

# 시장지배적 지위 남용행위에 관한 경제분석의 쟁점들 : 최근 유럽과 미국의 논의를 중심으로<sup>1)</sup>

서울대학교 행정대학원 교수 | 박상인

## I. 서론

이 글에서는 DG Competition(EC 산하 경쟁총국)이 2005년 12월에 출간한 'DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse' (이하 "DG Comp. 토론문")과 DG Comp. 토론문에 대한 공공 의견서들(Public Submissions In Response), 그리고 2005년 미국의 Antitrust Modernization Commission에 제출된 배제적 남용행위에 대한 증언문(Testimony)들과 2007년 4월에 Antitrust Modernization Commission이 출간한 'Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations' (이하 "AMC 보고서")등의 논의들을 참고로 하여, 시장지배적 지위 남용행위 중 배제적 행위의 경제분석들에 관한 최근의 동향을 검토하기로 한다. 이러한 일련의 논의의 핵심적 사항은 다음과 같이 세 가지로 요약될 수 있다.

- 기술혁신, 지식재산권(Intellectual Property Rights), 급격한 기술변화가 핵심적 특징인 혁신적 산업(Innovative industry)에서 동태적 경쟁이 경쟁제한성에 미치는 영향에 대한 논의
- 충성할인 특히 묶음리베이트(Bundled Rebate)에 대한 경쟁제한성 평가의 경제분석들에 관한 논의
- 거래거절의 경쟁제한성 평가에 대한 논의

이 글의 구성은 다음과 같다. 제 II장에서는 경쟁제한성의 평가에서 동태적 경쟁의 영향에 대한 논의를 다루기로 한다. 제 III장에서는 충성할인 및 리베이트를, 제 IV장에서는 거래거절의 경쟁제한성에 대한 논의를 소개한다. 제 V장에서는 이상의 논의들을 요약하며 마무리한다.

1) 이 글은 공정거래위원회 연구용역인 '시장지배적 지위남용행위규제활성화를 위한 용역-외국사례분석'의 일부를 수정, 보완한 것이다.

## II. 경쟁제한성

어떤 행위가 시장지배적 지위 남용에 해당되기 위해서는 그 행위가 궁극적으로 소비자후생을 감소시켜야 한다. 특히 배제적 남용행위는 경쟁을 저해함으로써 소비자후생을 감소시키게 되는데, 배제적 남용행위에 대한 분석은 주로 시장봉쇄(Market Foreclose)에 대한 분석과 소비자후생에 대한 영향을 다루는 경쟁제한성 분석으로 구성된다. 많은 기업전략들이 경쟁자를 배제함으로써 이윤을 극대화하려는 것인데 이러한 전략들, 이를테면 가격할인 등이 친경쟁적인지 아니면 반경쟁적인 혹은 약탈적 행위인지에 대한 판단은 궁극적으로 메리트에 근거한(On The Merits) 것으로서 소비자후생의 증가를 야기하는지 여부에 달려 있다.

한편, 경쟁제한성에 대한 미국에서의 최근 논의는 혁신적 산업에서 동태적 경쟁이 경쟁제한성에 미치는 효과를 어떻게 반영할 것이며, 경쟁제한성 평가를 위해 단순하고 일반적인 테스트의 적용의 장단점이 무엇인가에 많은 관심을 보이고 있다.

### 1. 배제적 행위에 대한 평가 원칙

DG Comp. 토론문은 EU 조약 82조(Article 82)의 배제적 남용행위의 평가에 대한 원칙을 §54, §55, §56에서 다음과 같이 천명하고 있다.

The essential objective of Article 82 when analyzing exclusionary conduct is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources. (배제적 행위를 분석하는 82조의 핵심적인 목적은 소비자후생의 증진과 효율적인 자원의 배분을 보장하는 수단으로서 시장에서의 경쟁을 보호하는 것이다.)

Article 82 prohibits exclusionary conduct which produces actual or likely anticompetitive effects in the market and which can harm consumers in a direct or indirect way. (82조는 시장에서 반경쟁적 효과를 실제적으로 야기하거나 야기할 개연성이 높으며, 그리고 직·간접적인 방식으로 소비자들에게 피해를 끼칠 수 있는 배제적 행위를 금지하고 있다.)

The central concern of Article 82 with regard to exclusionary abuses is thus foreclosure

that hinders competition and thereby harms consumers. (배제적 남용에 관한 82조의 중점적인 관심사항은 경쟁을 저해하고 그로 인해 소비자에게 피해를 끼치는 시장봉쇄이다.)

이상에서 알 수 있듯이, DG Comp. 토론문에서는 **배제적 남용은 경쟁을 저해함으로써 소비자후생을 감소시키는 행위로 규정**하고 있다. 이러한 DG Comp. 토론문의 입장은 AMC 보고서의 배제적 행위에 대한 입장과 기본적으로 동일하다고 판단된다. AMC 보고서는 서면법 2조(Section 2 of the Sherman Act)에서 규정하는 불법적인 독점화에 대한 전형적인 판례로 *Untied States v. Grinnell Corp.*를 다음과 같이 인용하고 있다.<sup>2)</sup>

The offense of monopoly under §2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market; and (2) the willful acquisition or maintenance of the power as distinguished from growth or development as a consequence of superior product, business acumen, or historic accident. (서면법 2조의 독점의 위반은 다음 두 가지 요소를 지닌다. ; (1) 관련시장에서 독점력을 지님 (2) 우월한 제품, 사업적 통찰력 또는 역사적 우연의 결과로서의 성장 또는 발전과는 구별되는, 독점력의 의도적 획득 또는 유지.)

