

지배적 기업의 로열티 리베이트 경쟁 제한 효과에 대한 연구: 3M사례를 중심으로

한 현 옥*

요약

최근 미국에서 3M이 묶음 리베이트를 이용하여 저가브랜드제품의 확대를 막고 자신의 지배력을 유지하고자 했다는 판결이 내려진 이후 지배적 기업의 로열티 리베이트(loyalty rebates) 제공의 경쟁제한성 여부에 대한 논쟁이 활발하다. 리베이트 제공은 일반적으로 낮은 가격을 의미하고 경쟁 과정에서 나타날 수 있는 가격정책이므로 지배적 기업이라는 이유로 리베이트 제공을 위법화하는 것은 경쟁과정이 제약을 받고 소비자 후생이 감소되는 효과가 발생할 수 있다는 우려가 제기되고 있다. 특히 3M의 판결에서 경쟁제한성 기준을 제대로 제시하지 못해 지배적 기업이 행하는 정상적인 경쟁 행위와 경쟁제한적인 행위를 구분하기 어렵게 되어 그 결과 활발한 경쟁을 저해하여 경쟁법이 지향하는 경쟁촉진과 상반되는 결과를 초래할 수 있다는 비판을 받고 있다. 뿐만 아니라 로열티 리베이트에 대한 경제이론이 충분히 정립되어 있지 못해 이러한 경쟁제한성 논란을 더욱 가중시키고 있다. 따라서 로열티 리베이트에 대한 더욱 활발한 법적, 경제적 연구가 필요하다.

주제분류 : B030901

핵심 주제어 : 지배적 지위 남용, 배제적 행위, 로열티 리베이트,
묶음 리베이트

I. 서 론

경쟁정책의 목적은 경쟁 촉진을 통해 경제 전반의 효율성을 증진하여 사회후생을 극대화하고자 하는 것이다. 경쟁 촉진의 기반은 기업간 자유로운

* 부산대학교 경제학과 부교수, e-mail: hhan@pusan.ac.kr

경쟁이며, 개별 기업은 이윤을 극대화하기 위해 경쟁에서 살아 남고 유리한 위치를 차지하기 위해 다양한 가격전략, 마케팅 전략을 자유롭게 사용할 수 있어야 한다. 그러나 경쟁 촉진의 토대가 된다고 자유로운 기업 활동이 무제한적으로 허용되는 것은 아니다. 기업의 특정 행위가 해당 기업에게는 이익이 되나 사회 전체적으로 보았을 때 해당 행위로 인해 발생하는 사회적 비용이 사회적 편익을 능가하는 경우 경쟁정책은 해당 행위에 일정한 제약을 가하게 된다. 특히 시장에서 높은 점유율을 가지고 있는 지배적 기업의 경우에는 일반 기업과 달리 특정 행위가 경쟁 저해로 이어질 가능성이 더 높아 경쟁정책의 주요 관심 대상이 되고 있다.

그러나 지배적 기업의 특정 경쟁행위가 경쟁을 제한할 가능성이 높다는 것이 곧 경쟁을 저해해 효율성 증진을 저해한다는 것을 의미하지는 않는다. 구체적인 사례에서 지배적 기업의 행위에 대한 위법성 여부를 판단하기 위해서는 경쟁제한효과와 효율성 증진 효과를 비교형량 분석하여야 한다. 그러나 이러한 분석을 성공적으로 수행하는 과정에는 항상 많은 어려움과 제약이 수반된다. 그 결과 지배적 기업의 남용행위 여부와 관련된 사건은 항상 많은 논란과 논쟁을 불러일으켜 왔다. 최근 Microsoft 사례가 대표적인 예로 지배적 기업인 Microsoft가 끼워팔기(bundling)를 통해 독점적 지위를 유지하고자 했는지, 경쟁자를 배제하고자 했는지 등에 대한 논란이 몇 년간 지속되었다.

최근에는 지배적 기업이 고객의 충성도를 제고하는 로열티 리베이트(loyalty rebates)를 제공하는 행위의 위법성 여부에 대한 논란이 여러 사례에서 나타나고 있다. 지배적 기업의 로열티 리베이트가 문제가 된 사례로 유럽의 Michelin 사례¹⁾, 미국의 3M 사례²⁾, 미국과 유럽에서 모두 문제가 되었던 British Airways 사례³⁾ 등이 있다. 그러나 로열티 리베이트에 대한 경제이론 기반이 빈약하여 로열티 리베이트가 경쟁을 위한 전략의 하나로 사용되었는지 아니면 배제적 행위(exclusionary conduct)로 사용되었는지 여부를 판단하는데 아직까지 많은 어려움과 논란이 존재한

1) Case COMP/E-2/36.041/PO-Michelin(2001)

2) LePage's Inc. v. 3M Co., 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003), cert. denied, 124 S. Ct. 2932 (2004)

3) Virgin Atl. Airways LTD v. British Airways PLC, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001); Case IV/D-2/34.780, Virgin/British Airways(1999)

다.4)

로열티 리베이트는 우리나라에서 아직까지는 그 개념이 널리 알려지지 않았으며 2008년 Intel사례⁵⁾ 이전까지 경쟁당국이 다른 사례도 없었다.⁶⁾ 그러나 리베이트가 기업들이 흔히 사용되는 방법임을 고려할 때 로열티 리베이트가 우리나라에서도 주요 이슈로 등장할 가능성을 배제할 수는 없다. 이에 본 연구는 미국의 사례를 바탕으로 로열티 리베이트에 대한 이해도를 제고하고 3M 사례를 통해 로열티 리베이트를 둘러싼 경쟁정책의 쟁점을 살펴보고자 한다.

본 논문의 구성은 다음과 같다. 다음 장에서 로열티 리베이트의 유형과 효과를 살펴 본다. 특히 묶음 리베이트(bundled rebates)를 중심으로 로열티 리베이트 경쟁제한성 여부에 대한 판단기준에 대한 논의들을 살펴보고자 한다. 제3장에서는 3M사례를 소개하고 이에 대한 비판과 쟁점들을 정리하고 마지막 장에서 결론을 맺고자 한다.

II. 로열티 리베이트의 특징과 효과

1. 로열티 리베이트의 특징

리베이트(rebates)란 구매자가 일정 조건을 충족하면 구매금액의 일부를 되돌려 주는 행위이다. 이는 기업들이 판매를 증대시키기 위해 흔히 사용하는 경쟁 수단으로 가격이 할인되는 효과가 있어 구매자에게 가격인하라는 이득을 제공한다. 따라서 일반적으로 리베이트는 경쟁을 제한하는 수단이 아니라 경쟁 수단으로 간주된다. 그러나 지배적 기업⁷⁾이 제공하는

4) 이러한 어려움과 논란을 반영하듯 British Airways 사례에서 미국과 유럽은 상이한 결론을 내렸다.

5) 2008년 공정거래위원회가 Intel이 자사 제품을 구입하는 조건으로 리베이트를 제공하여 시장지배적 지위를 남용했다고 보아 약 260억원의 과징금을 부과한 사례이다.

6) OECD(2008), p.90.

7) 지배적 기업에 대한 정확한 정의는 없지만 우리나라 공정거래법에 의한 '시장지배적 사업자'로 볼 수 있다. 공정거래법 제2조 제7호에 의하면 시장지배적 사업자란 '일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장

로열티 리베이트(loyalty rebates)의 경우에는 경쟁제한성 우려가 존재한다.

로열티 리베이트⁸⁾에 대한 정확한 정의를 발견하기는 쉽지 않으나 비선형가격책정방식(non-linear pricing)의 한 형태⁹⁾로서 구매자별(buyer-specific)로 설정된 최소조건(minimum threshold requirement)을 충족한 경우 구입량에 따른 평균지불가격이 하락하는 경우라 할 수 있다.¹⁰⁾ 최소조건을 충족시켜야만 리베이트를 받을 수 있으므로 최소조건이 충족될 때까지 구매자는 리베이트 제공 기업으로부터만 구매하고자 하는 유인이 존재한다. 이러한 유인으로 인해 고객의 충성도(loyalty)가 제고되는 효과가 있기 때문에 로열티 리베이트라 한다.

로열티 리베이트는 흔히 목표치에 따른 리베이트(target rebates) 방식으로 이루어진다. 목표치로 사용되는 수단은 여러 가지가 존재한다. 총 구매액이 일정수준을 넘으면 리베이트가 제공되는 총 구매액에 따른 리베이트 방식, 구매자가 자신의 총 구매량 중 일정 비율이상을 리베이트 제공기업으로부터 구매한 경우 적용되는 자사제품구매비율에 따른 할인(market share discounts) 방식, 기준 연도 대비 구매액 증가율이 일정 수준 이상인 경우 제공되는 할인 등이 있다. 또한 구매자가 리베이트 제공 기업이 판매하는 여러 종류의 제품을 종류별로 일정 기준 이상으로 구매한 경우 할인을 받을 수 있는 묶음 리베이트(bundled rebates)가 있다.

구매액에 따른 할인 방식으로 리베이트가 이루어지는 경우 대량구매기업이 소량구매기업보다 리베이트를 받기에 더 유리하나 자사제품구매비중에 따른 할인방식이 적용되는 경우에는 구매기업의 규모가 큰 영향을 미치지 않아 소규모 기업에게는 총 구매액에 따른 할인 방식보다 자사제품구매비중에 따른 할인 방식이 더 유리한 측면이 있다.

이러한 로열티 리베이트는 최종소비자에게 제공될 수도 있고 소매업자 내지 유통업자와 같은 중간사업자에게 제공될 수도 있으며 제공 대상에 따라 경쟁에 미치는 효과는 동일하지 않을 수 있다.¹¹⁾ 그러나 로열티 리베

지위를 가진 사업자를 말한다.

8) 로열티 할인(loyalty discount), 피델리티 리베이트(fidelity rebates) 등으로 불리기도 한다.

9) 수량할인을 동반하는 일반적인 비선형가격체계의 경우를 말한다.

10) Kobayashi(2005) p.116.

11) Brennan(2007)은 최종소비자를 가정한 모형을 근거로 묶음 리베이트에 대한 경

이트에 대한 일반적인 논의는 리베이트 제공 대상이 최종소비자인지 아니면 중간유통업자인지에 대한 구분이 뚜렷하지 않으나 로열티 리베이트 사례의 대부분은 중간사업자에게 제공된 리베이트 문제를 다루고 있다.

로열티 리베이트가 고객의 충성도를 제고하는 효과를 가지게 되는 또 다른 특징은 리베이트가 소급되어 적용된다는 것이다. 일정기간 동안 발생한 구매가 사전에 제시된 최소조건을 충족하면 해당 기간이 지난 후 모든 구매량에 대해 적용된 리베이트를 돌려 준다. 최소조건을 초과한 양에 대해서 리베이트를 제공하는 것이 아니라 전 구매량에 적용되기 때문에 리베이트 액수가 커질 뿐만 아니라 리베이트를 받을 수 있는 기준점(threshold)을 넘기게 되는 구매의 한계비용이 아주 낮아지게 된다.¹²⁾ 따라서 경쟁기업이 이러한 고객(구매량이 기준점에 근접한 고객)들로 하여금 자사 제품을 구매하도록 하기 위해서는 아주 낮은 가격¹³⁾을 제시해야만 하므로 경쟁에서 상당히 불리한 위치에 놓이게 된다.

