

# 로열티 리베이트에 대한 비용-가격 테스트의 한계<sup>1)</sup>

공정거래위원회 시장감시총괄과장 | 김준범  
공정거래위원회 시장감시총괄과 사무관 | 고인혜

## 1. 머리말

최근 로열티 리베이트 및 할인(Loyalty Rebates and Discounts, 이하 “로열티 리베이트”라고 한다)에 대한 경쟁법 집행과 관련하여 국내외에서 활발한 논의가 진행되고 있다. 지난 6월 스위스에서 개최된 국제경쟁네트워크(ICN, International Competition Network) 연차총회에서는 로열티 리베이트와 끼워팔기가 단독행위 작업반의 핵심 논의 주제로 선정<sup>2)</sup>되었으며, 이에 대한 해외 경쟁당국의 관심은 2008년 6월 OECD Roundtable<sup>3)</sup>에서도 수차례에 걸쳐 확인된 바 있다. 국내에서도 2008년 인텔 사건에서 로열티 리베이트가 다루어진바 있으며, 이 사건은 현재 고등법원에 계류되어 공정위와 피심인 간에 치열한 공방이 계속되고 있다.

일반적으로, 정당한 판매촉진전략으로서 로열티 리베이트 자체를 규제대상으로 삼는 것은 과도한 시장 개입이라는 우려의 목소리가 크다. 그럼에도 불구하고 경쟁사업자 배제를 목적으로 교묘하게 악용되는 로열티 리베이트를 경쟁법 집행의 사각지대에 방치할 수 없다는 데 주요 경쟁당국들의 공감대가 형성되어 있다. 따라서 구체적 시장 상황과 관련하여 로열티 리베이트의 실사가 친(親)경쟁적 가격경쟁으로 발현될 것인지, 또는 반경쟁적 배제전략으로 기능할 것인지 구분하기 위한 타당성 높은 판단기준의 정립은 경쟁당국에게 남겨진 핵심 과제라고 할 것이다.

실제 법집행 사례에 있어서는 이와 관련된 판단기준으로 비용-가격 테스트(Price-Cost Test)가 비중 있게 논의되고 있다. 특히, 피심인 측에서는 로열티 리베이트의 친경쟁적 효과를 주장하며 이를 입증하기 위한 방법으로 비용-가격 테스트 결과를 제시하면서, 경쟁당국이 비용-가격 테스트

1) 이 글 ‘로열티 리베이트에 대한 비용-가격 테스트의 한계’는 필자들의 개인적 의견이며, 공정거래위원회의 공식 입장을 표명하지 않았습니다.

2) 「Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws」 Presented at the 8th Annual Conference of the ICN Zurich, Switzerland June 2009.

3) OECD Roundtable on bundled and loyalty discounts and rebates 10 June 2008.



이러한 개념의 세분화는 현실에서 다양하게 나타나는 로열티 리베이트의 구체적 양태를 규명하는데 기여할 수 있다는 점에서 그 의의가 있다. 실제로 EU를 비롯한 다수의 경쟁당국은 로열티 리베이트의 세부조건에 따라 경쟁제한성을 달리 평가하고 있다(예를 들면, 증분형 리베이트보다 소급형 리베이트가, 할인 기준점이 일괄 적용되는 리베이트 보다 고객별로 기준점이 차별화된 리베이트가 경쟁제한성이 크다고 평가된다).

### 3. 로열티 리베이트에 대한 경쟁법적 접근방식

일반적으로 정당한 가격경쟁수단으로서 로열티 리베이트는 가격인하효과로 소비자 후생 증가에 기여할 수 있다. 특히, 과소생산의 문제가 나타나기 쉬운 독과점시장에서 로열티 리베이트가 판매량 및 생산량의 증대로 이어질 경우, 이는 자원 배분의 효율성에 기여할 수도 있을 것이다. 또한, 매출의 불확실성으로 인하여 발생하는 각종 거래비용의 절감 역시 로열티 리베이트가 창출할 수 있는 부수적인 효율성으로 언급된다.

반면, 로열티 리베이트로 인한 제품간 전환비용의 상승은 소비자의 수요탄력성을 낮추어 결과적으로 더 높은 균형가격을 초래할 수 있다. 특히, 동태적 관점에서 로열티 리베이트는 일시적인 가격인하효과에도 불구하고 경쟁사업자를 배제시키는 등의 봉쇄효과를 발생시켜 구조적으로 시장에 악영향을 미칠 우려가 있다.

이러한 로열티 리베이트의 친경쟁적 또는 반경쟁적 효과에 대한 평가기준에 따라 각 경쟁당국의 법 집행 수준 또한 상이하게 나타날 것이다. 또한, 각 경쟁당국의 평가기준은 로열티 리베이트에 대한 경쟁법적 접근방식의 차이에서 기인한다. 이하에서는 크게 약탈적 가격설정 관점과 배타적 거래 및 봉쇄효과 관점, 이 두 가지로 구분하여 로열티 리베이트에 대한 경쟁법적 접근방식을 정리해보고자 한다.

