

Antitrust Regulation of Two Sided Markets

플랫폼 시장의 공정거래법 규제*

Yang Myung Suk (양명석)

July, 2024

Abstract

Most basic theoretical models of markets are based on the perfect competition market. That is there are innumerable sellers and buyers in each market with no information or transaction cost and market price functions as the only signal to sellers and buyers in their profit/utility maximizing conduct. And as the actors in the market, taking price as given, maximize their profits/utilities, the market comes to an equilibrium. When all the markets in an economy find such equilibria, resources in the economy are allocated and utilized in the most efficient manner. But when an actor has market power, that is the power to influence the market outcome, and it uses that power to maximize its profit/utility, the market becomes distorted and a new equilibrium is reached where the resources of the economy are not allocated or utilized in the most efficient manner. Traditional competition laws were introduced to manage such distortions by either preventing an actor from acquiring market power or regulating the use of such market power.

More recently, platform markets or two sided markets (2SM) became more prominent in the economy. Unlike traditional one sided market (1SM), each market of 2SM is linked to the other in the sense that the number of participants or the size of the transactions in one market has an effect on the utility of the other market. Though formal modeling of 2SM is relatively new, in fact, 2SMs have been around for a long time, but for various reasons, such 2SMs did not receive much attention and their behavior and effects could more or less be understood and regulated as 1SMs. But with high tech companies building larger and more prominent 2SMs, 2SMs became more prominent in the economy and garnered greater attention. In fact, high tech 2SMs were more dynamic and 2SMs with market power were able to affect the whole economy. Largely, 2SMs were viewed as being inherently different from 1SDMs and not suitable for traditional competition regulations. Economists and regulators at first accepted as necessary for efficiency grounds that platforms, otherwise acting in a perfect competition environment, set their own total prices. But a platform in a perfect competition should accept the total price, that is the combined prices in both markets, as given but be free to set the price pair of the two markets in maximizing its profits. When platform is able to set its own total price, it should be treated the same as an entity in 1SM with market power. Economic models for platforms show that the efficient price pair matches price elasticities of both markets comprising the 2SM – but most prominent platforms impose restraints that prevent one side from expressing and acting on its demand curve, thus the resulting price pairs are not efficient prices – in such cases, each market should be viewed as a 1SDM for antitrust purposes. Thus, 2SDMs can be regulated under the traditional competition laws. But the experience has been that regulations have been slow and uncertain. In response, several countries have turned to regulatory regimes over competition law to regulate such 2SDMs.

시장에 대한 대부분 기본적 이론 모델은 완전 경쟁 시장을 기반으로 한다. 즉, 각 시장에는 수많은 판매자와 구매자가 존재하며, 정보와 거래비용이 없으며, 시장 가격은 판매자와 구매자의 이익/만족 극대화 행위에 대한 유일한 신호로 작용한다. 그리고 시장의 행위자들이 가격을 주어진 조건으로 삼아 자신의 이익/만족을 극대화하면 시장은 균형점에 도달하게 된다. 경제의 모든 시장이 이러한 균형점을 찾으면 경제의 자원은 가장 효율적인 방식으로 할당되고 활용된다. 그러나 특정 행위자가 시장

결과에 영향을 미칠 수 있는 힘, 즉 시장 지배력을 가지고 자신의 이익/만족을 극대화하기 위해 그 힘을 사용한다면 시장은 왜곡되고 경제의 자원이 가장 효율적인 방식으로 할당되거나 활용되지 않는 다른 균형점에 도달하게 된다. 전통적인 경쟁법은 이러한 왜곡 현상을 방지하기 위해 특정 행위자의 시장지배력 획득을 방지하거나 시장지배력 사용을 규제하는 하려고 한다.

최근에는 플랫폼 시장 또는 양면 시장(2SM)이 경제에서 더욱 부각되고 있다. 전통적인 일면 시장(1SM)과 달리, 2SM의 각 시장은 한 시장의 참여자 수나 거래 규모가 다른 시장의 영향을 미친다는 점에서 서로 연결되어 있다. 2SM에 대한 공식적인 모델링은 비교적 최근의 일이지만, 사실 2SM은 오래 전부터 존재해 왔고 여러 이유로 2SM은 큰 주목을 받지 못했고, 과거 2SM은 그저 1SM과 유사한 모델로 이해되고 규제되어 왔다. 그러나 하이테크 기업들이 더 크고 눈에 띄는 2SM을 구축하면서 2SM은 경제에서 더욱 두드러지고 더 큰 주목을 받게 되었다. 실제로 하이테크 2SM은 더 역동적이었고 시장 지배력을 가진 2SM은 전체 경제에 더 큰 영향을 미칠게 되었다. 최근 학계 및 규제 당국은 2SM이 1SM과 본질적으로 다르며 전통적인 경쟁 규제에 적합하지 않은 것으로 간주하게 되었다. 경제학계와 규제 당국은 처음에는 완전 경쟁 환경에서 작동하는 플랫폼이 스스로 각 시장 가격, 따라서 총 시장 가격을 책정하는 것이 이론적으로 효율성을 위해 필요하다고 받아들였다. 그러나 완전 경쟁 환경의 플랫폼은 두 시장의 가격을 합한 총가격을 주어진 것으로 받아들이고, 자신의 이익을 극대화하기 위해 두 시장의 상대적 가격을 자유롭게 설정할 수 있어야 할 것이다. 플랫폼이 자체적으로 총 가격을 설정할 수 있는 경우는 1SM에서 한 참여자가 시가를 임의로 정하는 것과 동일하며, 그러한 2SM은 통상적 1SM 시장시배자와 동일하게 취급되어야 할 것이다. 플랫폼의 경제 모델에 따르면 효율적인 각 시장의 가격(price pair)은 2SM을 구성하는 두 시장의 가격 탄력성(price elasticities)과 연관되지만, 대부분의 주요 플랫폼은 한쪽 시장에서 수요자의 수요 곡선을 표현하고 행동하는 것을 막는 제약이 부과하고 있고 결과적으로 해당 price pair는 효율적인 가격이 아니며, 이러한 경우 각 시장은 반독점 목적상 1SM으로 간주해야 한다. 따라서 이러한 2SM은 기존 경쟁법에 따라 규제할 수 있다. 그러나 지금까지의 경험에 따르면 규제절차가 느리고 불확실했다. 이에 따라 여러 국가에서는 경쟁법 대신 규제 체제(regulatory regime)로 전환하여 이러한 2SM을 규제하고 있다.

목 차

1. Introduction	3
a. One Sided Markets	3
b. Overview of Platform/2sm	9
2. Credit card	12
a. Overview	12
b. MIF	13
c. 네트워크 제한 규정	15
d. 현 시장 상황	18
e. Recent Court Cases	19
3. Windows os	27
a. Overview	27
b. US v. MS	29
c. EU Commission Decision	32
4. Search 시장	34
a. Google v. EU Comm (comparison shopping)	34
5. Smart phone app store	36
a. Apple	36
b. Google	45
6. Platform business regulation/Aus & EU	49

1. Introduction

a. One Sided Markets

i. Perfect competition:

시장에 대한 기초 경제학 모델은 완전 경쟁시장이다. 완전 경쟁시장의 요건은 수많은 판매자와 구매자들이 시장에 참가하여, 각 판매자와 구매자 개개인들에게 시장지배력이 없는 것이고, 각 판매자와 구매자는 시장에 대한 모든 정보를 인지하면서 시장의 가격이 고정되었다고 인정하고 그 가격을 근거로 하여 이익 또는 만족도를 최대화하는 것이다. 그 과정에서 판매자들은 판매자들 사이에서, 구매자는 구매자들 사이에서 경쟁하게 되고, 그러한 경쟁 과정에서 시장의 공급 물량과 수요물량이 일치하면서 시장균형(market equilibrium)이 이루어진다.

이러한 완전 경쟁시장에서는 판매자와 구매자들에게 이익/만족 최대화에 필요한 시장 신호(market signal)는 관련 제품의 시장 가격뿐이다. 이 사실이 완전 경쟁시장의 최대 장점이다. 가격만으로 시장이 경제적 활동에 필요한 자원을 가장 효율적으로 사용할 수 있게 한다는 것이다. 한 경제의 모든 시장에서 이러한 완전 경쟁이 이루어지고 있다면, 각 시장을 통하여 경제 전체가 모든 자원을 가장 효율적으로 분배하고 사용할 수 있게 된다.

물론, 완전 경제시장이 현실을 정확하게 반영하고 있다고 할 수는 없다. 경제가 발전하고, 산업화하면서, 대부분의 시장에는 시장지배력이 있는 참가자들이 존재하고 있어, 완전 경제시장은 사실 이론적으로만 존재한다고 할 수 있다. 가장 완전 경제시장에 근접한다고 하는 금융시장도 소수의 시장지배력을 보유, 행사하는 기업들이 시장에 영향력을 행사하고 있는 것이 현실이다.

ii. Monopoly/시장지배자

완전 경제시장의 수많은 판매자가 참여하고 있다는 가정이 단 1 명의 판매자로 변경되면, 독점시장이 된다. 독점 판매자에게는 시장 가격이 고정되어 있지 않고, 독점자가 시장에 공급하는 물량과 소비자들의 수요 곡선(demand curve)에 의하여 결정된다. 최대 이익을 추구하는 독점 판매자는 생산 한계비용(marginal cost)이 시가와 일치되는 물량을 판매하게 된다. 결과적으로 독점시장에서 시장균형 가격은 완전

경제시장의 시장균형 가격보다 높고, 시장균형 물량은 적다. 또한 독점시장의 시장균형은 완전 경쟁시장의 시장균형에 비교하여 구매자의 만족도(이익) 일부가 독점판매자에게 이전되고, 일부는 상실된다. 판매자도 구매자의 잉여 이익 일부를 이전받으나, 완전 경제시장의 경우와 비교하여 줄어든 물량에 따른 기존 잉여이익의 일부가 상실된다. 이렇게 상실된 구매자의 이익을 구매자 잉여 이익 상실 또는 소비자 잉여 이익 상실이라고 하고, 구매자에서 판매자로 이전된 잉여이익 부분을 제외한 구매자 잉여이익 상실과 판매자 잉여이익 상실을 사회 잉여이익 상실이라고 한다.

시장 경제 이론은 모든 판매자와 구매자가 각자의 이익 또는 만족도를 최대화하는 결정과 행동을 한다고 전제하고 있다. 그러나 현실은 항상 그와 일치하지 않는다. 따라서, 모든 독점자가 관련 시장에서 독점적 이익을 착취하고 있다고 할 수 없다. 또한, 특허 및 시장의 특성상 독점자 제도가 시장의 자연적 결과로 발생할 수도 있다. 결과적으로 경쟁법 (competition law)은 모든 독점자 또는 시장지배자가 독점적 이익을 실행하고 있거나 시장균형을 깨뜨리고 있다고 전제하지 않고 있다. 독점자 또는 시장지배자가 불공정한 행위를 하여 시장 경쟁을 해치는 행위를 하였다는 사실을 확인한 이후 그러한 행위에 대해 규제를 하게 된다.

시장지배자는 완전경쟁 시장의 시장균형 상황을 임의로 변경할 수 있는 자를 의미한다. 공정거래법은 시장지배자가 시장지배위치를 남용하는 행위를 규제하고 있다. 통상적으로 법원은 이러한 시장지배권의 남용행위를 결과적으로 시장균형 가격이나 거래량을 변경하여 유지하는 것을 의미한다고 인정하였다. 그러나 시장 가격 또는 거래량을 직접적으로 변경하는 것만이 시장지배권의 남용이라고 할 수는 없다. 담합과 끼워팔기는 통상적으로 시장 가격 또는 거래량을 변경시키는 시장지배권 남용으로 인정되어 왔다. 담합의 경우, 경쟁 공급자들이 합의하여 공급곡선을 변경시키는 행위로 시장 가격을 변경한다. 끼워팔기는 2 개 이상의 개별 시장을 한 시장으로 묶어, 시장 정의 자체를 변경시키는 행위이다. 그러나, 기술발전 등의 이유로 시장지배권 남용 행위 상황에서도 시장 가격이 낮아지거나 거래량이 늘어날 수 있어, 시장 가격 또는 거래량 변경사실만으로 시장 경쟁 제한 행위 이행 여부를 판단하기 어려울 수도 있다. 이론적으로는 시장 경쟁 제한 행위는 시장 가격, 거래량의 조작행위뿐만 아니라, 수요곡선 또는 공급곡선의 조작 등 시장균형을 임의로 조작하는 모든 행위를 포함한다고 할 수 있다. 예를 들어, Intel 이 개인컴퓨터 oem 에게 Intel

cpu 만 사용하여 Intel 경쟁사 cpu 수요 곡선을 억제하는 행위, 신용카드 네트워크가맹점에게 reward 카드와 일반 카드 사용 소비자에게 동일한 카드사용 수수료를 적용하게 하는 행위, Google 이 스마트폰 oem 들에게 Play Store 만 설치하여 시장에 공급하게 하는 행위 모두가 시장 수요 곡선을 조작하는 행위로, 결과적으로 시장 경쟁을 제한하는 행위이다.

