

단일상품 할인전략과 배타조건부 거래¹⁾

NICSAND, INC. v. 3M COMPANY, 507 F.3d 442 (6th Cir. 2007)

경북대학교 법학전문대학원 교수 / 변호사, 법학박사 | 최 승 재

I. 서론

실무에서 리베이트(Rebate)는 마케팅팀과 변호사가 가장 자주 부딪히게 되는 사안이다. 리베이트는 거래선의 충성도를 높이고 매출을 높일 수 있는 매우 유용한 수단이지만, 변호사는 리베이트의 경쟁법적 함의를 파악하여 법적으로 허용 가능한 리베이트 정책을 마련하여야 한다. 이러한 리베이트와 관련된 논의는 2008년 인텔 사건(공정거래위원회 2008. 11. 5. 의결 2007 독감1790, 2008시감1126)에서 로열티 리베이트가 문제가 되어 공정거래위원회와 피심인 간의 치열한 공방이 이루어지면서 충성리베이트(Loyalty Rebate)를 중심으로 학문적으로도 많은 관심을 끌고 있다. 이 리베이트 문제만큼이나 실무에서 변호사와 마케팅팀이 자주 부딪히는 거래선을 독점화하고자 하는 마케팅팀의 전략과 관련된 것이다.

이번 호에서 다룰 사건은 차량용 자가 사포(Do-It-Yourself Automotive Sandpaper) 시장에서 과점적 공급자인 닉샌드(NicSand)와 쓰리엠(3M) 간에 벌어진 독점적 공급계약(Exclusive Supply Agreement)과 관련된 사건이다. 이 사건 판결에서 법원은 다수의견과 소수의견²⁾으로 나뉘었다. 이 사건이 흥미로운 점은 쓰리엠이 소규모 전문업체인 닉샌드와의 경쟁에서 독점적 공급계약을 통해서 닉샌드를 퇴출시키고, 그 결과 닉샌드가 기업회생절차(미국 도산법 제11장(Chapter 11))에 들어가도록 하였음에도 독점적 공급계약을 통한 쓰리엠의 경쟁자 배제행위가 합법이라고 보았다는 점이다. 아래에서 먼저 사건의 사실관계를 기술하고 사건의 쟁점이 되는 문제들을 하나씩 살펴본 뒤, 마지막으로 이 사건의 의미를 정리하여보도록 하겠다.

1) 이 사건의 정리는 필자가 재직하고 있는 경북대학교 법학전문대학원 3년차인 이정민씨가 도와주었다.

2) 이 사건의 소수의견은 마틴(Boyce F. Martin) 판사가 집필하였고, 도트리(Daughtrey) 판사, 콜(Cole) 판사, 클레이(Clay) 판사가 동조하였다. 소수의견은 다수의견을 가리켜 “다수의견이 독점을 공중에 대한 경제적 해악을 보는 대신 보드게임처럼 보고 있다”고 비판한다. 이는 독점(Monopoly)과 게임의 상표명인 모노폴리(Monopoly)를 은유한 표현이다.

II. 사실관계

1. 사건의 개요

2003년 12월 30일, 소비자가 직접 자동차를 도색할 때 사용할 수 있는 ‘차량용 자가 사포’를 판매하는 회사인 닉샌드(NICSAND, INC.)는 경쟁자인 쓰리엠(3M COMPANY)이 셔먼법 2조(15 U.S.C.A. §2) 위반하였다는 이유로 손해배상 소송을 제기하였다. 닉샌드가 주장한 쓰리엠의 위법행위는 소매업자들과 장기간의 배타조건부 계약을 체결하여 차량용 자가 사포 시장을 독점화하였거나 독점을 시도하였다는 점이었다. 원고인 닉샌드는 피고 쓰리엠에게 (i) 닉샌드가 일실이익(Lost Profit) 또는 닉샌드의 사업가치에 대한 보상 (ii) 클레이튼법(Clayton Act)에 따른 이러한 손해에 대한 3배 배상을 구하였다.³⁾

2005년 3월 1일 오하이오 북부지방법원은 닉샌드가 주장하는 손해가 클레이튼법 제4조의 규정에 따른 경쟁법 상의 손해(Antitrust Injury)⁴⁾의 발생요건을 충족하지 못하였다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 원고가 항소하자 2006년 8월 8일 항소법원은 원심 법원의 판결을 파기하고, 원고의 손을 들어주었다.

항소법원(소부(小部)판결)의 다수의견은 원심판사의 의견을 내었다. 다수의견은 쓰리엠이 반경쟁적 행위를 통하여 독점적 지위를 획득하거나 획득하려고 하였다는 점이 충분히 입증되었다고 판단하였고, 닉샌드가 이로 인하여 경쟁법적 손해를 입었다는 점이 인정됨에도 지방법원이 이러한 점에 대한 판단에 오류를 범하였다고 보았다.(457 F.3d 534)⁵⁾ 그러나 소수의견을 낸 서튼(Sutton) 판사는 다수의견의 논리에 반대하면서, 전원합의체에서 심리하는 것이 타당하다고 주장하였다.

그리고 2007년 10월 17일 연방 제6항소법원은 전원합의체 판결을 통하여 소부의 결론을 뒤집었다.(507 F.3d 442) 다수의견은 지방법원과 마찬가지로 원고의 경쟁법 상의 손해 발생을 인정하지 않았다.

3) 클레이튼법 제4조는 3배의 손해배상과 관련된 조항으로, 특히 독점규제법에 위반되는 행위를 통하여 자신의 사업이나 재산에 손해를 입은 사람은 소가(訴價)에 상관없이 피고의 주소지, 설립지, 영업소 소재지의 지방법원에 소를 제기할 수 있고, 자신이 입은 손해의 3배의 손해배상 및 합리적인 변호사 비용을 포함한 소송비용을 배상받을 수 있다는 규정을 두고 있다.