지금까지 살펴본 로열티 리베이트의 특징을 요약하면 일반적으로 다음과 같은 3가지 특징을 가지고 있다고 볼 수 있다.¹⁴⁾ 첫째, 구매자가 리베이트를 받기 위해서는 자신의 총 구매량의 상당한 부분을 리베이트 제공기업으로부터 구매해야만 하며, 둘째, 일반적으로 할인은 리베이트를 받을 수 있는 기준점(threshold)을 초과하는 구매량에만 적용되는 것이 아니라 총 구매량에 소급되어 적용되며, 셋째, 가격책정방식이 잠재적으로 차별적인 가격 효과를 가져 올 수 있다. 리베이트가 적용되는 기준을 충족한 경우 기준을 초과하는 양에 대해서만 할인을 적용하지 않고 전 구매량에 대해 할인이 적용되므로 초과분에 대해서만 할인을 받는 경우와 비교하여 할인 금액이 상당히 크게 될 것이다. 또한 리베이트 적용 상태에 따라 서로 다른 구매자가 같은 양을 동일한 공급자에게 구매하더라도 사실상 지불한 가격이 달라지므로 가격차별과 같은 효과가 나타난다.

이러한 로열티 리베이트에 대한 가장 근본적인 우려는 가격책정 방식이

경제한성을 판단하는 기준의 문제점을 지적하고 있다.

- 12) 예를 들어 가격이 10원이고 101단위부터 단위 당 10%의 리베이트를 받을 수 있다고 하는 경우 101번째 구매의 한계비용은 단위당 가격 9원에서 100개에 대한 리베이트 액수 100원을 뺀 -91원이 된다. 101번째 제품을 구매함으로써 91원의 수익이 발생한다고 볼 수 있다.
- 13) 비용보다 낮은 가격을 제시해야 할 수도 있다.
- 14) Greenlee and Reitman(2005). p.442.

구매자에게 특정 기업하고만 거래를 하고자 하는 유인을 제공한다는 것이다. 로열티 리베이트는 자사제품구매비중 방식이든 총 구매액 방식이든 리베이트 조건에 제시된 일정 기준 이상을 동일한 공급자에게 구매하는 경우에만 제공될 뿐만 아니라 리베이트는 총 구매량에 소급되어 적용되므로 총 리베이트 받을 수 있는 금액은 아주 커진다. 특히 현재 구매량이 리베이트 제공 목표치에 가까운 경우 구매자는 리베이트 제공 기업과 일종의 배타적 거래관계를 형성할 유인이 강하게 존재한다. 특히 한 시장에서 높은 시장 점유율을 가지고 있는 지배적 기업이 이런 방식으로 리베이트를 주는 경우 경쟁자가 배제되거나 경쟁자의 비용이 상승되는 등 경쟁을 저해하는 효과가 나타날 가능성이 높다. 이에 따라 EU의 경우 지배적 기업이 고객의 충성도를 제고하는 효과가 있는 리베이트를 제공하는 경우 이를 지배적 지위 남용 행위 중 하나로 보고 있다.¹⁵⁾

그러나 자사제품구매비중에 따른 리베이트의 제공은 절대적 구매수준이 작아 수량할인을 받지 못하는 구매자일 지라도 자신의 총 구매량을 기준으로 리베이트를 적용받으므로 소량 구매자도 대량구매자와 비슷한 조건에서 구매할 수 있게 된다. 이러한 리베이트로 인해 가격이 인하된다면 자사제품비중에 따른 할인(market share discount)은 소비자 후생을 증진시키는 효과를 가져올 수도 있다. 또한 Brunswick 사례¹⁶⁾에서와 같이 자사제품비중에 따른 할인제공을 남용행위로 보지 않은 사례도 있다.¹⁷⁾ 또한 리베이트의 제공으로 인해 구매자가 자발적인 의사에 의해 좀 더 나은 조건에서 제품을 구매하고자 구매전환을 하였고 그 결과 경쟁기업이 불리한 처지에 놓이게 된 경우 과연 로열티 리베이트가 경쟁을 제한하는 수단으로 사용되었다고 볼 수 있는지 분명하지 않다. 그밖에도 규모의 경제에 따른 이득을 리베이트로 되돌려 준 경우라던가 로열티 리베이트를 통해 일종의 수직적 관계가 형성되어 일반적인 수직적 제약(vertical restraint)에서 발생하는 효율성 증진효과가 발생할 수도 있다.

15) 이러한 차이로 인해 Virgin Atlantic Airway v. British Airways 사례에서 미국과 유럽은 지배적 기업의 리베이트 행위에 대해 상이한 결론을 내렸다.

16) Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp., 207, F.3d 1039 (8th Cir. 2000).

17) 리베이트가 제공된 기간 동안 새로운 기업의 진입이 있었고 Brunswick의 시장점유율이 감소하기도 했기 때문에 Brunswick의 할인제공으로 인해 경쟁이 제한되었다고 보지 않았다.

2. 로열티 리베이트의 효과

1) 경제적 효과

로열티 리베이트가 경쟁을 제한하는 수단으로 사용되었는지 여부는 로열티 리베이트의 경제적 효과에 대한 분석을 토대로 판단되어야 한다. 그러나 증가된 로열티 리베이트 효과에 대한 관심에 비해 경제이론은 아직까지 미흡한 것으로 평가받고 있다. 다만 로열티 리베이트의 특성상 로열티 리베이트 제공을 사실상 배타적 거래(*de facto exclusive dealing*), 약탈적 배제수단, 사실상 끼워팔기(*de facto tying*) 수단으로 볼 수 있어 기존의 배타적 거래, 약탈적 가격, 끼워팔기에 대한 이론에 의거해 로열티 리베이트의 효과를 분석하고 있다.¹⁸⁾

Tom et al.(2000)은 구매자가 필요한 구매량 중 일정량 이상을(예를 들어 총 구매량의 70%) 리베이트 제공기업으로부터 구매하는 경우 할인을 해주는 자사제품구매량비율에 의한 할인인 경우 구매자와 할인제공 기업간 사실상의(*de facto*) 배타적 거래관계가 형성될 수 있음을 보이고 있다. 특히 할인을 제공하는 기업이 지배력을 가지고 있는 경우 자사제품구매량 비율 할인과 같은 가격책정정책을 통한 배타적 거래관계를 좀 더 쉽게 달성할 수 있음을 보이고 있다.

자사제품구매량비율 할인으로 인해 배타적 거래관계가 성립되는 경우 이는 가격책정방식에 따른 유인구조에 의해 명시적인 계약이 없는 상태에서 성립되므로 계약에 의한 배타적 거래와는 차이를 보인다. 그러나 적용되는 경제 원리는 배타적 거래와 비슷하다고 할 수 있다. 따라서 자사제품구매량비율 할인은 경쟁을 제한하는 효과를 초래할 수 있으며 경쟁제한효과가 경쟁촉진효과에 의해 상쇄되지 않는다면 경쟁법 위반으로 다루어질 수 있다.

묶음 리베이트(*bundled rebates*)는 동일한 공급자가 자신이 생산하는 여러 제품을 함께 구매할 때 제공하는 리베이트이다. 즉 별개의 시장에 속한 제품들을 결합하여 각 제품들의 구매량이 일정 수준을 충족하는 경우 리베이트를 제공하는 것이다. 독점력을 가지고 있는 제품과 그렇지 않은

18) Epstein(2005), Greenlee, Reitman, & Sibley(2004), Tom, Balto, & Averitt(2000), Gavil(2004) 등을 참고할 수 있다.

제품을 묶어서 묶음 리베이트를 제공하는 경우 리베이트를 통해 경쟁자가 있는 제품 시장에서 유리한 위치에서 경쟁할 수 있다. 나아가 경쟁자를 시장에서 배제시킬 수도 있다. 이러한 경우 묶음 리베이트를 통한 독점력 전이(leveraging)가 발생할 수 있다.

예를 들어 지배적 기업이 자신이 지배력을 가지고 있는 제품 A와 다른 기업과 경쟁을 하고 있는 제품 B를 결합하여 리베이트를 제공하는 경우 제품 A만 구입할 때는 가격을 아주 높게 책정하여 고객이 지배적 기업의 제품 A와 다른 회사의 제품 B를 구매하는 경우 가격이 너무 높아져 지배적 기업의 제품 B를 구입하여 리베이트를 받는 것만이 실질적으로 유일한 선택이 되는 경우라면 묶음 리베이트는 제품 B시장에서 경쟁을 저해하는 효과가 있다. 이러한 경우 묶음 리베이트의 제공은 사실상의(de facto) 끼워팔기라고 볼 수도 있다.

또한 묶음 리베이트는 현재 지배력을 가지고 있는 시장으로 새로운 경쟁 기업이 진입하기 어렵도록 만들어 현재 시장에서의 지배력을 계속 유지하는 수단으로 사용될 수도 있다. 본 연구에서 다루고 있는 3M사례도 묶음 리베이트 사례이며 그밖에 묶음 리베이트 관련 사례로는 Ortho Diagnostics사례, SmithKline 사례 등이 있다.

리베이트는 약탈적 가격책정 수단으로 사용될 수도 있다. 약탈적 가격과 차이가 있다면 약탈적 가격이 제품 가격을 비용이하로 책정하는 것이라면 리베이트는 가격 자체보다는 가격책정구조(pricing structure)로 인해 약탈적 가격과 같은 효과가 나타나는 것이다. 따라서 약탈적 가격에 비해 가격구조나 그 효과가 좀 더 복잡하다고 할 수 있다.

경쟁자를 배제하기 위한 목적으로 가격을 아주 낮게 책정하는 행위인 약탈적 가격이 성립되기 위해서는 i) 가격을 한계비용이나 평균비용과 같이 일정한 비용 수준 이하¹⁹⁾로 책정하고, ii) 비용이하로 가격을 책정함에 따른 손실분을 미래에 회복할 수 있어야 한다. 이러한 약탈적 가격책정은 약탈기업이 적어도 단기적으로 약탈적 가격 책정에 따른 손실을 감수해야만 하기 때문에 경쟁자를 배제하기 위한 전략으로 상당한 비용이 수반된다고

19) Areeda and Truner(1975)가 제시한 단기한계비용 이하로 가격을 책정하는 경우 약탈적 가격이라는 원칙이 주로 받아들여지고 있다. 만약 한계비용을 측정하기 어려운 경우라면, Areeda and Truner(1975)는 단기한계비용에 대한 대리변수(proxy)로 평균가변비용을 제시했다.

할 수 있다. 따라서 현실에서 이러한 조건을 만족하는 약탈적 가격은 드물다.

이에 비해 로열티 리베이트 방식은 약탈적 가격과 비슷한 효과를 볼 수 있으나 지배적 기업이 부담하게 되는 손실은 약탈적 가격 책정시보다 적다. 약탈적 가격의 경우 모든 판매량에 대해 비용보다 낮은 가격을 적용해야 하나 리베이트 방식을 사용하는 경우에는 리베이트가 적용되는 한계수준(at the margin)에서만 비용이하로 가격을 책정하면 된다. 뿐만 아니라 모든 구매자에게 할인이 적용되는 것이 아니라 조건을 만족하는 일부 구매자에게만 낮은 가격이 적용되기 때문에 로열티 리베이트 제공에 따른 비용은 약탈적 가격보다 훨씬 적다.