AMC 보고서는 나아가 소비자후생을 증가시키는 공세적 경쟁과 배제적 남용행위를 구별하는 것이 중요함을 다음과 같이 서술하고 있다.<sup>3)</sup>

Appropriate antitrust enforcement must distinguish aggressive competition that benefits consumers, such as price discounting, from conduct that tends to destroy competition itself, and thus maintains, or facilitates acquiring, monopoly power. (적합한 반독점규제의 집행은 가격 할인과 같이 소비자에게 혜택을 주는 공세적 경쟁과 경쟁 자체를 파괴하기 쉽고, 그로 인해 독점력을 유지하거나 독점력의 획득을 용이하게 하는 행위를 구별하여야만 한다.)

Shapiro의 AMC 증언은 AMC 보고서의 이러한 입장을 보다 명쾌히 다음과 같이 표현하고 있다.<sup>4)</sup> “좀더 전통적인 용어를 사용하자면, 법은 상당한 시장지배력을 지닌 기업들이 고객에게 혜택을 발생하지 않으면서 경쟁자를 배제하는 기업전략을 사용하는 것을 막으려고 하는 것이다. ... 이

2) AMC 보고서 84쪽 참고.

3) AMC 보고서 81쪽 참고.

4) Shapiro, "Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission," September 2005, p. 2.

러한 기본적인 원칙은 조사대상의 행위가 고객에게 미치는 효과를 궁극적으로 살펴보아야만 함을 함의한다. 어떤 행위가 고객에게 폐해를 입힐 것으로 예상되는 경우에만 그 행위는 반경쟁적이라고 낙인찍을 수 있다. 나는 '배제적 행위'라는 용어를 경쟁과정을 훼손함으로써 고객에게 폐해를 야기하는 기업전략이라는 의미로 사용한다."<sup>5)</sup>

따라서 AMC 보고서는 다음과 같이 일반적인 원칙론을 천명하고 있다.<sup>6)</sup>

These general principles emphasize that appropriate legal rules should identify unreasonably exclusionary conduct, without discouraging aggressive competition that benefits consumers or creating excessive litigation and compliance costs for businesses and problems of administrability for courts. (이러한 일반 원칙들은 소비자에게 혜택을 주는 공세적인 경쟁을 위축시키거나 과도한 사업자의 소송 및 순응비용과 법원의 관리가능성이라는 문제를 유발하지 않는, 비합리적인 배제적 행위를 적절한 법률적 규칙들이 식별하여야만 한다는 것을 강조한다.)

AMC 보고서의 이러한 원칙은 소비자후생의 감소를 고려해야 한다는 점 외에도 사업자의 소송 및 순응비용과 법원의 관리가능성 등도 동시에 고려한 규칙을 정해야한다는 것을 강조하고 있는데, DG Comp. 토론문에서는 이러한 점이 명시적으로 다루지고 있지는 않다.

## 2. 경쟁제한성과 시장왜곡적 봉쇄

DG Comp. 토론문과 AMC 보고서는 배제적 남용행위가 경쟁자의 배제를 통해 경쟁을 저해하고, 그로인해 소비자후생을 감소시키는 행위라는 점에 의견의 일치를 보이고 있는 것으로 판단된다. 배제적 남용행위에 대한 평가방법은 DG Comp. 토론문 §58에서 다음과 같이 설명되고 있다.

This definition implies that the conduct in question must in the first place have capability, by its nature, to foreclose competitors from the market..... It secondly implies that, in the specific market context, a likely market distorting foreclosure effect must be

5) "Using more traditional language, the law attempts to prevent firms with substantial market power from employing tactics that exclude rivals without generating benefits to customers, ..... This basic principle implies that we should ultimately be looking at the effects of challenged conduct on customers. Conduct can only be branded as anti-competitive if it is expected to harm customers. I use the term "exclusionary conduct" to refer to business tactics that harm customers by undermining the competitive process, ....."

6) AMC 보고서 81쪽 참고.

established. [이 (배제적 남용에 대한) 정의는 의문시 되는 행위가 먼저 시장에서 경쟁자를 봉쇄할 수 있는 능력을 본질적으로 지니고 있어야만 함을 함의한다. ... 두번째로는, 구체적인 시장 상황에서 시장왜곡적 봉쇄효과의 개연성이 확립되어야만 함을 함의한다.]

DG Comp. 토론문 §58은 시장봉쇄와 시장왜곡적 봉쇄에 대해 다음과 같이 설명하고 있다.

By foreclosure is meant that actual or potential competitors are completely or partially denied profitable access to a market. Foreclosure may discourage entry or expansion of rivals or encourage their exit. Foreclosure thus can be found even if the foreclosed rivals are not forced to exit the market: it is sufficient that the rivals are disadvantaged and consequently led to compete less aggressively..... Foreclosure is said to be market distorting if it likely hinders the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition and thus have as a likely effect that prices will increase or remain at a supra-competitive level. (시장봉쇄는 실제적 또는 잠재적 경쟁사업자들이 완전히 또는 부분적으로 시장에서의 이윤을 창출할 수 있는 접근이 부인되어짐을 의미한다. 시장봉쇄는 경쟁사업자들의 진입과 확장을 저해할 수 있거나 그들의 퇴출을 촉진할 수 있다. 시장봉쇄는 봉쇄된 경쟁사업자들이 시장에서 퇴출되도록 강제되지 않더라도 발생할 수 있다. 경쟁사업자들이 불이익을 받고 그 결과 덜 적극적으로 경쟁하게 된다는 것만으로도 충분하다. ... 만약 어떤 시장봉쇄가 시장에서 계속 존재해오던 경쟁의 정도를 유지하는 것 또는 그러한 경쟁의 증가를 방해할 개연성이 있고, 따라서 가격이 상승되거나 경쟁가격을 상회하는 수준에서 유지되게 만들 개연성이 높다면, 이러한 시장봉쇄는 시장왜곡적이라고 이야기된다.)

남용행위의 개념은 DG Comp. 토론문의 §60에 설명되어 있다.

Where a certain exclusionary conduct is clearly not competition on the merits, in particular conduct which clearly creates no efficiencies and which only raises obstacles to residual competition, such conduct is presumed to be an abuse. (어떤 배제적 행위가 명백히 메리트에 의한 경쟁이 아니며, 특별히 명백히 아무런 효율성을 창출하지 않고 단지 잔여경쟁에 대한 장애만을 증가시킬 행위일 때, 그런 행위는 남용으로 추정된다.)