4) 주지하는 바와 같이 미국 경쟁법상 손해배상 청구소송에서 손해요건은 단순히 손해의 존재만으로 족한 것이 아니라 손해의 발생이 경쟁법 위반과 서로 상당인과관계(Proximate Cause)가 있어야 한다. 미국 연방대법원은 Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, 429 U.S. 477, 489 (1977) 판결에서 “원고는 발생한 손해가 경쟁법 위반이 규제하고자 하는 대상에 대한 것이고, 피고의 행위가 경쟁법 위반에 의한 것임을 증명하여야 한다고 판시하였다.

5) 이 판결의 소수의견을 작성하였던 서튼(Sutton) 판사가 전원합의체 판결에서는 다수의견의 집필자가 되었다.

2. 당사자

닉샌드는 미국 오하이오주 베레아(Berea)에 소재한 회사로, 1982년부터 차량용 사포를 포함하여 자동차 차체의 수리와 관련된 다양한 상품을 만들었다. 이 사건에서 문제가 된 차량용 사포는 사람들이 차량에 페인트칠을 할 때 직접 사용하는 DIY(Do-It-Yourself) 제품으로, 1996년의 경우는 닉샌드 수입의 절반이 이 차량용 사포에서 발생할 정도로 매출규모가 컸다. 닉샌드는 1987년 20개 종류의 제품을 공급하다가 2000년에는 80개의 제품을 공급할 정도로 차량용 자가 사포 시장 발전에 큰 역할을 하였다.

한편 쓰리엠은 미국 오하이오주 델라웨어에 소재한 회사로, 사무용품을 비롯한 다양한 물품들을 생산하는 거대 다국적 기업이다.⁶⁾ 차량용 사포 시장에서 닉샌드는 전문기업이었고, 쓰리엠에 있어서 차량용 사포 사업은 취급하는 여러 상품 중의 하나에 불과하였다.

3. 시장

(1) 시장의 특성

1987년부터 2000년 사이 미국에서 차량용 사포 및 관련 제품을 전국 시장에 공급하는 기업은 닉샌드와 쓰리엠 두 회사뿐이었다. 그리고 1995년 이후 닉샌드는 전체 시장의 67%를 점유하는 시장지배적 사업자였다.

닉샌드와 쓰리엠은 소비자들에게 차량용 자가 사포를 직접 판매하지 않고 소수의 대형 소매업자를 통하여 상품을 시장에 공급하는 간접적인 방법을 선택하였다. 1997년을 기준으로 Advance Auto, AutoZone, CSK Auto, Kmart, Pep Boys, Wal-Mart 등 6개의 대형 소매업자가 있었고, 이들이 전체 소매시장의 약 80%를 지배하고 있었기 때문에 나머지 소규모 소매업자들의 시장점유율은 약 20%에 불과하였다.

이처럼 공급자 및 소매업자가 모두 과점화된 시장이었기 때문에 이들 간의 거래에는 다소 특이한 점이 있었다. 위에서 밝힌 6개의 소매점 중 Pep Boys를 제외한 5개의 소매점은 비용 절감 등의 목적으로 상품 공급자들과 계약을 체결할 때 1년 단위로 이를 갱신하는 것을 원칙으로 하였다. 또한 닉샌드와 쓰리엠 중에서 각자 계약이 체결된 하나의 제품만을 취급함으로써 사실상 1년 동안 1개 회사의 제품만을 독점적으로 공급받고 판매하는 배타조건부 계약을 체결하였다.

뿐만 아니라 공급자를 교체할 때는 새로운 공급자가 합리적인 공급가격을 요구하는 것 외에

6) 쓰리엠은 2009년을 기준으로 전 세계 매출이 250억 달러에 이르며 200여개 국가에서 제품을 판매하고 있었다. 쓰리엠은 자동차 보수용 제품만 1,000여종에 달할 정도의 세계적 기업으로, 기업 자체 규모에 있어서는 닉샌드와는 비교할 수 없는 회사이다.

차량용 자가 사포 전(全) 라인의 생산·공급, 제품 진열대 등의 전시용 시설의 제공, 최초 주문 시 할인혜택 제공, 제품 변경시 소매업자의 현(現) 재고를 모두 구매하여 줄 것 등 여타의 부대 조건을 제시하였다. 이중에서도 기존의 재고 재매입 조건은 공급자에게 상당히 부담스러운 조건이었다. 왜냐하면 대형 소매업자들은 통상 1년에 5~6번 정도 사포 제품의 전 라인을 다시 채웠고, 공급자로서는 소매업자의 사포 재고를 구매하는 데에만 그 소매업자로부터 얻는 연간 이익의 14~20%에 해당하는 비용을 재고 구매를 위하여 사용하여야 했기 때문이다.

(2) 1997년까지의 경쟁상황

닉샌드는 소매업자들의 이러한 요구를 모두 들어주었고, 시장에서 상당한 성공을 거두었다. 그래서 닉샌드는 1996년까지 Kmart, Advance Auto, CSK Auto, AutoZone 등 4개 소매업자들에게 제품을 독점적으로 공급하는 지위에 있었다. Pep Boys는 이들 소매업자들과는 달리 독점계약을 요구하지 않았기 때문에 쓰리엠도 닉샌드와 함께 제품을 공급할 수 있었다.

반면 쓰리엠이 독점적으로 제품을 공급한 것은 6개의 대형 소매업자 중에서 Wal-Mart 뿐이었다. Wal-Mart 측에서는 닉샌드가 생산하지 않는 동력장비 및 페인트 부문의 사포까지 포함된 모든 종류의 사포제품을 공급하도록 요구하였기 때문에 닉샌드는 이러한 요구를 충족시켜줄 수 없었고, 그래서 Wal-Mart의 경우는 쓰리엠만이 독점적으로 공급하였다.