또한 리베이트는 구매자에 따라 실질적으로 지불하는 가격의 차이를 가져오므로 가격차별의 일종으로 2급 가격차별(second-degree price discrimination)로 볼 수 있다. 로열티 리베이트 경우에도 리베이트 적용을 받을 수 있는지 없는지 여부에 따라 동일한 구매량에 대한 다른 가격이 적용된다. 이 경우 리베이트로 인해 경쟁자로부터 구매했을 구매자들이 리베이트를 위한 목표치를 달성하기 위해 리베이트 제공 기업으로 구매전환을 할 수 있다.

이러한 로열티 리베이트의 효과를 효율성 증진 효과와 경쟁제한 효과로 나누어 살펴볼 수 있다. 우선 효율성 증진 효과부터 살펴 보기로 하자.

2) 효율성 증진 효과

기업이 리베이트를 제공하는 이유는 좀 더 많은 고객을 확보하여 이윤을 증대시키고자 함이다. 이는 해당 기업이 경쟁에 직면하고 있지 않다면 발생하기 어려운 상황일 것이다. 그러므로 리베이트는 경쟁기업과의 경쟁과정에서 사용되는 여러 가지 경쟁전략 중 하나라고 볼 수 있다. 또한 경쟁자보다 더 높은 수준의 리베이트를 제공할 수 있다는 것은 리베이트 제공 기업이 그만큼 가격을 할인할 수 있는 여력이 있음을 의미한다. 따라서 한 기업이 리베이트를 제공하는데, 이에 경쟁기업이 동일한 수준 내지 이에 상응하는 수준의 리베이트를 제공하는 식으로 대응할 수 없어서 경쟁에서 불리한 위치에 놓였거나 시장에서 퇴출되었다면 경쟁 기업이 리베이트 제공 기업에 비해 상대적으로 생산비용이 높은 비효율적인 기업이기 때문일

로열티 리베이트로 인해 효율적 경쟁기업이 배제될 수 있는 가능성을 다음과 같이 간단한 예(22)를 통해 볼 수 있다. 기업 A와 기업 B가 있는 복점시장에서 기업 A가 로열티 리베이트를 제공한다고 하자. 리베이트를 적용받지 않는 경우 가격을 P_A 라고 하고 구매량이 q_T 를 초과하는 경우 d_A 만큼의 리베이트를 제공한다고 한다. 이 경우 구입량 q 가 q_T 미만인 경우 구매자는 P_A 를 지불하고 구매량이 q_T 이상인 경우에는 $P_A - d_A$ 를 지불한다. 이 경우 q_T 를 초과하는 구매량 $q' (= q - q_T)$ 에 실제 단위당 지불 가격은 $P_A - d_A$ 가 아니라 $P_A - \frac{q}{q'} d_A (< P_A - d_A)$ 가 된다. 로열티 리베이트는 리베이트 조건이 충족되면 추가분에 대해서만이 아니라 총 구매량에 대해 할인을 받기 때문이다. 따라서 자신의 고객이 리베이트로 인해 구매전환을 하지 못하도록 하기 위해서 경쟁기업은 가격인하를 해야 하는데 리베이트 제공기업이 제시하는 리베이트보다 더 큰 수준을 제시해야 한다. 뿐만 아니라 리베이트 제공 기업이 리베이트 제공 이전에도 경쟁기업보다 훨씬 많은 양을 판매하고 있었다면 리베이트 제공에 따른 부담은 경쟁기업에 더 크게 나타날 수밖에 없다.

묶음 리베이트의 경우 다양한 제품을 생산하지 않아서 지배적 기업과 같은 묶음 리베이트를 제공할 수 없는 경쟁 기업을 경쟁에서 불리한 위치에 놓이게 할 수 있다. 특히 묶음 리베이트에 독점제품이 끼워져 있는 경우 경쟁자는 경쟁에서 더욱 불리한 위치에 놓이게 된다.

이처럼 로열티 리베이트의 존재는 배타적 거래와 달리 완전 배제가 아니라 부분적 배제가 발생하기는 하나 배타적 거래와 마찬가지로 경쟁자의 비용을 올려 경쟁자를 경쟁에서 불리한 위치에 놓이도록 하여 배제를 유발하는 수단으로 사용될 수도 있다. 만약 경쟁자 배제가 성공적으로 이루어지면 경쟁자 배제이후 가격 상승으로 이어질 가능성이 높으므로 소비자 후생이 감소될 것이다(23). 기업의 입장에서 경쟁자 배제를 목적으로 로열티 리베이트를 사용한다면 약탈적 가격에 비해 적은 비용으로 목적을 달성할 수 있다. 이미 살펴 보았듯이 약탈적 가격은 모든 구매자 판매량에 적용되어

22) Kobayashi(2005) 참조.

23) 제조업자들이 리베이트 제공을 통해 어느 정도 배타적 거래관계가 성립되면 서로간 경쟁을 자제하고 답합을 용이하게 하는 수단으로 사용될 수도 있다.

야 하나 리베이트를 사용하는 경우 리베이트가 적용되지 않는 구매자에게는 낮은 가격을 적용하지 않아도 된다. 뿐만 아니라 리베이트가 적용되지 않는 가격은 리베이트가 사용되지 않는 경우에 책정되었을 가격보다 높게 유지할 가능성도 있다. 그러나 로열티 리베이트는 낮은 가격을 통한 소비자 후생증진 효과나 수직적 관계에서 발생하는 효율성 증진효과도 있으므로 로열티 리베이트 행위를 제한하는 것이 결과적으로 비효율적인 경쟁자를 보호하는 결과를 초래할 가능성도 있다. 그러므로 각 사례별로 리베이트로 인한 경쟁제한효과가 크지 아니면 효율성 증진효과가 더 큰지 여부를 비교형량 분석하여 로열티 리베이트의 효과를 판단해야 한다.

3. 로열티 리베이트 사례

로열티 리베이트에 대한 경쟁제한성 판단 기준에 대한 논의에 앞서 몇 가지 로열티 리베이트 사례를 간략하게 살펴 보고자 한다. 특히 로열티 리베이트 사례 중 다수 시장에 걸쳐 이루어지는 리베이트 경우만을 고려하여 3M사례에 대한 이해를 돕고자 한다.

SmithKline사례²⁴⁾는 SmithKline사가 Lilly사의 묶음 리베이트가 셔먼법(Sherman Act) 제2조 독점화 금지 조항을 위반했다고 문제를 제기한 사례이다. Lilly사는 다섯 종류의 세팔로스포린계(cephalosporins) 항생제를 판매하고 있었는데 이 중 Keflin과 Keflex라고 하는 항생제에 대한 특허를 가지고 있는 독점 기업이었다. SmithKline사는 세팔로스포린계 항생제 Kefzol의 대체의약품(generic product)을 생산하는 기업이며 이 두 기업은 Kefzol시장에서 경쟁하고 있었다. 이런 상황에서 Lilly사는 세팔로스포린계 항생제 총 구매량에 따라 리베이트를 제공하면서 Lilly사가 판매하는 다섯 종류의 세팔로스포린계 항생제 중 3개 이상을 리베이트 제공 기준치를 넘게 구매하는 경우 추가로 3%의 보너스 리베이트를 제공했다. 연방법원은 이러한 로열티 리베이트의 제공으로 인해 SmithKline사는 1개 제품을 가지고 3개 제품을 통해 제공받을 수 있는 리베이트에 대응하여 가격을 인하해야 하므로 경쟁에서 불리한 위치에 놓였으며 Lilly사는 독점상품을 경쟁상품과 묶어 리베이트를 제공하여 비경쟁적인(non-

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

competitive) 근거로 독점력을 획득하고 유지하려고 했다고 보아 독점화 금지조항을 위반했다고 판결했다. Lilly사는 이러한 판결에 대해 대법원에 상고했으나 상고신청이 받아들여지지 않았다.

Ortho사례²⁵⁾에서 피고측인 Abbot는 혈액내 바이러스를 검사하는 다섯 종류의 테스트를 판매하고 있었으며 원고측인 Ortho사는 그 중 한 가지 테스트를 판매하고 있었다. 이 사례에서도 역시 4개 내지 5개 테스트를 묶음으로 Abbot사에서 구입하는 경우 리베이트를 받을 수 있었다. Ortho사는 Abbot사의 이러한 행위가 경쟁자를 배제하거나 경쟁에 해를 끼친다고 주장했다. 이러한 주장에 대해 법원은 Ortho가 Abbot의 묶음할인으로 인해 더 효율적인 기업임에도 불구하고 시장에서 배제될 수 있다는 점을 원론적으로 인정하기는 했으나, Abbot가 비용이하로 가격을 책정했음을 보이거나 Ortho가 효율적인 기업임에도 불구하고 묶음할인으로 인해 제대로 경쟁할 수 없었음을 보이지 못했다는 근거로 Abbot가 경쟁을 제한하는 행위를 하지 않았다고 판단했다.

Virgin Atlantic Airway사례에서²⁶⁾ 특히 주목할 점은 미국과 유럽에서 동일한 지배적 기업행위에 대해 상이한 결론을 내렸다는 점이다. 이 사례에서 원고인 British Airways(이하 BA)는 히드로(Heathrow) 공항에서 약 100개의 루트(routes)에서 운항을 하고 있었으며 이 공항에서 비행기 이착륙(slots와 flights)기준으로 약 39%를 점유하고 있었으며 승객기준으로는 이 수준을 약간 상회하고 있었다. BA는 기업고객과 여행사를 대상으로 특정 루트의 총 판매액에서 BA가 차지하는 비중이 일정 기준치를 초과하거나 전기 판매액 대비 증가분이 일정 목표치를 초과하는 경우 리베이트를 주는 유인(incentive)을 제공했다. 일반적으로 이러한 유인책은 여러 루트에 걸쳐 제공되었으며 판매된 모든 구매액에 적용되었다. Virgin측 경제전문가로 나선 Bernheim은 약탈적 배제이론(predatory foreclosure theory)을 제시했다. 이 이론에 의하면 BA의 유인프로그램(incentive program)에 의해 증가된 판매는 비용이하에 가격이 책정되었으며 이러한 손실은 진입을 배제하거나 경쟁자의 확장을 막음으로서 경쟁압력을 덜 받

25) Ortho Diagnostic Systems v. Abbot Labs, Inc., 920 F. supp. 455.

26) Virgin Atl. Airways LTD v. British Airways PLC, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001); Case IV/D-2/34.780, Virgin/British Airways (1999). Niels and Ten Kate(2004)와 Greenlee & Reitman(2005)를 참조했음.

게 된 루트에서 경쟁가격 이상의 가격을 책정하여 회복했다고 주장했다.