이상에서 볼 수 있듯이, DG Comp. 토론문에서 시장왜곡적 봉쇄는 기본적으로 AMC 보고서에서의 경쟁제한적 배제행위와 동일한 의미라고 할 수 있다. 또한 당해 행위가 소비자들에게 피해를

줄 것으로 예측되는 경우에만 경쟁제한적이라고 불리어질 수 있다는 것이다.

### 3. 혁신적 산업에서의 경쟁제한성 평가

AMC 보고서에서 권고한 내용 중 하나가 혁신적 산업에서 경쟁제한성을 평가할 때 시장의 역동성을 주의 깊게 고려해야 한다는 것이다. 구체적으로 AMC 보고서는 다음과 같이 권고한다.<sup>7)</sup>

In industries in which innovation, intellectual property, and technological change are central features, just as in other industries, antitrust enforcers should carefully consider market dynamics in assessing competitive effects and should ensure proper attention to economic and other characteristics of particular industries that may, depending on the facts at issue, have an important bearing on a valid antitrust analysis. [기술혁신, 지식재산, 기술변화가 핵심적 특징인 산업들에서, 다른 산업들과 마찬가지로 경쟁당국은 경쟁(제한)성을 평가할 때 시장의 역동성을 주의 깊게 고려해야 하며, 이슈가 되고 있는 사실들에 따라 반독점 분석에 중요한 의미를 가질 수도 있는 특정 산업들의 경제적 및 기타 특성에 적절한 주의를 기울여야만 한다.]

나아가 AMC 보고서는 보다 구체적으로 다음과 같이 서술하고 있다.<sup>8)</sup>

To take proper account of market dynamics, antitrust analysis should carefully consider the incentives and obstacles that firms seeking to develop and commercialize new technologies may face. Antitrust enforcers should “explicitly recognize that market conditions, business strategies, and industry structure can be highly dynamic.” (시장의 역동성을 적절히 고려하기 위해서 반독점 분석은 신기술을 개발, 상용화하려는 기업들이 직면할 유인과 장애를 주의깊게 고려해야 한다. 경쟁당국은 “시장의 상황, 기업 전략, 그리고 산업 구조가 매우 역동적일 수 있다는 것을 명시적으로 인정해야”만 한다.)

Innovation provides a significant share of the consumer benefits associated with competition, particularly in the most dynamic industries..... The potential benefits to consumer welfare from such efficiencies are great, thus warranting careful assessments of the potential for certain business conduct to create more rapid or enhanced

7) AMC 보고서 32쪽 참고.

8) AMC 보고서 39쪽과 40쪽 참고.

innovation. (특히 대부분의 동태적 산업에서 기술혁신이 경쟁과 관련된 소비자 편익의 상당한 부분을 제공한다. ... 이러한 효율성으로부터의 소비자후생에 대한 잠재적 편익은 매우 크며, 따라서 특정 기업 행위가 더 신속하거나 향상된 기술혁신을 유발할 잠재력에 대한 신중한 평가를 요구한다.)

#### 4. AMC 보고서에서의 경쟁제한성 평가 방법론

AMC 보고서는 특정 행위 유형별 테스트와 모든 행위 유형에 적용되는 하나의 테스트를 사용하는 장단점에 대해 논의하고 있다.<sup>9)</sup> 모든 유형에 적용되는 하나의 테스트로 경제적 넌센스(No Economic Sense) 테스트와 이윤희생(Profit Sacrifice) 테스트를 들 수 있는데, Brooke Group 판결에서 수립된, 약탈적 가격설정에 관한 테스트를 응용한 경제적 넌센스 테스트와 이윤희생 테스트를 다른 상황에 적용하는 데에는 한계를 지니며, 마이크로소프트 사례에 적용된 비교형량 테스트(Balancing Test)를 약탈적 가격설정에 적용하는 것이 반드시 바람직하지는 않음을 지적하고 있다. AMC 보고서는 특정 테스트가 친경쟁적 행위를 과도하게 금지하거나 반경쟁적 행위를 과소하게 금지할 개연성이 높은 지를 평가하는 것이 필요함을 강조하고 있다.

### III. 충성할인 및 리베이트

#### 1. DG Comp. 토론문에서의 리베이트 유형

DG Comp. 토론문은 리베이트를 무조건부 리베이트(Unconditional Rebates)와 조건부 리베이트(Conditional Rebates)로 유형화하고 있다. 무조건부 리베이트는 고객집단간(Between Customer Groups)에 있어서의 구매가격을 차별화하는 반면, 조건부 리베이트는 구매자들의 구매행위에 기초해 각 구매자들에 대한 구매 가격을 차별화 한다.<sup>10)</sup>

가격 할인(Price Discounts)과 같이 리베이트는 반경쟁적 및 친경쟁적 효과를 모두 가질 수 있다. 리베이트는 하류시장의 기업들에게 관계 특정적 투자(Relation-specific Investments)에 대한 유인을 제공하며, 따라서 도덕적 해이(Moral Hazard) 문제를 완화시킨다. 리베이트는 또한 가격 차별(Price Discrimination)의 수단으로 이용될 수도 있다. 반면 리베이트는 경쟁 공급자와 잠재적 공급자들에 대한 시장봉쇄의 효과를 가져 올 수도 있다.

9) AMC 보고서 91~94쪽 참고.

10) DG Comp. 토론문 §137 참고.

아래의 표는 리베이트의 유형과 반경쟁적 유추(Anticompetitive Analogies), 그리고 DG Comp. 토론문 상의 가능한 변론들을 요약한 것이다.

