



경쟁저널

Journal of Competition

제176호

2014 September

특집 특허관리전문회사(NPE)에 대한 경쟁법의 적용

홍명수 | 특허관리전문회사(NPE)에 대한 독점규제법상 규제 가능성 검토

최승재 | 국내 특허권 및 기타 지재권 남용에 대한 유형과 사례 분석

전문가 기고

이창훈 | 로열티 리베이트의 행위유형 포섭에 관한 小考

공정거래 제도·정책 해설

신봉삼 | 대기업집단 순환출자의 규제

대법원 판결 요지

김정중 | 대법원의 공정거래 사건 판결 요지 : 2014년 7월, 8월

공정거래 사건 요약

에실로 아메라 인베스트먼트 PTE의 기업결합 사건

법경제 강좌

이상규 | 사업자간 정보교환행위의 경제적 효과 및 규제 기준

국내외 심·판결 평석

정세훈, 한득희 | 일방적 정보제공행위의 위법성

글로벌 경쟁 리포트

Pete Levitas, 김용상, Seth Wiener | FTC법 제5조 관련 논란

김희은, 강일 | 기술이전 합의에 대한 EU 및 한국의 경쟁법 집행

오피니언

김상규 | 규제와 자율에 대한 斷想



로열티 리베이트의 행위유형 포섭에 관한 小考 : 배타조건부 거래의 행위요건을 중심으로

법무법인 세종 변호사 | 이창훈

I. 들어가며

구매자의 충성을 유도하기 위한 판매자의 노력은 우리 주변에서 흔히 볼 수 있는 일상적인 모습이다. 예를 들어, 항공사들은 자사 고객에게 이용거리에 따라 마일리지(mileage)를 적립해주고 있고, 백화점에서는 일정 구매액 기준을 달성한 고객에게 추가로 자사 상품권을 제공하는 행사를 열기도 한다. 또한 동네 커피전문점들도 일정한 횟수 이상 커피를 구매한 고객에게는 추가로 무료커피 1잔을 제공하는 경우가 많다. 위 사례들은 모두 충성도 높은 구매자에게 할인혜택을 제공하는, 이른바 ‘로열티 리베이트(loyalty rebate)’의 사례들이다.

로열티 리베이트란 구매자가 일정기간 동안 구매량 또는 구매비율 등 일정한 구매조건(threshold)을 달성하면 구매자에게 구매금액의 일부를 리베이트의 형태로 환급하는 행위 또는 그 리베이트 자체를 말하며, 다른 말로는 ‘조건부 리베이트(conditional rebate)’라고도 한다. 로열티 리베이트는 그 구매조건에 따라 여러 가지 유형으로 분류되는데, 예컨대 구매조건이 단일상품만을 대상으로 하는지 아니면 복수상품을 대상으로 하는지에 따라 단일상품 리베이트(single item rebate)와 묶음 리베이트(bundled rebate)로 구분되기도 하고, 구매조건이 구매량을 기준으로 하는지 아니면 구매비율을 기준으로 하는지에 따라 구매량 리베이트(volume rebate)와 구매비율 리베이트(market share rebate)로 구분되기도 한다.

지난 수 년 사이에 로열티 리베이트에 관한 논의가 부쩍 늘었는데, 이와 관련하여 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)에서는 인텔 사건(공정위 의결 제2008-295호), 쉘컴 사건(공정위 의결 제2009-281호), 대한항공 사건(공정위 의결 제2010-110호)이 다루어졌고, 그 후 인텔 사건(서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2008누35462 판결) 및 쉘컴 사건(서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2010누3932 판결)에 대해서는 서울고등법원에서 판단이 내려지기도 하였다. 여기에서 주목되는 점은, 공정위와 서울고등법원 모두 로열티 리베이트를 배타조건부 거래의 행위유형에 포섭시킨 뒤 판단을 하였다는 점인데, 다음에

서 살펴보듯이 과연 이러한 행위유형 포섭이 올바르게 이루어진 것인지에 관해서는 상당한 의문이 있다.

이하에서는 먼저 논의의 배경이 되는 로열티 리베이트의 행태적 특수성에 관하여 짚어본 후, 미국의 판례들이 로열티 리베이트를 어떠한 관점에서 분석하고 있는지를 살펴본 다음, 배타조건부 거래(exclusive dealing)의 행위요건으로서의 구속성에 관하여 검토한 뒤 실질적인 할인의 효과가 있는 로열티 리베이트를 배타조건부 거래로 포섭하는 것이 타당한지에 관한 의견을 제시하고자 한다.¹⁾

II. 논의의 배경 : 로열티 리베이트의 행태적 특수성

판매 증대를 위하여 가격을 할인하는 것은 경쟁행위의 핵심이고, 이러한 가격할인에 대하여 무분별하게 문제를 삼아 제재를 가할 경우 자칫 경쟁법이 적극적으로 보호하고 촉진해야 할 바로 그 대상행위가 오히려 위축될 우려가 있으므로,²⁾ 로열티 리베이트가 가격할인의 실질을 갖고 있다면 그 행위에 대한 경쟁법적 규제는 기본적으로 약탈적 가격설정(predatory pricing)의 관점에서 소극적·최소한으로 이루어져야 한다. 이는 설령 그 가격할인이 충성도 높은 구매자에 대한 보상 차원에서 이루어진 것이라고 할지라도 다르지 않은바, 이러한 경우도 장점에 의한 경쟁(competition on the merits)이 촉진되는 측면이 있음은 부정할 수 없기 때문이다.³⁾ 따라서 할인의 실질을 갖고 있는 로열티 리베이트의 경우는 여타의 가격할인행위와 마찬가지로 기본적으로는 약탈적 가격설정의 관점에서 부당성 판단이 이루어져야 할 것이다. 즉, 가격할인으로서의 실질만을 감안한다면, 로열티 리베이트가 약탈적 가격(비용⁴⁾을 하회하도록 설정된 가격)을 초래하지 않는 한 원칙적으로 부당성은 인정되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

다만, 문제는 로열티 리베이트에 부가되어 있는 구매조건을 어떻게 이해하는 것이 좋을 것인가 하는 점에 있다. 즉, 단순가격할인과 로열티 리베이트 간의 차이는 구매조건의 유무에 있는바, 부가된 구매조건의 내용이 행위유형 포섭의 측면에서 어떠한 의미를

1) 합리의 원칙(rule of reason)이 적용되는 행위들에 대한 경쟁법적 평가는 적어도 개념적으로는 ① 행위유형 포섭단계와 ② 부당성 판단단계가 각기 구분되어 이루어질 수 있다. 예컨대 배타조건부 거래의 경우, 먼저 그 행위의 행태적 요소들이 배타조건부 거래라는 행위유형에 포섭되기에 충분한지에 관하여 검토가 이루어지고(행위요건 판단단계), 그 검토 결과 배타조건부 거래의 행위유형에 해당된다는 결론에 이르게 되면, 그 다음 부당성에 대한 검토가 이루어질 것이다(부당성 판단단계). 본고에서 다루고자 하는 쟁점은 부당성 판단의 이전 단계인 행위유형 포섭에 관한 문제이다.

2) Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)

3) Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001)

4) 약탈적 가격인지 여부를 판단함에 있어서 비용을 어떠한 기준으로 산정할 것인지에 관해서는 여러 논의들이 있지만, 본고의 목적상 이에 관한 상술은 생략하기로 한다.

갖는지를 고려해야 한다. 로열티 리베이트를 배타조건부 거래로 이해하려는 입장에서는 리베이트를 통한 할인효과보다는 주로 구매조건의 존재 자체에 주목한다. 이에 따르면, 예컨대 구매자가 일정한 구매비율 조건을 충족해야만 리베이트를 지급받는다고 할 때, 그 일정한 구매비율만큼은 다른 경쟁판매자와의 거래가 제한을 받았다고 보아 배타조건이 설정된 것으로 이해한다. 이와 같이 로열티 리베이트를 배타조건부 거래의 행위유형에 포함시켜 이해하는 입장에 따르면, 로열티 리베이트의 부당성 판단에 있어서 약탈적 가격설정 기준은 안전항(safe harbor)을 제공하지 못하는바, 로열티 리베이트를 반영한 유효가격이 비용 이상이어서 약탈적 가격에 해당되지 않는다고 하더라도 그와는 별도로 배타조건부 거래의 부당성 기준⁵⁾을 충족시킨다면 해당 로열티 리베이트는 규제의 대상이 된다고 본다.

이와 같이 로열티 리베이트를 배타조건부 거래의 행위유형에 포섭시키는 것이 타당한지 여부를 본격적으로 논하기에 앞서, 로열티 리베이트는 일반적으로 통용되는 의미에서의 배타조건부 거래와 비교할 때 그 양상과 효과 측면에서 차이가 있다는 점을 먼저 이해할 필요가 있다. 이는 이른바 로열티 리베이트의 행태적 특수성 때문이다. 이해를 돕기 위하여 다음과 같이 간단한 사례를 구성해보았다.

사례 1

판매자 S는 구매자 P와의 사이에, P가 S로부터만 상품을 공급받기로 하고, 만약 P가 S 이외의 다른 판매자로부터 상품을 공급받는 사례가 발생하면 계약위반으로 보아 S가 계약을 해지할 수 있도록 하는 내용에 합의하였다.

사례 2

판매자 S는 구매자 P에게 상품을 개당 1,000원에 판매하고 있다. 그러던 중 S는 P와의 사이에, 만약 P가 일정기간 동안의 자신의 수요량 중 70% 이상을 S로부터 구매하게 되면 그 해당 기간 동안에 P가 구매한 상품의 전체 수량에 대해 개당 100원의 리베이트를 추가로 지급하기로 합의하였고, 한편 위 합의 이후에도 개당 1,000원의 상품가격은 그대로 유지하기로 하였다.

5) 배타조건부 거래의 부당성을 판단함에 있어서는, 봉쇄비율(해당 행위로 인하여 봉쇄되는 부분이 관련 시장에서 차지하는 비율)뿐만 아니라 그 봉쇄가 유효경쟁에 미칠 수 있는 현재 또는 미래의 효과를 함께 고려해야 하는바(qualitative substantiality test), 구체적으로는 봉쇄비율 이외에도 당해 시장의 진입장벽, 계약기간, 경쟁사업자의 시장진입능력, 제한이 부과된 유통단계의 수준, 해당 행위의 친경쟁적 효과 등까지 모두 감안해야 한다고 보는 것이 일반적이다.

위의 [사례 1]은 전형적인 배타조건부 거래의 사례이고, [사례 2]는 로열티 리베이트의 사례이다. 양 사례는 구매자 측면(조건 미충족에 수반되는 구매자 부담 및 선택기회의 범위)과 경쟁판매자 측면(가격경쟁을 통한 대응가능성의 여지) 모두에서 차이가 발견된다.⁶⁾ 우선 구매자의 측면에서 보면, [사례 2]에서는 만약 P가 구매조건(70%의 구매비율 조건)을 달성하지 않았다고 하더라도 이때 P가 직면하게 되는 상황은 오로지 리베이트라는 추가보너스를 받지 못하게 되는 것일 뿐이고 종전과 같이 거래가 가능하지만, [사례 1]에서는 만약 P가 합의된 조건과 달리 S의 경쟁판매자로부터도 상품을 공급받았다면 P는 S와의 거래단절까지 감수해야 하는바, 따라서 조건의 충족 여부를 두고 P가 선택할 수 있는 범위는 [사례 2]의 경우가 [사례 1]의 경우에 비하여 훨씬 더 넓다. 또한 경쟁판매자의 측면에서 보더라도, [사례 2]에서는 S의 경쟁판매자 입장에서는 P에게 더 낮은 가격을 제시함으로써 대응할 수 있는 여지가 있을 수 있지만, [사례 1]에서는 이러한 가격경쟁을 통한 대응의 여지가 아예 차단되어 있다.⁷⁾

이와 같이 전형적인 배타조건부 거래의 사례와 로열티 리베이트의 사례는 구매자 측면 및 경쟁판매자 측면에서 나타나는 양상과 효과가 이질적이다. 앞서 살펴본 것처럼 로열티 리베이트를 배타조건부 거래로 보려는 입장이 있는데, 시장에서 그 양상과 효과가 이질적으로 발현되는 행위들을 배타조건부 거래라는 하나의 행위유형에 포섭시켜 동일한 틀로 분석하는 것이 과연 타당한 것일까? 로열티 리베이트의 행위유형 포섭에 대한 고민은 바로 이 지점에서부터 시작된다.