시장은 시장 내외의 상황에 영향을 받으며, 공정거래법 집행과정에서 관련 행위에 대한 시장 영향을 가격 또는 거래량만으로 확인 또는 판단하기 어려운 경우가 대부분이다. 이러한 현실속에서 관련 행위의 결과로 시장 가격 또는 거래량이 변경되는 것만을 입증 증거로 인정한다면 많은 시장 경쟁 제한 행위에 대한 규제가 어려울 것이다.

iii. US

미국은 Sherman Act¹를 통하여 불공정거래를 제지하고 있다. Sherman Act 는 1890 년 제정되었으며, 당시 미국 내 대기업들은 개별 주법에 따라 설립되었으나 여러 주에서 사업하기에는 관련 법 제도상으로는 불편한 점이 있었다. 이에 대응안으로 각 사업체의 주주들이 보유하는 주식을 신탁하여 현대 지주회사와 같이 경영이 가능하게 하였다. 이러한 신탁들이 다양한 시장경쟁을 제한하는 행위 등을 통하여 각 지역의 시장을 지배하는 위치를 득하고 신탁에 가입하지 않은 경쟁사, 대부분 소규모 기업을 시장에서 몰아내고 제품 가격을 인상하여 소비자들에게 손해를 끼치고 있었다.² 이러한 상황을 규제하기 위하여 제정된 Sherman Act 는 공정거래법 또는 경쟁법이라고 하지 않고 반-신탁법(Anti-Trust Law)라고 불리게 되었다. Sherman Act 는 시장을 지배하는 대규모 기업에 대한 불신과 자유로운 시장경쟁이 소비자, 시장 및 사회전체에 이익이 된다는 관점을 내포하고 있다. 제 1 조는 시장경쟁을 제한(restraint of trade)하는 계약, 합병, 합의 등을 불법행위로 규정하고³, 제 2 조는 독점하거나

¹ 15 U.S.C. §§1-7.

² Barak Y. Orbach, "The Antitrust Consumer Welfare Paradox, 7 J. Comp. L. & Econ. 133, 134-135 (2011); Naomi R. Lamoreaux, "The Problem of Bigness: From Standard Oil to Google," 33 J of Econ Perspectives 94, 96 (Summer 2019); Standard Oil Co. of N.J. v. U.S., 221 US 1, 83-84 (1911) (Harlan, J, concurring in part and dissenting in part)

³ "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. ..." 15 U.S.C. §1.

독점을 시도 또는 유지하는 행위를 불법행위로 규정하고 있다.⁴ Sherman Act 제정 이후 초창기 법원은 시장경쟁을 제한 하는 모든 행위가 제 1 조를 위반한다고 이해될 수 있는 판단을 하였으나, 그러한 해석을 그대로 적용하면, 모든 계약 합의 등이 제 1 조를 위반한다고 할 수 있다는 점을 인정하여, Sherman Act 제 1 조 “시장경쟁의 제한”이란 “부적절한 시장경쟁의 제한 (unreasonable restraint of trade)”이라고 그 적용 범위를 제한하였다.⁵

그러나 법원은 한 사업체가 시장을 지배하는 규모에 대한 불신은 그대로 인정하여 시장독점 지위에 있거나 독점권을 취득하려는 행위는 Sherman Act 제 2 조에 해당한다고 판단하였다. 특히, 유틸리티 같은 자연독점 (natural monopoly), 또는 공정한 경쟁에 의한 성장 경우를 제외하면, 독점권 자체가 제 2 조를 위반한다고 인정되었다. Standard Oil 건에서 법원은 Standard Oil 이 독점권 취득 과정 및 독점자라는 사실만을 근거로 시장 경쟁을 제한하였다고 판단하였다.⁶ 1945 년 Alcoa 건⁷에서는 시장독점권을 인정한 특허가 만료된 이후, Alcoa 사가 성장하는 시장수요를 공급하기 위하여 생산 규모를 증가한 사실만으로도 Alcoa 사가 제 2 조를 위반하였다고 법원은 판단하였다.⁸

⁴ “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of felony” 15 U.S.C. §2.

⁵ Standard Oil Co. of NJ v. U.S., 221 U.S. 1, 67 (1911). 유사한 거래 상대방들에게 차별화된 거래 조건을 요구하는 행위가 시장경쟁을 저하시키는 효과가 있다고 하여 이를 부당하게 경쟁을 제한하는 행위로 인정하였다. Robinson-Patman Act of 1936, 15 U.S.C. §13.

⁶ 221 U.S. 1, 73.

⁷ U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d. Cir., 1945). 대법원이 본건에 대한 대법관 정족수를 충족시키지 못해, Second Circuit 법원에 본 건을 이전하여 판결하게 하였다. 28 U.S.C. §2109. 대법원의 정족수는 6 명이다. 28 U.S.C. §1.

⁸ “In the debates in Congress Senator Sherman himself in the passage quoted in the margin showed that among the purposes of Congress in 1890 was a desire to put an end to great aggregations of capital because of the helplessness of the individual before them.” U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 428 (2nd Cir., 1945). “Throughout the history of these statutes it has been constantly assumed that one of their purposes was to perpetuate and preserve, for its own sake and in spite of possible cost, an organization of industry in small units which can effectively compete with each other.” 148 F.2d, 429. Chicago School 의 영향 등으로 미 법원은 독점자의 Sherman Act 제 2 조 위반 판단 기준을 상당수준 조정하여 현재에는 Alcoa 건과 다르게 단순 시장지배적 지위에 시장경쟁 제한 행위를 요구하고 있다. In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation, No. 05-MD-1720 (MKB) (E.D.N.Y. Dist Ct., Apr 2, 2024), at §II.d(ii)1. 시장경쟁 제한 행위 조건은 사실 대법원의 1966 년 U.S. v. Grinnell Corp, 384 U.S. 563, 570-571 (1966)에서 독점적 지위와 그 지위를 취득 또는 유지하기 위한 의도적 행위 (willful conduct)가 필요하다는 입장을 근거로 하고 있다고 하였다. 그러나 의도적 행위와 시장경쟁 제한 행위는 동일하다고 판단하기는 어려워 보인다.

Chicago School 경제학자와 법학자들은 법원이 이러한 경쟁자들이 시장에서 배척되는 결과 및 시장지배적 위치 취득 등만으로도 시장경쟁을 제한하는 행위로 인정하고 있다고 법원 판결을 비판하면서 공정거래법의 초점을 소비자 잉여이익으로 이전하여야 한다고 주장하였다.⁹ 1978년 Bork의 *The Antitrust Paradox*¹⁰는 법원과 법학계에 상당한 영향력을 주었다. 소비자 잉여이익을 축소하지 않는 경제행위는 실제로 시장 효율성을 향상하는 경우가 많으며 시장경쟁을 제한한다고 할 수 없다고 주장하였다. 사실 Bork는 사회 잉여이익을 의도하면서 그를 소비자 잉여이익이라고 명하였다. 모든 또는 대부분 시장 지배 사업체가 시장지배력을 남용하여 부당한 이익을 창출하고 제품 가격을 비정상적 수준으로 조정한다는 입장을 거부하였다. Bork는 이러한 주장이 경제학 이론을 근거로 한다고 주장하면서 한편으로는 완전 경쟁시장이 존재하지 않으며 완전 경쟁시장 하의 시장균형 가격을 확인할 수 없다고 주장하였다. 이러한 Chicago School의 영향에 따라, Sherman Act 집행 과정에 단순 시장지배력 또는 경쟁자 배척 등 보다는 소비자 또는 사회 잉여이익 상실, 시장 가격의 변경 등 경제학 이론에 등장하는 개념들이 도입되게 되었다. 이러한 집행 과정의 초점 변화가 실제 불공정거래를 제지하는 데 성공적이었다고 하기는 어려울 것으로 보인다. 1999년에서 2009년 사이의 Sherman Act에 대한 법원 판례를 검토한 한 논문에 의하면, 본안에서 법원의 판결이 있던 222건에서 피고가 221건에서 승소하였다고 한다. 법원은 거의 모든 소송 건에서 원고가 피고의 행위가 시장경쟁을 제한하였다는 주장을 입증하지 못하였다고 판단하였다고 한다.¹¹

Sherman Act는 한 사업체가 합법적인 방법으로 독점권을 취득하게 되는 경우, 독점자가 독점적 이익을 실현하는 것을 규제하고 있지 않다. 이론적으로는 특허 및

⁹ Kenneth Heyer, "Consumer Welfare and the Legacy of Robert Bork," 57 J. of Law and Economics S19 (Aug 2014); Barak Y. Orbach, "The Antitrust Consumer Welfare Paradox," 7 J. Comp. L. & Econ. 133 (2011); Naomi R. Lamoreaux, "The Problem of Bigness: From Standard Oil to Google," 33 J of Econ Perspectives 94 (Summer 2019); William Boyd, Public Utility and the Low-Carbon Future, 61 UCLA L. Rev. 1614 (2014).

¹⁰ Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York (1978).

¹¹ Michael A. Carrier, "The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century," 16 Geo. Mason L. Rev. 827 (2009). 총 738건의 소송이 제기되었고, 그 중 222건에 대해서 법원이 rule of reason 기준으로 최종 판결하였으며, 그 중 221건에서 피고의 승소하였다.

특출한 경쟁력의 결과로 인한 독점권이 시장의 자연스러운 결과이며 그러한 독점적 이익 창출을 인정하는 것이 시장 효율성을 향상한다고 보는 관점이다.¹²

iv. EU

EU는 TEFU¹³ §§101-102를 통하여 시장경쟁을 보호하고 있다. 제 101 조는 미 Sherman Act 제 1 조와 유사하며, 시장경쟁을 제한하는 사업체들의 합의 등을 금지하고 있으며, 제 102 조는 시장재배자의 지배력 남용 행위를 금지하고 있다. 합병 등을 통한 시장지배력 집중은 제 101 조와 제 102 조 등을 근거로 채택한 Merger Regulation 을 통하여 규제하고 있다.

제 101 조는 가격, 공급처, 기술 등을 제한하는 합의를 금지하고 있으며, 유사한 거래를 차별하는 합의 및 끼워팔기를 금지하고 있다. 제 102 조는 시장지배자가 부당한 (unfair) 거래조건 요구, 기술개발 제한, 유사한 거래에 차별 조건 적용, 끼워판매 거래 등 지배 위치를 남용하는 행위를 금지하고 있다. 시장지배자가 생산원가나 경쟁 제품 가격과 비교하여 상당한 이익을 창출하는 높은 가격으로 거래하는 경우도 부당한 거래조건으로 인정될 수 있다. 이러한 높은 가격을 부당한 거래조건이라고 입증하는 것은 쉽지 않고 이를 인정한 판례는 많지 않다.¹⁴ 그러나 높은 가격만으로도 부당한 거래조건이 성립될 수 있다는 사실은 미국의 법규와 차이가 있다.

v. 대한민국

국내에서도 독점규제및공정거래에관한법률(공정거래법)로 시장경쟁을 제한하는 행위를 규제하고 있다. 미국과 EU 와 유사한 시장경쟁을 부당하게 제한하는 공동행위를 금지하고, 시장지배적 위치를 남용하는 행위를 규제하고 있다. EU 와 같이 시장을 독점하거나 독점하려는 시도 자체를 금지하는 규정을 없다. 시장지배자는 거래 조건을 변경할 수 있는 사업자로 일차 정의하였지만, 편의상 시장점유율을 근거로 추정하고 있다. 시장지배적 위치의 남용 유형으로는 가격을 부당하게 결정,

¹² David S. Evans & A. Jorge Padila, “Excessive Prices: Using Economic to Define Administrable Legal Rules,” 1 J. Comp. L. & Econ. 97, 100 (2005).

¹³ Treaty on the Functioning of the European Union.

¹⁴ United Brands v. Commission, Court of Justice EU, Case 27/76, Judgment of 14.2.1978, 209, 251, 267 & 303; David S. Evans & A. Jorge Padila, “Excessive Prices: Using Economic to Define Administrable Legal Rules,” 1 J. Comp. L. & Econ. 97, 121 (2005); Pinar Akman & Luke Garrod, “When are Excessive Prices Unfair,” 7 J. Comp. L. & Econ. 403 (2011).

유지 또는 변경하는 행위, 판매를 부당하게 조절하는 행위, 소비자 이익을 해치는 행위 등이 포함된다. 법에서는 부당한 가격의 결정도 남용 행위에 포함되지만, 시행령은 부당한 가격의 변경만을 언급하고 있다. 즉 원가가 상당 수준 변경되었는데도 완제품 가격을 일부만 또는 과다하게 변경하는 행위들이 남용 행위로 언급되어 있어, 변경이 아닌 첫 결정 과정만으로 남용 행위가 인정될지는 확실하지 않다.

b. Overview of Platform/2sm

1SM 거래 모델에는 판매자와 구매자만 존재하였고, 판매자와 구매자는 개별 거래를 통하여 이익 또는 만족을 얻었다. 완전 경제 시장 모델은 많은 판매자와 구매자가 동시에 시장에 참가하는 것을 전제로 하였지만, 현실적으로 많은 판매자와 구매자가 시장에 어떻게 참가하는지 또는 많은 참가자가 동시에 참가할 수 있는 시장이 어떠한 구조나 성격을 가져야 하는지에 대해서는 언급이 없다. 그러나 통상적으로 시장이 형성되기 위해서는 여러 판매자가 시장 내에 매장을 유지하여야 하였고, 많은 판매자가 참여한다는 것은 매장 수가 많아지고 시장 규모가 커지는 것을 의미하였다. 사실, 전문화된 시장이나 여러 분야의 물건들을 파는 시장이나 구매자들은 큰 규모 시장, 즉 많은 판매자가 밀집된 것을 선호하였고, 판매자도 많은 구매자들이 모여드는 시장을 선호하였다. 즉 판매자들은 많은 구매자들이 방문하는 시장에서 높은 이익 창출 가능성을 인지하였고, 구매자들 역시 많은 판매자가 있는 시장에서 높은 만족 창출 가능성을 인지하였다고 할 것이다.