〈 표 1 〉 리베이트의 유형들

| 리베이트 유형                         | 반경쟁적 유추<br>(Anticompetitive Analogy) | 평가 방법                                   | 가능한 변론   |
|---------------------------------|--------------------------------------|---|--|
| 무조건부 리베이트                       | 약탈적 가격 설정<br>착취적 가격 설정               | 추가 단위에 대한 가격 <<br>ATC ⇒ 시장봉쇄            | 비용 우위가 소비자에게 전가 <sup>11)</sup>   |
| 임계수준 이상의 추가 구매에<br>대한 조건부 리베이트  | 약탈적 가격 설정                            | 추가 구매에 대한 가격 <<br>ATC ⇒ 시장봉쇄            | 이중 마진설정(Double<br>Marginalization) 회피 <sup>12)</sup>                                 |
| 구매총량에 대한 조건부 리베<br>이트(소급적 리베이트) | 약탈적 가격 설정                            | 유효가격(Pe) < ATC<br>⇒ 시장봉쇄 <sup>13)</sup> | 표준화된 수량 목표치, 관계<br>특정적 투자(Relation-<br>specific investments) <sup>14)</sup>          |
| 묶음리베이트                          | 혼합형 결합판매                             | 증분 가격 < LAIC<br>⇒ 시장봉쇄 <sup>15)</sup>   | 규모의 경제, 학습곡선<br>(Learning Curve), 네트워크<br>효과, 진입장벽, 제품 차별화, <sup>16)</sup><br>효율성 향변 |

이상의 유형에서 구매총량에 대한 조건부 리베이트(또는 소급적 리베이트)와 묶음리베이트(Bundled Rebates)는 충성리베이트(Loyalty Rebates)라고 흔히 불린다.

소급적인 리베이트(Retro-active Rebates)에 있어서의 유효가격(Effective Price; Pe)의 계산은 CVS(Commercially Viable Shares)와 같은 많은 정보를 요구하는데, DG Comp. 토론문 §154의 예로부터 유효가격을 아래와 같이 일반화시켜 계산할 수 있다.

$$Pe = \frac{TP(1-R)-PT(1-s)}{Ts}$$

위에서 P는 할인되지 않은 가격(Undiscounted Price), R은 리베이트 비율(%), T는 소급적 리베이트를 유발시키는데 필요한 최소한의 임계량(Threshold Amount), s는 CVS를 의미한다. 그런데 위의 공식에서 CVS는 전체 수요량이 아니라 임계량에 대한 CVA(Commercially Viable Amount)의 비율임을 유의하라.

11) DG Comp. 토론문 §173 참고.  
12) DG Comp. 토론문 §174 참고.  
13) DG Comp. 토론문 §154 참고.  
14) DG Comp. 토론문 §175 참고.  
15) DG Comp. 토론문 §190 참고.  
16) DG Comp. 토론문 §198, §202 참고.



그러나 위의 유효가격 공식은 몇 가지 문제점을 안고 있다. 첫째, 위의 공식은 CVA를 (암묵적으로) 소급적 리베이트를 유발시키는데 필요한 최소한의 임계량(T)과 리베이트 프로그램이 없을 경우의 판매량의 차이로 계산하고 있다. 그러나 리베이트 프로그램이 없을 경우의 판매량이 경쟁이 없는 수요량(Assured Base)이라고 속단할 수는 없으며, 비록 리베이트 프로그램이 없을 경우의 판매량이 경쟁이 없는 수요량인 경우에도 소급적 리베이트를 유발시키는데 필요한 최소한의 임계량과 이러한 판매량의 차이가 CVA와 일치한다는 보장이 없다. 둘째, 위의 유효가격 공식은 하나의 구매자를 상정하고 있다. 따라서 다수의 구매자가 존재하는 경우에는 적용되기 어렵다는 문제점을 지닌다.

## 2. DG Comp. 토론문과 AMC 보고서의 논의 비교

DG Comp. 토론문은 AAC(Average Avoidable Cost) 대신 ATC(Average Total Cost)를 비용 비교기준(Cost Benchmark)으로 한다는 점을 제외하고는 (묶음리베이트 경우를 차치하면) 약탈적 가격설정에 있어서의 일반적 규칙들을 리베이트의 경우에도 적용하고 있다. DG Comp. 토론문에서는 ATC를 기준으로 사용할 것을 제시하면서 그 이유에 대해서 다음과 같이 설명하고 있는데, 이러한 리베이트는 이윤희생 없이 실행 가능하므로 장기적으로 실행할 수 있으며, 시장봉쇄를 야기하기 위해서는 유효가격이 장기평균비용보다 낮아야 한다는 것이다.<sup>17)</sup> 그러나 DG Comp. 토론문의 이러한 입장에 대해서 이러한 리베이트들이 기본적으로 사후적(Ex post) 가격 할인이므로, 가격 할인과 다르게 다를 이유가 없다는 비판이 제기되었다.<sup>18)</sup> 한편 DG Comp. 토론문은 묶음리베이트의 비용 비교기준으로 LAIC(Long-run Average Incremental Cost)를 사용하나, AMC 보고서의 3단계 테스트에서는 AAC와 유사한 증분비용(Incremental Cost)를 사용하고 있다.

AMC 보고서는 묶음할인 또는 리베이트에 대한 최근의 논란을 정리해 권고안을 제시하고 있다. 사실 기업들은 다양한 이유에서 결합상품(Bundled Products)을 제공한다. 기업들은 유통(Distribution)과 포장(Packaging) 과정에서 발생하는 비용을 절감하기

17) DG Comp. 토론문 §168은 다음과 같이 기술하고 있다. : ... In that context, as the leveraging between the 'non-contestable' and the 'contestable' portion of demand allows the rebate system to operate without a profit sacrifice and thus operate for a long time, an abuse is considered likely if the resulting price does not cover average total cost and the part of demand to which the rebate is applied is important enough to create a foreclosure effect.

18) RBB Economics, "The response of RBB Economics to the DG Competition Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", March 2006, p. 41 참고.