로열티 리베이트를 배타조건부 거래의 행위유형에 포함시킬 것인지 여부에 따라 앞서 살펴본 것처럼 부당성 판단기준이 달라질 수 있거니와, 나아가 적용되어야 할 법규정도 달라질 수 있다. 특히 주로 셔먼법(Sherman Act) 제1조 또는 제2조 등과 같은 포괄적인 규정을 토대로 규제 여부를 판단하는 미국의 경우와는 달리, 우리나라의 경우 법률 및 시행령을 통하여 각 개별 행위유형별로 규제근거가 되는 구성요건들을 상당 부분 구체화하고 있으므로, 행위유형 포섭과 적용법조 간의 관계는 미국의 경우보다 상대적으로 더 밀접하다고 할 것이다.

이와 같이 로열티 리베이트에 대한 행위유형 포섭의 문제는 분석틀(analytic framework)에 관한 가장 근본적인 이슈로서, 로열티 리베이트와 관련된 경쟁법적 논의의 출발점이 되어야 하는바, 궁극적으로는 배타조건부 거래의 행위요건에 대한 분석을 통하여 그 답을 찾아야 한다고 본다.

6) 경쟁판매자의 가격경쟁을 통한 대응가능성 문제와 구매자의 선택기회 문제는 상호 밀접한 관련이 있다. 가격경쟁을 통하여 대응하려는 경쟁판매자가 늘어나면 늘어날수록 구매자의 선택기회도 확장되고, 또한 구매자의 선택기회가 더 넓게 보장될수록 그만큼 경쟁판매자로서도 가격경쟁을 벌일 유인이 더 커지기 때문이다.

7) Herbert Hovenkamp, "Quasi Exclusive Dealing", SSRN 1793126 (2011)도 이와 유사한 취지의 지적을 하고 있다(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1793126).

Ⅲ. 관련 미국 판례에 대한 검토

미국에서는 로열티 리베이트와 관련하여 주로 Sherman Act 제1조 및 제2조, 클레이튼법(Clayton Act) 제3조의 적용 여부가 문제되어 왔다. Sherman Act 제1조는 공동행위를 통한 거래제한을, 제2조는 독점화 행위 및 독점화 기도를 각 규제하고 있고, Clayton Act 제3조는 경쟁사업자의 상품을 취급하지 않는다는 조건이 부가되거나 또는 그러한 내용의 약정을 토대로 한 상품판매 또는 가격할인(리베이트)이 경쟁을 실질적으로 감소시키거나 독점을 형성할 우려가 있는 경우에 이를 금지하고 있다.

이러한 적용법조 문제와는 별개로, 미국에서도 시장지배적 사업자의 로열티 리베이트에 대하여 어떠한 분석틀을 적용할 것인가와 관련하여 논의가 이루어지고 있다. 다만 미국의 판례들을 살펴보면, 로열티 리베이트에 대하여 부당한 배타조건부 거래임을 인정한 사례는 많지 않은데, 그 이유를 살펴보면 대체로 로열티 리베이트에 구속성이라는 요소가 결여되어 있다는 점에 주목하였기 때문인 것으로 이해된다.

이하에서는 로열티 리베이트의 행위유형 포섭에 관한 논의에 일정한 시사점을 줄 수 있는 몇몇 미국 판결들을 살펴보고자 한다.⁸⁾

1. Western Parcel Express v. United Parcel Services 판결⁹⁾

택배사업자인 UPS는 1994년부터 1996년까지 구매량 리베이트를 제공하였는바, 이에 UPS의 경쟁사업자는 이러한 UPS의 행위가 경쟁을 제한하는 부당한 배타조건부 거래에 해당된다고 주장하며 소송을 제기하였다. 그러나 연방지방법원과 연방항소법원 모두 위 경쟁사업자의 주장을 배척하였다.

연방항소법원은 배타조건부 거래계약이 성립하기 위해서는 특정판매자와 사이에만 거래를 하겠다는 구매자의 약속이 수반되어야 한다고 판시한 뒤(“An exclusive dealing contract involves a commitment by a buyer to deal only with a particular seller”), 택배서비스 구매자들이 UPS와의 구매량 리베이트 계약에도 불구하고 UPS의 경쟁사업자들로부터 택배서비스를 구매하는 것은 금지되지 않았음을 이유로 들어, 위 구매량 리베이트가 부당한 배타조건부 거래에 해당되지 않는다고 판단하였다(“Because the contracts do not preclude consumers from using other delivery services, they are not exclusive dealings contract that preclude competition”).

8) 다만, 해당 판결의 내용 중 본고에서 다루고자 하는 쟁점과 직접적인 관련이 없는 부분에 대한 소개는 이를 생략하기로 한다.

9) 190 F.3d 974 (9th Cir. 1999).

살피건대, 연방항소법원이 행위유형 포섭의 문제와 부당성 문제를 명확하게 구분하여 판단하지는 않았지만, 최종 결론을 도출함에 있어서 UPS와 리베이트 계약을 체결한 구매자들이 반드시 UPS와 거래를 할 수밖에 없었는지 여부, 즉 구매량 리베이트가 UPS와 거래를 하도록 구속하였는지 여부가 중요한 판단기준으로 작용하였음은 명백해 보인다.

2. Concord Boat Corp v. Brunswick Corp 판결¹⁰⁾

선박엔진 판매시장에서의 시장지배적 사업자인 브런즈워(Brunswick)은 선박엔진 구매자들(선박제조사 또는 딜러들)에게 구매비율 리베이트를 제공해왔는데 ① 1984년부터 1994년까지는 구매비율이 60%, 70%, 80% 이상인 경우 각각 해당 총 구매액의 1%, 2%, 3%를 리베이트로 제공하였고 ② 1995년부터 1997년까지는 구매비율이 60%, 65%, 70% 이상인 경우 각각 해당 총 구매액의 1%, 2%, 3%를 리베이트로 제공하였다. Brunswick의 경쟁사업자들은 위 리베이트가 반경쟁적이라고 주장하며 손해배상청구소송을 제기하였다. 이에 연방지방법원은 위 경쟁사업자들의 손을 들어주었지만, 그 후 연방항소법원은 연방지방법원의 판결을 파기하였다.

