현에서 "the Commission"이라는 표현이 일반적으로 축약형으로 사용되고 있음을 고려하여 '위원회'로 번역하였습니다.

5) Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02) ('2008 Guidance') (동 가이드נס가 공표된 것은 2009년 2월 24일이지만, 뒤에서 보듯, 위원회의 가이드נס 채택이 이뤄진 것은 2008년 12월 3일이며 이에 위원회도 "2008 Guidance"라는 표현을 사용하고 있습니다. 그리고 공정거래조정원의 공고문에도 '08지침'이라는 표현이 사용되고 있기 때문에, 이하에서는 "2008 Guidance" 또는 "2008년 가이드נס"라는 축약어를 사용하였습니다. 다만 이와 달리 중간보고서의 경우 공표일에 초점을 맞추어 '2009년 가이드נס'라는 표현을 쓰고 있는 것으로 확인됩니다. [REDACTED]

6) European Commission, Press release, 'Antitrust: Commission announces Guidelines on exclusionary abuses and amends Guidance on enforcement priorities' IP/23/1911 (Mar 27, 2023) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_1911](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_1911)>.

답길 것으로 예상됩니다. 그동안 EU 경쟁법이 한국 공정거래법의 운용과 해석에 있어서 중요한 레퍼런스가 되어 왔다는 사실을 생각하면, 위와 같은 연구가 갖는 중요성과 의의 그리고 시의성은 매우 크다고 생각합니다.

[Redacted text block]

글의 순서는 다음과 같습니다. 먼저 이번 연구 주제에 대하여 제가 이해한 바를 말씀드리도록 하겠습니다(2번). 그리고 이러한 이해에 기초하여 현재 중간보고서의 구성과 내용 등에 대하여 검토한 결과를 말씀드린 뒤(3번), 결론으로 글을 마무리하겠습니다(4번).

## 2. 연구 주제(지정주제 4)의 이해

공고문에 나와 있는 것처럼, 이번 연구가 제안된 것은, 그동안 EU 위원회가 2008년 집행 우선순위 가이드를 채택한 이래 효과에 기초한 접근(effect-based approach)을 적극적으로 수용하면서 한편으로는 상당한 성과를 거두었지만, 다른 한편으로는 법집행 과정에서 고비용-저효율, 낮은 효과성의 문제 등을 겪게 되었으며, 이에 따라 기존의 방향성을 수정하고 업데이트하는 제102조 가이드라인 제정 계획을 밝힌 데 따른 것입니다. 즉, 현재 EU에서는 과거 2000년대 초반의 현대화(modernization)<sup>9)</sup>에 견줄만한

7) European Commission, Press release, 'Commission seeks feedback on draft antitrust Guidelines on exclusionary abuses' IP/24/3623 (Aug 1, 2024) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_24\\_3623](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_3623)>.

8) [Redacted text]

변화가 진행 중으로,<sup>10)</sup> 이번 연구는 그러한 변화 움직임을 배경으로 그 역사적인 맥락과 구체적인 내용, 그리고 앞으로의 영향 등을 분석하여 이로부터 국내 시사점을 도출해내기 위해 제안된 것으로 볼 수 있습니다.<sup>11)</sup>

그렇다면, 그동안 2010년을 전후한 시점부터 현재까지 EU 경쟁법에서 배제적 남용 행위 부문에 어떤 변화가 있었는지, 이번 연구 주제를 더 잘 이해하기 위해서는 먼저 이 질문을 살펴보는 것이 중요해 보입니다.

잘 알려져 있듯이, EU 위원회가 2008년 가이드스를 채택한 것은 소비자 후생(consumer welfare)에 대한 영향 등 행위의 효과에 초점을 맞추고 이를 기준으로 남용 여부를 판단하는 효과주의 또는 경제학적 접근(effect-based or more economics-based approach)을 도입하려는 시도였습니다.<sup>12)</sup> 이는 과거 *British Airways* 결정(1999)<sup>13)</sup>이나 *Michelin II* 결정(2001)<sup>14)</sup>처럼 형식주의(formalism) 법 집행이 초래하는 과잉 금지의 오류(false positives)에 대한 비판을 수용하면서, EC조약<sup>15)</sup> 제82조(현재 기능조약(TFEU) 제102조) 집행을

---

9) See, European Commission, Press release, 'Commission finalises modernisation of the EU antitrust enforcement rules' IP/04/411 (Mar 30, 2004) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_04\\_411](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_04_411)>; David J. Gerber, 'Two Forms of Modernization in European Competition Law' (2007) 31(5) Fordham International Law Journal 1235, pp.1235-1236.