위해 또는 고객과 자신들의 거래비용을 감소시키기 위해, 그리고 고객들의 신뢰도 (Reliability)를 증대시키기 위해 결합상품판매를 이용한다. 그러나 최근의 경제학 논문들은 (i) 약탈적 가격설정의 형태로 (ii) 사실상의 끼워팔기로 또는 (iii) 진입을 저지하기 위하여, 묶음할인(Bundled Discounts)이 배제적 남용행위로 사용될 수도 있음을 시사한다.

LePage's 사건에 대한 미국 제3순회법원(The Third Circuit)은 3M이 묶음리베이트를 통해 셔먼법 제2조를 위반했다는 배심원의 판결을 확정했다. 그러나 이와 같은 제3순회법원의 결정은 3M의 묶음리베이트가 메리츠에 의한 경쟁(Competition On The Merits)에 해당되는지의 여부를 평가하지 않았다는 측면에서 많은 비판을 받았다. 즉, 해당 법원은 3M과 Lepag's 모두 3M이 보다 효율적인 생산자였다는 사실에 동의하였다는 점과 묶음리베이트를 통한 3M의 설정 가격이 (비용이 어떤 방식으로 측정되는가에 상관없이) 3M 자신의 비용을 상회하는 것이었다는 3M의 주장을 고려하지 않았다.

LePage's 사건은 많은 경쟁법 전문가와 경제학자들 사이에 묶음할인의 경쟁제한성 평가에 대한 논쟁을 유발하였으며,<sup>19)</sup> 이러한 논의를 종합하여 AMC 보고서는 묶음할인 또는 리베이트가 동일하게 효율적인 가상적 경쟁사업자를 배제하는 효과를 갖는지를 판단하는 테스트로, 다음의 3단계 테스트를 권고하고 있다.<sup>20)</sup>

Courts should adopt a three-part test to determine whether bundled discounts or rebates violate Section 2 of the Sherman Act. To prove a violation of Section 2, a plaintiff should be required to show each one of the following element (as well as other elements of a Section 2 claim): (1) after allocating all discounts and rebates attributable to the entire bundle of products to the competitive product, the defendant sold the competitive product below its incremental cost for the competitive product; (2) the defendant is likely to recoup these short-term losses; and (3) the bundled discount or rebate program has had or is likely to have an adverse effect on competition. [법원은 묶음할인 또는 리베이트가 셔먼법 2조를 위반하는 것인지를 판단

19) 대표적인 논문들은 다음과 같다. Greenlee, P., Reitman, D. and Sibley, D. (2006), "An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts," Economic Analysis Group Discussion Paper No. 04-13; Nalebuff, B. (2005), "Exclusionary Bundling," Antitrust Bulletin 50(3), pp. 441~463.

20) AMC 보고서 99쪽 참고.

하기 위해 3단계 테스트를 적용해야 한다. 서면법 2조의 위반을 입증하기 위해, 원고는 다음의 조건들을 (서면법 2조 상의 다른 요소들도 포함하여) 모두 입증하여야만 한다. (1) 경쟁 중인 제품에 전체 상품묶음으로부터 야기되는 모든 할인과 리베이트를 할당한 이후에, 피고는 경쟁 중인 상품을 증분 비용 이하에서 판매하였다. : (2) 피고는 이러한 단기 손실들을 회수할 개연성이 높다. : (3) 묶음할인 또는 리베이트 프로그램은 반경쟁적 효과를 야기하였거나 가져올 수 있을 개연성이 높다.]

## IV. 거래거절

### 1. 거래거절의 정의와 성격

DG Comp. 토론문에서의 거래(또는 공급)거절은 시장지배적 사업자가 구매자를 경제적 행위(Economic Activity)에 참여하지 못하게 배제할 목적으로, 구매자로 하여금 투입물에 대한 접근을 거절하는 수직적 시장봉쇄(Vertical Foreclosure)를 의미한다.<sup>21)</sup> 일반적으로 거래거절에 포함되는 표준적 유형으로는 수직적(Vertical), 보완적(Complementary), 그리고 순수한 수평적(Pure Horizontal) 거래거절이 있다.<sup>22)</sup> 그러나 보완재 간의 거래거절을 다루는 보완적 거래거절을 분석하기 위해서는 명시적으로나 암묵적으로 끼워팔기, 결합판매, 그리고 배타적 거래의 문제를 고려해야 하며, 대체재나 독립재 간의 순수한 수평적 거래거절은 네트워크 외부성이 존재하는 상황에서 보다 큰 규모의 네트워크가 작은 네트워크와의 상호접속을 거절하는 유형의 시장에서 발생할 수 있다. 따라서 DG Comp. 토론문과 AMC 보고서가 수직적 거래거절에 초점을 맞추어 논의를 진행하는 것은 합리적으로 보인다.

DG Comp. 토론문과 AMC 보고서는 일반적으로 기업들이 동일 시장 내의 경쟁사업자들과 거래하여야 할 의무를 갖지 않는다는 오래된 원칙(Longstanding Principal)을 지지하고 있다.<sup>23)</sup> DG Comp. 토론문의 §207은 다음과 같이 기술하고 있다:

Undertakings are generally entitled to determine whom to supply and to

21) DG Comp. 토론문 §209 참고.

22) 세 가지 유형의 거래거절에 대한 상세한 설명은 Shapiro, "Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission," September 2005. 참고.

23) AMC 보고서 101쪽 참고.

decide not to continue to supply certain trading partners. This is also true for dominant companies. (일반적으로 사업자들에게는 누구에게 공급할 것인지와 특정 거래 상대들에게 공급을 계속할 것인지를 결정할 권리가 부여되며, 이는 시장지배적 기업들에게도 역시 동일하게 해당된다.)

실제로, 공급거절은 자산의 소유권 또는 투자로부터의 수익(Return)을 보호하고자 하는 소유자의 합법적인 영리추구 목적(Commercial Objective)에 의해 규범적으로 정당화된다. DG Comp. 토론문은 §235에서 다음과 같이 기술하고 있다.