약탈적 가격설정(Predatory Pricing) 관점은, 기본적으로 로열티 리베이트를 소비자에게 이익이 되는 가격할인으로 판단하고 특수한 경우에 한하여 이를 규제해야 한다고 주장한다. 특히, 경쟁사업자 배제를 목적으로 생산비용 이하로 가격을 설정하는 등 단기적으로 경제적 합리성을 결여한 가격책정행위가 나타날 경우에 한하여 신중한 접근이 필요하다는 것이다. 이 경우는 극단적으로 비용-가격 테스트를 법 집행에 대한 전제조건으로 요구하기도 하는데, 2009년 5월 11일 미국 법무부(DOJ)에 의하여 철회된 Single-firm Report<sup>4)</sup>가 이러한 입장을 단적으로 반영한다.

4) 미국 : Virgin Atlantic Airways Ltd. vs British Airways (1999, 2001), EC : Virgin/British Airways (1999 appeal denied 2003, 2007).

한편, 배타적 거래(Exclusive Dealing)와 봉쇄효과(Foreclosure Effect) 측면에서 로열티 리베이트의 경쟁제한성을 폭넓게 파악하는 입장에서는 약탈적 가격설정으로 인한 사업자의 일시적 손실이 로열티 리베이트 규제의 필요조건이 될 수 없다고 주장한다. 이 경우, 경쟁당국은 로열티 리베이트의 목적 및 세부조건, 소비자의 전환비용 증가, 시장점유율 추이 등을 종합적으로 고려하여 실질적인 봉쇄효과를 측정하고 향후의 법 집행 방향을 결정한다. 물론, 이때에도 비용-가격 테스트는 경쟁사업자 배제 의도를 입증하기 위한 중요한 참고자료로 활용될 수 있다. 그러나 경쟁당국의 법 집행 범위를 지나치게 제약하거나 시장지배적 사업자의 남용행위에 면죄부를 제공할 우려가 있는 피상적인 경제이론 도입에는 비판적인 입장을 견지한다.

특히, 이러한 접근방식의 차이는 British Airways(이하 “BA”라고 한다)의 로열티 리베이트에 대한 미국과 EU 경쟁당국의 상반된 법 집행 사례<sup>5)</sup>에서 극명하게 드러난다. 1999년 영국 항공업계의 시장지배적 사업자인 BA는 여행사 및 기업고객을 대상으로 로열티 리베이트를 제공하여 경쟁사업자를 배제한 혐의로 경쟁사인 Virgin Atlantic Airways에 의해 제소되었다. 이에 대하여 미국 지방법원 및 항소법원은 Virgin이 BA의 리베이트가 약탈적 가격설정에 해당한다는 사실을 입증하지 못했다고 판단, 로열티 리베이트의 가격경쟁효과를 강조하여 소극적인 판단을 내린 바 있다.

반면, 유사한 사실관계에 대하여 EC 경쟁당국은 배타적 거래, 가격차별 측면에서 BA의 시장지배적 남용행위를 인정하였다. 특히, BA의 리베이트가 효율성에 대한 보상이 아닌, 자사(自社) 충성도에 대한 보상적 측면이 강하여(Rewards Loyalty Rather Than Efficiencies) 경쟁사업자 배제 효과가 우려된다고 명시하였다. 또한, 위법성 판단과정에서는 가격-비용 테스트를 통한 검증 없이 리베이트의 적용기간 및 적용비율, 경쟁사업자의 항공권 유통경로, 소비자의 전환비용 증가 등을 종합적으로 고려하여 실질적인 봉쇄효과가 나타났는지 여부에 주로 초점을 맞추고 있다.

## 4. 로열티 리베이트에 대한 비용-가격 테스트의 구조

테스트 결과의 활용방식에 대한 상반된 입장에도 불구하고 약탈적 가격설정의 관점에서나 배타적 거래 및 봉쇄효과의 관점에서 로열티 리베이트에 대한 비용-가격 테스트는 법 집행기준에 대한 중요한 참고자료로 활용될 수 있다. 이하에서는 로열티 리베이트에 대한 비용-가격 분석과정을

5) “The report, “Competition and Monopoly: Sing-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act,” raised Too many hurdles to government antitrust enforcement and favored extreme caution and the development of safe harbors for certain conduct within reach of Section 2”(Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law(2009.5.11), US Department of Justice).

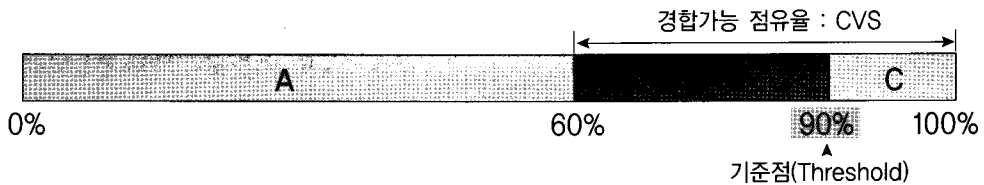
개괄함으로써 향후 논의 전개의 이해를 돕고자 한다. 로열티 리베이트에 대한 비용-가격 테스트 구조는 크게 다음의 3단계로 구분하여 살펴 볼 수 있다.