닉샌드는 4개 소매업자와의 독점판매계약을 통하여 높은 이윤율을 기록하였다. 1996년 Kmart에 대한 닉샌드의 연간 매출은 47만5,000달러에 달하였고 이윤율은 38%였으며, 1997년 Advance Auto에 대한 매출은 55만 달러(이윤율 49%), CSK Auto에 대한 매출은 36만 9,000달러(이윤율 44%), 1999년 AutoZone에 대한 매출은 220만 달러였고, 닉샌드의 이윤율 역시 39%에 이르렀다. 이 중에서 AutoZone은 다른 소매업체의 매출을 모두 합친 것보다 큰 규모의 업체로, 마지막까지 닉샌드와 거래를 한 업체이다.

(3) 1997년에서 2001년 사이의 경쟁상황

닉샌드의 주장에 따르면 쓰리엠은 1997년부터 차량용 자가 사포 시장에 대한 독점화 기도를 하였다고 한다. 그 결과, 쓰리엠은 1997년 Kmart에 대하여 제품 공급자를 자신으로 바꾸는 대가로 30만 달러를 지불하고 1년이 아니라 다년에 걸친 배타조건부 거래계약을 체결할 것을 요청하였다. Kmart는 쓰리엠의 요청을 받아들였고, 닉샌드와 향후 수년간 닉샌드가 제시하는 가격조건을 검토하지 않기로 하였다.

1년 뒤인 1998년, 쓰리엠은 Advance Auto와 CSK Auto에 대해서도 공급자를 닉샌드에서 자사로 변경하고 다년간의 배제조건부 계약을 체결하는 조건으로 각각 28만5,000달러와 20만 달러를 제공하겠다고 제안하였다. 이들 역시 쓰리엠의 계약조건을 받아들였고 닉샌드에게 최소 수년간은 공급자 변경문제에 대하여 논의하지 않겠다고 하였다.

2년 후인 2000년, 닉샌드의 최대 고객인 AutoZone과의 계약에서도 쓰리엠은 다른 업체들과 유사한 계약을 체결하여 독점공급권을 획득하였다. 쓰리엠이 AutoZone에 공급자 변경 및 다년간의 독점계약 대가로 지불한 금액은 총 100만 달러였고, 계약은 성사되었다. 닉샌드가 접촉했을 때 AutoZone 역시 최소 몇 년간은 공급자 변경을 고려하지 않겠다고 답변하였다.

결국 2001년부터 닉샌드의 거래처는 원래부터 쓰리엠과 함께 제품을 공급하던 Pep Boys보다 작은 규모의 소매업체 밖에 남지 않게 되었다. 현저한 판매량 감소로 인하여 닉샌드는 '규모의 경제'를 달성할 수 없게 되었고, 그 결과 원재료 비용이 급격히 증가하였다. 이에 따라 닉샌드는 더 이상 쓰리엠과 경쟁이 가능한 가격에 제품을 생산할 수 없었고, 결국 시장경쟁력을 상실하였다. 2001년, 마침내 닉샌드는 차량용 자가 사포 시장을 떠났고, 파산법 제11장(Chapter 11 of US Bankruptcy Act)⁷⁾에 의거 기업회생절차를 밟게 되었다.

Ⅲ. 사안의 검토

1. 쟁점의 정리

원고가 주장한 것은 서먼법(Sherman Act) 제2조 위반에 따른 손해배상을 청구였으며 원고의 손해배상 청구주장이 받아들여지기 위해서는 당사자 적격, 경쟁법 위반행위, 경쟁법 상의 손해 발생, 인과관계의 존재, 고의·과실요건을 충족하여야 한다.⁸⁾ 이러한 요건들은 전체적으로 서로 밀접하게 관련되어 있다. 그러나 하나씩 살펴볼 때 독점금지법 위반행위로 피해를 입은 자는 모두 청구권자가 될 수 있고, 특히 이 사건에서 피고는 원고와 직접적인 경쟁자이자 원고가 주장하는 독점금지법 위반행위의 주체이므로 당사자 적격에는 별 문제가 없다고 할 수 있다. 또한 동일한 시장을 놓고 원고와 피고가 경쟁하는 상황에서 피고가 기존에 원고가 가지고 있던 시장을 빼앗아 원고가 피해를 입었다는 사실 역시 분명하다.

결국, 이 사건에서 쟁점이 되는 것은 피고의 행위가 피고가 독점화 내지 독점화 기도에 해당

7) 미국 도산법 제11장은 기업회생(Corporate Reorganization)절차를 규정하고 있다. 국내에서 번역을 할 때는 흔히 '파산보호신청'을 하였다고 기재하기도 한다. 그러나 현행 국내법의 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」의 규정문언을 살리면 '기업회생'이라고 쓰는 것이 옳다.

8) 임영철, 「공정거래법 -해설과 논점」, 법문사 (2007), 504~509면.

하는지와 이로 인하여 원고가 입은 손해가 경쟁법 상의 손해(Antitrust Injury)에 해당하는지가 주된 쟁점이다.

2. 배타조건부 거래(Exclusive Dealing)

(1) 의의

원고는 피고가 선할인(先割引)을 제공한 행위, 수년에 걸친 장기계약을 체결한 행위, 계약이 전속성(專屬性)을 가지고 있어서 원고와의 거래를 불가능하게 하였다는 세 가지 점을 들어 피고의 행위가 위법하다고 주장하였다. 원고는 쓰리엠이 4개의 대형 소매업자와 체결한 계약의 형태가 전형적으로 위법한 '배타조건부 거래'에 해당하며, 이로부터 독점화를 기도하고 달성하였다고 주장하였다.