In the assessment of a refusal to supply it must also be kept in mind that the indispensable input ... often is the result of substantial investments entailing significant risks ... in order to maintain incentives to invest and innovate, dominant firm must not be unduly restricted. (공급거절의 평가에 있어 필수 투입물은 ... 종종 상당한 정도의 위험을 수반하는 중대한 투자의 결과라는 점을 유의해야한다. ... 투자 그리고 기술혁신에 대한 유인을 유지토록 하기 위해, 시장지배적 사업자는 과도하게 제약을 받아서는 안 된다.)

## 2. DG Comp. 토론문과 AMC 보고서에서의 분석틀

DG Comp. 토론문은 기존에 존재하던 공급관계의 종결(Elimination Of Existing Supply Relationships), 새로운 공급계약의 체결 거절 (Refusal To Enter Into New Supply Agreements), 그리고 호환성을 위해 필요한 정보의 공급거절(Refusal To Supply Information Needed For Interoperability)이라는 세 가지 유형의 공급거절에 초점을 맞추고 있다. 공급거절에 대한 평가는 시장지배적 지위(Dominance), 필수불가결성(Indispensability), 시장을 왜곡시킬 개연성이 있는 봉쇄효과(Likely Market Distorting Foreclosure Effect), 그리고 가능한 변론들(Possible Defenses) 등의 네 단계로 구성된다.

DG Comp. 토론문에서 거래거절은, 만약 하류시장이 봉쇄되고 이러한 봉쇄가 소비자 후생을 감소시키는 반경쟁적 효과를 가지게 될 때 배제적 남용행위로 분류되는데,<sup>24)</sup> 기본적으로 공급거절 이슈에 대해서 효과기준(Effects-based) 접근법이 채택되고 있다.

이와 관련해 DG Comp. 토론문 §214는 다음과 같이 기술하고 있다:

Given these considerations, any obligation to supply pursuant to Article 82 can be established only after a very close scrutiny of the factual and economic context; ... highly dependent on the specific economic and regulatory context in which the case arise. [이러한 고려들 하에서, 82조에 따른 어떠한 공급 의무는 사실적 그리고 경제적인 맥락에 대한 정밀한 조사 후에만 확립되어질 수 있다. ; ... (어떤) 사례가 발생하는 특정의 경제적 및 규제적 맥락에 크게 의존한다.]

효과기준 접근법에서 거래의무의 부과가 주는 혜택은 다음의 두 가지 수준에서 평가될 수 있다. : 독점력의 확장(Extention) 대 독점력의 잠식(Erosion), 단기의 소비자 편익 대 장기의 소비자 편익.<sup>25)</sup> 한 가지 주의할 점은 거래의무를 부과함으로써 나타나는 편익은 독점시장구조의 경쟁시장구조로의 전환에 의해 나타나는 편익이 아니라는 점이다. 상류시장에서 독점이 있을 경우, 거래의무조항은 수직적으로 통합된 독점자 (Vertically Integrated Monopolist)로부터 경쟁적인 하류시장으로의 전환(Shift)을 야기할 뿐이다.

수직적 거래거절은 만일 상류시장과 하류시장 모두에 진입할 필요성이 있을 경우 상류시장에로의 진입을 보다 어렵게 만들 수 있다. 반면, 수직적으로 통합된 기업에게 투입물 가격을 낮추도록 요구하는 것은 제3자들의 상류시장에로의 진입 유인을 감소시키는 효과를 가져올 수 있다. 따라서 거래의무를 부과하는 것이 상류시장의 독점을 잠식시킬 것인지 또는 영속시킬 것인지를 판단하는 것은 단순하지 않다.

기업들에게 공급의무를 지우는 것은 하류시장에서의 경쟁을 증진시켜주지만, 동시에 발본적(Radical)이고 선구적인(First-generation) 기술혁신에 대한 투자 유인에 부정적 영향을 미치기도 한다. 이는 지배적 기업에 의한 투자가 가져오는 혜택(의 일부)에 다른 사업자들이 무임승차 할 수 있기 때문이다. 반면, 투입물에 대한 접근은 후속(Follow-on) 혁신을 용이하게 할 수도 있다. 따라서 공급거절과 관련된 정책은 하류시장에서 경쟁에 미치는 단기적 효과와 기업의 투자 유인에 미치는 장기적 효과 모두를 고려해야 한다.

24) DG Comp. 토론문 §210 참고.

25) Shapiro, "Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission," September 2005.

이상에서 살펴본 것처럼 거래의무를 부과함으로써 나타나는 편익과 사회적 비용에 대한 평가는 단순한 것이 아니다. 이러한 이유에서, 거래거절을 평가하기 위한 보다 단순한 두 가지 테스트들, 즉 ‘경제적 넌센스(No economic Sense)’ 또는 ‘이윤희생(Profit Sacrifice)’ 테스트, 그리고 ‘강압적(Coercing) 대 유인제공적(Incentivizing) 행위’ 테스트 등이 Antitrust Modernization Commission의 공청회에서 제시되었다.<sup>26)</sup>

경쟁기업과의 거래거절에 대한 위법성을 확립하기 위해 ‘경제적 넌센스’와 ‘이윤희생’ 테스트는, 거래거절이 거절의 의도가 기존에 존재해온 시장지배력을 강화시키거나 새로운 시장지배력을 획득하도록 돕는 것이 아니라면, 경제적으로 이치에 맞지 않거나 또는 전혀 이익이 되지 않는 것임을 입증하도록 요구한다.<sup>27)</sup> 그러나 판매량을 증대시킴으로써 경쟁자를 배제하려는 노력과 독점력을 획득 또는 유지하려는 시도 사이에 구분이 쉬운 일 아니며, 따라서 이 테스트가 모든 상황에서 분별력 있게 적용되지 않을 수 있다.