#### 4.1. 로열티 리베이트가 적용된 유효가격(Effective Price)의 도출

먼저, 특정 상품에 대한 소비자의 총 수요량을 경합부분과 비경합부분으로 구분하고, 경합부분에서 최종 적용된 가격을 유효가격으로 판단한다. 예를 들어, 특정 상품에 대한 구매자 갑(甲)의 수요량이 100%라고 할 때, 이 중 사업자 을(乙)의 상품에 대한 수요량 60%(A)는 이미 확보되어 있고, 나머지 40%(B+C)에 해당하는 수요량이 을과 다른 경쟁사업자 간에 경합하고 있는 상황을 가정해 보자. 이 때 을이 자신의 상품을 90% 이상 구매할 경우, 할인 혜택을 제공하는 로열티 리베이트를 실시하고, 이로 인해 갑이 수요량의 90%(A+B)를 을의 상품으로, 나머지 10%를 타 사업자의 상품으로 구매했다면 유효가격은 다음과 같이 결정된다.

- A : 비경합부분(로열티 리베이트와 관계없이 확정된 을에 대한 수요량)
- B+C : 경합가능점유율(CVS : Commercially Viable Share)
- A+B : 리베이트 실시 후 소비자 갑의 을 상품 구매량

〈 그림 2 〉



$$\blacksquare \text{ 유효가격 : 단위당 판매가격 } - \frac{\text{리베이트 제공금액}}{\text{CVS 범위의 판매증가량(B)}}$$

즉, 사업자 을이 경합가능점유율인 B+C 영역에서 자신의 점유율을 B만큼 증가시키기 위하여 로열티 리베이트를 제공한 것으로 판단하고, 해당 영역에서 리베이트가 적용된 단위당 판매 가격을 도출하는 것이다.

이 때, 경합가능점유율 및 관련 리베이트 금액을 어떻게 설정하느냐에 따라서 유효가격은 크게

달라 질 수 있다(예를 들어, 경합가능점유율의 범위가 넓을수록 리베이트로 인한 판매증가량 B의 범위가 증가하므로 유효가격은 높게 나타난다). 즉, 주요 변수에 대한 가정에 따라 도출되는 유효 가격의 범위는 크게 변동될 수 있는 것이다.

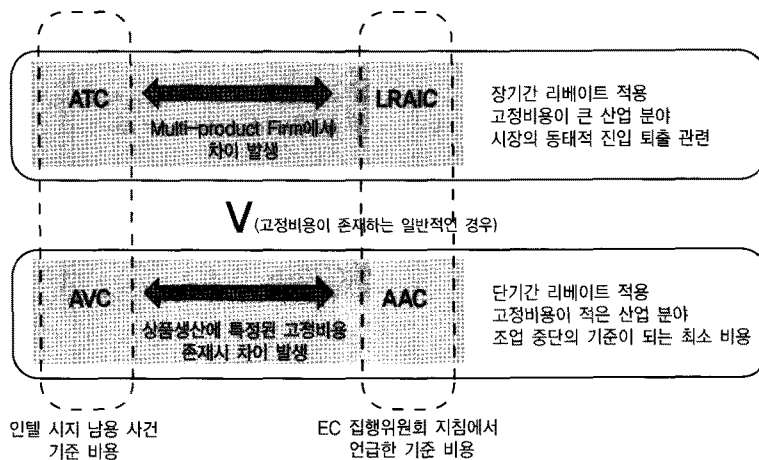
## 4.2. 기준 비용(Cost)의 설정

도출된 유효가격 비교의 기준이 되는 비용을 설정하는 단계이다. 주요 경쟁당국에서 주로 인용하는 비용-가격 테스트의 기준 비용 개념을 정리해보면 다음과 같다

- **평균총비용 (ATC : Average Total Cost) = 총비용 / 생산량**
- **장기평균증분비용 (LRAIC : Long Run Average Incremental Cost)**  
= 특정 제품 생산 시에 발생하는 총비용의 평균(타 상품 생산에 공동으로 적용되는 고정 비용은 제외)
- **평균회피비용 (AAC : Average Avoidable Cost)**  
= 특정 상품을 추가로 생산하지 않을 경우 피할 수 있는 비용의 평균
- **평균가변비용 (AVC : Average Variable Cost) = 가변비용 / 생산량**

이는 크게 고정비용의 반영 여부에 따라 평균총비용(ATC)과 평균가변비용(AVC) 개념으로 구분되며, 전자는 고정비용이 높은 산업분야이거나 장기간 리베이트가 적용되는 경우, 후자는 고정비용의 비중이 낮고 리베이트가 단기간에 걸쳐 적용된 경우를 중심으로 적용된다. 한편, EU의 배제적 남용행위 지침에서는 기준비용개념으로 장기평균증분비용(LRAIC)과 평균회피비용(AAC)을 인용하고 있는데, 이는 각각 평균비용 및 평균가변비용을 정교화한 개념으로 이해된다.