통상적인 시장(one sided market – 1SM)과 근본적으로 성격이 다른 platform 시장 또는 two-sided market(2SM)이 현대 경제에 중요한 위치를 차지하고 있다는 주장은 시장을 보는 관점의 차이일 수도 있다. 과거 통상적인 시장은 1SM 이고 근래 첨단기술 시장이 2SM 이라기보다는 통상적인 시장도 2SM 이기는 하나, scale-up 과정에 효율성 또는 구조적 비용이 커지기 때문에 2SM 에 따른 효과 규모가 제한되었다고 할 수 있다. 따라서 최근 대표적 2SM 으로 초점을 받는 신용카드, 온라인 광고, 앱스토어 등과 통상 시장과의 차이는 시장의 성격보다는 시장 규모 성장에 따른 구조적 비용의 차이가 중요하다고 할 수도 있다.

2SM 은 판매자와 구매자가 공간적 또는 가상의 시장에 모여 거래를 이행하는데, 시장에 참가하여 판매자가 예상할 수 있는 이익 또는 거래 규모는 참여하는 총구매자

규모 또는 다른 판매자들과 구매자들의 거래 규모에 영향을 받고, 구매자도 총판매자 규모 또는 다른 구매자들과 판매자들의 거래 규모에 영향을 받는다. 또한 1SM 과 다르게 2SM 에는 시장 운영자가 있어 시장에 참가하는 판매자와 구매자에게 시장 사용 또는 거래에 대한 수수료를 징수하거나 판매자와 구매자의 거래를 운영자를 통하여 이루어 지게 한다. 결과적으로 운영자는 판매자와 구매자에게 징수하는 수수료를 결정하게 되며, 상황에 따라 판매자와 구매자의 수수료가 다른 수도 있다.

이론적으로 판매자의 공급 규모는 제품 가격과 판매자 수수료 (즉, 판매자 가격) 및 시장에 참여하는 소비자 규모 또는 시장 총거래 규모에 영향을 받고, 소비자의 수요 규모는 소비자 가격 및 판매자 규모 또는 시장 총거래 규모에 영향을 받는다. Platform 운영자의 이익은 시장의 총거래 규모와 판매자 수수료와 구매자 수수료에 결정되며, 최대 이익은 판매자 수수료와 구매자 수수료가 판매자의 가격 탄력도 (price elasticity)와 구매자의 가격 탄력도의 관계에 따라 결정될때 달성할 수 있다.¹⁵ 따라서 판매자와 구매자의 가격탄력도에 따라 판매자 수수료가 구매자 수수료보다 높을 수도 있다. 신용카드 시장에서 소비자 수수료가 저렴하거나 마이너스이고 상인 수수료가 높은 상황이 소비자와 상인의 가격 탄력도의 차이에서 발생한다고 할 수 있다.

2SM 에서도 완전 경쟁시장의 경우, 각 platform 운영자는 다른 platform 운영자와 경쟁을 하여야 하며, platform 에 참여하는 판매자와 구매자에게 부과하는 총수수료를 임의로 결정할 수 없어야 할 것이다. 시장지배력이 없는 운영자는 시장의 총수수료를 받아들이고 판매자와 구매자의 수수료를 그들의 가격 탄력도를 고려하여 효율적인 수수료를 책정할 것이다. 독점자 또는 시장지배력이 있는 운영자는 판매자와 구매자의 상대적 수수료를 조정하는 수준을 초과하여 총수수료 자체를 조정하여 최대 이익을 구상할 것이다.¹⁶ 1SM 과 동일하게 2SM 에서도 독점자 또는 시장지배자는 platform 가격, 즉 판매자와 구매자의 수수료를 합한 총수수료를 임의로 책정할 것이다.

¹⁵ Benjamin Klein, Andres V. Lerner, Kevin M. Murphy, & Lacey L. Plache, "Competition in Two-Sided Markets: The Antitrust Economics of Payment Card Interchange fees, 73 Antitrust L.J. 571, 598 (2206). 신문의 구독자와 광고주의 2SM (pp. 577-578)과 신용카드의 소비자와 상인의 2SM (pp. 581-583); David S. Evans, Michael Noel, "Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms," at http://www.noeconomics.com/research/articles/NOEL_defining.pdf, Dec 2, 2005, revised and published as 2005 Colum. Bus. L. R. 101, 115.

¹⁶ Erick Emch & T. Scott Thompson, "Market Definition and Market Power in Payment Card Networks," 5 Rev of Network Economics 45, 54-55 (March 2006).

미국, EU 및 국내 공정거래감독기관은 1SM에서 공정거래법을 집행하면서 시장경쟁을 제한하는 행위로 끼워팔기 및 부당한 거래조건 등을 시장경쟁 제한 행위로 인정하고 있다.¹⁷ 시장지배자가 단순하게 판매가격을 임의로 상향 조정하거나 판매 공급 물량은 제한하면서 구매자들이 수요 곡선에 따라 구매 결정을 하게 하는 것과 다르게, 소비자가 원하지 않는 추가 제품을 끼워 팔거나, 판매자들끼리 담합하는 등의 행위는 거래 상대방의 경제적 판단의 자유를 제한하는 행위이다. 따라서, 신용카드 시장에서 네트워크 운영자가 상인들이 판매자 수수료에 대한 카드 이용자들에게 할증금 부과를 금지(no surcharge rule)하거나, 일부 고 수수료 카드 거절 행위를 금지(honor all cards rule) 금지하는 등의 규제는 경제활동 판단의 자유를 제한하기 때문에, 그들 역시 시장경쟁을 제한하는 행위로 인정하여야 할 것이다. 그러한 규정들은 운영자들이 판매자 등의 공급 곡선을 강제로 수정하는 것으로 시장의 효율을 제한한다고 할 것이다.

여러 2SM에 대한 논문과 법원은 platform 영업자들이 총수수료를 임의로 결정하고 최대 이익 창출 가격(판매자 수수료와 구매자 수수료)을 결정하는 것이 시장의 효율성을 최대화 하는 것이며 판매자와 구매자의 가격 탄력도가 다르기 때문에 판매자 수수료와 구매자 수수료가 동일할 필요가 없다는 결론을 내린 후, 영업자들의 시장 경쟁을 제한하는 규제들이 시장 효율성에 어떠한 영향을 끼치는지를 고려하지 않은 경우가 많이 있다. 신용카드 네트워크, 개인용 컴퓨터 운영프로그램(operating software)의 api(application programming interface), 스마트폰 앱스토어 등의 전형적 2SM의 공통점, 즉 고가의 시장 진출비와 저가의 규모 확장비로 후발자들이 시장을 선점한 시장지배자와 경쟁하기 어려운 상황에서 시장경쟁을 제한하는 선점자들의 행위가 불공정거래 행위로 인정되지 않거나 인정되기에 오랜 시간이 소요되어 공정거래법 집행이 결과적으로 효과적이지 않은 부분이 있다. 이러한 공정거래법 집행에 현실적인 부족함이 지속되자 여러 국가들은 첨단산업 시장지배자들을 전통 utility를 규제하듯이 공정거래법 체재 외에서 규제하기 시작하였다.

¹⁷ Christian Ahlborn, David S. Evans & A Jorge Padilla, "The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality," Antitrust Bulletin, Spring 2004, 49, available at <https://www.justice.gov/archives/atr/antitrust-economics-tying-farewell-se-illegality>; "Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Scheme: What They Are and What to Look For: an antitrust primer," U.S. Department of Justice, available at <https://www.justice.gov/atr/file/810261/dl>.

아래에서는 신용카드, 개인용 컴퓨터 os, 스마트폰 앱스토어 시장지배자들에 대한 최근 규제 건들을 살펴보고, 첨단산업 시장을 규제하는 추세를 살펴본다.

2. Credit card

a. Overview

1950 년에 처음 사용되기 시작한 신용카드는 현대 경제활동에 필수적 지급 수단이 되었다. 2SM 의 대명사로 인식될 만큼 2SM 문헌의 초점을 받기도 하였다. 현재 미국 신용카드 시장 구조는 Visa, Mastercard 나 Discover 같이 네트워크 운영사와 카드 발행사(issuing bank)와 카드 전표 매입사(acquiring bank)가 있는 4 자 구조¹⁸와 Amex 같이 카드발행과 카드 전표 매입 행위를 이행하는 3 자 구조로 운영되고 있다.¹⁹ 이러한 3 자 또는 4 자 구조는 이론적인 측면 2SM 모델에서는 차이가 없다. 이런 신용카드 플랫폼 사업의 시작 단계에서는 2SM 의 특성, 즉 신용카드를 보유하고 사용하려는 소비자들의 규모와 관련 신용카드를 지급수단으로 인정하려는 상인들의 규모가 서로의 만족도에 영향을 주게 된다. 그러나 신용카드는 이미 시작 단계가 아닌, 안정적 단계(mature market)에 오래전에 도착했다. 즉 이러한 네트워크 효과는, 특히 경계에서는 (at the margin), 미비하다고 할 수 있다.²⁰ 즉, 공정거래법 집행 과정에서 신용카드 시장을 상황에 따라 1SM 과 동일하거나 유사하게 검토할 수 있다.

대부분 신용카드사들은 카드점포 매입사에 결제 금액의 약 1~3% 이상의 네트워크 수수료(multilateral interchange fee, mif)를 부과하고 있다. 이 mif 대부분은 발행사에 지급된다. 그 외에도 많은 신용카드사들은 honor all cards rule, no-discount/no-surcharge rule, no-steering rule 등 규제를 상인들에게 부과하고 있다. Honor all cards rule 은 동일한 네트워크에 사용되는 모든 카드 사용을 허용하여야 한다는 규정이고, no-

¹⁸ 과거 네트워크 운영사는 issuing bank 들의 조합형태로 운영되었으나, 네트워크 운용 내용이 공정거래법을 위반하며 관련 issuing bank 들의 합의 결과라는 소송 등의 비판대상이 되었다. 따라서 네트워크 운영사가 별도의 법인이 아니어서 4 자 구조라고 명하게 되었다. 그러나 Visa 는 2008 년, Mastercard 는 2006 년 조합을 법인형태로 전환하고 기업공개를 하였으나, 신용카드 시장은 여전히 4 자 구조라고 불리고 있다.

¹⁹ 그러나 Amex 도 2004 년 부터 미국내 제 3 은행이 Amex 카드를 발행할 수 있게 합의하였고 2008 년에는 해외 자회사를 Standard Chartered 은행에 매각하여 현재 4 자 구조를 겸하고 있다. 국내 신용카드사들은 3 자 구조로 발행 및 카드점포 매입업무를 같이 진행한다.

²⁰ Adam J. Levitin, "Priceless? The Economic Costs of Credit Card Merchant Restraints," 55 UCLA Law Review 1, 69-70 (2008); GAO, "Credit Cards: Rising Interchange Fees Have Increased Costs for Merchants, but Options for Reducing Fees Pose Challenges," GAO 10-45, at 20, Nov, 2009.

discount/no-surcharge rule 은 카드와 다른 지급 수단 사용자에게 할인을 제공하거나, 카드 사용자에게 할증을 요구하는 행위를 금지하는 규정이다. No-steering rule 은 카드 사용자에게 다른 카드, 다른 네트워크 카드 또는 다른 지급 수단을 권유하거나 카드사용 조건 등의 정보를 사용자에게 제공하는 행위를 금지하는 규정이다. 이들 규정은 상인들에게 모든 카드 사용을 허용하거나 불허하는 선택권만 허용하고, 각 카드의 조건에 대한 사용 여부의 선택권을 차단하는 결과를 제공한다. 이들 규정이 불공정거래 행위라고 여러 소송 근거가 되었다. 최근 소송의 결과 또는 여러 공정거래기관들의 규제에 따라 이런 규정 전부 또는 일부가 조정되거나 해지되고 있다.

b. MIF

1971 년 전까지는 MIF 제도가 도입되지 않고 신용카드 네트워크가 운영되었다.²¹ 소비자들이 신용카드 거래를 하면, issuing bank 는 acquiring bank 에 거래 대금을 선지급하는 구조로 소비자들은 거래일로부터 약 30 일 이후 거래대금을 issuing bank 에 지급하게 된다. 따라서 issuing bank 는 그 기간동안의 이자 비용 부담(float), 그 기간동안 자금을 제공하는 위험비용 및 카드 발행 및 운영 비용을 부담한다. 소비자들은 무이자 기간 이후 카드 사용 금액을 전액 납부하지 않으면, 미납부 금액에 대한 높은 이자를 지급한다. MIF 도입 이전에는 issuing bank 는 그러한 비용을 소비자가 지급하는 카드 연회비, 사용 수수료 및 미납액에 대한 이자 소득으로 카드 관련 비용을 부담하였다. Issuing bank 가 소비자에게 부과하는 사용 수수료와 미납액에 대한 이자율은 이자제한법의 규제를 받는데, 당시 상한 이자율은 10% 미만이었기 때문에 issuing bank 들이 부담을 받았다. MIF 는 그러한 이자제한법의 규제를 회피하기 위하여 도입된 제도이다.²² 1970 년대 이후, 이자제한법의 상한 이자율을 상향 조정되어 MIF 이 불필요하다고도 할 수 있으나, 80 년대에 소비자들에게 보상을 주는 신용카드(reward credit card)가 도입되면서, MIF 의 상당 부분을 소비자들에게 지급하게 되었다.²³ Visa 와 Mastercard 의 주식회사 전환 전에는

²¹ Adam J. Levitin, "Priceless? The Economic Costs of Credit Card Merchant Restraints," 55 UCLA Law Review 1, 53 (2008).