비용이하로 가격이 책정되었음을 보이기 위해서 구매자가 유인목표치(incentive target)를 맞추기 위해 구매량을 증대한 경우 추가 리베이트가 추가 수입의 몇 퍼센트로 지불되어야 하는지를 유인에 따른 지불표(incentive payment schedule)를 이용하여 살펴 보았다. 이렇게 얻어진 결과를 탑승 승객의 평균가변비용(항공기 추가에 따른 비용도 포함)과 비교하였다. 추가적인 리베이트비용과 추가 승객을 모으기 위해 발생하는 평균가변비용을 합한 비용이 유인프로그램으로 인해 발생하는 추가수입을 능가하므로 추가 판매는 원가이하에 판매되었다고 결론지었다. 그러나 법원은 실제 수입증가나 비용에 대한 증거가 제시되지 않았으므로 증거로 불충분하다고 판단하였다. 즉 원가이하 가격책정에 대한 충분한 증거가 없다는 근거로 BA의 행위가 위법하지 않다고 보았다.

미국에서는 고객의 충성도에 따른 보상체계는 실력에 의한 경쟁(competition on the merits)으로 경쟁을 촉진한다고 본다. 따라서 Sherman법 제2조 위반여부에 관해 원고에게 피고가 약탈적 또는 경쟁제한적 행위를 하였음을 보이고, 독점화 의도와 독점력 획득 위험성이 높음을 보일 것을 요구하였으나 원고가 이러한 기준을 충족시키는 증거를 제시하지 못했고 그 결과 제2조 위반이 없었다고 판단하였다. 이에 반해 유럽은 유인구조 디자인(design of the incentive structures)에 주목하였다. 특히 성과급이 소급되어 적용되므로 목표치에 근접한 여행사의 경우 경쟁사 대신 British Airways의 표 판매를 촉진시킬 유인이 있음에 주목했다. 이러한 경우 경쟁사는 경쟁에서 불리한 위치에 놓일 수 있으며 할인과 충성도에 따른 보상체계를 채택한 행위를 지배적 기업의 남용행위로 판단하였다.

이상의 사례를 요약하면 <표 1>과 같다. 4가지 사례²⁷⁾에서 공통적인 내용은 모두 원가이하로 판매하지 않았으며 리베이트가 적용되는 기준치가 경쟁자를 완전 배제하는 수준은 아니었다는 것이다. 즉 약탈적 가격책정 수단이나 배타적 거래가 수단으로 사용되었다고 보기에는 미약한 면이 있다.

27) 3M(LePages's) 사례는 다음 장에서 살펴 보고자 한다.

【표 1】 미국의 묶음 리베이트 사례와 특징

사례	원가 이하	완전배제에 가까운 기준치*	자사제품구매비율할인	모든 구매량에 적용	다수 시장	승자 (최종법원)
SmithKline (1978)	N	N	N	Y	Y	원고 (연방법원)
Ortho (1996)	N	N	N	Y	Y	피고 (약식재판**)
Virgin Atlantic (2001)	N	N	N	Y	Y	피고 (약식재판)
LePage's (2003)	N	N	N	Y	Y	원고 (연방법원)

N: 해당되지 않음. Y: 해당됨.

*: 리베이트가 적용되는 기준치를 충족하기 위해서 거의 모든 리베이트 제공기업으로부터 구매해야 하는 경우.

** : Summary Judgment.

출처: Kobayashi (2005)에서 일부 수정.

4. 경쟁제한성 판단 기준

Hovenkamp는 배제적 행위(exclusionary conduct)를²⁸⁾ 경쟁자의 기회를 훼손하여 독점력을 창출, 확대, 또는 유지 가능하며 i) 소비자에게 전혀 이득이 되지 않거나 ii) 해당 행위로 인해 발생하는 소비자 편익을 위해 꼭 필요한 행위가 아니거나 iii) 해당 행위로 인해 발생하는 편익과 비교하여 과도하게 큰(disproportionate) 해(harm)를 발생시키는 행위라고 정의하고 있다. 그러나 Easterbrook(2003)도 밝히고 있듯이 배제적 행위와 경쟁행위는 외형상 비슷하게 보인다²⁹⁾. 즉 두 행위 모두 성공적으로 행해졌을 때 외형적으로는 경쟁자가 불리한 위치에 놓이게 되므로 일반적으로 외형상 나타난 결과만으로 두 행위를 구분하기는 쉽지 않다.

로열티 리베이트가 경쟁을 제한하는 배제적 행위인지 여부를 판정하고자 하는 경우에도 동일한 어려움에 봉착하게 되어 경쟁을 제한하는 리베이트와 그렇지 않은 리베이트를 구분할 수 있는 분명한 기준을 제시하기 어렵다. 지배적 기업의 로열티 리베이트를 당연위법적(per se illegal)으로 접근하는 유럽과 달리 미국에서는 약탈적 가격 책정 기준에 준하여 리베이트

28) Gavil(2004)에서 재인용 p.61.

29) Easterbrook는 'the puzzle of exclusionary conduct'라는 표현을 사용하고 있다.

가격이 비용 이상인 경우 원칙적으로 합법적이라고 보는 경향이 강하다.³⁰⁾ 그러나 로열티 리베이트처럼 배타적인 거래관계를 형성하고자 하는 유인을 갖도록 고안된 가격책정구조를 사용하고 있는 경우 가격이 비용보다 높다고 해서 해당 행위를 항상 합법적이라고 볼 수 없다는 의견이 다수 존재한다. 이 경우 가격수준보다는 가격이 형성되는 구조와 영향을 살펴봐야 한다는 주장이다. 즉 배타적 거래관계를 형성하고자 하는 유인을 갖는 자사제품구매비를 할인과 같은 가격구조의 문제는 약탈적 가격과 같이 가격 수준이 너무 낮아 경쟁상 문제를 유발하기 보다는 특정 가격구조에 의해 사실상의(de facto) 배타적 관계가 형성되는 것이 문제라는 것이다. 따라서 약탈적 행위와 좀 다른 시각에서 접근해야 한다는 것이다.

경쟁배제성 여부를 판단하기 위한 기준으로 효율적 경쟁기업의 배제여부, 약탈 내지 배제 의도 외에 합리적인 이유가 존재하는지 여부, 해당 행위에 따른 비용이 편익보다 과도하게 큰지 여부 등을 살펴보는 것 등이 있다. 그러나 어떤 기준을 사용해야 하는지 뿐만 아니라 실제 사용된 기준에 근거한 증거를 어떻게 보일 수 있느냐 하는 것은 여전히 어려운 문제도 남아 있다.

Heimler(2005)는 로열티 리베이트가 배제적 행위에 해당되기 위해서 다음 세 가지가 만족함을 보여야 한다고 주장한다. 첫째, 관련시장에서 지배력을 가지고 있어야 한다. 둘째, 구매자의 구매량이 리베이트가 적용되기 시작하는 목표치보다 지나치게 많거나 적지 않아야 한다.³¹⁾ 셋째, 동일하게 효율적인 경쟁기업이 리베이트에 대응하기 위해서는 가격을 비용이하로 책정해야 한다. 효율적인 경쟁기업이 지배적 기업의 리베이트에 효율적으로 대응하기 위해서는 가격을 비용이하로 낮추어야 한다는 것은 손실을 감수해야 한다는 것을 의미한다. 따라서 리베이트로 인해 효율적인 경쟁기업이 손실을 보게 되는 경우 해당 리베이트는 경쟁을 저해한 것으로 보고 있다. 결국 리베이트로 인해 효율적 기업이 배제될 수 있는지 여부가

30) 예를 들어 Barry Wright, 724 F.2d 경우 비용이상 수준을 유지하는 가격인하를 문제시하면 아주 바람직하고 경쟁촉진적인 가격 인하를 저해하는 것이라고 밝히고 있다. 또한 Henry, 809 F.2d 경우 약탈적 가격이 아닌 가격인하는 경쟁법하에서 촉진되어야 한다고 밝히고 있다.

31) 구매자의 구매량이 너무 작아 새로운 기업의 진입이 없어도 리베이트 적용치를 충족할 수 없거나 구매량이 너무 많아 새로운 기업 진입 후에도 적용치를 달성할 수 있다면 리베이트로 인해 경쟁자 배제가 일어날 가능성은 아주 낮다.

경쟁성 판단에서 중요하다고 본다.

Greenlee and Reitman(2005)은 리베이트가 미치는 영향이 시장형태에 따라 차이가 있음에 주목하여 1단계로 문제가 되는 로열티 프로그램으로 인해 영향을 받는 시장의 구조를 분류하고 2단계에서 각 시장구조별로 로열티 리베이트가 어떻게 경쟁적인 전략으로 사용될 수 있는지를 살펴보았다. 이에 따라 단일시장(single market), 여러 시장에서 경쟁하는 다수 시장(parallel markets), 다수의 시장에서 경쟁하는 기업 중 하나가 한 시장에서 지배력을 가지고 있는 경우로 나누어 경쟁 수단과 배제 수단을 구분할 수 있는 방법을 제시하고자 했다.

첫 번째와 두 번째 유형의 경우는 기업이 리베이트를 받을 수 있는 목표치(target requirement)를 높인 결과 발생한 추가 판매로 얻어지는 이윤이 추가 할인비용보다 작은 경우 리베이트는 경쟁 수단으로 사용되었기 보다는 배제 수단으로 사용되었다고 볼 수 있다는 추가 이윤과 추가 비용 기준을 제시했다. 그러나 지배적 기업에 의한 묶음 리베이트에 해당되는 세 번째 경우에 대해서는 뚜렷한 기준을 제시하지 못하고 약탈적 가격기준, 추가이윤-비용 기준 등만이 언급되고 있다. 그밖에 배제적 끼워팔기(exclusionary bundling) 테스트³²⁾를 제시하고 있다. 이 테스트에 의하면 독점제품 시장에서 제공하는 총 할인액이 경쟁제품 시장에서의 이윤을 초과하는 경우 배제성이 있다고 본다. 즉 리베이트 제공 기업이 지배력을 가지고 있는 시장을 이용하여 경쟁시장으로 지배력을 확장하고자 하는 것으로 볼 수 있다는 것이다.

지배적 기업이 묶음 리베이트를 통해 독점제품 A만을 구매했을 때보다 다른 제품 B와 독점제품 A를 함께 구매했을 때 더 낮은 가격을 지불하도록 가격을 책정한 경우 독점제품과 함께 경쟁기업으로 제품 B를 구매하던 구매자는 독점기업으로부터 제품 B를 구매하고자 할 유인이 생긴다. 이런 경우 사실상 리베이트를 통해 구매가격이 낮아지기는 했으나 경쟁자 배제가 일어났으므로 묶음 리베이트는 반경쟁적인 효과가 있다고 할 수 있다. 특히 지배적 기업이 독점제품만을 구입할 때 지불 가격을 독점가격 이상으로 책정하고 다른 제품과 독점제품을 함께 구매하는 경우 리베이트를 통해 독점제품에 대해 사실상 독점가격을 지불하도록 만든 경우에도 구매 전환은

32) Nalebuff(2004)에서 유래된 용어이며 비슷한 테스트를 제시하고 있다.

발생할 수 있다³³⁾. 이런 경우라면 낮은 가격으로 인한 소비자 후생증가는 없으며 독점제품만을 구입하는 구매자는 사실상 과도한 가격을 지불하는 결과를 가져와 리베이트로 인해 소비자 후생은 감소되었다고 볼 수 있다. 따라서 구매자들이 묶음 리베이트를 선택하도록 하기 위해 독점제품만을 구입할 때의 가격을 인위적으로 인상했다는 증거가 발견된다면 묶음 리베이트는 경쟁을 제한한다고 판단할 수 있을 것이다.