‘강압적 대 유인제공적 행위’에 대한 테스트는<sup>28)</sup> 문제시 되는 행위가 배제적(Exclusionary)인지 또는 착취적(Exploiting)인지, 그리고 수평적인지 수직적인지를 묻는 것으로부터 시작한다. 만약 문제시 되는 행위가 배제적이고 수직적이면, 그 다음으로 그 행위가 강압적인지 유인제공적인지를 묻는다. 강압적 행위는 당해 고객이 경쟁사업자들과 거래를 하고 있다는 이유로 기업이 (잠재적) 고객과의 거래를 거절할 경우 발생한다. 이 테스트 하에서 강압적 행위는 불법적인 것을 추정되어지며, 피고가 친경쟁적 정당성을 입증할 수 있는 경우에만 이러한 불법추정이 파기되게 된다. 유인제공적 행위는 약탈적 가격설정 경우를 제외하고는 합법적인 것으로 추정된다.

이러한 보다 단순한 테스트들의 장점과 단점을 검토한 후, AMC 보고서는 미국 연방대법원의 Trinko 판례가 비록 경쟁사업자에 대한 거래거절이 위법일 수 있는 요인들에 대한 지침을 어느 정도 제공하고는 있으나, 법원이 동일한 시장에서 경쟁사업자에 대한 거래거절의 위법성이 성립되는 상황을 보다 명백하게 설정할 필요가 있다고 강조하고 있다.<sup>29)</sup>

한편 DG Comp. 토론문에서는 기존에 존재하던 공급관계의 단절 경우에, 문제시 되는

26) AMC 보고서 102~104쪽 참고.

27) Pate, “Exclusionary conduct: refusals to deal and bundling and loyalty discounts,” September 29, 2005.

28) Glazer, “Three key distinctions under section 2: written testimony of Kenneth L. Glazer before the Antitrust Modernization Commission”.

29) AMC 보고서 103쪽 참고.

투입물이 필수불가결한(Indispensible) 것이라는 사실에 대한 입증을 요구하지 않는다. 그러나 이미 존재하는 관계라는 것이 특정 시점에서 지배적 사업자가 이러한 공급관계에 참여하는 것이 효율적인 것이라고 판단하였다는 사실을 의미하기는 하지만, 이것이 꼭 문제시 되는 투입물이 필수불가결한 것이었음을 의미하지는 않는다.<sup>30)</sup>

DG Comp. 토론문에서 필수불가결성 조건(Indispensability Condition)은 미국법에 서 이야기 되는 소위 ‘필수설비(Essential Facilities)’ 원칙과 유사하다. 상품들(예를 들어, 투입물)이 공익설비적 특성(Utility-like Characteristics)을 가질 경우, 투자 유인 반감들 (Investment Disincentive) 사이의 균형을 고려하면, 생산량을 확장하려는 경쟁 기업들에게 접근을 허용하도록 하는 편이 나올 수도 있다.<sup>31)</sup> 그러나 최근의 Trinko 판결에서 미연방 대법원은 경쟁기업을 도울 의무가 없다는 일반 원칙에 대한 예외를 인정하는 데 매우 신중하였는데, 이는 무엇보다도 강제적인 공유(Forced Sharing)에 따른 이점의 불확실성과 단일 기업의 반경쟁적인 행위를 식별하고 해결책(Remedy)을 제시하는 데 있어서의 어려움 때문이다.<sup>32)</sup> 필수성(Essentiality) 또는 필수불가결성(Indispensability) 요건에 대한 제한적 해석에 따라, 필수설비에 대한 접근의 원칙은 호환성 표준(Interoperability Standards) 영역과 적어도 ‘공익설비적(Utility Like)’ 제품의 맥락 이외에는 적용되지 않을 것으로 보인다.

또한 DG Comp. 토론문은 투자 유인의 유지 필요성이 제한되며, 따라서 공급거절이 남용적인 것으로 간주될 개연성이 더 높은 사례들을 열거하고 있다. 그러나 연구개발 투자규모에 따라 기술혁신자에게 보호의 정도(Degree Of Protection)가 부여되는 DG Comp. 토론문 §236의 정책은, 작은 규모의 기업들 또는 창업기업들(Start-ups)에 비해 기존의 대규모 기업들에게 보다 호의적일 수 있는 잘못된 효과(Perverse Effect)를 가져올 수 있다는 문제점을 지닌다.<sup>33)</sup>

30) RBB Economics, “The response of RBB Economics to the DG Competition Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”, March 2006.

31) The American Antitrust Institute, “Responses to public consultation on the European Commission Directorate-General for Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses” March 2006.

32) AMC 보고서 102쪽 참고.

33) Ahlborn, Denicolo, Geradin and Padilla, “DG Comp’s Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries” March 2006.

### 3. IPR과 관련된 거래거절

DG Comp. 토론문은 지식재산권의 라이선스 거절(Refusal To Licence)은 그 자체만으로는 남용행위가 되지 않으며, 라이선스 거절은 예외적인 상황에서만 남용행위로서의 성격을 가질 수 있다고 결론을 내리고 있다. DG Comp. 토론문의 §237, §238, §239는 다음과 같이 기술하고 있다.

In the case of a refusal to license an IPR an additional condition may have to be met, as described in this section. (IPR 라이선스 거절의 경우에는 이 섹션에서 기술되는 것처럼 추가적인 조건이 충족되어야만 한다.)

There is no general obligation for the IPR holder to license the IPR, not even where the holder acquires a dominant position in the technology or product market. (지식재산권 소유자가 기술 또는 상품 시장에서 시장지배적 지위를 획득하고 있는 경우에도, 그러한 지식재산권 소유자가 IPR을 라이선스해야 할 일반적인 의무는 없다.)

Only under exceptional circumstances can the refusal to license an IPR be considered an abuse. (오직 예외적인 상황에서만 IPR 라이선스 거절이 남용행위로 고려될 수 있다.)