²² Adam J. Levitin, "Priceless? The Economic Costs of Credit Card Merchant Restraints," 55 UCLA Law Review 1, 53, 58 (2008). EU 에서는 1974 년 도입되었다고 한다. Visa International – Multilateral Interchange Fee, EU Commission Decision, Case No. COMP/29.373, C(2002)2698, para 12, (24 Jul 2002).

²³ Issuing bank 들은 MIF 의 약 35 ~44%를 소비자들에게 지급하고 있다. Scott Schuh, Oz Shy & Joanna Stavins, "Who Gains and Who Loses from Credit Card Payments? Theory and Calibrations," Public Policy

매년 issuing bank 들이 기준 MIF 비율을 정하였고, 그 이후에는 이사회에서 정하고 있다. 현재 MIF 율은 상인 규모, 업계 및 여러 카드에 따라 다르게 정해지고 있으며 MIF 비율이 issuing bank 의 원가를 근거로 결정되지 않고 issuing bank 가 판단하는 각 상인 그룹이 신용카드로부터 받는 이익 및 네트워크의 마케팅 전략에 따라 결정되고 있어 보인다.²⁴

최근 reward 신용카드 사용이 확산하고 있으며 MIF 가 그 추세를 가능하게 하고 있다. 이러한 높은 MIF 가 상대적으로 사회비용이 높은 reward 신용카드의 사용을 부추기고 있으며, 결국은 경제 효율 면에서 보면 사회가 불필요하고 비효율적인 지급수단 비용을 부담하게 되었다. 신용카드 네트워크의 no-discount, no-surcharge 규제와 높은 MIF 에 의하여 미국 일반 현금거래 소비자들이 reward 신용카드 사용자들에게 매년 \$1,200 이상의 보조금을 지급하고 있다는 논문도 있다.²⁵

ISM 에서 통상적으로 적용되는 공정거래법상, 미국 법원은 제품 판매 원가와 상관없이 판매가를 결정하는 경우, 시장지배력(market power)가 있다고 인정하고²⁶, EU 및 국내는 그러한 경우를 부당한 시장지배력 사용 경우라고 인정하고 있다²⁷. Reward 신용카드의 높은 MIF 의 경우, 소비자들에게 제공하는 reward 가 관련 신용카드의 원가에 포함되어야 한다고 할 수도 있으나, 신용카드 network 의 honor all cards 규제에 의하여 상인들은 reward 가 없는 기존 신용카드에 대한 network 서비스를 구매하려면,

Discussion Papers, No. 10-03, at 29, Consumer Payments Research Center, Aug 31, 2010, available at <http://www.bos.frb.org/economic/wp/index.htm>; Adam J. Levitin, "Priceless? The Economic Costs of Credit Card Merchant Restraints," 55 UCLA Law Review 1, 13 (2008).

²⁴ Adam J. Levitin, "Priceless? The Economic Costs of Credit Card Merchant Restraints," 55 UCLA Law Review 1, 13 (2008).

²⁵ Scott Schuh, Oz Shy & Joanna Stavins, "Who Gains and Who Loses from Credit Card Payments? Theory and Calibrations," at 3, Public Policy Discussion Papers, No. 10-03, Consumer Payments Research Center, Aug 31, 2010, available at <http://www.bos.frb.org/economic/wp/index.htm>; GAO, "Credit Cards: Rising Interchange Fees Have Increased Costs for Merchants, but Options for Reducing Fees Pose Challenges," GAO 10-45, 28, Nov, 2009; Adam J. Levitin, "Priceless? The Economic Costs of Credit Card Merchant Restraints," 55 UCLA Law Review 1, 3 (2008).

²⁶ Herbert J. Hovenkamp, "Antitrust and Platform Monopoly," 130 Yale L.J. 1952, 1958 (2021).

²⁷ United Brands v. Commission, Court of Justice EU, Case 27/76, Judgment of 14.2.1978, 209, para 251; David S. Evans & A. Jorge Padilla, "Excessive Prices: Using Economic to Define Administrable Legal Rules," 1 J. Comp. L. & Econ. 97, 98 (2005). 공정거래법 제 5 조 제 1 항 제 1 호.

높은 MIF reward 카드에 대한 network 서비스를 무조건 구매하여야 하므로 통상적 끼워팔기(tying)에 해당한다고 할 수 있다.²⁸

c. 네트워크 제한 규정

신용카드 네트워크는 신용카드에 대하여 상인이 수요 선택권을 행사하지 못하게 하는 규제를 강요하고 있다. 이러한 규제에는 (1) honor all cards rule, (2) no surcharge/discount rule 과 (3) no steering rule 이 포함된다. Honor all cards 규제는 동일한 네트워크가 운영하는 모든 카드를 받아야 하는 규제다. 예를 들어 Visa 가 운영하는 기본 카드, 상업용 카드, reward card 등 다양한 mif 가 적용됨에도, Visa 네트워크에 가입하려는 상인들은 Visa 상표가 붙은 모든 카드를 받아야만 한다. No surcharge/discount 규제는 신용카드의 mif 와 상관없이 그를 사용하는 고객에게 현금 지급 고객과 동일한 가격으로 거래하여야 한다는 규제이다. No steering 규제는 상인이 고객에게 높은 mif 카드 대신 낮은 mif 카드를 사용함을 권유하거나, 또는 심지어 각 카드의 mif 에 대한 정보를 제공하는 행위들을 금지한다. 이러한 규제는 상인이 개별 카드에 대한 사용 선택권 행사를 금지하고, 소비자들에게 신용카드의 사용에 대한 비용 정보를 제공하는 것을 차단하여 결과적으로 상인의 경제 행위 선택권을 제한하게 된다.

Honor all cards 규제는 과거 미국 은행들이 각 주에서 은행으로 등록되고, 소매 은행 업무를 등록된 주에서만 이행할 수 있던 시기에, 소비자들이 거주지 주 은행이 발행한 카드를 타주에서도 사용할 수 있어야 하기 때문에 타주 은행이 발행한 동일 네트워크 카드를 모든 상인이 같이 받아 주어야 한다는 규제로 시작하였다.²⁹ 당시에는 reward 신용카드가 없었고 한 네트워크 소속 은행들이 발행한 소비자 카드는 mif 가 없었거나

²⁸ 미 법원은 끼워팔기는 당연 불공정거래 행위(per se rule)라는 입장을 유지하면서도, 신용카드업이 신규업이라고 하여 관련 행위의 사회적 이익 및 부작용을 검토하는 rule of reason 을 적용하며, honor all cards 규제가 적용되는 기간에 신용카드 사용이 급성장하였고, 그러한 성장, 즉 거래물량의 성장은 시장의 효율성을 입증한다고 판단하여, honor all cards 규제가 Sherman Act 를 위반하지 않는다고 판단하였다. Ohio v. American Express, 585 U.S. ___ No. 16-1454, at 18 (June 25, 2018). 미 법원은 아직도 Bork 및 Chicago School 의 경제학적 관점 비판에 대한 부담을 느끼고 있어 보인다. 모든 시장규모 성장이 소비자 또는 사회의 경제적 만족도 또는 효율을 향상한다는 경제학적 근거는 없다. 단순히 완전 경쟁 시장만 존재하는 사회에서 한 시장의 성장은 소비자의 만족과 사회 경제 효율성이 향상된다고 할 수 있을 뿐이다.

²⁹ Adam J. Levitin, "Priceless? The Economic Costs of Credit Card Merchant Restraints," 55 UCLA Law Review 1, 49 (2008).

동일한 mif가 적용되었다. 그러나 reward 카드가 발행되고 mif가 다양한 상황에서 카드에 따라 할인/할증을 금지하는 상인들이 가격 차등 없이 모든 카드를 받게 하는 점에서 문제가 발생하고 있다. 이는 석유회사가 주유소에 일반휘발유의 원가 차이를 소비자들에게 알리지 못하게 금지하면서 고급휘발유와 일반휘발유를 동일한 가격에 판매하도록 하는 규제와 동일하다고 할 수 있다. 신용카드사가 상인들이 reward 카드와 일반카드를 동일한 가격으로 받는 것이 신용카드, 특히 reward 카드 거래 규모를 키울 수 있어 시장 효율성을 향상하고 소비자들의 이익을 상승한다고 주장하는 것은 석유회사가 고급휘발유를 일반휘발유와 동일한 가격에 판매하면 휘발유 시장 규모, 특히 고급휘발유 시장을 키우고, 그로 인하여 시장 효율성을 향상하고 소비자들의 이익을 상승한다고 주장하는 것과 동일하다. 물론 신용카드사는 reward 카드에 대해서는 더 높은 mif를 부과하고, 석유회사는 고급휘발유는 일반휘발유보다 높은 가격에 공급하여 소위 시장 규모 확장에 따른 추가 이익을 실현하지만, 상인과 주유소는 손실을 실현하게 된다. 아쉽게도 여러 논문과 판례는 이러한 신용카드사의 주장을 인정하고 있어 보인다.³⁰

이렇게 상인들이 여러 카드에 대한 경제적 선택 권한을 행사하지 못하게 하는 것은 상인들이 그들의 수요곡선(demand curve)에 따라 경제적 행동을 하는 것을 금지하는

³⁰ 미 대법원은 Amex 사의 임의적 mif와 동일한 성격의 수수료 인상이 상인의 이익을 제한하였다는 1심 판결에 대하여, 인상기간 동안 Amex 거래량이 증가하였다는 사실을 근거로 시장경쟁을 제한하지 않았다는 점을 지적하며 1심 판결을 기각한 항소심을 확인하였다. *Ohio v. American Express*, 585 U.S. ___ No. 16-1454, at 18 (June 25, 2018). 그러나 Sherman Act 제 1 조의 경쟁제한을 입증하기 위하여 가격인상, 거래량 또는 품질 감소를 입증하여야 한다는 판례들은 검토기간동안 시장지배자의 해당 행위 외에는 시장에 다른 변화가 없다는 것을 전제로 하고 있다. 시장 수요가 꾸준히 상승하고 있다면, 가격 인상 또는 품질 감소와 동시에 거래량이 늘어날 수도 있다. 경쟁 제한 등의 행위에 대한 시장반응은 일반적으로 가격, 거래량 및 품질과 시장상황을 모두 함께 검토하여야 한다.

상인들이 Visa, Mastercard 및 신용카드 발행은행들을 상대로 제기한 집단소송의 1차 합의안을 승인한 1심법원은 mif를 포함한 신용카드 네트워크 규정들이 신용카드 시장의 성장에 중요한 요인이었으며, 그 규제들이 불공정 행위라고 판단한 판례가 없으며 여러 경제학자들도 그러한 규제에 의하여 소비자들과 상인들의 경제적 이익이 비용보다 높았기 때문에 사회적으로 유익한 시장 규제라고 판단하였다고, 제기된 합의안에 대한 일부 원고들의 이의제기를 기각하였다. *In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation*, 986 F.Supp.2d 207, 227-228 (E.D.N.Y., Dec 13, 2013). 2013년 1심법원이 승인한 합의안은 항소심에서 기각되었다. 1심법원은 금전적 배상에 대한 원고들에 대해 약 \$57억을 배상하는 2019년 수정된 합의안을 승인하였고, 항소심은 이를 2023년 확인하였다. 일부 원고들의 이의제기 및 injunctive remedy를 포함하여 1심법원은 2024년 제3 합의안을 승인하였는데, 합의안에서 일정기간동안 네트워크 규제를 조정하고 mif를 할인하기로 하였는데, 피고측은 그 가치가 약 \$300억이라고 주장하였다. “Visa, Mastercard settle long-running antitrust suit over swipe fees with merchants,” npr, March 27, 2024, <https://www.npr.org/2024/03/27/1241112660/visa-mastercard-settle-1>.