연방항소법원은 먼저 본건 구매비율 리베이트가 배타조건부 거래에는 해당되지 않는다는 점을 분명히 하였다. 다만 사실상의 배타조건부 거래(de facto exclusive dealing)가 성립할 수도 있음을 전제로 관련 시장의 봉쇄 및 진입장벽의 정도 등에 초점을 맞춰 검토가 이루어졌는데, 연방항소법원은 구매자들이 리베이트를 포기하고 자유로이 Brunswick의 경쟁사업자로부터 선박엔진을 구매할 수 있었고 실제로도 경쟁사업자가 더 좋은 가격조건을 제시하면 구매를 전환하여 경쟁사업자의 선박엔진을 구매하기도 하였으므로(“They were free to walk away from the discounts at any time, and they in fact switched to OMC engines at various points when that manufacturer offered superior discounts”) 관련 시장의 상당한 비중이 봉쇄되었다고 보기 어렵고, 나아가 리베이트를 반영한 할인가격이 비용보다 상당히 높은(“significantly above cost”) 수준이었기 때문에 신규사업자가 진입할 여지도 충분했다고 본 뒤, 이를 토대로 위법성이 인정되지 않는다는 판단을 하였다. 또한 연방항소법원은 구매자들이 리베이트를 자유로이 포기할 수 있었다는 점을 근거로 들어 소위 ‘황금수갑(golden handcuffs)’의 논리, 즉 구매자들이 구매비율 리베이트 때문에 Brunswick으로부터 구매할 수밖에 없었다는 취지의 주장도 배척하였다.

10) 207 F.3d 2039 (8th Cir. 2000).

비록 이 사안에서도 연방항소법원이 행위유형 포섭의 문제만을 떼어놓고 별도로 판단하지는 않았지만, 연방항소법원은 구매비율 리베이트에도 불구하고 Brunswick과의 거래에 구속되지 않아 구매전환이 자유롭게 이루어질 수 있는 상황이라는 점에 주목하여, 배타성(exclusivity)이 인정되지 않는다고 보았다. 즉, 이는 구매자에게 거래상대방 선택의 자유가 인정된다면 구속성이 결여되어 배타성이라는 배타조건부 거래의 행위유형 요건이 충족되지 않는다는 취지로 해석되는바, 연방항소법원이 ‘황금수갑’의 논리를 배척한 것 역시 이러한 맥락이다. 이와 같이 연방항소법원은 본건 구매비율 리베이트를 배타조건부 거래의 관점에서 분석하는 것은 적절하지 않음을 지적한 뒤, 약탈적 가격설정 기준을 적용하여 리베이트를 분석하였다.

3. Allied Orthopedic Appliances v. Tyco 판결¹¹⁾

산소포화도 측정기(pulse oximetry product) 판매사인 타이코(Tyco)는 2002년에 신제품을 출시하면서, 각 병원들이 산소포화도 측정기에 대한 자신의 수요량 중 일정 비율 이상을 Tyco로부터 구매하면 가격을 할인해주기로 하는 내용의 구매비율 리베이트 계약을 각 병원들과 체결하였다. 그 후 Tyco로부터 산소포화도 측정기를 구매하였던 병원들은 Tyco가 경쟁을 봉쇄함에 따라 자신들이 독점에 따른 초과이윤(monopoly markup)만큼을 더 지불하는 결과가 초래되었다고 주장하며 Tyco를 상대로 손해배상소송을 제기하였는바, 여러 주장들 가운데에는 본건 구매비율 리베이트가 부당한 배타조건부 거래에 해당된다는 주장도 포함되어 있었다. 그러나 연방지방법원과 연방항소법원 모두 위 병원들의 주장을 배척하였다.

연방항소법원은 본건 구매비율 리베이트 계약에 의하더라도 Tyco로부터 제품을 구매해야만 하는 계약상의 의무는 발생하지 않음을 지적한 뒤(“It is significant that the market-share discount …… did not contractually obligate Tyco’s customers to purchase anything from Tyco”), 본건 구매비율 리베이트가 구매자들로 하여금 Tyco의 제품을 구매하도록 강요하였다고 보기 위해서는 리베이트를 통하여 가격을 할인해주는 것 이상의 다른 무엇이 더 필요하다고 보았다(“something more than the discount itself is necessary to prove that Tyco’s market-share discount agreements forced customers to purchase its sensors rather than generics”). 결론적으로 연방항소법원은 본건 구매비율 리베이트가 부당한 배타조건부 거래에 해당된다는 주장을 배척하면

11) 592 F.3d 991 (9th Cir. 2010).

서, 어느 구매자가 Tyco와 구매비율 리베이트 계약을 체결하였다고 하더라도 그 구매자 입장에서는 언제라도 Tyco로부터 제공받게 될 리베이트 혜택을 포기하고 Tyco의 경쟁사업자로부터의 제품 구매를 선택할 수도 있었다는 점("Any customers subject to one of Tyco's market-share discount agreements could choose at anytime to forego the discount offered by Tyco and purchase from a generic competitor"), Tyco의 경쟁사업자들 역시 더 유리한 가격조건을 제시함으로써 Tyco와 경쟁할 수 있는 여지가 여전히 남아있었다는 점("Vendors of generic sensors remained able to compete for Tyco's customers by offering their products at better price") 등을 근거로 들었다.