10) Pablo Ibáñez Colomo, 'The (Second) Modernisation of Article 102 TFEU: Reconciling Effective Enforcement, Legal Certainty and Meaningful Judicial Review' (2023) 14(8) Journal of European Competition Law 608.

11) 앞의 주2) 참고.

12) 같은 설명으로, European Commission, Press release, 'Antitrust: consumer welfare at heart of Commission fight against abuses by dominant undertakings' IP/08/1877 (Dec 3, 2008) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_08\\_1877](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_08_1877)>

13) Commission Decision 2000/74/EC of Jul 14, 1999 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (IV/D-2/34.780 - Virgin/British Airways) (upheld on appeals, Judgment of Dec 17, 2003, *British Airways v Commission*, T-219/99, EU:T:2003:343 and Judgment of Mar 15, 2007, *British Airways v Commission*, C-95/04 P, EU:C:2006:133). *British Airways*에서의 형식주의 법 집행 문제를 지적하는 문헌으로는, Damian Chalmers, Gareth Davies, and Giorgio Monti, *European Union Law: Text and Materials* (4th ed. 2019), pp.955-957. See also, Richard Whish and David Bailey, *Competition Law* (10th edn. 2021), p.204; Pablo Ibáñez Colomo, *The New EU Competition Law* (Hart Publishing Dec 2023), pp.8-9 and p.73 *et seq.*, p.47 *et seq.*

14) Commission Decision 2002/405/EC of Jun 20, 2001 relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the EC Treaty (COMP/E-2/36.041/PO - Michelin) (upheld on appeal, Judgment of Sep 30, 2003, *Michelin v Commission*, Case T-203/01, EU:T:2003:250). 이 사건 결정의 문제점은 다음 문헌에서 자세히 확인할 수 있습니다. Massimo Motta, 'Michelin II - The Treatment of Rebates' (Nov 27, 2006) <[https://bse.eu/tmp/pdf/motta\\_MichelinII.pdf](https://bse.eu/tmp/pdf/motta_MichelinII.pdf)> (preprint version of a chapter in Bruce Lyons (ed), *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis* (Cambridge University Press, 2009)), see, *inter alia*, p.18, pp.22-23, and p.24.

15) Treaty establishing the European Community.

개선하기 위한 것이었습니다.<sup>16)</sup> 이와 관련해 Colomo는 위 두 사건이 당시 위원회의 경쟁법 집행이 얼마나 경계선 없이 모호하고 예측 불가능하며 일관성이 없었는지를 잘 보여주는 예시라고 하면서, 이들이 위원회의 경쟁 정책에 '정당성 위기(legitimacy crisis)'를 초래하였고 이를 극복하기 위해 위원회가 2008년 가이드언스를 채택하게 된 것이라고 설명하였습니다.<sup>17)</sup>

하지만 당시 위원회로서는 '앞으로 남용이란 이런 것이다' 라는 식의 법 해석이 담긴 가이드라인을 만들기는 어려운 상황이었습니다. 단독행위(남용)의 경우는 기업결합처럼 위원회가 법을 적용하는 방향을 제시할 수 있는 법적 근거가 있는 것도 아니었고,<sup>18)</sup> 공동행위처럼 법 적용 및 해석 사례가 충분히 누적된 상황도 아니었으며,<sup>19)</sup> 또한 그때까지의 법원 판례들이 효과주의를 지지한다고 보기도 어려운 상황이었기 때문입니다.<sup>20)</sup> 위원회는 이러한 제약 조건 속에서도 형식주의 법 집행에 대한 비판에 대응하기 위한 나름의 최선으로서 자신이 확실한 재량권을 갖고 있는 '집행 우선순위'에 관하여<sup>21)</sup> 가이드언스를 제시하는 방식을 취했던 것으로 이해됩니다. 이러한 고민의 흔적은 현재 가이드언스에서도 쉽게 찾아볼 수 있습니다.<sup>22)</sup>

하지만 위와 같이 '집행 우선순위'에 관한 지침임을 표방했던 가이드언스는 (어느 정도 처음부터 예견되었던 일이기도 하지만)<sup>23)</sup> 점점 기능조약

---

16) Liza Lovdahl Gormsen, 'Why the European Commission's Enforcement Priorities on Article 82 EC Should Be Withdrawn' (2010) 31(2) European Competition Law Review 45, p.45.