규제로 그러한 규제가 없는 2SM 이 참여자인 상인과 소비자의 수요곡선에 따라 효율적인 시장균형점(market equilibrium)을 실현할 수 없게 된다. 그러한 규제가 적용되는 2SM 은 당연히 경제학자들이 언급하는 사회적 이익을 최대화하는, 사회자원을 효율적으로 사용하는 시장균형이 될 수 없다.³¹ 신용카드 네트워크 규제 조항들이 존재함에도 불구하고 신용카드 시장 규모가 증가하였다는 사실을 근거로 그러한 규제들이 시장 전체에 불이익보다 더 많은 이익을 실현하게 하였다는 주장은 이론적 근거가 없다고 판단하여야 할 것이다. 신용카드 네트워크사가 소비자에게 수수료를 저렴하게 부과하거나 전혀 부과하지 않으면서 상인들에게 높은 수수료를 부과하는 것이 시장 효율을 높이는 자연스러운 결정이라고 하는 이론적 논리를 네트워크 사들이 관련 규제 조항을 강요하면서 스스로 파괴하고 있다고 할 수 있다. 신용카드 시장에서 관련 규제가 존재하고 있음에도 신용카드 시장이 확장되었다는 사실은 관련 규제가 시장을 확장해 준 것이 아니고, 그러한 규제가 시장을 제한하는 효과보다 더 강한 시장 성장을 도모하는 다른 요인이 있다고 이해하는 것이 경제학 이론과 좀 더 일치한다고 하겠다.

완전 경쟁시장에서 가격은 공급자와 소비자에게 시장 정보를 제공하는 신호 역할을 한다. 공급자나 소비자가 가격에 대한 경제행위 선택을 할 수 없으면, 완전 경쟁시장은 이론적 시장 균형을 이룰 수 없다. 그런 시장 균형이 아닌 다른 가격과 거래량의 수요와 공급이 형성되면, 사회자원이 비효율적으로 사용되게 된다. 신용카드 시장의 이러한 비효율적 운영은 사회의 효율적 지급수단 시장 유형을 불가능하게 한다. 신용카드 사용에 대한 상인들의 실제 가격을 알 수 없는 소비자들은 상대적으로 높은 가격의 신용카드를 사용하게 되고, 신용카드보다 사회적 비용이 적은 직불카드 등의 사용도가 적을 것이다. 실제로 reward card 의 사용이 급증하면서, 지급수단에 지출하는 사회적 비용이 늘어나고 있으며, 결과적으로 사회의 자원이 비효율적으로 사용되고 있다.³² 네트워크 시장의 효율적 운영을 위하여 소비자와 상인에 부과되는

³¹ 이러한 네트워크 규제가 존재하는 이상, 상인들은 mif 가 신용카드로 받는 이익을 초과하는 시점까지 신용카드를 받게된다. 신용카드 네트워크의 독점적 이익은 mif 가 상인들의 이익과 동일할때 발생한다고 할 수 있다. Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, "Cooperation among Competitors: The Economics of Payment Card Associations," 33 The Rand J. of Economics 549-570, 559, Winter 2002..

³² Philip Lowe, "Payment System Reform: The Australian Experience," Kansas City Federal Reserve, pp. 269-278, 270, (2005), avail at <https://www.kansascityfed.org/Root/documents/4268/Lowe.pdf>; Adam J. Levitin, "Priceless? The Economic Costs of Credit Card Merchant Restraints," 55 UCLA Law Review 1, 3 (2008); GAO,

수수료를 네트워크 운영사가 임의로 정하여야 한다는 이론을 근거로 법원과 학자들이 인정한 가격 조정 권한이 네트워크의 효율적 운영과 상관이 없는 시장경쟁을 왜곡하는 행위를 정당화하는 역할을 하고 있다고 할 수 있다. 법원은 이런 시장경쟁 제한 행위가 시장과 사회에 키치는 부담(cost)과 이익의 규모를 비교하고, 부담 규모가 더 큰 경우에만 이를 불공정 행위로 인정할 수 있다는 입장을 준수하고 있다.³³ 이는 경제학 이론상으로는 납득하기 어려운 입장이라고 할 수 있다. 경쟁제한의 개념의 출발점은 완전 경쟁시장이었으나, 이러한 법원의 입장은 단순 관련 행위의 유·무 상황을 비교하여 시장 규모의 성장, 가격 등 제한된 시장 매개 변수를 근거로 하는 판단이라고 할 수 있다. 이러한 부분균형분석 (partial equilibrium) 방식으로 시장 전체 또는 경제 전체의 사회적 잉여 이익(surplus) 규모 변동의 원인을 판단하기는 어렵다고 할 것이다. 법원은 2SM의 시장경쟁 제한 행위에 대한 판단을 소비자와 상인에 부과하는 수수료 pair로 검토하면서 2SM의 복잡한 경제이론에 빠지지 말고 소비자와 상인에 부과하는 수수료 전체에 대한 가격 결정권을 행사하는지 등 1SM에 적용하는 통상적인 기준을 적용하면 될 것으로 보인다.³⁴

d. 현 시장 상황

신용카드 mif가 효율적인 시장 운영에 필요한 수위를 넘어 높게 부과되고 있어 규제를 하거나 규제를 계획하고 있는 국가가 2009년 기준 30개 정도 된다고 한다.³⁵ 2008년 기준으로 약 20개 국가 정부는 신용카드 mif를 규제하고 있다고 한다.³⁶ 미국은

“Credit Cards: Rising Interchange Fees Have Increased Costs for Merchants, but Options for Reducing Fees Pose Challenges,” GAO 10-45, 28, Nov, 2009; Scott Schuh, Oz Shy & Joanna Stavins, “Who Gains and Who Loses from Credit Card Payments? Theory and Calibrations,” Public Policy Discussion Papers, No. 10-03, Consumer Payments Research Center, at 3, Aug 31, 2010, available at <http://www.bos.frb.org/economic/wp/index.htm>.

³³ “In its design and function the rule [of reason] distinguishes between restraints with anticompetitive effect that are harmful to the consumer and restraints stimulating competition that are in the consumer's best interest.” *US v. American Exp. Co.*, 88 F.Supp.3d 143, 168 (E.D.N.Y., Feb 19, 2015) (quoting *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007)).

³⁴ Erick Emch & T. Scott Thompson, “Market Definition and Market Power in Payment Card Networks,” 5 *Rev of Network Economics* 45, 54-55, 58-59 (March 2006).

³⁵ GAO, “Credit Cards: Rising Interchange Fees Have Increased Costs for Merchants, but Options for Reducing Fees Pose Challenges,” GAO 10-45, Nov, 2009, at 20 & 43.

³⁶ Stuart E. Weiner & Julian Wright, “Interchange Fees in Various Countries: Developments and Determinants,” Federal Reserve Bank of Kansas City, Working Paper 05-01 (Sept 6, 2005), at 16-17; Terri Bradford & Fumiko

신용카드 네트워크 규제 일부가 시장 경쟁을 제한한다고 판단하여 no discount rule 을 금지하고 있으나, no surcharge rule 이나 honor all cards rule 및 mif 자체에 대한 규제는 부과하고 있지 않다.³⁷ 현재 미국 시장의 mif 는 세계에서 가장 높은 국가그룹에 포함된다. 반대로 EU 와 호주는 적극적인 공정거래법 적용과 규제법을 통하여 mif 를 규제하고 있으며 세계에서 낮은 mif 를 적용하는 나라에 속한다.

국내에서는 여신전문금융업법에 의거하여 지급수단 간 가격차별이 금지되고 카드 결제 거절도 금지되고 있다.³⁸ 결제 수수료는 금감위원회는 공정하고 합리적인 수수료 산정 원칙과 세부 기준을 발표하고 있다.³⁹ 금감위는 카드 결제 수수료를 카드사의 원가를 근거로 결정하고 있다.⁴⁰ 국내 카드 결제 수수료는 미국보다 낮으나 EU 나 호주보다는 높다.

e. Recent Court Cases

i. Visa v. EU Commission, 2002⁴¹

Eurocommerce(EU 도·소매업자 협회)가 1997 년 Visa 와 Mastercard 네트워크 mif 등에 대한 불공정거래에 대하여 EU Commission 에 항의서를 제출하였고, Visa 는 2001 년 Commission 과 협의 후, mif 를 조정하고 2007 년 이후에는 직불카드에는 €0.28 (이는 당시 수수료의 50% 할인을 의미하였다), 신용카드에는 결제금의 0.7%(이는 당시 수수료의 약 20% 할인을 의미하였다)를 초과하지 않고, mif 를 네트워크가 제공하는 3 가지 서비스 원가를 초과하지 않게 책정하고 mif 및 3 서비스의 상대적 원가 규모를 상인들에게 공개하겠다고 제안하였다. 3 가지 서비스는 결제 내용을 정산하는 서비스,

Hayashi, “Developments in Interchange Fees in the United States and Abroad,” payments system research briefing, April, 2008, Federal Reserve Bank of Kansas City, at 2.

³⁷ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 (Pub.L. 111-203)의 일부로 Durbin Amendment (15 U.S.C. §1693o-2)로 알려진 조항은 직불카드의 결제 수수료가 합리적이어야 한다고 규제하고 있으면서 직불카드 및 신용카드로 지급하는 경우 상인이 할인을 제공할 수 있다고 명시하고 있다. §(b)(2).

³⁸ 여신전문금융업법 제 19 조; 신승만, 정남기, 오민홍, “신용카드 수수료체계의 문제점 및 개선 방안,” 질서경제저널, 제 16 권 3 호, 1-19 쪽 (2013 년 9 월).

³⁹ 여신전문금융업법 제 18 조의 3.

⁴⁰ 여신전문금융업법 시행령 제 25 조의 4; 조운서 & 이관영, “한국 신용카드시장의 거래구조 및 가맹점수수료율에 대한 제도적 고찰,” 재무관리연구 제 39 권 제 5 호 (2022.10), 201-240 쪽.

⁴¹ COMMISSION DECISION of 24 July 2002 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (Case No COMP/29.373 — Visa International — Multilateral Interchange Fee) (notified under document number C(2002) 2698)

소비자들에게 제공하는 free funding 기간 서비스와 acquirer 은행에 제공하는 지급보증 서비스이다. Eurocommerce 는 Visa 의 제안을 받아들이지 않았고, Commission 은 Visa 의 제안을 받아들이는 결정문을 2002 년 발표하였다.

Commission 은 상인의 관점에서는 현금 결제 수단이 카드 결제 수단의 대체 수단 (substitute)이 될 수 없다고 판단하였고⁴², 관련 시장은 카드 지급 시장이라고 판단하였다.⁴³ Visa 는 mif 가 신용카드 시장을 유지하는데 절대적으로 필요한 요건은 아니지만, mif 가 없다면 신용카드 시장 규모가 당시 시장 규모보다 상당히 작은 규모가 되었을 것이라고 인정하였다.⁴⁴ 또한, mif 는 EU 에 1974 년 도입되었고 그 이전에는 mif 제도 없이 신용카드 시장이 운영되었다. Commission 은 이러한 사실을 지적하며, 당시 mif 제도가 신용카드 시장의 절대적으로 필요하거나 시장 경쟁을 최소 제한하는 운영에 필요한 제도가 아니라고 판단하였다.⁴⁵

Commission 은 신용카드 시장은 2SM 이지만, 카드 발급 시장과 카드 전표 매입 시장은 개별 시장이라고 판단하였다.⁴⁶ 따라서, mif 는 issuing bank 들 간의 경쟁을 제한하고 acquirer bank 들이 상인에게 부과하는 수수료의 약 80% 를 차지하여 가트 전표 매입시장의 경쟁도 제한한다고 판단하였다.⁴⁷ Commission 은 Visa 가 제한한 mif 수정안은 mif 을 객관적 기준에 의하여 책정하며, 소비자와 상인들 모두에게 이익을 제공할 것으로 카드 시장을 최소로 제한하는 운영에 필요한 제도라고 인정하며 Visa 의 제안을 받아들였다.⁴⁸

Visa 건은 법원 소송으로 이어지지 않았지만, Eurocommerce 의 항의서 제출 이후 Commission 결정이 날 때까지 약 5 년 기간이 지났다.

⁴² Commission Decision – Visa International, C(2002) 2698, at para 48.

⁴³ Commission Decision – Visa International, C(2002) 2698, at para 52.

⁴⁴ Commission Decision – Visa International, C(2002) 2698, at para 59.

⁴⁵ Commission Decision – Visa International, C(2002) 2698, at para 64.

⁴⁶ Commission Decision – Visa International, C(2002) 2698, at para 65.

⁴⁷ Commission Decision – Visa International, C(2002) 2698, at para 68 & 80.

⁴⁸ Commission Decision – Visa International, C(2002) 2698, at para 98.

ii. Mastercard v. EU Commission⁴⁹

Mastercard 는 Visa 와 달리 Commission 이 만족할 만한 mif 제도 수정안을 제시하지 않았다. Commission 은 위 Visa 건과 같이 Mastercard mif 가 acquiring bank 들의 카드 전표 매입시장의 경쟁을 제한한다고 인정하였다.⁵⁰ Mastercard 는 mif 가 시장 경쟁 과정에서 자연스럽게 도입되었고 시장의 효율을 높이며 시장 성장을 도모하였고, 소비자들과 상인들 모두에게 이익을 제공하였다는 주장하였으나, Commission 은 Mastercard 가 그 주장을 입증하지 못하였다고 판단하였다.⁵¹ 따라서 Mastercard mif 는 acquiring bank 들의 경쟁을 제한하며, EU Treaty 제 81 조⁵²를 위반한다고 판단하였다.