Rubinfeld(2005)는 리베이트의 경쟁제한성 여부를 판단할 수 있는 테스트로 추가비용편익 테스트(incremental cost-benefit test)를 제시하고 있다. 리베이트의 경쟁제한성 여부를 테스트하기 위한 필요조건은 할인 제공에 따른 추가적인 비용이 추가판매에 따른 이윤증가를 능가하는지 여부일 것이다. 따라서 리베이트 제공 비용이 커서 리베이트로 인한 추가 판매가 이루어짐에 따라 손실이 발생한다면 리베이트 제공은 이윤극대화를 위한 행위라고 보기 어렵다. 따라서 리베이트를 제공하는 이유가 이윤극대화가 아닌 다른 이유가 있다고 봐야 할 것이며 리베이트가 경쟁자를 불리한 위치에 놓이도록 하는 것을 볼 때 배제의도가 있다고 볼 수 있다는 것이다.

Lambert(2005)에 의하면 미국 판례에서 발견할 수 있는 묶음 리베이트를 평가하는 기준들이 크게 5가지로 볼 수 있다. 당연 합법(per se legality)적 접근 방식, 경쟁자의 비용을 과도하게(unjustifiably) 상승시킨 경우 배제적 행위라고 보는 접근 방식, 묶음리베이트에 경쟁자가 판매하지 않는 제품을 포함하고 리베이트에 대한 경제적으로 합리적인 이유를 제시하지 못한 경우 배제적이라고 보는 접근 방식, 효율적인 경쟁자가 경쟁에서 불리해진 경우 배제적이라고 보는 접근 방식, 가상적인 효율적 경쟁자가 배제될 수 있는 경우 배제적이라고 보는 접근 방식이다. 이러한 접근 방식을 검토한 후 Lambert(2005)에 의해 제안된 평가 방법은 비용이 상인 묶음 리베이트를 일단 적법한 것으로 추정되되 경쟁적인 할인으로 제공할 수 있는 옵션³⁴⁾을 다 사용한 효율적인 경쟁기업에 의해 이러한 추정을 반박할 수 있도록 해야 한다고 주장한다.

33) 이런 경우 사실상 리베이트는 눈속임에 불과하다고 할 수 있다.

34) 예를 들어 가격을 더 이상 낮추거나 묶음할인을 제공하기 위해 새로운 시장에 진입하거나 다른 사업자와 협력하여 묶음할인을 제공하는 방법으로 사업을 영위할 수 없음을 보이는 경우.

이상의 논의를 바탕으로 로열티 리베이트의 경쟁제한성 여부를 판단하기 위한 프레임워크(framework)는 <그림 1>과 같이 도출될 수 있다. 우선 리베이트가 제공되는 경우와 그렇지 않은 경우를 비교하여 리베이트 제공으로 인해 증가된 판매량이 어느 정도이며 이로 인한 경쟁기업의 매출이 얼마나 감소되었으며 경쟁기업에 얼마나 큰 영향을 미치는가를 판단해야 할 것이다. 만약 경쟁기업에 미친 영향이 미약하다면 당연히 경쟁제한성은 없다고 볼 수 있다.

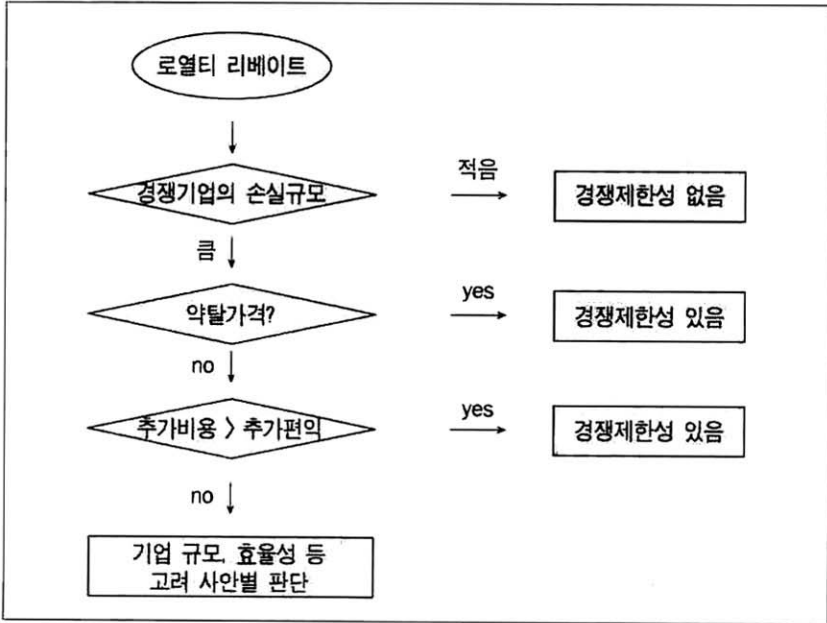
리베이트로 인한 매출증가분이 경쟁기업에 미친 영향이 막대한 경우 우선 가격이 비용이하인지 여부를 검토한다. 만약 가격이 비용이하라면 경쟁제한성이 있는 것으로 판단한다. 가격이 비용 이상인 경우 리베이트로 인한 비용과 수입증가분을 비교하여 수입이 더 많이 증가했다면(즉 리베이트로 인한 이윤증가가 양수인 경우) 일단 리베이트는 이윤극대화를 위한 정상적인 기업행위라고 판단한다. 반대의 경우라면 이윤극대화로 합리화할 수 없는 행위이므로 리베이트는 경쟁자 배제 의도가 있는 경쟁제한적인 행위라고 판단한다.

논란의 여지가 많은 부분이 바로 리베이트로 인해 경쟁기업이 손실을 보고 있으나 이로 인해 해당 기업의 이윤이 증대되고 있는 경우이다. 즉 가격이 비용이하로 책정되지 않은 경우이다. 이 경우 리베이트 제공기업이 배제내지 진입제한을 위한 수단으로 리베이트를 사용하고 있는지 아니면 정상적인 경쟁과정에서 발생하는 경쟁수단의 하나로 리베이트를 사용하고 있는지에 대한 판단을 해야 한다.

경쟁자 배제가 일어날 가능성이 높고 배제되는 기업이 효율적인 기업이라면 리베이트는 경쟁제한성 문제가 있다고 볼 수 있다. 또한 경쟁기업간 규모의 차이가 존재하는 경우이다. 즉 지배적 기업은 전체 수요를 충족할 만큼 충분한 공급능력을 갖추고 있으나 경쟁기업은 그렇지 못한 경우 지배적 기업이 비용이상으로 유지하는 할인을 제공하는 경우라도 경쟁기업내지 잠재적 경쟁기업은 기업 생존을 위한 충분한 수요를 확보할 수 없어 시장에서 퇴출되거나 진입이 막아지는 효과가 있을 수 있다. 즉 배제적인 행위일 수 있다. 약탈적 의도가 없는 로열티 리베이트의 경쟁제한성 여부를 판단할 수 있는 분명하고 일반적인 기준은 아직 정립되어 있지 못하다. 따라서 구체적인 사안별로 판단될 수밖에 없을 것이다. 이 경우 해당 시장의

구조, 리베이트 제공 기업과 경쟁기업의 특성, 리베이트 제공 의도 등에 대한 분석이 치밀하게 수행되어야 할 것이다.

[그림 1] 로열티 리베이트 경쟁제한성 판단을 위한 프레임워크



다음 장에서 살펴볼 3M사례가 이 경우에 해당된다. 지배적 기업이 제공한 로열티 리베이트가 비용이상인 경우로 로열티 리베이트가 경쟁을 제한하는 수단으로 사용되었는지 아니면 적법한 경쟁수단으로 사용되었는지 여부가 쟁점이 되었다. 최종적으로 경쟁을 제한하는 수단으로 사용되었다고 판단되었으나 충분한 판단 근거를 제시하지 못하고 이후 비슷한 사례에서 참고할 수 있는 분명한 기준을 제시하지 못했다는 비판에 직면하고 있다.

III. 3M 사례 개요 및 쟁점

1. 사례의 개요

3M은 Scotch라는 브랜드의 투명테이프를 도입한 후 90년대 초까지 미

국 투명테이프시장에서 90%이상의 시장점유율을 가지고 있던 지배적 기업이다. 3M이 장악하고 있는 투명테이프시장에서 LePage는 1980년대 경부터 저가의 판매자상표(private-label³⁵)제품을 판매하기 시작했다. 이러한 전략은 성공적이어서 1992년 즈음에는 판매자상표 투명테이프 시장에서 88%의 시장점유율을 가지는 지배적 공급자가 되었다. 이에 90년대 초 3M 역시 판매자상표 제품을 공급하기 시작했다.

브랜드 투명테이프 시장에서는 3M의 Scotch 브랜드가 지배적인 가운데 저가 투명테이프 시장에서는 LePage, 3M, Tesa Tuck 등이 경쟁을 벌이고 있는 상황에서 LePage가 3M이 리베이트를 이용해 Sherman법을 위반했다는 반독점 소송을 제기하게 되었다.

이에 2002년 지방법원(district court)에서 배심원은 3M이 Sherman법 제1조를 위반하는 거래를 제약하는 배타적 거래를 했다는 주장은 받아들이지 않았으나 Sherman법 제2조를 위반하는 독점화를 시도했다고 판결했다. 이러한 판결에 대해 3M은 항소하였다. 처음에는 연방항소법원(circuit court panel)에서 LePage가 3M이 비용이하로 가격을 책정했다는 것을 보여야 한다는 이유로 지방법원에서의 판결을 뒤집었다.³⁶ 그러나 재심리가 허용되어 판사가 모두 참석한(en banc) 결정에서 배심원의 판결이 옳았다고 판결하였다. 최종적으로 2003년 연방항소법원은 묶음 리베이트가 남용행위에 해당된다고 판결하고 3M에게 6천 8백만 불 규모의 징벌적 배상(treble damage)을 부과했다.

연방항소법원은 독점기업에 의해 묶음 리베이트가 제공되면 다양한 제품군을 생산하지 못하는 (잠재적) 경쟁자가 시장에서 배제될 수 있으므로 묶음 리베이트는 경쟁제한적이라고 판단했다. 경쟁기업인 LePage의 시장점유율 감소가 배제적 행위 여부를 판단하는 가장 강력한 근거로 사용되었다. 그밖에도 리베이트 제공기간동안에 소매상이 3M이 제시한 목표치를 맞추기 위해 LePage로부터의 구매량을 급속히 감소시킨 증거, LePage의 매출대비 이익의 하락, 투명테이프 시장에 상당한 수준의 진입장벽이 존재한다는 것 등이 고려되었다.

이후 3M은 사건이송명령(a Writ of Certiorari)³⁷을 요구하였으나

35) 제조자가 아니라 소매업자의 이름으로 판매되는 제품을 지칭한다. 우리나라에서 흔히 PB(Private Brand)상품으로 불린다.

36) A divided panel of that court reversed the district court's judgment.