17) Pablo Ibáñez Colomo, *supra* note 13, pp.8-9 and p.73 *et seq.*, pp.48-50.

18) Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, Recitals 28-29.

19) 이와 관련하여 Giorgio Monti 교수는 2005년 당시 위원회는 공동행위(제101조)에 대해서는 2만 건 이상의 집행 사례가 축적된 상황이었지만, 남용 행위(제102조)의 경우에는 약 25건 정도에 그치는 상황이었다고 설명합니다. Giorgio Monti, 'Article 102 TFEU: From Guidance to Guidelines' (Ascola Asia Workshop, Rikkyo University, Tokyo, Dec 28, 2023) <<https://youtu.be/eIPjFVrbCho?si=Y7oy-FtAOPtKojlk>> (starting at 3:29). 참고로 위원회의 2023년 Competition Policy Brief에 따르면, 가이드언스 채택 이후부터 당시 시점까지 27건의 결정과 32건의 판결이 나온 것으로 보고됩니다(European Commission, 'A dynamic and workable effects-based approach to Article 102 TFEU' 1 Competition Policy Brief (Mar 2023), p.2 (footnote 12)).

20) Liza Lovdahl Gormsen, 'Why the European Commission's Enforcement Priorities on Article 82 EC Should Be Withdrawn' (2010) 31(2) European Competition Law Review 45., p.47 *et seq.* Richard Whish and David Bailey, *supra* note 13, p.204.

21) Judgment of 18 September 1992, *Automec v Commission*, T-24/90, EU:T:1992:97, para 77; Liza Lovdahl Gormsen, *supra* note 16, p.46.

22) 2008 Guidance, paras 2-3.

23) Liza Lovdahl Gormsen, *supra* note 16, p.46 *et seq.*

(TFEU) 제102조의 ‘해석’에 관한 지침으로서 기능하게 되었습니다. EU 법원은<sup>24)</sup> 초기에는, 예컨대 *TeliaSonera* 판결(2011)처럼,<sup>25)</sup> 가이드선의 내용을 받아들이는 데 다소 소극적인 모습을 보이기도 하였습디만, 시간이 갈수록 용어의 표현이나 의미 등을 조금씩 바뀌가면서<sup>26)</sup> 가이드선의 효과주의·경제학적 접근을 점점 더 받아들이는 전향적인 태도를 보여주었습니다.<sup>27)</sup> 본격적인 시작은 *AKZO* 판결(1991)<sup>28)</sup>에서 나아간 *Post Danmark I* 판결(2012)<sup>29)</sup>이었고, 더 적극적인 수용이 이뤄진 것은 *Hoffmann-La Roche* 판결(1979)<sup>30)</sup>을 발전시킨 *Intel* 판결(2017)<sup>31)</sup>이었습니다. 이러한 수용 과정은

24) 보통 EU 법의 해석 권한을 가진 일반법원(General Court, ‘GC’)과 최고법원(European Court of Justice, ‘ECJ’)을 아울러(둘을 통칭하거나 둘 중 하나를 지칭하는 표현으로) “Court of Justice of the European Union” 또는 짧게 “CJEU”라고 부릅니다. 이 글에서 ‘법원’이라는 표현은 이렇게 ‘CJEU’에 상응하는 표현으로 쓰고 있습니다. Article 19(1) of the Treaty on European Union.

25) Judgment of Feb 17, 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2010:483. 이 판결과 당시 위원회가 내놓은 (개정 전) 2008년 가이드선(2008 Guidance, para 80)(See also, *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009))는 이윤압착의 법적 평가에 대하여 다른 입장을 보였습니다. *TeliaSonera* 판결을 비판적으로 분석하는 문헌으로는, Nicolas Petit, ‘Price Squeezes with Positive Margins in EU Competition Law: Economic and Legal Anatomy of a Zombie’ (SSRN May 7, 2014) <<https://ssrn.com/abstract=2506521>>, *inter alia*, p.7 *et seq.*, Robert O’Donoghue and Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (3rd edn. Aug 2020), pp.479-480.

26) 미국 법원과 같은 판례변경은 없었습니다. See Giorgio Monti’s comments during the presentation cited in *supra* note 19 (starting at 5:16). 참고로 EU 최고법원(ECJ)이 미국 연방대법원과 달리 왜 명시적 판례 변경을 꺼리는지에 대해서는 다음 문헌을 참고할 수 있습니다. Arjen Boin and Suanne K. Schmidt, ‘The European Court of Justice: Guardian of European Integration’ in Arjen Boin, Lauren A. Fahy, and Paul’t Hart (eds), *Guardians of Public Value* (Palgrave Macmillan 2021), pp.150-151.