〈 그림 3 〉



한편, 실제 사례에서는 다양한 비용 중 어떤 개념을 비용-가격 테스트에 인용할 것인가와 관련하여 치열한 법적 공방이 이루어진다. 인텔의 시장지배적 지위 남용행위 사건의 경우에서 경쟁당국은 평균총비용을, 피심인 측은 평균가변비용을 타당성 높은 비용 개념으로 가정하여 비용-가격 테스트를 실시하였으며 그 결과, 유사한 기초자료에도 불구하고 경쟁제한성 평가에 있어서 완전히 상반된 결론에 도달하였다.

### 4.3. 유효가격(Effective Price)과 기준비용(Cost)의 비교

끝으로, 도출된 유효가격과 기준비용의 비교를 통하여 해당 가격설정의 경제적 합리성을 판단하는 단계로, 그 논리구조는 다음과 같다.

일반적으로 유효가격이 평균가변비용을 하회하는 것으로 나타날 경우, 해당 가격설정은 약탈적 가격설정의 명백한 지표로 인식된다. 특히, 조업중단점의 기준이 되는 평균가변비용 이하의 가격 설정은 해당 사업자와 동일한 경제적 효율성을 가진 경쟁자도 배제하는 결과를 초래할 수 있기 때문에, 이 경우 위법성을 인정하는 것은 ‘약탈적 가격설정 관점’을 지지하는 쪽이나 ‘봉쇄효과 관점’을 중시하는 쪽이나 차이가 없다. 한편, 유효가격이 평균가변비용을 상회하면서 평균총비용을 하회하는 경우에 대해서는 관점에 따라 입장 차이를 보인다. 장기적인 관점에서 경쟁자의 진입이나 사업 확장 등 동태적인 경쟁상황을 중시하는 쪽에서는 유효가격이 평균총비용보다 낮은 한 여전히 경쟁제한성을 갖고 있다고 본다. 반면, 유효가격이 평균총비용보다 높게 나타나는 경우에는 일반적으로 해당 사업자와 동일한 효율성을 보유한 경쟁사업자가 수익성 있는 경쟁을 할 수 있다고 판단하는 경향이 있다. 그러나 이러한 경우에서도 경쟁제한성 여부는 명확하지 않다. 이에 대하여는 제5장에서 상세히 짚어 보기로 한다.

한편, 어떤 비용과 유효가격을 비교하든지 테스트 결과는 관련된 주요 변수 측정치의 적정성을 전제로 하고 있음에 유의할 필요가 있다. 변수와 비용기준에 대하여 합의(Consensus)가 이루어진 경우에도 각 변수의 값은 채택하는 여러 가지 가정에 따라 달라질 수 있으며, 이는 테스트 결과에 결정적인 영향을 미치게 된다. 실제 사례(Case)에서도 주로 이러한 가정들과 관련된 공방이 많이 이루어지고 있다.

## 5. 비용-가격 테스트의 의의 및 한계

### 5.1. 비용-가격 테스트의 의의

시장지배적 지위 남용의 위법성 판단과 관련하여 유명한 ‘포스코’ 판결은 시장지배적 사업자의 행위가 위법한 것으로 인정하기 위해서는 “그 행위가 ‘경쟁을 제한하려는 의도’를 갖고 행하여진 것이어야 한다”고 판시한 바 있다. 이 판결에 대하여 당시 문제가 되었던 ‘거래 개시의 거절’에만 적용되는 것인지, 아니면 시장지배적 지위 남용행위 전체에 적용되는 것인지에 대한 논란도 많이 일어났었고, 시장지배적 지위 남용의 위법성 판단에 경쟁제한의도 입증이 반드시 필요한 것인지에 대한 비판도 많았던 것은 사실이지만, 일단 경쟁제한의도를 입증해야 한다면 비용-가격 테스트는 그 입증에 매우 유용한 도구가 될 수 있다.

비용-가격 테스트의 기본 아이디어는 시장지배적 사업자보다 동등하게 또는 더 효율적인 경쟁자를 시장에서 축출하기 위해서는 가격(유효가격)을 비용 이하로 책정할 수밖에 없다. 그런데 가격을 비용 이하로 책정한다는 것은 일반적인 상황에서는 매우 비합리적인 것이기 때문에 경쟁사업자의 축출 이외에는 그 의도를 정당화할 만한 사유를 찾기 어렵다는 것이다. 따라서 일단 문제가 된 시장지배적 사업자의 로열티 리베이트 제공행위에 있어서 관련 상품의 (유효)가격을 비용 이하로 책정하였다는 것이 입증되면 시장지배적 사업자의 경쟁제한의도를 간접적으로 증명할 수 있다.

### 5.2. 비용-가격 테스트의 한계

위에서 살펴본 바와 같이 비용-가격 테스트는 시장지배적 사업자의 경쟁제한의도를 효과적으로 입증하는 도구가 될 수 있지만, 테스트가 기초한 가정들 때문에 이를 활용하는 데 있어서는 신중을 기할 필요가 있다. 앞서서도 본 바와 같이 이 테스트가 기초한 기본 아이디어는 시장에서 시장지배적 사업자와 ‘동등하거나 또는 우월한 효율성’을 갖는 경쟁사업자가 배제되는 것은 시장경제의 본질을 침해하는 것이며, 따라서 경쟁법이 이를 막아야 하는 행위라는 것이다. 이를 뒤집어서 보면, 시장지배적 사업자보다 비효율적인 경쟁자가 시장에서 배제되는 것은 ‘정상적’인 경쟁의 양상이며, 관련 상품의 (유효)가격이 비용보다 높은데도 경쟁사업자가 배제되었다면, 이는 정상적인 경쟁으로서 규제대상이 되어서는 안 될 것처럼 보인다.