배타조건부 거래는 공급자가 자신과 거래하는 상대방에 대하여 자신 이외의 공급자로부터 상품이나 용역을 구입하지 못하도록 하는 것을 말한다. 이러한 배타조건부 거래는 시장봉쇄효과를 초래하여 소비자 후생을 저해할 수 있기 때문에 마이크로소프트(Microsoft) 사건⁹⁾ 이후 봉쇄효과 문제의 주목을 받았다.¹⁰⁾ 생산자가 이미 어떤 판매업자와 거래관계를 맺고 있었던 경우에 다른 판매업자가 이를 배제하고 독점적인 판매권을 획득하거나, 하나의 판매업자가 동종의 상품에 대하여 둘 이상의 생산자로부터 독점적인 판매권을 취득하여 다른 판매업자의 경쟁을 제한하는 경우, 또는 경쟁자의 출현을 방지할 목적으로 원자재에 대한 독점적인 판매권을 취득하는 경우는 공정한 거래를 저해할 우려가 있으므로 이를 규제하여야 하는 것이다.¹¹⁾

연방법원은 배타조건부 거래를 당연위법으로 보지 않았다. 따라서 원고는 우선 피고가 독점력을 가지고 있다는 것을 입증하여야 하며, 이러한 거래를 통하여 동등하게 효율적이거나 보다 더 효율적인 경쟁기업을 시장에서 배제하는 효과가 나타난다는 점을 증명하여야 한다.¹²⁾ 모든 배타조건부 거래가 항상 경쟁법 위반이 되는 것은 아니다. 왜냐하면, 배타조건부 거래는 경우에 따라서는 실질적인 효율성을 달성하기 때문이다. 그러므로 배타조건부 거래를 통하여 경쟁이 제한되는 결과가 나타나더라도 피고는 효율성을 입증함으로써 위법성을 조각시킬 수 있다.¹³⁾

이 사건에서 쓰리엠이 여러 해에 걸쳐 자신의 제품만을 공급하기로 하는 배타조건부 거래를

9) United States v. Microsoft, 253 F.3d 34 (D.C. Cir) cert denied 122 S.Ct. 350 (2001).

10) Jonathan M. Jacobson, "Exclusive Dealing, Foreclosure, and Consumer Harm", 70 Antitrust L.J. 311, 312 (2002).

11) 권오승, 「경제법(제7판)」, 법문사 (2009), 303면.

12) A. Douglas Melamed, EXCLUSIVE DEALING AGREEMENTS AND OTHER EXCLUSIONARY CONDUCT—ARE THERE UNIFYING PRINCIPLES, 73 Antitrust Law Journal No. 2, (2006) pp 379–384.

13) Id. p 375.

4개의 대형 소매업자와 체결하였고, 이러한 과정을 통하여 원고가 시장에서 배제되어 현재 쓰리엠이 시장에서의 독점적 공급자로 기능하고 있다는 점은 외관상 매우 명백하다. 결국 쟁점은 이와 같은 사정에도 불구하고, 이러한 배타조건부 공급계약이 경쟁제한적이지 않고, 시장봉쇄 효과를 인정하기 어렵거나 그 이상의 효율성을 달성하는 것인지 여부를 인정할 수 있는지에 있다.

(2) 시장봉쇄

1) 항소법원의 판단

닉샌드는 쓰리엠이 소매업자들에게 선할인을 제공하였다는 것을 들어, 이것이 시장을 봉쇄하는 효과를 가져왔다는 주장을 하였다.

그러나 차량용 자가 사포 시장에서 신규 사업자의 진입장벽으로 실제로 기능한 것은 시장에서 오랫동안 유지되고 있었던 닉샌드와 소매업자들의 거래관행 자체였다고 볼 수 있다. 즉, 첫 번째 제품을 공급할 때 할인을 제공하거나 기존 재고를 구매하는 등 거래업체를 바꿀 때 소매업자들이 요구한 4가지 조건 모두가 비용으로 계산할 경우, 신규 공급자의 첫 해 수입의 23%에 달할 정도로 큰 것이었기 때문에 잠재적 경쟁자에게는 진입장벽으로 작용할 수밖에 없었다. 항소법원은 이를 들어, 진입장벽 때문에 경쟁에서 불리하였던 것은 오히려 쓰리엠이었다고 판단하였다.

그리고 쓰리엠이 거액의 선할인을 제공함으로써 닉샌드가 시장에 진입할 수 없게 되었는지와 관련하여서도, 쓰리엠이 선할인을 제공하면서 닉샌드의 거래처를 빼앗기 시작한 무렵의 닉샌드의 시장에서의 지위를 문제 삼고 있다. 닉샌드는 1997년 당시 시장의 67%를 차지하는 선두업체(Market Leader)였고, 이윤율 역시 38~49%에 이르렀다. 법원의 입장처럼 닉샌드가 소매업자들과 공급자를 바꾸는 배타조건부 거래를 체결하면서 제공한 선할인을 단순한 가격경쟁의 일환으로 본다면, 닉샌드는 지나칠 정도로 높은 이윤율을 유지하면서 충분히 경쟁할 능력이 있었음에도 불구하고 가격경쟁을 포기한 것에 지나지 않는다.¹⁴⁾

만약 당시 닉샌드가 잠재적인 시장 진입자였거나 쓰리엠이 당시의 시장지배적 사업자였다면 이러한 판단은 달라질 수 있을 것이다. 그러나 닉샌드는 이미 시장에 진입해있었기 때문에 시장의 거래조건을 정확히 알고 있을 뿐만 아니라 단 하나의 경쟁자를 갖고 있었던 만큼 경쟁상황에 대해서도 어느 정도 알고 있었다고 보는 것이 타당하다. 또한 쓰리엠이 시장을 잠식하여 들어온 것 역시 수년에 걸쳐 이루어진 일이었고, 법원의 지적처럼 2000년 닉샌드의 독점거래처가 AutoZone 하나 밖에 남지 않았을 때에도 AutoZone과의 거래규모가 다른 업체들과의 거래를 더한 것보다도 많았기 때문에 닉샌드가 AutoZone에 대한 거래만 유지할 수 있었어도 시장

14) 닉샌드는 자신이 차량용 자가 사포 시장을 떠난 이후 소매업자들이 차량용 자가 사포의 소비자가격을 70%까지 올렸다고 주장한다.