27) 본문에서 언급되는 판결들의 목록은 일차적으로는 Giorgio Monti, *supra* note 19, slide no.6에 정리된 것을 참고한 것입디만, Monti 교수를 인용한 것은 그가 제102조 가이드라인 초안 작업에 참여했기 때문일 뿐입디. 위 사례들은 대부분의 문헌에서 중요하게 언급됩니다.

28) Judgment of Jul 3, 1991, *AKZO v Commission*, C-62/86, EU:C:1989:154, see, *inter alia*, para 72 and para 71.

29) Judgment of Mar 27, 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2011:342 (*‘Post Danmark I’*), see, *inter alia*, paras 37-40 and paras 21, 22, 23, 30, in conjunction with, 2008 Guidance, paras 6, 20, 26, 28-32, 67 *et seq.*, and para 82. *Post Danmark I* 사건의 중요성에 관한 대표적인 참고 문헌으로는 Rousseva와 Marquis의 평석이 있습니다. Ekaterina Rousseva and Mel Marquis, ‘Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU’ (2012) 4(1) *Journal of European Competition Law & Practice* 1), 그 외 참고 문헌은 다음과 같습니다. Damien Gerard, ‘Looking back at a 2012 highlight: Post Danmark’ (Kluwer Competition Law Blog, Jan 7, 2013) <<https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2013/01/07/looking-back-at-a-2012-highlight-post-danmark/>>; Robert O’Donoghue and Jorge Padilla, *supra* note 25, p.373; Pablo I báñez Colomo, *supra* note 10, pp.613-614, p.615, p.616, pp.617-618 등.

30) Judgment of Feb 13, 1979, *Hoffmann-La Roche v Commission*, Case 85/76, EU:C:1979:36., paras 89-90. Also, para 91 of the same judgment (“which condition normal competition”), in comparison with Judgment of Oct 14, 2010, *Deutsche Telekom v Commission*, C- 280/08 P,

이후 *Servizio* 판결(2022)<sup>32)</sup>과 *Unilever* 판결(2023)<sup>33)</sup>, *Superleague* 판결(2023)<sup>34)</sup>을 거치며 거의 완성에 이르게 된 것으로 평가됩니다.<sup>35)</sup>

참고로 EU 법원이 이렇게 적극적으로 제102조에 대한 해석을 내놓고 변화를 수용할 수 있었던 것은, 위원회의 결정에 대한 불복 외에도<sup>36)</sup> 회원국 법원들이 EU 최고법원<sup>37)</sup>에 EU 법의 해석을 요청할 수 있도록 한 제도 (preliminary ruling) 덕분이었다는 점을 유념할 필요가 있어 보입니다.<sup>38)</sup> 즉, EU 법원에서 위와 같은 발전 또는 변화가 이뤄진 것은 특정 사건에서의 구체적 타당성에 구애받지 않고 비교적 자유로운 환경에서 법리 문제에 집중할 수 있었던 사정이 있었다는 점이 고려되어야 한다는 것입니다.<sup>39)</sup>

한편, 법원이 2008년 가이드언스를 수용하는 과정이 오직 엄밀한 효과주의나 경제학적 접근법을 수용하는 방향으로만 이뤄진 것은 아니었습니다. 2008년 가이드언스에서 위원회는 반경쟁적 효과에 대한 세세한 분석 없이도

---

EU:C:2010:603, para 177 (“...other than those which come within the scope of competition on the merits.”)). 정상 경쟁(normal competition)으로부터 실력·장점에 의한 경쟁(competition on the merits)으로 표현이 옮겨간 것과 관련하여 참고할 만한 문헌은, Richard Whish and David Bailey, *supra* note 13, pp.199–200, 그리고 Judgment of May 12, 2022, *Servizio Elettrico Nazionale and Others*, C-377/20, EU:C:2022:379, para 27 (first question), and para 75 *et seq*); Pablo Ibáñez Colomo, ‘Competition on the Merits’ (2024) 61 *Common Market Law Review* 387, p.390 *et seq.*, and 396 *et seq.*

31) See Judgment of Sep 6, 2017, *Intel v Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, para 138 *et seq.*, alongside 2008 Guidance, para 41 and Nicolas Petit, ‘The Advocate General’s Opinion in *Intel v Commission*: Eight Points of Common Sense for Consideration by the CJEU’ (SSRN Nov 2016) <<https://ssrn.com/abstract=2875422>>, p.11. For comparison, see, Judgment of Jun 12, 2014, *Intel v Commission*, T-286/09, EU:T:2014:547, paras 81, 140, 143, 152.