Mastercard 는 Commission 결정에 이의를 제기하고 EU 법원에 항소하였다. EU General Court 는 Mastercard mif 가 너무 높게 책정되었으며 카드 전표 매입시장에서 acquiring bank 의 경쟁을 제한하였다는 Commission 판단을 확인하였다.⁵³

Mastercard 는 General Court 판결을 최고 법원인 Court of Justice 에 항소하였고, Court of Justice 는 mif 가 너무 높다는 사실만으로 Mastercard 가 Treaty 제 81 조를 위반하였다고 할 수는 없으나, Commission 이 당시 mif 보다 낮은 mif 로도 카드 네트워크를 운영할 수 있다는 점을 인지할 것을 근거로 General Court 의 판결을 확인하였다.⁵⁴

법원 소송을 가지 않은 Visa 건과 달리 Mastercard 건은 항의서 제출로부터 법원의 확정 판결이 있기까지 약 17 년의 기간이 필요하였다.

iii. In re Payment Card Interchange Fee (2005)

미국에서도 상인들이 2005 년 Visa, Mastercard 와 Amex 를 상대로 mif 및 상인 규제 규정에 대한 Sherman Act 위반 집단 소송을 제기하였다.⁵⁵ 본안 소송이 시작하기 전

⁴⁹ Summary of Commission Decision of 19 December 2007 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/34.579 — MasterCard, Case COMP/36.518 — EuroCommerce, Case COMP/38.580 — Commercial Cards) (notified under document C(2007) 6474.

⁵⁰ Commission Decision – Mastercard, C(2007) 6474 at para 14.

⁵¹ Commission Decision – Mastercard, C(2007) 6474 at para 19-25.

⁵² 현 TEFU 제 101 조.

⁵³ Mastercard v. Commission, Case T-111/08 (General Court, 24 May 2012), at para 28.

⁵⁴ Mastercard and Others v. Commission, Judgment Case C-382/12 P, (Ct of Justice, Nov 9, 2014), at para 172.

⁵⁵ In re Payment Card Interchange Fee And Merchant Discount Antitrust Litigation, 986 F.Supp.2d 207, 215 (E.D.N.Y., Dec 13, 2013).

단계인 당사자 간의 증거물 discovery 과정에서 나온 증거 등을 근거로 미연방 정부는 Visa, Mastercard 와 Amex 를 상대로 2010 년 불공정거래 소송을 제기하였고, 동시에 Visa 와 Mastercard 는 정부와 합의(consent decree)안을 발표하였으며⁵⁶, 법원은 이를 2011 년 확정 승인하였다. Visa 와 Mastercard 는 상인이 카드 네트워크 또는 개별 카드에 따라 다른 카드 또는 지급 방법을 선택하는 소비자에게 할인을 제공할 수 있고 (no discount rule 을 해지함)⁵⁷, 관련 카드 결제 비용 및 상인의 카드 또는 지급 방법에 대한 선호 정보를 소비자에게 제할 수 있다고(no steering rule 을 해지함) 합의하였다. 단, no surcharge rule 이나 honor all cards rule 은 유지하였다.⁵⁸ Amex 는 합의에 참여하지 않고 소송을 유지하였으며, 결국 대법원판결에서 승소하였다.⁵⁹

2005 년 상인 소송 1 심 법원은 2013 년 Visa, Mastercard 와 상인들의 합의안을 승인하였으나, 일부 원고들이 이의제기하며 항소하여, 항소심이 이를 2016 년 기각하였고, 1 심 법원은 이후 2019 년 일부 수정된 합의안을 재승인하였고, 항소심이 이를 2023 년 확인하였다. 합의안은 no surcharge rule 을 해지하고, 소상공인 단체들이 카드 네트워크와 mif 에 대한 별도의 합의를 할 수 있다는 내용과 상인에 약 \$62 억의 배상을 한다는 내용이 포함되었다.⁶⁰ 법원은 2005 년 소송 원고를 2 class 로 분리하여 소송을 진행하였으며, 2023 년 및 2019 년 합의문의 대상을 손해배상을 요구하는 원고를 1 class 로, 금지명령(injunction)을 요구하는 원고를 다른 class 로 하였다. 2024 년 봄에는 금지명령을 요구하는 원고와 피고가 합의문을 발표하였다. 합의안은 네트워크 평균 mif 를 최소 5 년간 기존 평균 mif 보다 최소한 0.07% 낮게 유지하여야 한다고 명시하고 있다.⁶¹ 네트워크를 대변하는 법무법인은 이 합의안의 가치가 약

⁵⁶ “Justice Department Sues American Express, Mastercard and Visa to Eliminate Rules Restricting Price Competition;Reaches Settlement with Visa and Mastercard,” Department of Justice Press Release, Oct 4, 2010, available at <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-american-express-mastercard-and-visa-eliminate-rules-restricting>.

⁵⁷ No Discount Rule 은 2010 년 Durbin Amendment 로 법적효력을 상실하였다. 위 각주 37 참조.

⁵⁸ DOJ press release; Chad Bray, “Visa, MasterCard Win Approval of Settlement in ‘Anti-Steering’ Case,” The Wall Street Journal, July 20, 2011, available at <https://www.wsj.com/articles/SB10001424053111904233404576458081673213422>.

⁵⁹ 아래 각주 74 참조.

⁶⁰ In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation, 986 F.Supp.2d (E.D.N.Y., Dec 13, 2013).

⁶¹ In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation, Case1:05-md-01720-MKB-JAM, Document 9179-2, page 36 of 261, Page ID #538206 (Mar 26, 2024).

\$300 억이라고 발표하였다.⁶² 원고단 일부는 합의안의 remedy 가 너무 작고 단기간만 유효하며 신용카드 네트워크를 적절하게 규제하지 않는다고 이의를 제기하였고, 법원은 2024 년 이에 대한 최종 합의안을 기각하였으며, 판결문은 아직 발표되지 않았다.⁶³

iv. US v. AmEx, DC, 2015; 2d Cir, 2016; SC, 2018

미 정부가 제시한 소송 건에서 Visa 와 Mastercard 건과 분리되어 진행된 1 심 법원은 Amex 네트워크의 차별금지 조항(non-discrimination provisions, “NDP”)들⁶⁴이 Amex 카드 시장 경쟁을 제한한다고 판단하였다. 1 심 법원은 관련 시장을 Visa 와 Mastercard 를 포함한 신용카드 시장 전체로 인정하면서 그 시장에 신용카드 발급시장, 신용카드 네트워크 시장과 카드 전표 매입시장이 있다고 판단하였다. Amex 카드는 1958 년 시작부터 여행과 음식점 시장에 집중적으로 사용되었다 Visa 와 Mastercard 의 시장 진출 및 성공 이후 일상용품 시장에도 진출하기 시작하며 시장 점유율을 높여왔다. Visa 와 Mastercard 는 Amex 보다 낮은 수수료와 더 많은 상인들이 네트워크에 참여한다는 점을 강조하며 Amex 의 성장을 제지하였고, Amex 는 Visa 와 Mastercard 와의 경쟁 수위를 높이면서 NDP 를 강화하고 상인들이 그를 준수하도록 노력하였다.⁶⁵ Amex 는 이후 상인들에게 부과하는 수수료를 서비스 제공 원가를 근거로 하지 않고, 경쟁사인 Visa 와 Mastercard 의 mif 를 근거로 결정하게 되었고⁶⁶, 2005 년부터 2010 년까지 Value Recapture (VR)라는 마케팅 프로그램을 진행하였다. VR 의 목적은 각 사업계에 Amex 가 소비자 와 상인들에게 제공하는 경제적 이익의 상당 부분을 Amex 의 소득으로 전환하는 것으로 항공사에 적용하는 수수료는 약

⁶² NPR, “Visa, Mastercard settle long-running antitrust suit over swipe fee with merchants,” March 24, 2024, at <https://www.npr.org/2024/03/27/1241112660/visa-mastercard-settle-l...>

⁶³ Jonathan Stempel, “Visa, Mastercard \$30 billion swipe fee settlement rejected by US judge,” Reuters, June 26, 2024, avail at <https://www.reuters.com/legal/us-judge-rejects-visa-mastercard-30-bln-swipe-fee-settlement-2024-06-25/>.

⁶⁴ 상인이 Amex 카드와 다른 카드를 선호하거나 가격 등의 차별을 금지하는 내용들이다. Visa 나 Mastercard 와 같은 honor all cards 규정은 없는데, 이는 Amex 는 일반카드와 프리미엄카드에 동일한 merchant service fee 를 부과하기 때문이었다. US v. American Exp. Co., 88 F.Supp.3d 143, 162-163 (E.D.N.Y., Feb 19, 2015).

⁶⁵ US v. American Exp. Co., 88 F.Supp.3d 143, 160-163 (E.D.N.Y., Feb 19, 2015).

⁶⁶ “American Express, for example, sets its pricing tables for each merchant segment by reference to Visa's and MasterCard's all-in credit card rates, not their debit card rates or blended credit/debit rates.” US v. American Exp. Co., 88 F.Supp.3d 143, 181 (E.D.N.Y., Feb 19, 2015).

7%에서 약 15%로 상향 조정하였고, 음식점에는 약 5-15 basis point 를 인상하는 등으로 Amex 사의 2006-2009 년 사이의 세전이익이 약 \$13 억 증가 효과를 발생하였다.⁶⁷ Amex 는 VR 프로그램 기간동안 소비자들에게 추가 이익을 제공하지 않았고⁶⁸ 네트워크에 가입한 상인들의 탈퇴를 경험하지 않았으며, 법원은 이를 근거로 Amex 가 시장지배력을 보유하고 있다고 판단하였고, 상인들이 NDP 에 따라 그러한 가격 상승에 대한 대응 행동을 할 수 없었다고 판단하여⁶⁹ Amex NDP 가 부당한 경쟁 제한 행위라고 판단하였다.⁷⁰

Amex 사는 1 심 판결을 항소하였고, 항소심은 1 심 법원이 신용카드 시장이 2SM 이며 시장경쟁을 제한함을 입증하기 위해서는 시장에 참여하는 소비자와 상인 모두의 이익이 감소하였음을 입증하여야 한다는 사실을 존중하지 않고 VR 로 인하여 상인들에게 손실이 발생하였다는 사실만으로 2SM 전체의 경쟁이 제한되었다고 판단하였다고, 1 심 판결을 파기하였다.⁷¹ 그러나 1 심 법원은 VR 과정에서 Amex 가 소비자들에게 제공하는 이익을 변경하지 않고 그대로 유지하여 상인들에 부과한 수수료 인상이 그대로 Amex 네트워크 추가 수입이었다고 확인하였다.⁷² 1 심법원이 사실상 Amex 의 NDP 로 인하여 상인에게 불이익을 주었고 소비자는 추가 이익을 받지 않았기 때문에, 소비자와 상인의 합친 이익 일부가 상실된 판단을 한 것이다. 한 논문은 NDP 와 같은 네트워크 규제 조항들은 2SM 의 네트워크 효과와 무관하여 오히려 네트워크 간의 경쟁을 제한하는 내용들이기 때문에 항소심의 네트워크 효과를 고려하지 않은 1 심 판결의 다른 검토 내용과 상관없이 무효라는 입장이 잘못된 판단이라고 비판하였다. 상인이 Amex 외 다른 카드나 지급수단을 선호한다고 하여 소비자가 Amex 를 사용하지 않는 경우에도 상인이 소비자에게 그러한 선택을 강요하는 것이 아니기 때문에, 소비자의 그러한 선택은 소비자와 상인 모두에게 상호

⁶⁷ US v. American Exp. Co., 88 F.Supp.3d 143, 195-197 (E.D.N.Y., Feb 19, 2015).

⁶⁸ “Because these Value Recapture initiatives were not paired with offsetting adjustments on the cardholder side of the platform, the resulting increases in merchant pricing are properly viewed as changes to the net price charged across Amex's integrated platform.” US v. American Exp. Co., 88 F.Supp.3d 143, 196 (E.D.N.Y., Feb 19, 2015).

⁶⁹ US v. American Exp. Co., 88 F.Supp.3d 143, 212 (E.D.N.Y., Feb 19, 2015).

⁷⁰ US v. American Exp. Co., 88 F.Supp.3d 143, 238-239 (E.D.N.Y., Feb 19, 2015).

⁷¹ US v. American Exp. Co., 838 F.3d 179 (2nd Cir., Sept 26, 2016).

⁷² 위 각주 68 참조.