완전히 잃는 결과는 나타나지 않았을 것이다. 이러한 점을 종합하여 법원은, 닉샌드는 쓰리엠의 독점기도로 시장에서 퇴출된 것이 아니라 쓰리엠과의 가격경쟁에서 패하였기 때문에 시장을 잃은 것에 불과하다고 보았다.

이와 같은 점을 종합하여 볼 때 법원은 닉샌드의 시장봉쇄라는 주장을 받아들일 수 없다고 보았다.

2) 검토

① 선할인(先割引)행위

법원의 이러한 판단 중에서 먼저 쓰리엠의 선할인행위에 대하여 본다. 쓰리엠의 선할인규모는 아래의 표에서 보는 바와 같이 닉샌드가 각각의 소매업자로부터 얻은 연간 이익의 규모에 가까운 정도의 규모였다.

(단위 : 달러)

대형 소매점	연매출	선할인
Kmart	475,000	300,000
Advance Auto	550,000	285,000
CSK Auto	369,000	200,000
AutoZone	2,200,000	1,000,000

물론 닉샌드가 비슷한 협상을 통하여 선할인을 제공함으로써 이윤율을 낮추어 향후 17~39%의 이윤을 가져가면 된다는 법원의 판단과는 달리, 닉샌드에게 이러한 선할인에 대응할 만한 능력이 실제로 있었는지의 여부는 분명하지 않다. 또한 닉샌드가 이 사업을 통하여 상당한 이윤을 얻고 있었다고 하여도 쓰리엠이 실행한 것처럼 한 번에 연 매출의 50~60%에 달하는 선할인을 제공할 수 있었을지는 의문이다. 닉샌드와 쓰리엠의 기업규모를 비교해볼 때, 차량용 사포 시장에서 후발 업체라고는 하지만 엄청난 규모의 기업이 대규모의 선할인을 제공함으로써 시장의 판도를 바꾸어놓는 행위가 가격경쟁의 일환이라고만 볼 수 있는지는 의문의 여지가 있다.

② 다년계약의 체결

법원은 매년 체결하던 계약의 형태를 수년에 걸친 계약으로 바꾼 것에 대하여 이미 배타조건

부 거래를 맺는 시장의 특성이 있었고, 그 계약기간을 1년에서 여러 해로 바꾼다고 하여도 이는 거래조건이 '근소하게' 달라진 것에 불과하다고 보고 있다. 또한 소매업자들의 시각에서 여러 해에 걸친 계약은 벌크(Bulk)로 물건을 사는 것과 다름이 없어서 소매업자들이 더 낮은 가격으로 물건을 구매할 수 있도록 하고, 여러 해에 걸친 거래를 통하여 신규 진입자는 시장 진입에 따른 투자비용을 보다 쉽게 회수할 수 있기 때문에 이는 현재의 시장 진입장벽을 약화시키는 것으로서, 오히려 경쟁을 촉진하는 효과가 있을 수 있다는 점을 지적하고 있다.

그러나 거액의 선할인과 결합된 다년계약은 결과적으로 1년이 아니라 계약이 체결된 수 년 동안의 거래가 고정되는 효과를 가져오고, 시장에서는 관행적 거래 조건이 변경되는 결과가 나타나게 된다. 쓰리엠과의 다년계약이 종료되고 난 후에는 이미 시장에서의 거래관행에 변화가 있게 되어, 다년계약이 만료되었다고 하더라도 닉샌드가 예전과 같이 최초 계약 시의 할인이나 1년의 독점계약 조건만으로 새로운 거래를 성사시키기는 힘들 것이다. 그렇다면 쓰리엠의 다년 계약을 단순히 거래조건이 약간 달라진 것으로만 보는 것에는 의문이 있다. 기존의 거래관행에 따랐을 때 누구나 약간의 투자를 통하여 1년에 한 번 새로운 계약을 체결할 수 있었다면, 이것은 쓰리엠의 다년거래와는 다른, 다소 특이한 조건의 거래관행이었을 뿐 배타조건부 거래라고 단정할 수 있을지 논의의 여지가 있다.¹⁵⁾ 쓰리엠과의 3~5년에 걸친 계약이 체결되어 있는 동안 소매업자들이 공급자 변경문제에 대한 논의 자체를 거절하였다는 점을 볼 때 쓰리엠의 계약은 닉샌드와의 계약에 비하여 거래의 배타성을 강화시켰고, 분명히 경쟁을 제한하는 효과를 가져왔다.

③ 쓰리엠의 지위

또한 당시 닉샌드가 시장의 67%를 점유하고 있었다면 시장을 양분하고 있었던 쓰리엠 역시 시장의 33%를 점유하고 있었다는 것이 되므로 쓰리엠 역시 신규 시장 진입자의 지위에 있었던 것은 아니었다. 그렇다면 다수의견이 시장 진입장벽으로 평가한 기존의 거래조건이, 이미 시장에 진출하여 있었을 뿐만 아니라 상당한 시장 점유율을 갖고 있었던 쓰리엠에게 신규 진입자와 동일한 수준의 진입장벽으로 작용하지는 않았을 것이다. 이는 기존의 거래관행은 사실상 배타조건부 거래가 아니거나 최소한 쓰리엠이 체결한 배타조건부 거래와는 다른 것이 아닌가 하는 의문이 들게 한다.