32) Judgment of 12 May 2022, *Servizio Elettrico Nazionale and Others*, C-377/20, EU:C:2022:379 (‘*Servier*’), *e.g.*, para 46–48, paras 53–57 (particularly, para 54). 참고로 이 글에서는 이 판결을 “*Servizio* 판결”로 부르지만, 모회사인 ENEL 그룹이 더 잘 알려져 있고 또한 이 사건에 연루된 사업자도 Servizio Elettrico Nazionale뿐만 아니라 ENEL SpA와 Enel Energia SpA를 포함하기에 “*ENEL* 판결”이라는 표현도 사용되는 것으로 보입니다.

33) Judgment of Jan 19, 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33 (‘*Unilever*’), paras 47–55 (see, particularly, para 51), and paras 59–60.

34) Judgment of Dec 21, 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011 (‘*Superleague*’), paras 129–130.

35) Giorgio Monti, *supra* note 19, slide no. 6.

36) Article 263, TFEU.

37) Articles 267, 256(3), TFEU. See also Regulation 2024/2019 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 amending Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union, Article 1(4) (“Article 50b” 개정 내용 참고).

38) Article 267(1)–(2), TFEU.

39) [REDACTED]

반경쟁적 효과가 추론될(inferred) 수 있는 경우가 있다고 설명하였고<sup>40)</sup> 법원은 이러한 접근도 수용하는 듯한 판결들도 함께 내놓았습니다. 대표적인 예로는 *Lithuania Railways* 판결 (2023)을 들 수 있을 것 같습니다. 이 사건에서 법원은 기존의 엄격한 거래거절 법리의 적용 없이도 남용이 인정될 수 있음을 보여주면서<sup>41)</sup> 마치 경제적·법적 맥락에 대한 고려만으로 위법성이 인정될 수 있는 ‘목적상 남용(abuse by object)’의 가능성을 보여주었습니다.<sup>42)</sup> 더 나아가 앞서 언급한 *Servizio* 판결에서는 간접적으로,<sup>43)</sup> 이후 *Superleague* 판결에서는 좀 더 직접적으로<sup>44)</sup> “목적(object)”으로도 제 102조의 남용이 성립될 수 있다는 점을 확인하였습니다. 이러한 변화들은 분명 효과주의의 수용과 함께 주목할 만한 사항이라고 생각합니다.

이처럼 2008년 가이드선의 수용은 주로 효과주의·경제학적 접근을 강화하는 방향으로 나타났습니다. 특히 2010년대의 판결들은 과거 판례들에서 제시된 법리와 개념의 의미를 적극적으로 재해석하면서 EU 경쟁법 집행의 일관성과 예측 가능성을 높여주었습니다. 이러한 변화는 “accuracy” 측면에서는 분명 긍정적인 발전이었지만, 다른 한편 이와 같은 변화가 위원회의 법 집행 비용과 부담을 지나치게 높이고 “administrability” 측면에서는 부정적 영향 또는 적어도 우려를 불러일으킨 것도 사실입니다.<sup>45)</sup> 실제로 *Intel*

40) 2008 Guidance, para 22; Ekaterina Rousseva and Mel Marquis, *supra* note 29, p.14; Richard Whish and David Bailey, *supra* note 13, pp.205–206.

41) Judgment of 12 January 2023, *Lietuvos geležinkeliai v Commission*, C-42/21 P, EU:C:2023:12, paras 81–91 (read this case together with two precedents, Judgment of Mar 25, 2021, *Deutsche Telekom v Commission*, C-152/19 P, EU:C:2021:238 and, on the same date, *Slovak Telekom v Commission*, Case C-165/19 P, EU:C:2021:239).