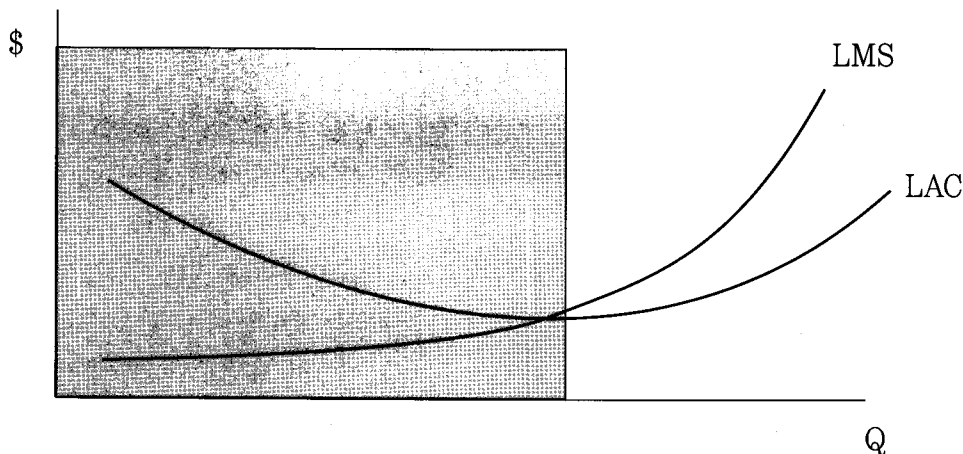


이러한 이유로 로열티 리베이트가 문제가 된 사례에서 피심인 측은 자주 비용-가격 테스트를 실시할 것을 요구한다. '인텔의 시장지배적 지위 남용' 사건에서도 피심인 측은 비용-가격 테스트 결과를 제시한 바 있다. 또한, 경우에 따라서는 공정위 측의 심사보고서에 비용-가격 테스트 결과가 포함되지 아니한 것을 이유로 심결 자체의 흠결이 있는 것으로 주장하기도 한다. 그러나 이러한 피심인 측의 주장들은 비용-가격 테스트에 내재되어 있는 본질적인 한계와, 그 한계로 인하여 동(同) 테스트가 어떤 용도로 쓰여야 하는지에 대한 잘못된 이해에 기인한 것이라고 할 수 있다. 비용-가격 테스트는 다음과 같은 몇 가지 이유로 그 한계를 내포하고 있다. 비용-가격 테스트를 통과하였다 하더라도 즉, (유효)가격이 (평균)비용을 초과하였다고 하더라도 로열티 리베이트로 인하여 시장지배적 사업자와 동일한 효율성을 가진 경쟁사업자, 또는 더 효율적인 경쟁사업자가 배제될 수 있기 때문이다.

### 5.2.1. 규모의 경제(Economies of Scale)

로열티 리베이트가 주어지는 상품 생산에 규모의 경제가 작용할 경우, 비용-가격 테스트는 잘못된 메시지를 전달할 수 있다. 비용-가격 테스트는 그것이 LRAIC를 쓰건 혹은 AVC를 쓰건 간에 (유효)가격과 비교하는 비용을 상수로 가정하고 수행된다(Constant Returns to Scale). 그러나 상품을 생산하는 비용은 항상 같은 것은 아니며, 생산량에 따라 그 수준이 달라질 수 있는 것이다. 다음 <그림 4>는 일반적인 상품의 생산비용을 보여주는 그래프이다.