살피건대, 연방항소법원은 부당한 배타조건부 거래인지 여부를 판단함에 있어서 본건 구매비율 리베이트가 Tyco와 거래를 하도록 구속하였는지 여부를 중요한 기준으로 삼았는바, 구체적으로 조건 미충족에 수반되는 구매자의 부담이 리베이트 혜택의 포기에 불과하고 따라서 구매자로서는 거래상대방 선택기회가 여전히 보장되어 있으며, Tyco의 경쟁사업자들 역시 여전히 Tyco와 가격경쟁을 벌일 수 있는 상황이므로, 본건 구매비율 리베이트에 구속성이라는 요소는 결여되어 있다고 본 것이다. 이는 기본적으로 앞서 살펴본 UPS 판결 및 Brunswick 판결의 취지와 다르지 않다.¹²⁾

IV. 배타조건부 거래의 행위요건으로서의 구속성

1. 책임귀속의 표지(標識)

로열티 리베이트가 배타조건부 거래에 해당되는지를 논함에 있어서 우리나라의 경우도 구속성의 관점에서 검토가 이루어져야 할 것인바, 이는 배타조건의 구속성이 배타조건부 거래의 행위요건에 해당되기 때문이다. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하

12) 한편, 비록 끼워팔기에 관한 판결이기는 하지만 Virgin Atlantic Airways v. British Airways 판결[257 F.3d 256 (2nd Cir. 2001)]도 로열티 리베이트의 구속성 유무와 관련하여 눈여겨볼 필요가 있다. 영국 항공여객서비스 시장에서의 시장지배적 사업자인 영국항공(British Airways)은 자사의 항공권을 일정 액수 이상 판매하는 영국 여행사들에 대하여 British Airways 항공권의 판매실적이 1년간 어느 정도 증가하였는지에 따라 리베이트를 제공하였고, 또한 일부 여행사에 대해서는 각 여행사의 전세계 항공권 판매량 중 British Airways 항공권이 차지하는 비율의 증가 정도에 따라 리베이트를 제공하는 등 여행사들에게 여러 형태의 리베이트를 제공하였다. 이에 대하여 British Airways의 경쟁사업자인 버진아틀랜틱항공(Virgin Atlantic Airways)은 위 반경쟁적 리베이트 때문에 자사가 대서양 횡단 5개 노선에서 점유율을 확장하지 못하였다고 주장하며 British Airways를 상대로 반독점소송을 제기하였는데, 연방지방법원과 연방항소법원 모두 Virgin Atlantic Airways의 주장을 배척하였다. 특히 Virgin Atlantic Airways는 British Airways가 본건 리베이트를 통하여 독점노선 항공권과 비독점노선 항공권을 묶음으로 판매함으로써 한 노선에서의 비용 이하 가격에 따른 손실을 다른 노선에서의 이익으로 보전하고 있다는 취지의 주장도 하였는데, 이와 관련하여 연방항소법원은 British Airways의 리베이트가 여행사들에게 자사 항공권 판매를 강제했다고(coercive) 볼 증거가 없다고 판단하였다. 연방항소법원의 위 판시내용은 종된 상품(tied product)의 구매가 강제되는(forced) 경우에 한하여 끼워팔기가 성립한다는 연방대법원의 Jefferson Parish Hospital District v. Hyde 판결[466 U.S. 2 (1984)]과 기본적인 궤를 같이 한 것으로, 단순히 복수상품 구매를 대상으로 로열티 리베이트를 제공하였다고 하더라도, 구매자가 자유로이 거래선을 전환할 수 있었던 이상 그 복수상품 구매가 강제되었다고 할 수는 없다는 취지이다.

‘공정거래법’이라 한다) 및 그 시행령은 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래와 시장 지배적 지위 남용행위로서의 배타조건부 거래를 각각 별도로 규정하고 있다. 우선 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래의 경우는 ‘거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위’의 한 유형으로 분류되어 있고, 구체적으로는 ‘부당하게 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위’라고 규정되어 있는바(공정거래법 시행령 제36조 제1항 관련 별표 1의2 제7호 가목), 배타조건의 구속성(즉, 경쟁사업자와 거래하지 않기로 한 조건이 구속적일 것)을 그 행위요건으로 하고 있음이 문언상 명백하다. 시장지배적 지위 남용행위로서의 배타조건부 거래(공정거래법 시행령 제5조 제5항 제2호)의 경우에도 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래와 비교하여 행위개념에 관한 규정의 내용이 거의 동일하고 배타조건부 거래라는 행위의 기본적 속성에 있어 차이가 없으므로, 이 역시 그 행위요건으로 배타조건의 구속성이 요구된다고 봄이 상당하다. 뒤에서 살펴보게 될 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012두6308 판결 역시 구속성이 배타조건부 거래의 행위요건임을 분명히 하였다.

이와 같이 공정거래법이 배타조건부 거래의 행위요건으로 배타조건의 구속성을 요구하고 있는 이유는 무엇일까? 그것은 바로 배타조건의 구속성이 행위자에 대한 책임귀속의 근거가 되기 때문이다. 즉, 공정거래법이 부당한 배타조건부 거래를 규제하는 취지는 봉쇄효과(foreclosure effect)가 유발될 우려가 있는 상황을 방지하고자 함에 있고, 이를 위하여 그러한 상황을 촉발시킨 행위자에 대하여 부당한 배타조건부 거래에 관한 법적 책임을 물어 제재를 가하고 있는 것인바, 이처럼 봉쇄효과 유발 우려가 있는 어느 상황에 대하여 행위자에게 책임을 묻기 위해서는 그 상황을 그 행위자의 책임으로 귀속시킬 수 있는 일정한 표지(標識)가 필요한데, 배타조건의 구속성은 이와 같은 책임귀속의 표지로서 기능하고 있는 것이다. 만약 배타조건의 구속성이 인정되지 않는 행위들까지 모두 배타조건부 거래에 포함시킨다면, 거래상대방을 전혀 구속하지 못하는 행위자의 일방적 행위까지도 배타조건부 거래로 분류하여 행위자에게 책임을 물을 수 있다는 말인데, 이는 부당한 배타조건부 거래를 규제하고자 하는 취지에 어긋난다.

이렇게 본다면 행위요건으로 구속성을 요구하는 배타조건부 거래의 구조는 형사법상의 간접정범 구조와 유사한 측면이 있다. ‘간접정범’이란 타인을 도구로 이용하여 범죄를 실행하는 자를 지칭하는 형사법상의 개념인데(형법 제34조 제1항), 이 때 도구로 이용되는 타인은 원칙적으로 법적 책임을 부담하지 않는 반면에, 배후에서 그 타인을 조종하고 사건의 진행을 지배한 자는 간접정범이 되어 행위의 결과에 대하여 온전히 책임을 부담하게 된다. 배타조건부 거래에서도 거래상대방에게 일정한 구속을 가하는 행위자의 경

우는 간접정범과 구조적 유사성을 보이는데, 예컨대 앞서 살펴본 [사례 1]에서처럼 구매자 P가 판매자 S로부터만 상품을 공급받기로 S와 합의함으로써 당해 배타조건이 상호합의의 형태로 부가되었다고 하더라도, 그 배타조건부 거래에 대한 공정거래법상의 책임은 온전히 S가 부담하게 되는데, 이는 P의 행위와는 달리 S의 행위에는 배타조건을 통하여 타인의 행위에 일정한 구속을 가하는 성질이 있기 때문이다. 이와 같이 배타조건의 구속성은 행위자에게 책임을 귀속시킬 수 있는 중요한 표지가 된다.