15) 닉샌드의 주장에 따르면, 공급자를 바꾸는 것은 매 구매 시마다 가능하였다. 다만 소매업자들이 관례적으로 1년 단위로 공급자를 바꾸었을 뿐이라고 한다. 그렇다면 1년 단위의 배타조건부 거래 관행 자체가 존재하지 않았다고 볼 수도 있다.

3. 약탈적 가격 책정(Predatory Pricing)

약탈적 가격 책정은 '부당염매'로 분류되는 행위로, 자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유 없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나, 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위를 말한다.¹⁶⁾ 이는 독점화 또는 독점화 기도의 행태 중 하나로 다루어질 수 있다.¹⁷⁾

미국 연방법원이 판례를 통하여 형성한 약탈적 가격책정의 성립요건은 문제의 가격이 적절하게 산정된 공급비용보다 낮은 수준이어야 하고, 부당염매를 통하여 경쟁자를 배제한 후에 염매로 인한 손해를 만회할 위험성이 존재하여야 한다.¹⁸⁾

이 사건에서 문제가 된 시장은 공급자들보다 소비자인 소매업자들의 구매력이 더 크다는 특이점을 갖고 있다. 공급업자들과 소매업자 간에 이루어진 거래의 조건은 공급업자에게 유리한 것으로, 계약의 전제조건으로서 독점계약을 요구한 것 역시 대형 소매업자들이었다. 소송과정에서 쓰리엠이 원가 이하의 가격을 책정하거나 약탈적 가격 책정에 관여하였다는 증거는 드러나지 않았다. 뿐만 아니라 끼워팔기(Tying Arrangement) 등의 불공정행위를 증명할 증거도 발견되지 않았다.

그러나 이 사건에서 닉샌드가 자신들이 시장에서 제외된 이후 차량용 자가 사포의 소비자가 가격이 최대 70% 인상된 것이 사실이라면, 쓰리엠의 행위는 경쟁자를 배제한 후 손해를 만회하기 위한 행위로 볼 여지가 있다. 쓰리엠은 선할인행위를 통하여 사실상 부당염매를 하였고, 이후 가격 인상을 통하여 손실을 회복한 것으로 볼 수 있다. 이 때 쓰리엠이 책정한 가격이 원가보다 높은 가격이었고,¹⁹⁾ 단지 닉샌드보다 적은 이윤율을 획득하게 되는 가격이라고 하더라도 이것이 일반적인 공급자의 입장에서 보았을 때는 비합리적인 공급가격²⁰⁾일 수 있다. 결과적으로 경쟁자가 배제된 이후에 가격을 높여 손해를 만회하려 한다면, 최종소비자의 입장에서는 후생 저하가 뒤따를 위험이 있다.

통상의 시장에서는, 설사 쓰리엠이 직접적으로 약탈적 가격 책정을 하지 않으면서도 교묘하

16) 권오승, 전거서, 290면.

17) 시카고학파는 원가 이하의 판매 혹은 상대방 경쟁자를 시장에서 말살하기 위한 의도 하에서 이루어지는 덤핑 등에 대해서도 경쟁자를 말살한 후 가격을 인상하여 손해를 보전하려 할 경우, 신규 사업자가 시장에 진입하여 다시 가격이 경쟁적인 시장에서 형성된 수준으로 내려가게 될 것이기 때문에 이를 통상적인 가격경쟁과 달리 취급할 이유는 없다고 본다. 정호열, 「경제법」, 박영사 (2009), 71면.

18) 이호영, 「독점규제법」, 홍문사(2010), 277면.

19) 부당염매의 판단기준 중 비용-가격테스트를 사용하는 경우, 기준비용(Cost)은 평균총비용, 장기평균증분비용, 평균회피비용, 평균가변비용 등 여러 개념이 있으며 실제 적용에서 논란이 있다. 여기에서는 가정판단에서 원가 이상으로 가격 설정을 하여 이윤이 발생한다고 보아 쟁점이 아니므로 편의상 '원가'(原價)라고만 쓴다.

20) 소수의견에 따르면 쓰리엠의 이윤율은 5% 정도에 불과하였을 것으로 추정된다.

게 그러한 효과를 추구하여 시장에서 경쟁자를 배제하였다고 하더라도 또 다른 경쟁자가 시장에 진입할 가능성이 높다. 그러나 차량용 사포 시장은 매우 제한적이고 작은 시장이며,²¹⁾ 쓰리엠이 취한 것과 같은 대량의 초기 투자를 감수하고 새로운 경쟁자가 나타날만한 시장이 되기에는 소매업자들의 구매력(Buying Power), 과점적 공급체계, 다양한 제품라인의 구비 요구, 독점경쟁자와의 경쟁 등 상당한 진입장벽이 존재하는 시장이라는 시장의 특징이 고려되었다면 다른 결론에 이를 수 있을지 고려할 실익이 있다.

4. 공동행위의 문제

닉샌드는 모든 소매업자가 쓰리엠과 거래하게 된 것을 소매업자 간의 공동행위의 문제로 보고, 쓰리엠이 이를 조장하였다는 주장을 하였다.²²⁾ 그러나 법원이 확정한 사건의 사실관계에 비추어 볼 때 각 소매업자들과 쓰리엠이 체결한 거래의 형태 자체는 비슷하지만 그 구체적인 조건들은 각각 달랐고, 거래계약을 맺은 시기 또한 서로 상이하다. 이들 소매업자가 서로 간의 합의를 통하여 쓰리엠의 제품만을 공급받기로 합의하였다고 보기에는 이를 입증할 직접증거는 물론 간접증거도 존재하지 않아 공동행위를 쓰리엠이 공모 또는 교사하거나 방조한 것이라고 보기 어렵다.

전체적인 거래의 상황과 조건을 종합적으로 살펴본다면, 소매업자들은 장기적으로 쓰리엠이 시장을 독점함으로써 나타날 수 있는 문제점을 고려하지 않고, 단기적으로 쓰리엠이 제시한 거래조건을 닉샌드의 조건과 비교하여 그 범위 내에서 합리적인 선택을 하였다고 판단하는 것이 타당할 것으로 보인다.