이익이 되는 경우일 것이며, 그를 방지하는 NDP 는 시장의 효율성을 저하하는 행위라고 항소법원의 판단을 비판하였다.⁷³

항소심의 판결은 정부가 대법원으로 항소하였고, 대법원은 항소 법원의 판결을 용인하였다. 대법원은 2SM 에 대한 불공정 판단은 소비자와 네트워크의 관계만 검토하거나 상인과 네트워크의 관계만 검토할 수 없으며 소비자, 상인 및 네트워크를 하나의 시장으로 함께 검토하여야 한다고 판단하고 1 심 법원에서 원고가 상인의 수수료 상승만 주장하였고 소비자들의 수수료 및 이익에 대한 증거를 제출하지 않았다는 2 심 법원의 판단을 그대로 인정하였다.⁷⁴ 대법원은 2SM 의 관련 시장을 정의하지 않으면 시장경쟁이 제한되었는지를 판단할 수 없다고 주장하였다. 1 심 법원이 재판상 제출된 증거 자료를 근거로 Amex VR 프로그램에 따른 상인 수수료 인상은 소비자의 혜택에 대한 변화가 없이 그대로 Amex 의 이익상승에 기여하였다는 판단에 대한 언급을 하지 않았다.⁷⁵ 대법원은 통상적으로 시장경쟁을 제한한 행위에 대한 직접적 증거로는 관심 행위로 시장 가격이 상승하고 거래량이 감소하였거나 품질이 떨어져야 한다며 Amex VR 진행 기간인 2005-2010 년 사이에 Amex 및 기타 신용카드 시장이 성장하였다며 VR 기간동안 시장경쟁 제한 사실이 입증되지 않았다고 판단하였다. 시장 성장기간 동안에는 per se rule 로 금지되지 않은 다른 불공정 행위를 입증하기 어렵게 하는 주장이다. 대법원은 Amex 가 VR 기간동안 네트워크에 가입한 상인 탈퇴가 이어지지 않았지만, 상인들의 불평이 꾸준히 이어져서 Amex 가 2010 년 VR 프로그램을 중단한 사실이 VR 의 시장경쟁 제한 효과에 대한 증거가치가 있는지에 대해서도 언급을 하지 않았다. 대법원의 2SM 에 대한 시장경쟁 제한 행위에 대한 검토를 하면서 관련 시장을 1 개의 시장으로만 정의할 수 있다고 하여 EU Commission 이 동일한 신용카드 시장을 검토하면서 카드 전표 매입시장을 별도의 시장으로 정의하고 판단한 것도 금지하는 듯하였다.

⁷³ Erik Hovenkamp, “Antitrust Policy for Two-Sided Markets,” at https://papers.ssrn.com/papers.cfm?abstract_id=3121481, Feb 20, 2018, at 6 & 38.

⁷⁴ Ohio v. American Express Co., 585 U.S. 529, 544 & 547 (June 25, 2018). 5-4 판결로 법원 판결문은 Thomas 대법관이 썼고, Breyer 대법관이 소수의견을 썼다. 소수의견은 Ginsburg, Sotomeyer 및 Kagan 대법관이 참여하였다.

⁷⁵ 위 각주 68 참조.

Breyer 대법관과 진보성이 강한 3 명의 다른 대법관은 이러한 다수 대법관 의견을 조목조목 반박하며 다수의견이 과거 대법원 판례를 파기하는 것이라고 하였다. 대법원 판례는 시장경쟁을 제한하는 결과를 직접적 증거로 입증할 수 있다면, 관련 시장을 정의할 필요가 없다고 하였고⁷⁶, 2SM 시장을 모든 검토 과정에 하나의 시장으로 검토하여야 한다는 주장도 판례를 파기하는 것이라고 하였다.⁷⁷ 1심 법원이 이미 Amex NDP 이 시장경쟁을 제한한다는 사실을 확인하였기 때문에 2심과 대법원은 그러한 1심 법원의 판단에 명백한 과실(clearly erroneous)을 입증하지 않으면, 1심 판단을 인정하여야 한다고 주장하였다. 또한 다수 의견이 참고한 경제학자의 한 논문은 통상적으로 시장지배력을 입증하는 과정에서 직접증거(direct evidence)⁷⁸로 시장경쟁 제한 상황을 입증하는 경우, 관련 시장을 정의할 필요가 없다고 인정한 판례를 무시한 것이며, 2SM 과 경쟁하는 상대는 다른 2SM 과 1SM 들이 있을 수 있다고 대법원을 비판하면서 대법원이 경제학 시장 이론을 오해하고 있다고 하였다.⁷⁹

대법원 다수의견은 Amex NDP 자체만으로 시장경쟁을 제한한다고 할 수 없으며, 그와 반대로 Amex 보다 낮은 mif 를 적용하는 Visa 등과 경쟁을 할 수 있게 하는 친경쟁적 규정이라고 언급하였다.⁸⁰ 대법원은 Amex VR 기간동안 Visa 와 Mastercard 의 시장 규모가 성장하였고 성공적으로 Amex 와 경쟁을 하였으며 NDP 가 시장경쟁을 제한하였다고 판단할 수 없다고 하였다. 그러나 1심 법원은 Amex 가 상인들과의 계약에서 NDP 를 요구하지 않았던 1980 년대 Visa 와 Mastercard 가 상인들에게 저렴한 mif 를 강조하면서 소비자들에게 Amex 의 상인 수수료가 상대적으로 높고 상인들이 Visa 나 Mastercard 를 선호한다는 마케팅 캠페인 등을 시작하여 Amex 의 약 25% 시장점유율을 1995 년에는 약 20% 수준으로 감소하자 Amex 는 NDP 를 상인들에게 요구하기 시작하였다고 지적하였다. Amex 는 NDP 는 상인들이 저렴한 mif 를 제공하는 경쟁 네트워크에 대한 선호도를 표시하여 소비자의 네트워크 선택으로 이어지는 고리를 차단하기 위한 대응책이었음을 시인하였다. Amex 는 NDP 를 통하여 타 네트워크와의 경쟁을 제한하였음을 시인한 것이다. 그럼에도 대법원은 NDP 가

⁷⁶ Ohio v. American Express Co., 585 U.S. 529, 553-554 (June 25, 2018) (Bryeer, J., dissenting).

⁷⁷ Ohio v. American Express Co., 585 U.S. 529, 560 (June 25, 2018) (Bryeer, J., dissenting).

⁷⁸ 직접증거로는 ssnip (small but significant non-transitory increase in price)와 같은 증거가 포함됨.

⁷⁹ Herbert J. Hovenkamp, "Antitrust and Platform Monopoly," 130 Yale L.J. 1952, 1957 (2021).

⁸⁰ Ohio v. American Express Co., 585 U.S. 529, 551 (June 25, 2018).

친경쟁적 효과를 보였다고 하는 것은 Amex 가 경쟁력이 부족하여 타 네트워크에게 시장정유율을 상실하는 것을 방지하고 시장에서 도태되는 것을 방지하여 생존이 가능하게 하는 것이 친경쟁적이라는 것과 다를 바 없다. 소수 의견은 대법원 다수의견이 Sherman Act 는 경쟁자를 보호하지 않고 경쟁 자체를 보호한다고 주장하던 것을 무시하고 있다고 비판하였다.⁸¹

3. Windows os

a. Overview

1981 년 IBM PC 출시로 pc 운영체제 (os) 시장에서 독보적 위치에 서게 된 Microsoft 는 1985 년 Windows os 를 출시하였고, 장기간 pc os 및 응용프로그램 시장에서 시장지배력을 보유하고 있었다. 이에 대해 1990 년 미 공정거래위원회(Fair Trade Commission – FTC)는 Microsoft 가 부당하게 시장경쟁을 제한하고 있다는 혐의를 조사하였으나, 위원회가 교착상태로 소송 결정을 하지 못하고 조사가 중단되었으나, 미 법무부는 1994 년 FTC 조사자료 등을 근거로 Microsoft 가 pc 제조사들에 판매한 pc 에 Windows os 를 설치하였는지와 상관없이 제조된 pc 모두에 대한 Windows 라이선스료를 지급하게 한 행위와 Windows 응용프로그램 개발자들에게 각 Windows os 버전을 시장 출시 전에 제공하면서 무리한 비밀 유지 조건을 요구한 행위가 Sherman Act 를 위반한다고 소송을 제기하였다. 미 정부와 Microsoft 는 정부의 소송 제기와 동시에 정부가 부당한 경쟁 제한 행위라고 지적한 행위를 중단하겠다는 합의안을 법원에 제시하였다. 1 심 법원은 Microsoft 가 정부가 지적한 행위 외에도 다른 부당한 경쟁 제한 행위를 범하고 있다는 혐의를 지적하면서 합의안이 사회이익을 충분히 보호하지 못한다고 합의안을 기각하였으나, 항소심은 1 심 법원의 판단을 파기하고 합의안을 승인하였다.⁸²

⁸¹ Ohio v. American Express Co., 585 U.S. 529, 552 (June 25, 2018) (Bryeer, J., dissenting).

⁸² U.S. v. Microsoft Corp., 56 F.3d 1448 (DC Cir., June 16, 1995). 합의안에는 Microsoft 가 Windows os 에 추가 기능을 포함하여 Windows os 의 범위를 확장하는 것은 합의안 규제대상이 아니라고 명시하고 있었다. 이후 Microsoft 가 Internet Explorer 를 Windows 95 의 일부로 포함시켜 판매하려 하자, 미 법원은 이는 끼워팔기에 해당한다고 1 심법원에서 그를 금지하는 명령을 받았으나 (980 F.Supp. 537, Dec 11, 1997), 2 심 법원은 Windows 95 제품의 범위는 끼워팔기가 아니라고 1 심 판단을 파기하였다. (147 F.3d 935 (DC Cir., June 23, 1998))

그 이후, 1998년 미 정부는 Microsoft가 PC os 시장 지배력을 유지하기 위하여 타사 브라우저, Java 등 middleware 및 local network os 에게 응용프로그램들이 Windows 환경에서 Windows의 기초 기능을 사용하기에 필요한 api를 제공하지 않는 부당한 시장경쟁 제한 행위를 하였다고 소송을 제기하였다. 이와 같은 시기에 동일한 행위에 대해서 EU Commission도 Microsoft를 조사하였다. 미 법무부는 결국 2002년 Microsoft사가 Microsoft middle ware가 os와 연결 운영하는 데 필요한 api를 경쟁사에 공개하는 등 Microsoft의 경쟁제한 행위 일부를 금지하는 합의를 체결하고 소송을 취하하였다. EU Commission은 2004년 미 정부보다 더 강한 경쟁제한 금지 지시 및 과징금을 결정하였고, 그 이후 2012년에야 EU 법원은 이를 최종 확정하였다. 미국의 경우, 1990년 FTC가 Microsoft의 부당행위를 조사하기 시작한 후, 12년 이후, 제한된 합의문으로 소송을 종결하였고, EU Commission은 1998년 Sun Microsystems가 complaint를 제기한 이후 6년 이후, 관련 행위를 금지하는 결정을 하였다.

Microsoft의 PC os 시장지배자 위치를 유지하거나 남용하는 행위에 대한 소송이 진행되는 동안, Microsoft행위의 피해 제품인 Netscape Navigator 브라우저 시장점유율은 1990년대 90+%에서 2006년에는 1% 미만으로 줄어들었고, Novell Netware는 1990년대 MS Dos와 Windows 시장지배자 위치에서 2000년에는 Linux 시장을 겨냥하는 제품으로 변경되었다가 2009년에 마지막 version을 출시하고 시장에서 퇴출되었다. Sun Java 라이선스를 받고 1997년 출시한 Microsoft Java 프로그램은 Sun 및 타사 Java 프로그램과 호환하지 않았고, Microsoft에 대한 정부 소송과 별도로 Sun사가 라이선스 위반 소송을 제기하였으며, 법원의 판결이 있기 전에 Microsoft가 Sun에 배상금을 지급하고 Microsoft 제품이 Java와 호환된다는 언급을 하지 않기로 합의하였고, Microsoft사는 Microsoft Java Virtual Machine 제품 판매를 중단하였다. Netscape과 Netware는 Microsoft의 시장경쟁 제한 행위가 인정되고 Microsoft에 규제가 적용되었고, 결과적으로는 시장에서 퇴출되었고 Sun Java는 당사자들의 개별소송⁸³으로 Microsoft가 관련 Microsoft Java 제품 판매를 포기하게

⁸³ Sun은 Microsoft가 Java 라이선스 계약을 위반하였다고 1997년 소송을 제기하였다. 1심 법원은 Sun의 Microsoft Java SDK 등의 시장 공급을 금지하여야 한다는 요청(motion)을 받아 preliminary injunction을 지시하였으나 (Sun Microsystems, Inc. v. Microsoft Corp., 21 F.Supp.2d 1109 (N.D.Cal., Nov. 17, 1998)), 항소심은 Microsoft의 행위가 Sun과의 라이선스 계약을 위반한 것은 인정되지만, Microsoft의 위반행위가 단순 계약의 위반인지 또는 계약 외 Sun의 지적재산권을 위반한 것인지에 대한

되었다. 급속하게 변하는 첨단기술 시장에서 공정거래법 집행으로 시장 경쟁을 보호할 수 있는지에 대한 의문이 제기될 수밖에 없다.