2. 구속성 판단의 기준

어떠한 경우에 배타조건부 거래의 구속성 요건이 충족된다고 볼 수 있을까? 이는 구속성 판단의 기준과 관련된 문제로서, 구속성이란 행동의 자유에 제약을 가하는 성질 또는 상황을 의미하므로, 어느 행위가 배타조건부 거래로서의 구속성 요건을 충족시키는지 판단함에 있어서는 그 행위가 있기 이전과 그 이후를 비교하여 ‘거래상대방의 행동의 자유가 제약을 받아 그 선택기회의 범위가 감축되었는지 여부’를 따져보아야 할 것이다.

이러한 구속성 인정 여부와 관련하여 우선 크게 2가지 유형을 나누어 생각해볼 수 있는데, 하나는 배타조건의 달성 자체에 대하여 판매자와 구매자 간의 합의가 존재하는 제1유형이고, 다른 하나는 그러한 합의가 없는 제2유형이다. 앞서 살펴본 [사례 1]은 제1유형에 해당되는데, 이 경우 배타조건의 달성 자체가 합의의 내용 중에 포함되어 합의당사자 상호간에 법적 구속력이 발생하고 거래상대방은 합의에 따른 의무를 새로이 부담하게 되므로, 합의가 있기 이전과 비교하여 합의 이후에 거래상대방의 행동의 자유가 제약을 받아 그 선택기회의 범위가 감축되었음이 명백한바, 배타조건의 구속성이 쉽게 인정될 수 있을 것이다.

문제는 배타조건의 달성 자체에 대한 합의가 없는 제2유형의 경우이다. 제2유형의 대표적인 사례로는 판매자가 구매자에 대하여 일방적으로 배타조건의 달성을 요구 또는 권유하는 경우를 들 수 있는데, 예컨대 앞의 [사례 1]을 약간 변형하여, 판매자 S가 구매자 P에게 S로부터만 상품을 공급받으라고 요구함에도 P가 이를 자발적으로 수용하지 않는 경우가 제2유형에 해당될 수 있다. 제2유형의 경우는 제1유형과는 달리 배타조건 자체에 법적 구속력이 인정되지 않기 때문에 사실상의 구속성 유무를 개별적·구체적으로 검토하는 단계가 필요한바, 이때에도 그 문제된 행위의 이전과 이후를 비교하여 그 행위로 인하여 거래상대방의 행동의 자유가 감축되었는지 여부를 기준으로 판단해야 할 것이다. 예를 들어, 판매자가 구매자에게 배타조건의 달성을 요구하면서 이를 달성하지 않을 때에는 불이익을 가하겠다고 위협하는 경우를 가정하면, 그 위협이 있기 이전과 이후를 비교

할 때 구매자의 입장에서는 위협을 받음으로 인하여 종전에 비해 행동의 자유에 제약을 받았다고 볼 수 있으므로 사실상의 구속성이 인정될 수 있을 것이다.

이와 관련하여 최근 선고된 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012두6308 판결이 사실상의 구속성에 관한 일응의 판단기준을 제시하고 있어 주목된다. 위 판결 사안은 판매자가 구매자에 대하여 일방적으로 배타조건의 달성을 요구하는 제2유형의 사실관계를 담고 있다. 해당 심결례와 판결내용을 토대로 위 사건을 간략히 소개하면, 국내 자동차 정비용 부품 시장에서의 시장지배적 사업자로서 순정품 공급업체인 A사는 ① 2004~2007년에는 비순정품의 매입 및 판매를 금지한다는 내용이 담긴 경영매뉴얼을 독립사업자인 대리점들에게 배포하였고, 대리점들로 하여금 순정품만을 취급하도록 하는 시장조사 및 시장정화활동 등을 펼쳐나갔지만, 대리점이 이러한 배타조건을 달성하지 않았을 때 부과될 불이익에 관한 조항은 별도로 두지 않았던 반면 ② 2008년 이후에는 대리점 등급관리제도, 대리점 관리규정 등을 도입하여 대리점이 비순정품을 판매한 경우는 공급가격을 할증하고 기존 할인혜택을 폐지하는 등의 불이익을 주고 대리점 계약갱신을 거절하거나 계약을 해지할 수 있도록 하였다. 이에 대하여 서울고등법원은 2004~2007년의 행위에 대해서는 배타조건 미달에 따른 불이익이 수반되지 않아 구속성이 인정되지 않는다는 이유로 배타조건부 거래로 보기 어렵다고 판단하였고, 이와는 달리 배타조건 미달에 대하여 불이익이 수반된 2008년 이후의 행위에 대해서는 구속성을 인정하고 배타조건부 거래에 해당된다고 보았는바, 그 후 대법원은 이러한 원심의 판시내용을 그대로 인용하였다.

위 대법원 판결은 구속성이 배타조건부 거래의 행위요건임을 분명히 하였다는 점에서도 의미가 있지만, 나아가 판매자와 구매자 간에 배타조건의 달성 자체에 대하여 합의한 바 없는 경우(판매자가 구매자에 대하여 일방적으로 배타조건의 달성을 요구 또는 권유하는 경우)에 구속성이 인정되기 위한 기준과 관련하여 시사점을 제공하였다는 측면에서도 의미를 찾을 수 있다. 대법원은 불이익 수반이 예정되지 않은 배타조건의 일방적인 요구행위만으로는 구속성이 인정되기에 부족하다고 보았는바, 구속성이 인정되기 위해서는 이에 더하여 그 배타조건을 강제할 수 있는 불이익이 동반되어야 한다는 취지이다.¹³⁾ 구매자의 행동을 강제할 만한 불이익이 동반되지 않는 판매자의 단순한 일방적 요구행위