5. 경쟁법상의 손해(Antitrust Injury)

클레이튼법 제4조의 3배 배상 청구의 대상이 되는 손해는 독점규제법이 보호하고자 하는 목적 범위 내에서 발생한 손해에 해당하여야 한다.²³⁾ 그러므로 원고에게 손해가 발생하였거나 이것이 피고의 행위로 인한 것이라는 점 등이 모두 입증된다고 하더라도 경쟁의 '감소' 내지 '제한'으로 인한 손해에 해당할 경우에만 배상 청구의 대상이 된다.²⁴⁾

2006년 8월 8일자 항소법원의 판결에서 반대의견을 제시한 서튼(Jeffrey S. Sutton) 판사와 2007년 항소법원의 다수의견은 닉샌드가 입었다고 주장하는 손해는 독점규제법 위반으로 인한

21) 판결문에서는 '틈새시장' (Niche Market)이라는 표현을 사용하고 있다.

22) 우리 공정거래법 제19조 후단의 '하계 한'의 문제와 유사한 주장이다.

23) Brunswick Corporation v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477, 97 S.Ct. 690 (1997).

24) 임영철, 앞의 책, 506면.

손해가 아니라, 오히려 독점규제법이 보호하고자 하는 '경쟁'으로 인한 손해에 불과하므로 법원의 심리대상이 될 수 없다고 판단하였다. 한편 쓰리엠과 소매업자들이 체결한 배타조건부 거래는 단지 소매업자들의 구매력을 보여주는 것에 불과하다고 보았다.

IV. 사건의 의의

1. 경쟁의 양상 : 가격경쟁의 의미

이 사건에서 원고 닥샌드는 손해배상을 구하였지만 패소하였다. 그리고 소비자들은 이미 과점시장체제에서 쓰리엠의 독점시장으로 변화된 시장을 직면하게 되었다. 시장의 구조가 배타조건부 거래를 통하여 유지되었고, 사포전문기업 닥샌드는 Wal-Mart를 제외한 모든 대형 소매업자들과 배타적인 거래관계를 맺어 시장지배적 지위에 있었지만, 쓰리엠의 공세적인 가격할인 정책에 밀려 도산절차에 들어갔다.

미국 연방항소법원은 이 사건을 가격경쟁의 한 예로 보았고, 닥샌드가 이미 시장에서 시장지배적 지위에 있었다는 점에 기초하여 보면, 쓰리엠이 이와 같이 공세적인 리베이트 전략을 사용하면 이에 대응하여 닥샌드도 적극적인 가격정책을 펼쳤어야 할 것임에도 불구하고 이를 방치한 결과로 시장을 상실하게 된 것으로 보았다.

2007년 항소법원의 다수의견은 시장의 특성을 보면, 이 시장은 공급자측이 과점인 것과 대응하여 수요자측인 소매업체들도 6개 정도의 소매업자가 80%의 시장점유율을 보유하고 있을 정도로 과점화된 시장이므로, 만일 쓰리엠이 시장에서 과거와는 달리 소매업자들에 대하여 독점공급자로서의 지위를 이용하여 자신에게 보다 유리한 거래조건을 강요하거나 공급가격을 올린다면, 소매업자들이 쓰리엠을 상대로 독점규제법 위반에 따른 소송을 제기할 것이므로 시장에서의 쓰리엠의 지배력은 제한적이라고 분석하였다.

그러나 소수의견은 소매업자들이 소송 대신 소비자가격의 인상을 선택할 것이라고 보았다. 장기간 많은 비용이 소요되는 소송을 독점적인 공급자와 수행하는 것과 소비자에게 가격 인상을 통하여 전가하는 것 사이의 의사결정 중에서 어느 쪽이 현실적일지는 생각하여 볼 일이다.

2. 소비자의 선택 가능성

쓰리엠의 공세적인 리베이트 전략으로 인하여 사포전문기업인 닥샌드가 시장에서 퇴출되었

다. 다수의견의 판단처럼 이는 무능한 경영전략에 기인한 시장경쟁의 당연한 결론일 수 있다. 이에 대하여 소수의견은 닉샌드가 사실상 시장의 이익을 대변하고 있다고 보았다. 소비재시장의 특성을 감안하면, 원고 닉샌드는 이미 쓰리엠에 의한 독점이 형성된 현 상황을 고려한 주장이자 독점사업자인 쓰리엠이 시장에 끼칠 영향을 우려하는 목소리이기도 하다는 것이 소수의견의 생각이었다.

닉샌드는 1997년 이전에 높은 수준의 이윤율을 유지하면서도 67%의 시장을 점유할 수 있었던 것은 닉샌드의 상품이 더 우수하고, 더 나은 마케팅 기법과 포장방법을 사용하고, 훨씬 좋은 서비스를 제공하였기 때문이라고 주장한다. 그러나 단기간에 쓰리엠의 리베이트 전략에 의하여 소매업체들을 잃고 파산절차에 들어간 것이 닉샌드와 쓰리엠의 사포 경쟁에서 살아남은 쓰리엠 사포의 우수성을 입증할 수 있는 증거가 되는 것도 아니다.

그리고 소매업체들이 닉샌드 대신 쓰리엠을 선택한 것이 거래조건 때문이었는지 쓰리엠의 상품이 더 좋아서였는지 역시 판단할 수 없다. 소매업체들의 관점에서는 거래조건이 더 좋은 사포를 판매하는 것이 더 많은 이익을 담보하는 것이므로 기술적인 우수성이나 소비자친화형 상품을 취급하는 것보다 더 우월한 선택이 될 수 있을 것이기 때문이다. 그러나 한편으로는 쓰리엠의 사포가 가격 할인에도 불구하고 소비자가 결코 선택할 수 없는 수준이었다면, 거래조건의 우위에도 불구하고 선택할 수 없었을 가능성도 있기 때문에 쓰리엠의 사포가 절대적으로 기술적 열위에 있다고 단정하기도 어렵다. 차량용 사포는 제품의 특성상 제작에 있어서 고도의 기술이 필요한 물품이 아닌 만큼 그 품질의 차이가 크지 않을 가능성도 있다.