< 그림 4 >

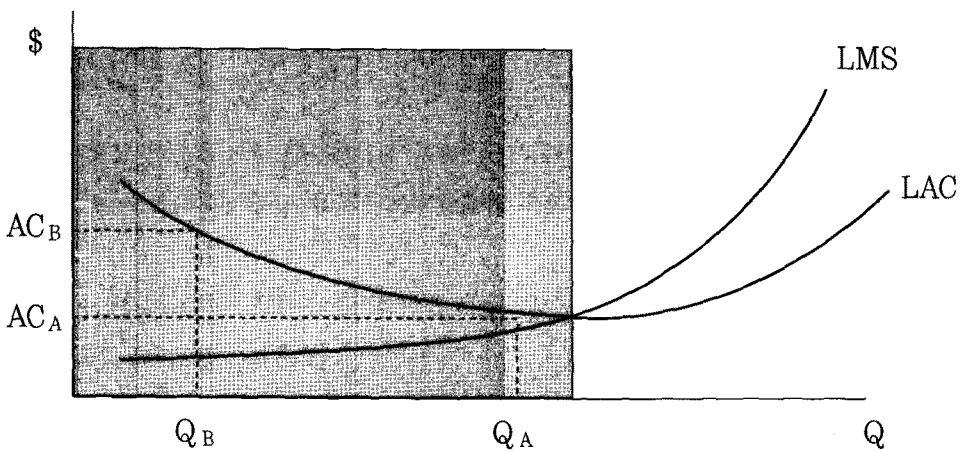


<그림 4>에서 LMC는 장기한계평균비용 곡선이며, LAC는 장기평균비용 곡선이다. 그림에서 보

는 바와 같이 장기평균비용은 아래로 볼록한 U자형을 갖게 된다. 이는 생산 초기단계에서는 학습 효과 등의 여러 가지 이유로 투입요소의 한계생산성이 체증하다가 어느 수준의 생산량을 넘어서면 체감하는 특성을 보이는 것이 일반적이기 때문이다. 위 그림에서 음영으로 표시된 부분이 규모의 경제가 작용하는 영역이라고 할 수 있다. 생산량이 늘어날수록 비용조건이 개선되므로 기업의 이윤은 개선된다.

시장지배적 사업자는 이미 시장의 대부분을 점유하고 있으므로 상당한 규모의 경제효과를 거두고 있다고 볼 수 있다. 반면, 시장에 신규 진입한 경쟁사업자는 통상 생산규모가 작을 수밖에 없어 비용조건이 상대적으로 열악할 것이다. 다음 <그림 5>는 시장지배적 사업자인 A와 시장에 신규 진입한 경쟁사업자 B가 있는 경우, 각각의 생산량 및 비용구조를 가정해 본 것이다. A와 B는 완전하게 동일한 재화를 동일한 방법으로 생산하고 있어 비용함수도 동일하다고 가정한다(즉, 동등효율성을 가정한다).

< 그림 5 >



생산규모가 작은 B의 경우는 아직 규모의 경제효과가 나타나지 않고 있어서 평균비용은 높은 수준에 있다( $AC_B$ ). 반면, A는 이미 규모의 경제가 나타난 상태로 평균비용은 매우 낮은 수준이다( $AC_A$ ). 이와 같은 상황에서는 시장지배적 사업자인 A가 유효가격수준을  $AC_B$ 와  $AC_A$  사이에 들어 오게 로열티 리베이트를 설계하여 고객에게 제공한다면, B는 시장에서 배제될 가능성이 커지게 된다. 그러나 이 유효가격수준은 분명히 A의 평균비용보다는 높은 수준이다. 다시 말해서 비용-가격 테스트를 통과할 수 있는 수준이라는 것이다. 그렇다면 비용-가격 테스트를 통과했다고 해서 이 로열티 리베이트가 적법한 것이라고 볼 수 있는 것일까?

앞에서 비용-가격 테스트는 동등하거나 우월한 효율성을 가진 경쟁사업자가 시장에서 배제되어서는 안 된다는 생각에 기초한 것이라는 점을 언급한 바 있다. 그러나 <그림 5>에서는 시장지배적 사업자 A와 동등한 효율성을 갖는 B가 시장에서 배제되고 있다. 조금 더 나아가서 B가 오히려 더 효율적인 경우라도 즉, 위 <그림 5>에서 B의 LAC가 A의 그것보다 아래쪽에 위치한 경우라도 B의 산출량이 낮은 상황에서는, A가 자신의 비용 이상의 가격조건으로도 쉽게 B를 배제할 수 있게 된다. 이러한 상황은 규모의 경제가 강하게 작용하는 산업일수록 더욱 극명하게 나타날 수 있는데, 대부분의 로열티 리베이트는 시장지배적 사업자가 제공하기 때문에 경쟁사업자는 규모의 경제 혜택을 거의 누리지 못하고 있는 경우가 대부분이라고 볼 수 있을 것이다.<sup>6)</sup>

그렇다면 '이것이 로열티 리베이트만의 문제일까? 일반적인 가격할인도 마찬가지 아닌가? 다시 말해, 시장지배적 사업자 A가 로열티 리베이트를 제공하지 않고 그냥 상품가격을 B의 비용수준보다 낮게 책정하여 B를 배제할 수도 있지 않을까?' 라는 의구심이 일어날 수 있다.

물론, 이러한 배제도 가능하다. 이와 같은 경우에 로열티 리베이트의 위법성은 비용-가격 테스트와는 별도로 그 리베이트가 갖고 있는 구조적인 봉쇄효과에 따라 결정되어야 한다. 즉, 로열티 리베이트가 비용-가격 테스트를 통과하지 못했다면 경쟁제한의도의 입증이 용이해지고 그 위법성을 강하게 추정하는 것이 가능해지지만, 반대로 테스트를 통과했다고 해서 무조건 그 리베이트가 적법한 것은 아니며, 다른 논거로 동 리베이트의 위법성이 입증될 수 있을 것이다.