13) 한편, 구속성과 강제성은 그 개념과 체계상의 지위에 있어 차이가 있으므로 각각의 용어에 대한 정확한 이해가 필요하다(홍대식, “배타조건부거래행위, 경쟁제한성 기준인가 강제성 기준인가?”, 법조 제661권, 2011. 10., 171면 역시 같은 입장으로 이해된다). 첫째, 개념상으로 보면, 구속성의 경우 행동의 자유가 제약된 객관적 상황 또는 그러한 성질을 의미하는 반면, 강제성의 경우는 자발적 의사에 반하는지 여부와 같은 주관적 요소와 관련이 있는바, 양자는 그 개념의 차원을 달리한다. 예컨대, 구매자 P가 오로지 판매자 S로부터만 상품을 공급받기로 S와 합의한 경우, 위 합의행위는 P의 행동의 자유를 제약하는 객관적 상황을 초래하였으므로 구속성은 인정된다고 볼 수 있지만, 다른 한편 위 합의 자체가 P의 자발적 의사에 기한 것이므로 강제성은 인정되지 않는다고 할 것이다. 둘째, 체계상 지위에 있어서도, 구속성은 배타조건부 거래의 행위요건을 구성하지만, 강제성은 배타조건의 일방적 요구행위가 구속성 요건을 충족시키기 위하여 필요한 하부행위요소에 불과하다. 즉, 위 대법원 2012두6308 판결이 시사하고 있듯이, 배타조건의 일방적 요구행위의 경우는 그것이 불이익을 수반하여 강제성이 인정되는 때에 한하여 구속성 요건을 충족하게 된다.

만으로 구매자의 행동의 자유가 종전보다 감축되지는 않는다는 점을 고려한다면, 이러한 대법원의 입장은 충분히 수긍할 만 하다고 본다.

한편, 공정위 예규인 ‘불공정거래행위 심사지침’은 배타조건부 거래와 관련하여 “배타 조건의 형식에는 경쟁사업자와 거래하지 않을 것이 계약서에 명시된 경우뿐만 아니라 계약서에 명시되지 않더라도 경쟁사업자와 거래시에는 불이익이 수반됨으로써 사실상 구속성이 인정되는 경우가 포함된다”라고 규정하고 있는바(위 지침 V. 7. 가. (1)㉞③항), 이처럼 공정위 역시 배타조건의 달성 자체에 대하여 판매자와 구매자 간에 합의가 존재하는 제1유형과 그러한 합의가 없는 제2유형을 구분하여 구속성을 판단하는 입장을 밝히고 있다.

V. 로열티 리베이트는 배타조건부 거래의 구속성 요건을 충족하는가?

로열티 리베이트는 구매자가 일정한 구매조건을 달성하게 되면 구매자에게 구매금액의 일부를 리베이트로 환급하는 행위(또는 그 리베이트 자체)로서, 이때 구매자는 그 구매조건¹⁴⁾의 달성 자체를 약속하거나 합의한 것은 아니므로, 이는 앞서 살펴본 유형 구분에 의할 때 제2유형에 해당된다. 즉, 로열티 리베이트는 판매자와 구매자간 계약의 형태로 합의가 이루어지는 것이 보통인데, 이러한 로열티 리베이트 계약은 일정한 구매조건이 충족될 경우에 리베이트를 수수하겠다는 합의를 담고 있을 뿐 구매자가 그 구매조건을 반드시 달성해야 한다는 합의를 담고 있는 것은 아니므로, 비록 그 행위가 계약(합의)의 형태로 행해지기는 하지만 제1유형으로 볼 수는 없는 것이다. 예컨대, 로열티 리베이트에 관한 앞의 [사례 2]에서 판매자 S와 구매자 P는 P가 자신의 수요량 중 70% 이상을 S로부터 구매하게 되면 리베이트를 수수하기로 합의하였을 뿐이지, 더 나아가 P가 위 70% 이상을 구매해야 한다고 합의한 것은 아니다. 이와 같이 로열티 리베이트는 합의의 법적 구속력을 토대로 쉽게 구속성을 인정할 수 있는 제1유형이 아니라, 구속성 유무에

14) 로열티 리베이트의 경우는 리베이트를 지급받기 위하여 달성되어야 할 구매조건이 배타조건(즉, 경쟁사업자와는 거래하지 않기로 하는 100% 구매조건)의 형태로만 되어 있는 것은 아니고, 오히려 앞의 [사례 2]에서와 같이 구매자의 전체 수요 가운데 일부분을 구매하더라도 리베이트를 지급하는 형태로 되어 있는 경우가 더 많다. 이처럼 로열티 리베이트의 지급조건이 배타조건의 형태로 되어 있지 않은 경우까지도 공정거래법 소정의 배타조건부 거래로 볼 수 있는지 여부와 관련해서는 논의의 여지가 있다고 본다. 즉, 배타조건부 거래에 관하여 규정하고 있는 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제2호와 동 시행령 제36조 제1항 관련 별표 1의2 제7호 가목은 각각 “... 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 ...”, “... 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 조건으로 ...”라고 하여 명시적으로 배타조건일 것을 요구하고 있는바, 제재적 규정에 대한 엄격해석의 원칙상 - 심지어 공정거래법은 부당한 배타조건부 거래에 대한 형벌까지 두고 있으므로 이는 죄형법정주의 원칙과도 무관하지 않다 - 로열티 리베이트의 구매조건이 배타조건의 형태가 아닌 경우까지도 공정거래법 소정의 배타조건부 거래에 포함시키는 것에 대해서는 의문이 없지 않다. 다만 이는 본고에서 다루고자 하는 쟁점과 직접적인 관련이 없으므로 더 이상의 자세한 논의를 생략하기로 한다.

관한 개별적·구체적 검토과정이 요구되는 제2유형에 속하는바, 이 점을 이해하는 것이야말로 로열티 리베이트의 구속성 유무에 관한 논의에 있어 중요한 출발점이 된다.