이러한 가능성에도 불구하고 소비자의 관점에서 보면, 닉샌드가 시장에서 퇴출됨으로써 다른 대형 소매점이든 소형 소매점이든 소비자들이 쓰리엠이 아닌 다른 상품을 선택할 수 있는 가능성은 사실상 사라졌다. 특히 이 사건에서 문제가 된 차량용 사포 시장은 소매업체 6개가 지배하고 있고, 직영점으로 판매되는 경우가 없기 때문에 소매업체의 결정에 의하여 시장으로의 신규 진입이나 시장으로부터의 퇴출이 결정되는 시장의 특성을 가지고 있다는 점도 고려되어야 한다.

이 사건의 시장은 일반 소비자들의 소비재시장으로서, 이런 시장에서의 다양성 감소는 공급되는 재화 자체의 품질과 특성에 본질적으로 큰 차이가 없는 시장의 경우보다 소비자에 대한 영향이 더 크다. 같은 제6항소법원의 인데크(Indeck) 사건²⁵⁾과 비교하여보면 이와 같은 차이를 알 수 있다. 이 사건에서 컨슈머에너지(Consumers Energy)는 제너럴 모터스(GM; General Motors)와 5~10년에 걸친 독점공급계약을 맺어 19개의 GM 시설에 독점적으로 에너지를 공급하였을 뿐만 아니라 이 계약을 위하여 수백만 달러의 할인을 제공하였고, 더 많은 에너지 수요가 발생하자 인데크나 다른 생산자들과 거래하는 대신 필요한 에너지를 자신의 계열 회사에서 구매하여 충당하는 방식을 택하였다. 결국, 인데크는 이로 인하여 80% 이상의 시장에서 경쟁을

25) Indeck Energy Services, Inc. v. Consumers Energy Co. 250 F.3d 972 (2000).


할 수 있는 기회를 갖지 못하고 시장에서 퇴출되었다. 법원은 이 사건에서 원고의 청구를 기각 하였고 컨슈머에너지가 승소하였다. 법원은 에너지 시장의 경우는 공급되는 재화가 매우 균질적(均質的)이므로 소비자의 입장에서는 어느 공급자로부터 공급을 받는가 하는 것이 크게 문제가 되지 않고, 공급체인(Supply Chain)에서 상위 공급자와 하위 수요자(예를 들어, 소매업체)와의 관계의 문제로 귀결된다는 점을 주목하여 이와 같은 결론을 도출하였다.

V. 결론

이 사건에서 닉샌드는 기존 시장에서 형성되어 있던 배타조건부 거래의 관행 하에서 성공적으로 사업을 유지하였다. 그리고 쓰리엠은 기존의 조건을 모두 받아들이는 것을 넘어서 한층 유리한 조건을 제시함으로써 경쟁에서 승리하였다. 닉샌드가 어떠한 이유에서건 쓰리엠의 이러한 경쟁에 적절하게 대응하지 못하였고, 그로 인하여 시장에서 퇴출되었다. 그리고 자신들이 독점적인 거래관행을 일정 부분 활용하면서 성공적인 사업을 구가하던 동안에는 전혀 문제 삼지 않았던 거래관행을 쓰리엠이 역(逆)으로 활용하여 시장에서 성공하자, 갑자기 쓰리엠의 행위를 독점규제법 위반이라고 문제 삼은 것은 경쟁이 아니라 무능한 경쟁자를 보호하여 달라는 취지로 이해될 수 있다.

독점 분석은 항상 문제가 된 산업의 특정한 구조와 환경에 조화되어야 한다. 그리고 그 과정에서 당해 산업의 역사를 살펴볼 필요가 있다.²⁶⁾ 이런 점에서 당해 시장을 보면 쓰리엠의 할인행위 이전에도 배타적 거래관계는 존재하였고, 이후에도 그대로 존재하고 있다. 다만 시장지배적 지위에 있는 사업자가 닉샌드에서 쓰리엠으로 바뀌었을 뿐이다. 이렇게 보면 이 사건의 연방 제6항소법원의 판결은 명쾌하게 이해된다. 그러나 경쟁수단의 선택에 있어서 경쟁자의 특성과 소비자 선택권의 보장이 중요한 소비재시장의 특성 등을 감안하면 제6항소법원의 전원합의체 판결에서 소수의견이 주장한 논거들도 결코 쉽게 배척하기 어렵다.

이와 같은 점들을 종합하여보면, 이 사건은 대기업과 중소기업 간의 경쟁, 소비재시장에서의 경쟁과 그렇지 않은 산업용 부품 등의 공급과 관련된 시장에서의 경쟁 등의 사안을 처리함에 있어서 고려할 수 있는 요소들에 대하여 흥미로운 관점을 제공하고 있다.

특히 우리나라에서 대·중소기업 상생(相生)의 문제가 초미의 관심사가 된 요즘, 이와 같은 사건이 우리나라에서 일어났다면 경쟁당국인 공정거래위원회를 비롯하여 정치권, 언론, 관련 정부부처나 유관 경제단체들이 어떤 태도를 취하였을지, 그리고 법원이 어떤 판결을 내렸을지 생각해 보는 것도 가치 있는 일이라고 본다. 

26) Bell Atlantic v. Twombly, 127 S.Ct. 1955 (2007). 이 사건에서 스티븐스 대법관이 반대의견을 제시하였다.