DG Comp. 토론문이 라이선스의 거절은 단지 예외적인 상황에 있어서만 남용행위인 것으로 간주되어야 한다고 기술하고 있지만, 소위 **신상품 테스트(New Product Test)**라 불리는 DG Comp. 토론문 §239 상의 추가적 조건은 너무 쉽게 충족되어질 수 있다는 문제점을 가진다. DG Comp. 토론문은 추가적인 적시 없이 IPR이라는 용어를 사용하고 있다. 즉, 신상품 테스트는 라이선스를 요구하는 사업자가 IPR 소유자에 의해 제공되지 않는 신상품이나 서비스를 생산하고자 하는 경우에 충족되어진다. 그러나 특허·혁신 패러다임(Patent-Innovation Paradigm)을 저작권·창의성 세계(Copyright-Creativity World)로 변환시킬 때는 신중한 접근이 요구된다. 예를 들어, 필수불가결성 테스트는 저작권의 경우에 있어서는 매우 통과되기 어려운 반면, 특허가 부여된 기술혁신(Patented Innovations)의 경우에 있어서는 쉽게 통과될 수 있다. 따라서 의무적인



특허 라이선싱(Compulsory Patent Licensing)이 예외적인 결과라는 확신이 들 수 있을 정도로 신상품 테스트는 명확하고 까다로운(Demanding) 것이어야 한다.<sup>34)</sup> 그러나 DG Comp. 토론문의 §240은 경쟁사업자의 후속 혁신(Follow-on Innovation)을 위한 기초로서 필수불가결한, IPR에 의해 보호되는 기술에 대한 라이선스의 거절은, 비록 그 라이선스가 명확히 식별되는 새로운 상품이나 서비스에 직접 그 기술을 포함시키려고 추구하지 않아도 남용적인 것일 수 있다고 기술함으로써 신상품 테스트를 실제적으로 완화시키고 있다는 비판을 받고 있다.<sup>35)</sup> 만약 의무적 라이선싱이 남발된다면, 선구적인 특허권자(First Generation Patentee)로부터 2세대 특허권자(Second Generation Patentee)로의 상당한 교섭력의 이전이 있을 수 있으며, 기업들이 발본적이며 선구적인 혁신을 수행할 투자 유인을 감소시킬 수 있을 것이다.

## V. 결어

이 글에서는 시장지배적 지위의 배제적 남용에 대한 최근의 유럽과 미국에서의 논의를 배제적 남용행위에 관한 경제분석틀을 중심으로 살펴보았다.

미국의 AMC 보고서와 유럽의 DG Comp. 토론문은 배제적 남용행위에 관한 분석에 당연법칙(Per Se Rule)이 아닌 합리법칙(Rule Of Reason)을 적용하여야 한다는 데 원칙적인 공감대를 형성하고 있으나, 구체적인 분석틀에서는 다소의 차이를 보이고 있다. 이러한 구체적 분석틀에서의 차이는 DG Comp. 토론문의 분석틀이 EU 조약 82조(Article 82)를 81조(Article 81)의 구조와 조화시키려는 시도와 무관하지 않으며, 이러한 시도가 DG Comp. 토론문이 시장왜곡적 봉쇄에 대한 개념을 명료하지 않게 한다는 비판의 소지를 낳고 있다. 시장왜곡적 봉쇄를 미국에서 상정하는 경쟁제한적 행위로 일관되게 해석한다면, 경쟁제한성에 대한 입증책임의 문제에 대한 논의가 명확히 정리될 것으로 기대된다.

미국의 AMC 보고서와 유럽의 DG Comp. 토론문의 이러한 차이는 혁신적 산업의 역동성에 대한 고려에서 상이한 입장을 취하게 하고 있다. AMC 보고서에서는 혁신적 산업의 중요성이 증가하는 현실을 반영해, 배제적 남용행위에 대한 기존의 법률조항과 경

34) Ahlborn, Denicolo, Geradin, and Padilla, "DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries," March 2006.

35) RBB Economics, "The response of RBB Economics to the DG Competition Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", March 2006.

제분석들이 이러한 산업의 특징을 충분히 고려할 수 있는지에 대한 논의가 활발히 이뤄지고 있으며, 동태적인 기술 혁신에 대한 경쟁과 동태적 효율성을 경쟁제한성의 평가에서 보다 명시적으로 고려할 필요성을 권고하고 있다. 이에 반해 DG Comp. 토론문은 혁신적 산업의 역동성을 효율성 항변에서 다루고자하는 태도를 취하고 있다.

또한, AMC 보고서와 DG Comp. 토론문에서는 특허와 같은 지식재산권의 전략적 중요성이 증대함에 따라 지식재산권과 관련된 배제적 남용행위에 대한 논의도 활발히 이뤄지고 있다. 지식재산권 자체가 경쟁법적 의미의 시장지배력을 가짐을 의미하지는 않는다는 공감대가 판례와 전문가들의 의견에서 공통적으로 발견되며, 거래거절의 위법성 판단은 신중한 효과기준 접근법을 따라 이뤄져야한다는 점에서도 의견의 일치를 보이고 있다. 그러나 지식재산권의 거래거절의 문제에 관한 DG Comp. 토론문의 필수불가결성과 신상품 테스트에 대해 전문가들의 많은 비판이 제기되고 있으며, DG Competition이 토론문의 최종본에서 어떤 입장을 정리할 지가 주목되고 있다.

한편, AMC 보고서와 DG Comp. 토론문은 묶음할인 또는 리베이트와 같은 충성할인 또는 리베이트에 관해서 최근에 많은 논의를 반영하고 있는데, 미국의 Antitrust Modernization Commission과 유럽의 경쟁당국 모두 묶음할인을 혼합형 결합판매로 유추해 약탈적 가격설정의 기준을 적용한다는 데 인식을 같이 하고 있다. 그러나 DG Comp. 토론문은 비교비용 기준과 손실회수 가능성에 대한 명시적 고려 여부에 대한 논란을 야기하고 있으며, DG Comp. 토론문의 최종본에서 묶음할인과 관련해 미국의 AMC 보고서와 유사한 테스트를 수용할 것인지 주목받고 있다.