42) See, e.g., Pablo Ibáñez Colomo, *supra* note 30, pp.392–393; Richard Whish and David Bailey, *supra* note 13, pp.205–206. For more discussions, see Pablo Ibanez Colomo, ‘Lithuanian Railways: the most straightforward abuse case ever?’ (Chillin’Competition Oct 5, 2017) <<https://chillingcompetition.com/2017/10/05/lithuanian-railways-the-most-straightforward-abuse-case-ever/>>; Pablo Ibanez Colomo, ‘Persistent myths in competition law (V): ‘there is no such thing as an abuse by object (or by effect) under Article 102 TFEU’’ (Chillin’Competition Jan 10, 2020) <<https://chillingcompetition.com/2020/01/10/persistent-myths-in-competition-law-v-there-is-no-such-thing-as-an-abuse-by-object-or-by-effect-under-article-102-tfeu/>>; Pablo Ibanez Colomo, ‘GC Judgment in Case T-814/17, Lithuanian Railways - Part I: object and indispensability’ (Chillin’Competition Dec 1, 2020) <<https://chillingcompetition.com/2020/12/01/gc-judgment-in-case-t%E2%80%91814-17-lithuanian-railways-part-i-object-and-indispensability/>>.

43) *Servizio*, paras 76–78 (to the same effect, Pablo Ibáñez Colomo, *supra* note 10, p.614)

44) *Superleague*, para 131 and para 186.

45) For reference, Johannes Laitenberger, ‘Accuracy and administrability go hand in hand’ (Speech, presented at CRA Conference, Brussels, Dec 12, 2017).

판결 이후, 절차 측면에서 나온 판시의 취지와는 다르게, 모든 남용 사건에서 위원회는 (사업자들의 추정 반복 시도를 예상하고) 치밀한 경제 분석을 실시하게 되었습니다.<sup>46)</sup> 연구 제안에서 ‘고비용-저효율, 낮은 효과성의 문제 등’ 이 언급된 것은 이런 상황을 가리킨 것으로 생각됩니다.

하지만 위와 같은 배경에서 곧바로 위원회가 ‘효과주의적 접근법이 가지는 고비용·저효율 문제를 극복하기 위해서’ 제102조 가이드라인 채택 계획을 밝혔다’ 는 진단을 끌어내기는 어려울 것입니다. 위원회에게는 법 해석 권한이 없으며 확립된 판례를 변경할 수도 없기 때문입니다. 어떤 식으로든 이번 위원회의 이니셔티브가 있기 전에 법원에서 이를 뒷받침할 만한 변화가 먼저 있었다고 보는 것이 논리적일 것입니다. 개인적으로는, 앞서 언급한 2020년대의 판결들, 즉, 목적상 남용 같은 개념을 등장(또는 부각)시킨 판결들이 그 중심에 있다고 생각하고 있습니다.<sup>47)</sup> 물론 정확한 이해를 위해서는 좀 더 본격적인 분석과 연구가 필요할 것입니다만, 위와 같이 보아야 비로소 현재 위원회가 위반행위 유형 분류(배제적 효과 가능성 분석이 필요한 행위, 효과가 추정되는 행위, 노골적 제한 행위)<sup>48)</sup>와 같은 과감한 시도를 하는 배경이 이해될 수 있을 것으로 보입니다.<sup>49)</sup>



### 3. 중간보고서 검토

46) Giorgio Monti's explanation during the presentation cited in *supra* note 19 (starting at 50:38).

47) 한국에서의 시사점은 적을 수 있기 때문에 이 글에서는 언급하지 않았지만, 유럽 상황에서는 목적상 남용의 등장(또는 대두)보다는 *Superleague* 판결에서 기능조약 제106조를 활용하여 시장 지배적 사업자의 책임 범위를 확장하는 판시가 나온 것이, 특히 디지털 플랫폼 혹은 생태계 지배자 규제의 맥락에서, 더욱 큰 변화일 수 있을 것으로 생각합니다. *Superleague*, para 137 and para 152. 그리고, 큰 변화는 아니기 때문에 앞서 자세히 설명하지는 않았지만, 법원이 기존의 내용을 좀 더 명확히 한 점들, 예컨대 동등효율성경쟁자 테스트가 필수가 아니라는 점, 행위별로 다양한 판단법이 있을 수 있다는 점, 그리고 경쟁제한성 입증에 실제 효과 발생이 필요한 것은 아니라는 점 등을 명확히 한 부분들도 당연히 위원회의 이니셔티브에 근거가 되었을 것으로 생각합니다.

48) The draft version of the Communication from the Commission, 'Guidelines on the application of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings' (published in Aug 2024), para 60.

49) 초안에 대한 전반적인 비판 코멘트로, Assimakis Komninos, "J'accuse!" - Four Deadly Sins of the Commission's Draft Guidelines on Exclusionary Abuses' (Network Law Review, Summer 2024) <<https://www.networklawreview.org/komninos-guidelines/>>.