2004년 대법원은 이를 받아들이지 않았다. 3M은 재심리를 통해 대법원이 상대적으로 작은 규모의 경쟁기업으로부터 고객을 유인하기 위해 가격을 낮추는 방법으로 지배적 기업이 가격할인을 제공하고 할인된 가격이 비용보다 높은 경우 지배적 기업에 의한 이러한 가격할인이 Sherman법 제2조 위반에 해당되는지 여부에 대한 입장을 표명해 주기 원했으나 대법원은 입장을 밝히지 않았다.³⁸⁾ 결국 대법원이 사건이송명령(certiorari)을 받아들이지 않으므로 지배적 기업이 공격적으로 경쟁할 수 있는 능력을 저해하고 독점기업의 합법적인 경쟁행위에 대한 가이드라인을 제공하지 못하고 있다는 주장들이 제기되기도 했다.³⁹⁾

3M사례 이전에는 미국에서 로열티 리베이트는 가격이 비용이상이라는 조건이 유지되는 경우 정상적인 경쟁행위로 보는 경향이 강했다. 그러나 이 사례에서 가격이 비용 이상이었음에도 불구하고 묶음 리베이트를 배제적 행위라고 보았다.

2. 사례의 주요 내용

1) 관련시장

이 사례에서 획정된 관련시장은 미국내 투명테이프 시장이며 관련 시장 획정에 대한 별다른 논란은 없었다. 1902년 설립된 3M은 70여 년 전 Scotch라는 브랜드로 투명테이프를 도입한 후 90년대 초까지 미국 투명테이프시장에서 90%이상의 시장점유율을 가지고 있던 독점 기업이다. 이 사례에서 다루고 있는 1993년에서 1999년까지 기간동안에도 미국 투명테이프 시장에서 상당한 수준의 시장력을 가지고 있는 것으로 판단되었다.

LePage는 1980년대 경부터 저가 브랜드인 판매자상표(private-label) 제품을 판매하기 시작했다. 판매자상표제품 판매 전략은 성공적⁴⁰⁾이어서

37) 대법원이 사건을 검토해 줄 것을 요청하는 것을 의미한다.

38) 대법원이 3M의 사건이송명령 요구를 받아들일지 여부를 결정할 때 미 법무성(Department of Justice: DOJ)과 연방거래위원회(Federal Trade Commission: FTC)는 이 사건을 더 이상 다루지 않을 것을 대법원에 권고했다. DOJ와 FTC는 묶음 리베이트를 포함한 묶음행위(bundling arrangement)에 대한 경제이론이 충분히 발전되어 경쟁제한성이 성립되는 조건을 법원이 분명하게 제시할 수 있을 때까지 기다려야 한다는 의견을 제시했다.

39) Rubinfeld(2005) 참조.

40) 성공의 이면에는 Office Depot, Staples 같은 대형 유통업체가 판매자상표 제품

1992년 즈음에는 판매자상표 투명테이프 시장에서 지배적인 공급자가 되어 저가 브랜드 시장에서 88%의 시장점유율을 가지게 되었다. 이에 3M은 90년대 초 자사의 판매자상표 테이프 제품을 공급하기 시작했고 자사의 저가 브랜드인 Highland 테이프 제품의 판매를 촉진시키면서 LePage, Tesa Tuck 등 저가 브랜드 경쟁기업에 대응하였다.

관련시장인 투명테이프 시장은 크게 3M의 Scotch로 대표되는 고가의 브랜드 제품과 저가 제품으로 구성되어 있다. 저가 제품은 제조업자의 상표를 표시하지 않고 소매업자의 상표로 표시되는 판매자상표(private-label)와 3M의 Highland와 같은 저가 브랜드(second brand) 제품으로 구성되어 있다. 고가 브랜드 제품에서 3M의 제품이 차지하는 비중은 90%정도에 이르며 판매자상표 제품 중에서 LePage의 제품 비중이 가장 높은데 88%에 이르다가 사건 기간에 67%로 하락되었다.

【표 2】 투명테이프 시장의 구성

투명테이프 시장		
브랜드투명테이프 시장	저가투명테이프 시장	
	판매자상표(private-label) 제품	저가 브랜드(second brand)
3M의 Scotch (90%)	LePage (88%→67%)	3M의 Highland

2) 3M의 묶음 리베이트 방식

3M의 제품군은 투명테이프나 포스트잇(post-it)과 같은 문구용품, 스폰지 등과 같은 생활용품(home improvement products), 시청각(audio/visual) 제품과 같은 여가용(Leisure Time) 제품, 집안관리제품(Home Care Products), 건강제품(Health Care Products), 자동차관련제품(Retail Auto Products) 등 6개로 구성되어 있다. 이러한 제품군을 묶어 1993년과 1994년에 시험프로그램(pilot program)에 해당되는 고객맞춤형(customized pilot) 프로그램을 시작했다. 이 프로그램은 EGF (Executive Growth Fund) 프로그램으로 불리며 이 프로그램에 속해 있는 기업들의 성장목표(growth target)를 설정하여 그 목표를 충족한 기업에 대해 리베이트를 제공하는 방식으로 이루어졌다. 리베이트 수

을 성공적으로 마케팅한 측면도 있다고 평가되고 있다.

준은 목표를 충족한 3M 제품의 수에 따라 결정되었다. 즉 문구용 제품에 대해 최고 할인을 받기 위해서는 3M의 다른 사업부에서 판매하고 있는 가정용품과 같은 제품에 대한 목표가 충족되어야 한다. 할인율은 총 판매액 대비 0.2%에서 1.25%였다. 1995년에는 이 프로그램을 표준화하여 모든 구매자에게 PGF(Partnership Growth Fund)라는 프로그램을 제공하게 되었다. EFG와 마찬가지로 이 프로그램에도 3M의 6개 제품군을 포함했으며 할인율은 최고 2%까지 제공되었다.

제품라인별, 구매자별(customer-specific)로 목표 성장률을 정하고 그 목표치를 달성한 제품라인의 수에 따라 리베이트의 크기를 결정되는 이와 같은 프로그램은 제품라인별로 목표치를 달성해야만 리베이트의 크기를 최대화할 수 있으므로 구매자는 모든 제품라인에 대해 목표치를 달성하고자 하는 유인이 존재한다. 또한 리베이트율 자체는 그리 크지 않다고 볼 수 있으나 묶음 리베이트에 포함되는 제품군이 여러 개라 구매자에 따라서는 리베이트를 받는 총액수가 아주 커져⁴¹⁾ 그 구매자에게 판매되는 LePage의 판매자상표 테이프 총판매액 대비 리베이트액 비중이 상당히 높기도 했다⁴²⁾.

3) 양측의 주장과 법원의 판단

LePage는 3M이 리베이트를 제공함에 따라 자사제품의 판매량이 감소했으며, 효율적 생산 규모를 유지할 수 없게 됨에 따라 피해가 발생되었다고 주장했다. 처음에는 묶음 리베이트에 의해 3M이 지배력을 가지고 있는 주 상품(typing product)을 구매하기 위해 부상품(tied product)도 구매하도록 구매가 강요되었다는 끼워팔기(tying)로 인한 셔먼법 제1조 위반을 주장하기도 했으나 실제 재판에서는 주장하지 않았다. 3M이 묶음 리베이트를 이용한 가격책정방식을 이용해 LePage 고객이 3M으로 구매를 변경하도록 만들고 특정 구매자에게는 배타적 거래(exclusive dealing)와 같은 효과를 가져와 위법한 수단으로 독점을 유지하려고 했다고 주장했다.

41) Kmart의 경우 1997년 약 92만불을, Wal-Mart의 경우에는 1996년 150만불 이상으로 리베이트를 받았다. 따라서 리베이트를 받기 위한 유인이 강하다고 할 수 있다. 3M 테이프를 구매하지 않으므로 발생할 수 있는 리베이트 손해액은 Sam's Club의 경우에는 약 26만불, Kmart는 약 45만불, American Store의 경우에는 20만불에서 31만불 정도로 추정되었다.

42) Greenlee and Reitman(2005).

즉 3M이 묶음 리베이트 방식을 통해 LePage가 높은 시장점유율을 가지고 있는 판매자상표(private label) 테이프 시장의 성장을 막아 3M이 지배력을 갖고 있는 브랜드테이프 시장에서의 독점력을 계속 유지하고 궁극적으로 브랜드 테이프의 가격을 올리고자 하는 목표를 가지고 있다고 주장했다.

이러한 주장에 대해 3M은 LePage가 위법한 행위라고 주장하는 행위가 합법적인 경쟁방식이지 경쟁자를 배제하고자 하는 의도로 행해진 것이 아니라고 주장하고 있다. 특히 가격이 원가이하로 책정되지 않았음을 줄곧 주장했다.

3M은 원고인 LePage가 피고인 3M이 비용이하로 가격을 책정했다는 사실을 보이지 못한다면 해당 행위가 서면법 제2조 독점화 금지를 위반한 것이라고 보기 어렵다고 주장하고 있다. 즉 묶음 리베이트를 제공하고 일부 배타적 거래가 있었다는 것은 인정하나 원가 이하로 가격을 책정하지 않았으므로 제2조를 위반하지 않았다고 주장했다. 또한 리베이트는 판매를 증대시키기 위한 적법한 경쟁 수단이며 묶음 리베이트를 통해 단일 송장(single invoices), 통괄 출하(consolidated shipment) 등에 따른 편익을 획득할 수 있어 효율성 증진효과가 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 이러한 비용절감효과가 해당 행위의 사업상 합리적인 이유(business justification) 증거로 부족하다는 이유를 들어 받아들이지 않았다.

배심원은 3M의 가격책정방식이 서면법 제1조에 따른 반경쟁적인 배타적 거래에 해당된다고 보지는 않았으나 투명테이프 시장에서의 지배력을 유지하고자 하는 수단으로 사용되어 서면법 제2조를 위반했다고 보았다. 이후 항소법원도 3M이 투명테이프 시장에서 경쟁자를 배제하기 위한 수단으로 묶음 리베이트 프로그램을 사용했다고 보고 배심원의 평결을 확정했다.

법원이 묶음 리베이트가 3M의 독점력 남용행위를 의미한다고 본 중요한 이유 중 하나는 리베이트 액수가 아주 컸기 때문이다.⁴³⁾ 이처럼 리베이트 액수가 컸기 때문에 3M의 가격프로그램으로 인해 판매량이 작은 LePage가 3M과 경쟁하기 어렵게 되었고 이로 인해 LePage에 손해를 끼

43) 익명의 심사자 중 한분에 의하면 3M이 제공한 리베이트 액수가 LePage 테이프 판매액의 거의 절반 수준에 이르렀다고 한다.

쳤다고 본 것이다.⁴⁴⁾

이 사건에서 나타난 항소법원의 결론⁴⁵⁾을 요약하면 첫째, 투명테이프의 가격을 비용 이하로 책정하지 않았을 지라도 3M의 배제적 행위는 Sherman 법의 독점화 금지 조항을 위반하고 있으며, 둘째 3M의 행위는 경쟁을 제한하는 효과가 있고, 셋째 3M의 행위는 적법한 사업상의 합리화 이유⁴⁶⁾가 없다는 것이다(즉 사업상 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 없다). 마지막으로 경쟁사가 손해액을 추정함에 있어 위법한 행위로 인해 발생한 피해와 적법한 행위로 인해 발생한 피해를 구분하여 계산할 필요가 없다는 것이다⁴⁷⁾.