결국, 로열티 리베이트에 대한 비용-가격 테스트는 행위의 위법성을 입증하기 위한 충분조건은 될 수 있어도 필요조건이 되지는 않는다. 다시 말해, 비용-가격 테스트는 시장지배적 지위 남용행위를 심사하는 경쟁당국이 그 경쟁제한의도 등을 입증하기 위한 수단이 될 수는 있어도, 피심인 측이 행위의 적법성을 주장하는 수단이 될 수는 없다는 것이다.

## 5.2.2. 브랜드 가치에 따른 가격 차이

일반적으로 시장지배적 사업자가 존재하는 경우, 이 사업자가 공급하는 상품은 다른 경쟁사업자가 공급하는 상품과 완전하게 동일하다고 하더라도 시장에서 더 높은 가격을 받을 수 있다. 이는

6) 물론 시장지배적 사업자가 규모의 경제를 누리고 있다는 사실 자체가 시장지배적 사업자가 더 효율적임을 의미한다는 반론도 있을 수 있다. 그러나 신규로 시장에 진입한 경쟁자의 장기비용함수를 고려하면, 단지 시장에 먼저 진입해서 규모의 경제효과를 누리고 있다는 것이 반드시 더 효율적인 경쟁자임을 의미한다고 볼 수는 없다. 한편, 시장 규모 자체가 1개 이상의 사업자가 효율적으로 경쟁하기 어려운 경우 즉, 독점사업자로 시장이 포화(Saturation)되는 경우 등에서는 이것이 타당할 수도 있다. 그래서 이러한 경우는 경쟁법 이외의 수단으로 시장지배적 사업자의 행위에 대한 다양한 규제가 가하여지게 된다. 그러나 이와 같은 자연독점 가능성이 있는 산업이 아닌 한 새로운 경쟁자의 진입은 일반적으로 경쟁을 촉진하고 소비자의 후생을 증대시키게 된다고 볼 것이다.

주로 브랜드 가치에 기인하는 것으로, 시장지배적 사업자가 장기간 시장을 지배해오면서 쌓은 명성과 신뢰도 등으로 인하여 소비자 또는 고객이 시장지배적 사업자의 상품을 더 선호하기 때문에 가능한 것이다.

인텔 사건을 살펴보면, 인텔의 CPU는 경쟁사업자의 CPU에 비해 30~50% 높은 가격에 판매되고 있었다. 이는 PC 제조업자들이 인텔의 경쟁사업자 CPU 가격 100원과 인텔 CPU 가격 130~150원을 같은 가격으로 인식한다는 것을 의미한다. 이러한 상황에서는 인텔이 경쟁자와 경합하는 부분(CVS)에서 유효가격을 100원 이상이 되도록 책정하여도 경쟁사업자는 배제될 가능성이 있게 된다. 즉, 양사의 CPU 가격 차이인 30~50원이 일종의 브랜드 가치에 기인한 것이라면, 인텔은 이 부분만큼 가격을 추가로 인하할 수 있는 일종의 '버퍼(Buffer)' 를 갖게 되는 것이다. 따라서 로열티 리베이트를 통하여 비용수준을 초과하는 유효가격을 책정한다고 하더라도 경쟁사업자가 충분히 배제될 수 있게 된다.

물론, 이에 대한 반론도 있을 수 있다. 즉, 브랜드 가치라고 하는 것도 시장지배적 사업자가 오랫동안 비용을 들여 쌓아놓은 무형의 자산이므로, 그만큼 경쟁사업자가 시장지배적 사업자에 비하여 덜 효율적인 기업이라고 주장할 수 있다. 따라서 비효율적인 경쟁자가 배제되는 이러한 상황은 경쟁법으로 규제할 상황이 아니라고 주장할 수 있는 것이다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 규모의 경제와 마찬가지로 브랜드 가치도 장기적으로 보면 달라질 수 있는 것이다. 경쟁사업자가 경합가능점유율(CVS) 부분에서 정상적으로 경쟁을 하면서 장기간 공급하다보면 차츰 시장지배적 사업자 못지않은 신뢰도와 명성을 쌓아갈 수 있다. 따라서 현 시점에서 시장지배적 사업자가 경쟁사업자에 비하여 자신의 상품에 더 높은 가격을 책정할 수 있다고 해서 반드시 시장지배적 사업자가 더 효율적인 기업이라고 말할 수는 없다. 특히, 경쟁사업자가 이제 막 시장에 진입한 기업이라면 더욱 그러하다.

한편, 브랜드 가치를 놓고 시장지배적 사업자가 더 효율적이냐 아니냐를 따지는 논쟁과는 별도로, 이러한 브랜드 가치의 존재는 로열티 리베이트의 위법성을 판단함에 있어서 비용-가격 테스트의 신뢰도를 떨어뜨리는 요인이라는 것은 틀림이 없다. 즉, 로열티 리베이트가 비용-가격 테스트를 통과했다고 하더라도 그 리베이트의 구조가 적법하다는 확신을 할 수는 없다는 것이다. 그러나 경쟁당국의 입장에서는 여전히 문제가 된 로열티 리베이트가 비용-가격 테스트를 통과하지 못한 것만 입증하면 동 리베이트를 위법한 것으로 바로 단정할 수 있다. 따라서 위 규모의 경제의 경우와 마찬가지로 비용-가격 테스트의 쓰임새는 경쟁당국과 피심인 측이 각각 다를 수밖에 없는 것이다.