이렇게 본다면, 로열티 리베이트 역시 판매자가 구매자에게 일방적으로 구매조건의 달성을 요구 또는 권유하는 행위와 구조적으로 차이가 없다는 점을 이해할 수 있을 것이다. 즉, 판매자가 구매자에게 일방적으로 구매조건의 달성을 요구 또는 권고할 경우에 구매자의 입장에서는 구매조건의 달성에 관하여 합의한 것은 아니므로 적어도 법적으로는 구매조건을 달성해야 할 의무는 없는 것이고, 이는 로열티 리베이트 계약을 체결한 구매자의 경우도 구매조건을 달성해야 할 법적 의무를 부담하지 않는다는 점과 구조적으로 다르지 않다. 따라서 구매조건의 일방적 요구행위의 경우와 마찬가지로, 로열티 리베이트의 경우도 구매조건 미달에 따른 불이익 수반과 같이 사실상의 구속성을 표상할 수 있는 추가적인 징표, 즉 로열티 리베이트 계약에 어떠한 불이익이 수반되어 로열티 리베이트 행위 이전과 그 이후를 비교할 때 구매자의 행동의 자유(선택범위)가 감축되었음을 보여줄 수 있는 추가적인 징표가 존재하는 경우에만 배타조건부 거래의 구속성 요건이 충족되었다고 봄이 상당하다. 다시 말해, 판매자가 제시한 로열티 리베이트 계약에 구매자를 사실상 구속하는 성질이 인정되지 않는다면 배타조건부 거래가 성립한다고 보기 어렵다.

살피건대, 일반적으로 가격할인으로서의 실질을 갖는 로열티 리베이트의 경우는 구매자에게 할인받을 기회를 추가로 제공하는 것이므로, 로열티 리베이트 행위 이전에 비하여 구매자의 선택범위가 오히려 넓어지게 되는바, 이 경우 로열티 리베이트에 행동의 자유를 제약하는 어떠한 구속성이 인정된다고 볼 수 없다. 예를 들자면, 앞서 소개한 [사례 2]의 경우가 여기에 해당된다. 구매자 P가 구매조건을 달성하게 되면 P는 로열티 리베이트 계약 체결 이전과 비교하여 결과적으로 개당 100원의 가격할인을 받게 되는데, 이 때 P로서는 ① 구매조건을 달성하지 않은 채 종전 그대로 개당 1,000원의 가격으로 상품을 구매할 수도 있고 또는 ② 구매조건을 달성함으로써 사실상 100원을 할인받아 개당 900원의 가격으로 상품을 구매할 수도 있다. 즉, 로열티 리베이트 계약을 통하여, P는 종전 그대로 개당 1,000원에 구매할 수 있는 옵션에 더하여, 구매조건 달성 여부에 관한 자신의 선택에 따라 개당 100원씩의 할인을 받을 수 있는 옵션을 ‘추가로’ 확보하게 된 것이므로, 그만큼 P의 선택범위는 넓어진 것일 뿐이어서, 이 경우 행동의 자유에 대한 제약을 전제로 한 구속성 요건은 충족되기 어렵다고 본다.

앞서 전형적인 배타조건부 거래의 사례와 로열티 리베이트의 사례는 구매자 측면(조건 미충족에 수반되는 구매자 부담 및 선택기회의 범위)과 경쟁판매자 측면(가격경쟁을 통한 대응가능성의 여지)에서 나타나는 양상과 효과가 이질적이라고 밝힌바 있는데, 이 역시 로열티 리베이트에 구속성이 결여되어 있다는 점과 관련이 깊다. 즉, 로열티 리베이트

트의 실질은 구매자에게 새로운 할인옵션(할인받을 기회)을 추가로 제공함으로써 선택범위를 넓히는 것이고, 설사 구매조건을 달성하지 못하더라도 구매자가 놓이게 되는 상황은 새로이 제공된 할인옵션을 포기하고 종전 그대로 거래하는 정도에 불과한바, 그렇기 때문에 로열티 리베이트의 경우 구속성을 인정하기 어렵다고 보는 것이다. 또한 판매자가 로열티 리베이트를 제공하기로 하였더라도, 경쟁판매자의 입장에서는 구매자에게 더 나은 할인조건을 제시함으로써 경쟁을 벌일 수 있는데, 이 역시 배타조건부 거래와는 구별되는 점으로 로열티 리베이트에 구속성이 결여되어 있기 때문에 가능한 일이다.

이와 같이 기본적으로 로열티 리베이트는 구매자를 구속하는 것(Coercing)이 아니라 유도하는 행위(Incentivizing)로서, 이러한 행위속성이야말로 로열티 리베이트를 배타조건부 거래에 포섭시켜서는 안된다고 보는 결정적인 이유이다.¹⁵⁾

앞서 언급하였던 켈컴 사건에서 공정위는 로열티 리베이트에 사실상의 구속성이 인정된다는 이유로 배타조건부 거래의 성립을 긍정하였는데 - 서울고등법원의 판단도 공정위의 판단과 크게 다르지 않은 것으로 보인다 - 이에 대해서는 구매자에게 새로운 할인 기회를 제공함으로써 선택기회를 넓힌 경우와 불이익 제공을 통하여 구매자를 구속한 경우를 구분하지 않았다는 비판이 가능할 것이다.

Ⅵ. 마치며

앞서도 언급하였듯이, 그간 일련의 로열티 리베이트 사건에서 공정위와 서울고등법원은 이를 배타조건부 거래의 행위유형에 포섭시켜 판단하였는바, 배타조건부 거래 행위요건으로서의 구속성 유무에 관하여 과연 진지하게 검토가 이루어졌는지 의문이 있다. 요컨대, 일반적으로 로열티 리베이트는 할인의 기회를 추가로 제공하는 것으로서 오히려 구매자의 선택범위를 넓히는 효과가 있을 뿐이므로, 이 경우 구매자를 구속하는 성질을 갖는다고 볼 수 없다. 기본적으로 가격을 할인해주는 것은 행위자의 행동을 유도하는 것이지 구속하는 것으로는 볼 수 없음에도, 이러한 양자간의 차이를 정확하게 구별하여 인식하지 않은 채 가격할인으로서의 실질을 갖는 로열티 리베이트를 공정거래법 소정의 배타조건부 거래의 행위유형에 포섭시켜 분석하고자 하는 입장에는 결코 동의하기 어렵다. 로열티 리베이트의 행위유형 포섭과 관련하여 향후 많은 연구와 논의가 더 진행되기를 바란다. 

15) Kenneth Glazer, "Three key distinctions under section 2: written testimony of Kenneth L Glazer before the Antitrust Modernization Commission", Competition Law International, 2007. 2., 22~25면도 이와 유사한 맥락에서 Incentivizing과 Coercing을 구분하고 있는바, 이 내용은 상당히 유의할 만 하다.