4) 사례에 대한 비판

이 사례는 지배적 기업의 묶음 리베이트 제공이 경쟁을 저해하는가 하는 문제를 다루고 있다. 일반적으로 리베이트는 낮은 가격을 통해 소비자 후생을 증진시키는 일상적인 경쟁수단으로 인식되고 있다. 그러나 지배력을 가지고 있는 기업이 자신이 지배력을 가지고 있는 제품을 끼워서 묶음 리베이트를 제공하는 경우 과연 이러한 행위가 합법적인 경쟁수단이라고 봐야 하는지, 경쟁을 저해하는 효과가 있다면 어떻게 판단할 수 있는가 하는 문제가 발생된다.

이 사례에서 나타나는 쟁점은 다음 몇 가지로 요약해 볼 수 있다. 첫째, 리베이트를 통해 비용이상으로 책정된 낮은 가격이 경쟁을 저해하는 것인가? 둘째, 3M은 묶음 리베이트를 이용하여 브랜드투명테이프 시장에서의 독점력을 유지하려고 했는가? 셋째, 묶음 리베이트의 경쟁제한성을 판단하는 기준은 무엇이 되어야 하는가? 넷째, 지배적 기업의 합법적인 경쟁행위 여부를 어떻게 판단할 수 있는가? 그밖에도 피해액(damage)을 계산한 방

44) Rubinfeld(2005)는 이러한 법원의 태도가 고객들에게 낮은 가격을 제공하고 동등하게 효율적인 기업이 대응할 수 있는 가격을 낮추는 효과가 있는 가격정책을 위법이라고 보았다고 비판하고 있다.

45) 324 F3d 141 (3d Cir 2003) (en banc), cert denied 124 S Ct 2932 (2004).

46) 사업상 합리적인 이유(business justification)는 직접적 혹은 간접적으로 소비자 후생을 증진한 효과가 있어야 한다. 효율성 증진, 제품의 품질 관리(quality control) 등이 적법한 경쟁적 이유(legitimate competitive reasons)가 될 수 있다. 그러나 해당 기업에게 이익이 된다는 것은 적법한 이유가 될 수 없다.

47) 손해액 추정에 대한 논란은 본 논문에서는 다루지 않고 있다.

법에 대한 논란도 있다.⁴⁸⁾

위에서 열거한 쟁점에 대한 법원의 입장은 다음과 같이 요약된다. 첫째, 리베이트로 인한 가격이 비용이상일 경우 약탈적 가격책정은 아니지만 배제적 행위로 볼 수 있으며, 둘째, 3M은 묶음 리베이트를 이용해 저가브랜드 구매를 제약하고 브랜드 투명테이프제품에 대한 자사의 지배력을 유지하려고 했으며, 셋째, 묶음 리베이트로 인해 경쟁자에게 피해가 발생하였으므로 경쟁제한성이 있다고 보았다. 넷째, 이 사례에서 지배적 기업의 합법적인 경쟁행위와 그렇지 않은 행위를 구분하는 분명한 판단기준을 제시하지 못하고 있다. 이러한 법원의 입장에 대해 우선 법원이 주장하고 있는 묶음 리베이트를 통한 독점유지이론은 그 근거가 미약하다는 비판이 존재한다.

Rubinfeld(2005)는 추가비용편익테스트(incremental cost-benefit test)에 의해 리베이트의 경쟁제한성 여부를 판단하기 위한 필요조건은 할인제공에 따른 추가적인 비용이 추가판매에 따른 이윤 증가를 능가하는지 여부를 보여야 한다고 주장한다. 즉 리베이트 제공 비용이 커서 추가로 투명테이프를 판매함에 따라 손실이 발생한다는 것을 보인다면 정상적인 이윤극대화 행위라 볼 수 없으며 경쟁제한의도가 있다고 볼 수 있다는 것이다. 그러나 이 사례에서는 이에 대한 증거나 언급이 없음을 비판한다. 또한 LePage는 3M이 묶음 리베이트 방법 외에 좀 더 효과적이고 낮은 비용으로 경쟁목적을 달성할 수 있는 대체적인 방법이 있었음을 보이지 못했다는 것이다. 따라서 3M이 제공한 묶음 리베이트가 경쟁제한성 조건을 충족하지 못하고 있다고 본다.

이처럼 이 사례에서 경쟁제한성 테스트가 제대로 이루어지지 않았음에도 불구하고 대법원이 사건이송명령(certiorari)을 받아들이지 않은 결과 리베이트와 관련된 독점화 사례를 다룰 기회를 놓쳤으며 지배적 기업의 할인행위의 위법성 여부를 판단하기 위해 어떤 증거가 필요한지에 대해 분명한 가이드라인을 제시하지도 못하게 되었다고 비판하고 있다.

48) 예를 들어 Crane(2006)은 원고측에서 묶음 리베이트로 인한 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과를 구분할 수 있는 모형을 제시하고 손해액을 계산함에 있어 반경쟁적 할인에 의해 발생한 손해에 한정해야 할 것임을 주장하고 있다(법원에서 피해액을 산정할 때 반경쟁적 할인으로 인한 피해액과 정상적인 경쟁의 결과 발생한 피해액을 구분하지 않았다).

그러나 Tom et al. (2000)은 배타적 거래(exclusive dealing) 유인을 제공하는 가격구조가 경쟁제한적일 수 있음을 보이고 있다. 이 경우 약탈적 가격에 적용되는 테스트는 적용되지 않는다고 보고 있다. 특히 여러 제품들을 번들링(bundling)하여 할인을 제공하는 경우 단일제품을 생산하는 좀 더 효율적인 기업이 시장에서 퇴출될 수 있다고 본다. 기업이 제공한 묶음 리베이트가 비용이상의 가격을 형성함에도 불구하고 위법한 것으로 볼 수 있다는 내용은 Ortho사례와 SmithKline사례에서도 발견할 수 있다. 3M 사례에서도 마찬가지로 묶음 리베이트가 비용이상으로 제공되었지만 묶음 리베이트의 제공을 지배적 기업의 배제적 행위로 볼 수 있다고 보았다.

또한 경쟁자에게 피해가 발생했으므로 경쟁제한성이 있다고 판단하였으나 LePage는 3M의 가격프로그램이 왜 위법한지에 대한 상세하고 실증적인 증거를 제시하지 못했으며 3M 역시 묶음 리베이트가 효율성을 증진시킨다는 정량적인 사례를 제시하지 못하고 정성적인 분석에만 그치고 있음에 대한 비판이 존재한다. 법원이 LePage에게 피해가 발생했지만 3M의 가격정책에 대응할 수 있는 여력이 있었는지 여부에 대한 분석없이 피해 발생만으로 위법하다고 판단한 것은 충분하지 않다는 비판이 있다. 특히 LePage의 시장점유율이 감소되었다고는 하나 사건 기간 동안 여전히 판매자상표(private label)테이프에서 60%가 넘는 비중을 차지하고 있었다. LePage의 시장점유율이 감소되는 등 피해가 발생된 것이 정당한 경쟁의 결과인지 아니면 지배력 남용의 결과인지에 대한 분석이 결여되어 있다는 것이다.

그러나 Englert(2005)는 Staple, Office Depot 등 대형사무용품 매장에서 자체브랜드 투명테이프를 저가에 공급하게 되자 이에 대한 대응으로 3M이 자체 저가 브랜드를 도입하였으며 그 목적은 저가 브랜드 시장에서 수익성을 확보하기 위한 것이라기 보다는 LePage와 같은 저가 제품 생산업체의 공급시장을 잠식하여 규모의 경제 달성을 저해하고자 하는 것이라고 주장한다. 즉 묶음 리베이트를 통해 저가브랜드 시장에서의 기업의 성장을 막고자 한 것이다. 따라서 LePage의 판매자상표 제품시장에서의 점유율이 88%에서 67%로 하락했으나 여전히 높은 점유율을 유지하고 있다는 것이 중요한 것이 아니라 투명테이프 시장전체를 관련시장으로 확정

한 경우에는 시장점유율이 9%에 불과하는 점에 주목해야 한다고 주장한다.

하지만 Epstein(2005)에서 볼 수 있듯이 3M의 묶음 리베이트는 3M의 6개 제품군을 묶은 것으로 Scotch테이프는 문구용품 군을 형성하는 품목 중 하나이므로 리베이트를 받기 위해 반드시 LePage 제품 대신 3M 제품을 사야만 하는 것은 아니었다고 볼 수 있다. 그러므로 투명테이프 시장에서 경쟁자를 배제하기 위해 6개 제품군을 묶어서 리베이트를 제공했다는 주장은 설득력이 높아 보이지 않는다. 다양한 제품을 생산하는 이점을 효과적인 경쟁수단으로 사용했다고 볼 수도 있다. 3M이 제공한 리베이트 프로그램하에서는 아무리 많은 투명테이프를 구매하더라도 다른 제품군에 속하는 제품을 구매하지 않는 경우 높은 할인을 받기 어렵다. 따라서 리베이트를 많이 받기 위해 3M의 전 제품군을 구매할 유인이 있기는 하나 반드시 3M 투명테이프만을 많이 구매할 유인이 있다고 보기는 어렵다.

또한 구매자 측면도 고려되어야 한다. 리베이트를 제공받은 구매자가 주로 대형유통매장이었음을 고려할 때 어느 정도 구매력(buying power)을 가진 고객과 거래하고 있다고 볼 수 있다. 일단 리베이트를 통해 가격이 낮아졌다는 점은 부인할 수 없으나 문제가 되는 것은 3M이 묶음 리베이트를 이용해 LePage와 같은 경쟁자를 궁극적으로 배제한 후 투명테이프 시장에서 가격을 올려 이윤을 증대시키고 사회적 손실을 유발할 수 있느냐 하는 것이다. 구매자가 구매력을 가지고 있는 상황이라면 경쟁자가 배제된 후라도 쉽게 가격을 올리지는 못할 것이다. 따라서 경쟁자를 배제하여 얻을 수 있는 이득이 분명하지 않다. 그렇기 때문에 구매자가 상당 수준의 구매력을 가지고 있는 경우라면 경쟁자 배제 수단으로 사용되었다기 보다는 경쟁수단으로 사용되었다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 이 사례에서 구매자가 구매력을 가지고 있었는지 여부 등과 같은 구매 측면에 대한 분석이나 고려의 흔적을 발견하기 어렵다.

묶음 리베이트는 고객의 충성도를 제고시키는 효과가 있는 로열티 리베이트의 하나이나 여기에 더해 끼워팔기(typing)의 효과도 고려되어야 할 것이다. 특히 묶음 리베이트가 제공되는 제품 중 독점제품이 포함되는 경우라면 끼워팔기와 비슷한 효과를 가져올 수 있다. 전통적으로 미국에서는 유럽과 달리 로열티 리베이트의 효율성 증진 효과를 인정하고 가격이 비용

이상으로 책정된 경우에는 대체로 위법하지 않은 것으로 판단했음에도 불구하고 3M사례에서는 가격이 비용이하로 책정되지 않았음에도 불구하고 상이한 판결이 나온 이유는 묶음 리베이트를 평가함에 있어 리베이트 효과 보다는 끼워팔기효과를 더 중시했던 것으로 볼 수도 있다. 그러나 3M이 투명테이프 시장에서 지배적 위치를 유지하기 위한 수단으로 의도적으로 독점력이 있는 제품을 포함하여 묶음 리베이트를 제공했는지 아니면 자신의 위치에서 사용 가능한 경쟁수단으로 사용했는지 여부는 법원의 판단에도 불구하고 여전히 불확실한 것으로 보인다.