## 6. 결어 : 입법론적 해결의 모색

이상에서 본 바와 같이 로열티 리베이트의 위법성을 판단함에 있어 비용-가격 테스트는 제한적으로 활용되어야 한다. 즉, 비용-가격 테스트는 경쟁당국이 행위의 위법성을 입증하는 도구이지, 피심인 측이 행위의 정당성을 주장하는 수단이 되어서는 안 된다는 것이다. 미국 법무부가 Single Firm Report를 철회하게 된 이유도 이와 유사한 것으로 판단된다.<sup>7)</sup>

결국, 로열티 리베이트의 위법성은 비용-가격 테스트와는 별도로, 이러한 마케팅 전략이 갖는 구조적인 경쟁제한성에 의하여 결정된다. 해외 경쟁당국의 경우는 앞에서 본 바와 같이 이에 대한 입장이 여러 가지로 나뉘고 있는 실정이지만, 우리나라 공정위의 경우는 이미 인텔 사건에서 그 위법성을 확실하게 인정한 바 있다.

만약 로열티 리베이트가 본질적으로 경쟁을 제한하는 문제를 내포하고 있다면, 이에 대하여 비용-가격 테스트와 관련한 불필요한 논쟁을 진행할 것 없이 이를 당연위법으로 처리하는 것이 합리적일 수도 있다. 현행 법률 규정상 당연위법으로 결정하기 어렵다면, 입법적으로 해결하는 방법도 검토해 볼 필요가 있다고 사료된다.

시장이 정확하게 동일한 상품을 동일한 비용조건으로 생산하는 지배적 사업자 A와 무수히 많은 경쟁사업자들로 구성되어 있다고 가정하자. 시장지배적 사업자는 시장의 상당부분을 확보된 물량(Assured Base)으로 점유하고 있고, 나머지 경합부분(CVS)에 대해서만 경쟁사업자들과 경쟁하고 있으며, CVS에서 고객(소비자)의 선호는 무차별하다고 가정하자. 아울러 A는 경합부분과 비경합부분을 정확하게 구분하여 별도의 마케팅 전략을 가져갈 수 있다고 가정하자. 이 가정이 아주 무리한(?) 가정인 것처럼 보이지만, 고객이 일반소비자가 아니라 몇몇 대형 수요업체들이라면 그렇게 무리한 가정만은 아닐 것이다. 예를 들어, CPU의 직판채널과 같은 경우는 수요자별로 관리가 가능하다. 또한, 문제가 되는 로열티 리베이트는 앞에서 그 개념을 살펴본 바와 같이 고객별로 주어지는 것이기 때문에 사업자가 시장을 분할해서 관리하는 것이 가능한 경우에 가능하다. 이러한 시장 상황을 고려해 본다면 로열티 리베이트는 시장분할에 의한 고객별 가격차별(Price Discrimination)로 복제(Replication)될 수 있다.

7) "The report, "Competition and Monopoly: Sing-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act," raised Too many hurdles to government antitrust enforcement and favored extreme caution and the development of safe harbors for certain conduct within reach of Section 2"(Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law(2009.5.11)), US Department of Justice)

어떤 행위를 당연위법으로 규제하기 위해서는 그 규제가 시장의 왜곡을 가져오는 효과가 어느 정도인지, 그 규제가 친경쟁적인 행위까지 잘못 규제하게 될 확률이 얼마나 되는지 등을 감안하여야 한다. 그러나 로열티 리베이트의 경우는 위에서 지적한 것 같은 규제의 오류가 나타날 가능성이 거의 없다는 점에서 생각해 볼 만한 것이 아닌가 한다. 로열티 리베이트 자체가 전면 금지된다고 하더라도 사업자는 이보다 친경쟁적인 다른 수단으로 얼마든지 경쟁할 수 있기 때문이다.

예컨대, 로열티 리베이트 대신 기본적인 수량할인과 같은 방법을 사용하면 오히려 구매자(소비자)의 후생은 증대될 수 있다. 경합부분을 명확하게 분리해 낼 수 있다면, 이 부분에 대해서만 할인(Discount)을 하는 방법도 고려할 수 있다. 이러한 경우는 로열티 리베이트가 갖고 있는 구조적인 봉쇄효과가 제거되면서도 사업자 측에 추가적인 부담은 발생하지 않으며, 구매자(소비자)에 대한 가격할인효과도 유지될 수 있다. 물론, 여기에서 당연위법으로 규제해야 하는 로열티 리베이트는 시장지배적 사업자의 행위로 국한된다.

로열티 리베이트를 당연위법으로 규제하는 것이 사업활동의 자유와 창의성을 근본적으로 제약할 우려가 있기에 이를 지나치다고 생각한다면, 그 위법성을 강하게 추정하는 방안도 가능할 것이다. 추정은 복멸이 가능하다. 이때 비용-가격 테스트는 앞에서 본 바와 같은 문제점이 있으므로 그 추정을 복멸하는 요건에 포함되지 않도록 하여야 할 것이다.