3M의 리베이트의 위법성 판단 근거는 크게 약탈적 가격, 배타적 거래, 끼워팔기로 나누어 볼 수 있다. 일단 약탈적 가격이었는지 여부는 부정적인 것으로 판단된다. 약탈적 가격 수단으로 리베이트가 사용되었다는 주장에 대해 3M은 각 제품군 별 가격이 비용이상이었음을 보였고 이에 대한 반론도 존재하지 않기 때문이다. 따라서 약탈적 가격 책정 수단이었는지 여부에 따른 위법성 판단 기준에 의하면 3M의 리베이트 제공은 위법하지 않았다고 볼 수 있다.

다음으로 끼워팔기 여부에 따른 위법성 여부를 살펴 보자. 이 사례에서 묶음 리베이트는 다양한 제품군에 속하는 여러 가지 제품들로 구성되어 있다. 그렇기 때문에 묶음 리베이트 때문에 얼마나 많은 LePage 제품 대신에 3M 투명테이프 제품으로 구매를 전환하게 되었는지에 대한 구분이 필요하다. 3M이 브랜드 투명 테이프 시장에서 지배력이 있는 것은 분명하나 투명 테이프와 같은 제품군에 속하는 다른 제품을 구매해도 리베이트를 받을 수 있는 구조이기 때문에 독점제품을 끼워팔아서 경쟁사 제품 구매를 저해했다고 보기 어렵다. 즉 반드시 3M 투명 테이프를 구매해야만 묶음 리베이트를 받을 수 있었는지 여부에 대한 분석이 불분명하다. 같은 맥락으로 독점 제품을 포함시킨 묶음 리베이트를 통해 경쟁자를 배제하기 위한 배타적 거래를 형성할 수 있었는지 의구심이 든다.

IV. 결 론

3M사례는 지배력이 있는 기업이 묶음 리베이트를 제공한 경우로 리베

이트를 통한 저가 정책이 경쟁기업을 배제하고자 하는 목적으로 사용되었는지 아니면 일반적인 경쟁수단으로 사용되었는지 여부가 쟁점이 되었다. LePage는 3M이 브랜드타이프 제품에 대해 가지고 있는 지배력을 이용하여 LePage가 저가타이프제품 시장에서 확대되지 못하도록 막아 궁극적으로 투명타이프 시장에서 지배력을 유지하고자 했다고 주장했다. 묶음 리베이트에 의해 LePage의 시장점유율이 감소되는 등 피해가 발생된 것으로 보이나 이러한 경쟁자의 피해가 정당한 경쟁의 결과인지 아니면 지배력 남용의 결과인지에 불분명하다.

3M의 묶음 리베이트는 약탈적 가격기준에 의한 배제적 행위로 보기는 어렵다. 그러나 법원은 3M의 묶음 리베이트가 배제적 행위로 경쟁법을 위반했다고 판단했다. 하지만 정상적인 경쟁수단으로서 묶음 리베이트와 배제적 행위로서의 묶음 리베이트를 어떻게 구분해야 하는가에 대한 기준을 분명하게 제시하지 못하고 있다. 다른 로열티 리베이트 사례와 달리 이 사례에서는 끼워팔기 여부에 대한 판단이 흥미로울 것으로 보였다. 그러나 지배력을 가지고 있는 제품이 리베이트를 받을 수 있는 제품군 중 하나의 제품임을 고려할 때 해당 제품에 대해 가지고 있는 독점력을 이용해 과연 경쟁자를 배제할 수 있었는지 의구심이 든다.

유럽은 Hoffman-La Roche 사례⁴⁹⁾에서 구매자가 구매량 모두 또는 일정 부분을 지배적 기업으로 구입한다는 조건으로 할인이 제공되는 로열티 리베이트 체계에서 배제가 일어날 수 있다고 보아 로열티 리베이트를 당연위법으로 보았다. 이 사례 이후 유럽은 지속적으로 지배적 기업의 로열티 리베이트를 지배적 기업의 남용행위로 간주하고 있다. 이에 반해 미국은 지배적 기업의 로열티 리베이트의 경쟁제한성 여부를 약탈적 가격행위 평가 기준에 준해 판단하여 로열티 리베이트 가격이 비용 이상인 경우 원칙적으로 적법한 것으로 판단해 왔으나 3M 사례에서는 다른 입장을 취했다. 그러나 로열티 리베이트는 효율성 증진효과와 경쟁제한성 효과를 모두 가지고 있으므로 EU처럼 당연위법적으로 접근하는 경우 과도하게 리베이트 행위를 막아 사실상 효율성 증진효과가 더 큰 리베이트까지 금지하게 되는 위험이 있다. 이에 반해 미국은 지나치게 관대하여 사실상 경쟁을 제한하는 효과가 더 큰 리베이트마저 허용되는 위험이 있다. 따라서 리베이

49) Case85/76. Hoffmann-La Roche v. Commission. 1979 E.C.R. 461.

트의 경쟁제한성 여부를 어떻게 판단할 것인가에 대해 좀 더 다양하고 깊이 있는 분석과 연구를 통해 분명한 기준이 정립될 필요성이 있다.

투고 일자: 2008. 7. 2. 심사 및 수정 일자: 2009. 5. 20. 게재 확정 일자: 2009. 5. 22.

◆ 참고문헌 ◆

- Antitrust Modernization Commission (2007), Report and Recommendations.
- Areeda, P.E. and D.F. Turner (1975), "Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act," *Harvard Law Review*, Vol. 88, pp.697-733.
- Brennan, T.J. (2007), "Bundled Rebates as Exclusion, not Predation." Available at <http://ssrn.com/abstract=992907>.
- Carlton, D.W., P. Greenlee and M. Waldman (2008), "Assessing the Anticompetitive Effects of Multiproduct Pricing," *NBER Working Paper*, 14199.
- Carlton, D.W. and J.M. Perloff (2005), *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley.
- Crane, D.A. (2006), "Damages for Exclusionary Bundled Discounts," *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, No. 3/Fall, pp.507-520.
- Easterbrook, F.H. (2003), "When Is It Worthwhile to Use Courts to Search for Exclusionary Conduct?," *Columbia Business Law Review*, Issue 2, pp.345-358.
- Englert, R.T. (2005), "Defending the Result in *LePage's v. 3M*: A Response to Other Commentators," *The Antitrust Bulletin*, Vol. 50, No. 3/Fall, pp.481-497.
- Epstein, R.(2005), "Monopoly Dominance or Level Playing Field? The New Antitrust Paradox," *University of Chicago Law Review*, Vol. 72, pp.49-72.
- Fumagalli, C. and M. Motta (2006), "Exclusive Dealing and Entry When Buyers Compete," *American Economic Review*, Vol. 96, No. 3, pp.785-795.

- Gavil, A. (2004). "Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance." *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, pp.3-81.
- Greenlee, P. and D. Reitman (2006). "Competing with Loyalty Discounts," *EAG Discussion Paper*, 04-2, Revised Jan. 7, 2006, U.S. Department of Justice.
- Greenlee, P. and D. Reitman (2005). "Distinguishing Competitive and Exclusionary Uses of Loyalty Discounts.," *The Antitrust Bulletin*, Vol. 50, No. 3/Fall, pp.441-463.
- Greenlee, P., D. Reitman, and D. Sibley (2004), "An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts," *Discussion Paper*, 04-13, U.S. Department of Justice.
- Heimler, A. (2005). "Below-Cost Pricing Loyalty-Inducing Discounts: Are They Restrictive and, If So, When?," *Competition Policy International*, Vol. 1, No. 2, pp.149-172.
- Hovenkamp, H. (2005a). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, West Group Publishing.
- Hovenkamp, H. (2005b), "Exclusion and the Sherman act," *University of Chicago Law Review*, Vol. 72, pp.147-164.
- Hewitt, G. (2003). "Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates: Background Note," *OECD Journal of Competition Law and Policy*, Vol. 5, pp.143-180.
- Keyte, J.A. (2003), "LePage's v. 3M: More Questions than Answers for the Lawful Monopolist," *Antitrust*, pp.25-30.
- Kobayashi, B.H. (2005). "The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States," *Competition Policy International*, Vol. 1, No. 2, pp.115-148.
- Kolay, S., G. Shaffer, and J.A. Ordover (2004), "All-units Discounts in Retail Contract," *Journal of Economics and Management Strategy*, Vol. 13, pp.429-459.
- Lambert, T.A. (2005). "Evaluating Bundled Discounts," *Minnesota Law Review*, Vol. 89, pp.1688-1757.
- Nalebuff, B.(2005). "Exclusionary Bundling," *Antitrust Bulletin*, Vol. 50, pp.321-370.
- Niels, G. and A.T. Kate (2004). "Introduction: Antitrust in the U.S.

- and the EU-Converging or Diverging Paths?," *Antitrust Bulletin*, Spring/Summer 2004, Vol. 49, pp.1-27.
- OECD (2008). Bundled and Loyalty Discounts and Rebates. DAF/COMP(2008)29.
- Rubinfeld, D.L. (2005), "3M's Bundled Rebates: An Economic Perspective," *University of Chicago Law Review*, Vol. 72, Issue 1, pp.243-264.
- Tom, W., D. Balton and N. Averitt (2000), "Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing," *Antitrust Law Journal*, Vol. 67, pp.615-639.
- Warren, J. (2004), "LePage's v. 3M: An Antitrust Analysis of Loyalty Rebates," *New York University Law Review*, Vol. 79, Issue 4, pp.1605-1632.

How to Assess the Effects of the Bundling Rebates Offered by a Dominant Firm on Competition: 3M Case

Hyun-Ok Han*

Abstract

Since it is ruled that 3M has violated Sherman Act by offering bundling rebates, it has caused many debates on how to assess the effects of the bundling rebates on competition and how to distinguish legitimate competition practices from exclusionary practices. Rebates are commonly used as competition practices and benefit consumers by lowering price. Even though competition policy has purported to maximize consumer welfare by advocating competition, prohibiting rebates could end up protecting inefficient competitors instead of competition by chilling aggressive price competition. It is, therefore, very important to assess the pro-competitive and anti-competitive effects of loyalty rebates based on facts and data available in each case. It requires rich and strong economic theoretical studies on the economic effects of loyalty rebates (including bundling rebates), but existing economic literature on loyalty rebates is not enough yet. More researches on loyalty rebates should be done and economic theory could provide strong foundation for implementing competition policy on the abuse of dominant firm such as loyalty rebates in the future.

KRF Classification: B030901

Key Words: the abuse of dominant firm, exclusionary conduct, loyalty rebates, bundling rebates

* Associate Professor, Pusan National University