b. US v. MS

i. 1심 법원

1998년 미연방 법무부와 19개 주 정부는 Microsoft가 브라우저와 Sun Java 프로그램 시장의 경쟁을 제한하여 PC os 시장지배적 위치를 부당하게 유지하려 하였고, Microsoft Internet Explorer를 Windows에 끼워팔기하여 Sherman Act를 위반하였다고 소송을 제기하였다. Microsoft는 당시 브라우저 시장지배자인 Netscape에 Windows 95 운영 체제의 Navigator를 출시하자 않을 것을 요구하였으나, Netscape가 이를 거부하자 Netscape에 internet 접속에 필요한 Windows 95의 api⁸⁴에 대한 기술 정보를 일정 기간 제공하지 않았다. Microsoft는 Netscape 제품들이 Windows와 독립된 브라우저 체제 api를 다른 응용프로그램에 제공하면 os 별로 개발하여야 하던 응용프로그램이 os와 상관없이 관련 브라우저 체제에 맞게 한 번만 개발되는 결과가 가능한 것을 우려하였다.⁸⁵ Microsoft는 이러한 결과로 PC os 시장의 독점적 위치가 위협받을 수 있다고 판단하였다. Microsoft는 1995년 8월 Internet Explorer를 포함한 Windows 95를 출시한 이후 1995년 10월까지 관련 api 정보를 Netscape에 제공하지 않아, Netscape은 Windows 95 Navigator를 1995년에 출시하지 못하였다.⁸⁶ Microsoft는 PC oem들에게 Windows 95와 Internet Explorer를 묶은 라이선스만을 제공하고, 기타 브라우저를 제공하는 internet 서비스업체에 Internet Explorer만 제공하면 금융 지원을 제공하는 등 방법으로 Netscape Navigator 공급 채널을 차단하였다. 1심 법원은 이러한 행위가 PC os 독점적 위치를 부당하게 유지하려는 행위이며 브라우저 시장에서

1심 법원의 판단이 필요하다고 하여, 1심법원의 injunction을 파기하였고 (188 F.3d 1115 (9th Cir., Aug 23, 1998)), 1심법원은 이후 Sun의 injunction 요청을 기각하였다 (87 F.supp.2d 992 (N.D.Cal., Jan 24, 2000)). 이후 당사자들은 합의하며 소송을 종결하였다. (Stephen Shankland, "Sun, Microsoft settles their spat over Java," ZDnet (Jan 23, 2001), available at <https://www.zdnet.com/article/sun-microsoft-settle-their-spat-over-java/>)

John Zukowski, "What does Sun's lawsuit against Microsoft mean for Java developers?" Infoworld (Oct 1, 1997), available at <https://www.infoworld.com/article/2077055/what-does-sun-s-lawsuit-against-microsoft-mean-for-java-developers-.html>.

⁸⁴ Application Programming Interface. 응용프로그램이 os나 다른 프로그램과 연결하여 os나 다른 프로그램의 기능을 사용할때 필요한 연결 정보를 의미한다.

⁸⁵ U.S. v. Microsoft Corp., 87 F.Supp.2d 30, 41-43 (D.C. DC, Apr 3, 2000).

⁸⁶ U.S. v. Microsoft Corp., 84 F.Supp.2d 9, 33 (D.C. DC, Nov 5, 1999).

독점적 위치를 확보하려는 행위이고, Microsoft 가 Internet Explorer 를 Windows 95 에 융합하여야 할 사업요건이 없으며 소비자들은 브라우저와 PC os 를 별도의 제품으로 인지하고 있다며, 그를 끼워팔기로 판단하여 Sherman Act 제 1 조 위반행위라고 판단하였다.⁸⁷

Sun Java 는 한 os 체제에서 작동되는 응용프로그램을 다른 os 체제에 호환되게 하려면 추가 개발이 필요한 점을 극복 하기 위하여 os 위에서 os 와 상관없이 동일한 api 를 제공하여 Java 체제에서 개발된 응용프로그램을 여러 os 에서 사용 가능하도록 하는 middleware 로 PC 시장에서 os 의 역할을 제한할 수 있는 프로그램이다. Sun 은 Java 에 대한 라이선스를 제공하면서 라이선스들이 출시하는 Java 프로그램들은 Sun Java 와 호환되어야 한다는 조건을 제시하였다. Microsoft 도 이러한 조건이 포함된 Java 라이선스에 합의하였지만 실제로는 Sun Java 와 호환되지 않는 Microsoft Java 프로그램을 출시하였다. 1 심 법원은 Microsoft 의 이러한 행위 역시 PC os 의 독점적 위치를 유지하려는 부당한 행위라고 판단하였다.⁸⁸

1 심 법원은 Microsoft 의 이러한 행위가 PC os 사업부와 응용프로그램 사업부의 공모 행위라고 판단하여 PC os 사업부와 응용프로그램 사업부를 분할할 것을 지시하였다.⁸⁹

ii. 항소심 법원

항소 법원은 Microsoft 가 PC os 시장 독점적 위치를 유지하기 위하여 부당한 시장경쟁을 제한하는 행위를 하여 Sherman Act 제 2 조를 위반하였다는 1 심 법원의 판단을 확인하였다.⁹⁰

그러나 항소심은 1 심법원이 브라우저 시장을 정의하지 않고 Microsoft 의 행위가 시장경쟁을 제한하였다고 판단한 것은 기존 판례와 위배된다고 1 심법원의 Microsoft 가 브라우저 시장의 독점적 위치를 확보하려고 하였다는 판단을

⁸⁷ U.S. v. Microsoft Corp., 87 F.Supp.2d 30, 54 (D.C. DC, Apr 3, 2000). 1 심 법원은 그 외에도 Microsoft 행위가 캘리포니아주의 공정거래법을 위반하였다고 판단하였다. (87 F.Supp.2d at 56)

⁸⁸ U.S. v. Microsoft Corp., 87 F.Supp.2d 30, 38-39 (D.C. DC, Apr 3, 2000). Sun 은 Microsoft 가 Java 라이선스 계약을 위반하였다고 별도의 소송을 제기하였다. 위 격주 83 참조.

⁸⁹ U.S. v. Microsoft Corp., 97 F.Supp.2d 59 (D.C. DC, June 7, 2000).

⁹⁰ US v. Microsoft, 253 F.3d 34, 50 (DC, June 28, 2001, rehearing denied Aug 2, 2001).

파기하였다.⁹¹ 항소심은 대법원이 직접적 증거로 시장 경쟁을 제한한 사실을 입증하면 관련 시장을 정의하지 않아도 된다고 판단한 판례는 언급하지 않았다.⁹²

항소심은 1심법원이 Microsoft가 Windows 95와 Internet Explorer를 끼워팔았다는 판단하면서 그 판단기준으로 per se rule을 적용하였다고 지적하였다. 항소심은 Windows 95와 Internet Explorer가 융합된 1제품이 아닌 2개 제품이라는 1심법원의 판단을 기각하면서 끼워팔기에 대한 per se rule 적용 자체도 첨단기술 상품에 대해서는 법원의 경험이 깊지 않기 때문에 per se rule 적용이 부적절하며 rule of reason을 적용하여야 한다고 1심법원의 판단을 파기하였다.⁹³

또한 1심법원이 Sherman Act 위반에 대한 벌칙으로 Microsoft를 PC os 사업부와 응용프로그램 사업부로 분할하라고 한 것도, 그 판단 절차 과정에 Microsoft에 벌칙에 대한 입장을 법정에서 제시할 기회(hearing)를 제시하지 않았으며 1심 판사가 소송 건에 대한 언론과 인터뷰를 한 것이 부적절하였다고 판단하였다.⁹⁴

iii. 반송 후 1심 법원

소송이 1심으로 반송되고, 1심 법원이 Microsoft의 브라우저 독점위치 취득에 관한 판단을 하기 전에 정부와 Microsoft는 합의하여 소송이 종결되었다.⁹⁵ 정부는 Internet Explorer를 Windows 95에 끼워파는 주장을 취하하고⁹⁶, Microsoft는 PC oem들이 Microsoft middleware 제품의 경쟁제품을 판매하거나 개발하는 것을 방해하지 않고, Windows 라이선스 조건을 차별화하지 않기로 하였다. 정부는 Microsoft가 Windows에 다른 기능을 포함하는 것을 규제하지 않겠다고 하였고⁹⁷, 법원은 이 합의 내용은 미래 끼워팔기 등의 불공정 거래행위에 대한 규제와는 별도로 언급하였다. Microsoft는 Microsoft middleware와 Windows 서버의 연결에 사용되는 api를 공개하겠다고 하였다. 미 정부와 법원이 인지하고 승인하였는지는 확인되지 않으나, Norvell Netware와 같은

⁹¹ US v. Microsoft, 253 F.3d, at 82-84.

⁹² 위 격주 76, 78, 79 참조.

⁹³ US v. Microsoft, 253 F.3d, at 89 & 91-95.

⁹⁴ US v. Microsoft, 253 F.3d, at 101-102 & 107. 항소심 법원은 1심 판사의 부적절한 행위를 근거로 반송된 사건을 다른 판사가 담당하여야 한다고 지시하였다.

⁹⁵ US v. Microsoft Corp., 231 F.Supp.2d 144, 150-151 (DC, Nov 1, 2002).

⁹⁶ v. Microsoft Corp., 231 F.Supp.2d, at 161.

⁹⁷ v. Microsoft Corp., 231 F.Supp.2d, at 166.

middleware 가 Windows 네트워크 체제에서 작동하기 위해서는 PC 에 설치된 middleware 와 서버가 사용하는 api 뿐만아니라 서버와 서버 사이에 사용되는 api 도 공개되어야 한다.⁹⁸ EU Commission 은 이후 이러한 미 법원의 합의계약 허점을 지적하며 Microsoft 에게 서버와 서버에 필요한 api 를 공개하라고 지시하였다.

c. EU Commission Decision

EU Commission 은 work group server⁹⁹ 및 media streaming 에 대한 Microsoft 의 시장지배자 위치 남용 여부를 검토하였다.¹⁰⁰ Commission 은 3 관련 시장, PC os, work group server, media streaming 을 확인하였다.¹⁰¹ Microsoft 는 90% 를 초과하는 시장점유율과 높은 진입 장벽 등으로 PC os 시장에서 지배적 위치(dominant position)에 있으며¹⁰², 80% 를 초과하는 제품 이익률을 달성하고 사업 결정에 소비자 및 경쟁사들을 고려하지 않고 있다고 판단하였다.¹⁰³ Commission 은 Microsoft 가 work group server 경쟁사들에 Windows 체제에 필요한 기술 정보 일부를 의도적으로 제공하지 않았으며, 이는 work group server 시장에서 경쟁사들을 배제하는 행위로 시장지배적 위치의 남용 행위라고 판단하였다.¹⁰⁴

⁹⁸ v. Microsoft Corp., 231 F.Supp.2d, at 169-170 & 187-189.

⁹⁹ Work group server는 local 네트워크에서 “the provision of file services, that of print services and that of group and user administration services”를 제공한다. Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 96 (para 356).

¹⁰⁰ Sun 은 Microsoft 가 work group server 가 Windows 체제에서 운영하기에 필요한 기술 정보를 제공하지 않아 시장 지배적 위치를 남용하고 있다고 1998 년 EU Commission 에 조사를 요구하였다. EU Commission Decision, Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 5 (para 3). EU Commission 은 Microsoft Windows Media Player 에 대한 조사를 자체적으로 시작하였고, 이를 work group server 건과 합병하여 조사하였다. Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 5 (para 5). EU Commission 은 Microsoft 가 Internet Explorer 를 Windows 에 끼워파는 행위에 대해서는 2009 년 별도의 조사를 하여 Microsoft 가 Internet Explorer 를 별도로 제공하겠다고 2009 년 합의하였으나, 합의 내용을 이행하지 않아 Commission 은 2013 년 이를 공식적으로 지시하고 약 €5.6 억의 과징금을 부과하였다. “Microsoft fined by European Commission over web browser,” BBC, 6 March 2013, available at <https://www.bbc.com/news/technology-21684329>.

¹⁰¹ Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 88 (para 323).

¹⁰² Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 118 (para 429).

¹⁰³ “Microsoft [] behave[s] to a very large extent independently of its competitors, its customers and ultimately of consumers.” Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 126-127 (para 460-463).

¹⁰⁴ Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 207-208 (para 783-784).

Media streaming 시장에 대해서 Commission 은 소비자와 경쟁사들이 media player 와 Windows 를 별도의 제품이라고 인식하고 있으며¹⁰⁵, Microsoft 자체도 Windows Media Player(WMP)를 Windows 와 별도로 소비자들에게 제공하였고 업데이트하는 사실 등을 지적하며 media player 와 Windows 가 별도의 제품이라고 판단하였다¹⁰⁶.

Commission 은 Microsoft 가 WMP 를 Windows 98 과 함께 제공하면서 소비자들이 WMP 를 PC 에서 제거할 수 없게 하는 행위들이 끼워팔기에 해당하며 시장 지배적 위치의 남용 행위라고 판단하였다.¹⁰⁷

Commission 은 Microsoft 에 work group server 에 필요한 Windows api 등 기술 정보를 제공하고, WMP 를 포함하지 않은 Windows¹⁰⁸도 소비자에게 제공하라고 지시하면서 약 €5 억의 과징금을 부과하였다. Commission 은 미 정부와 Microsoft 의 합의계약에 포함되지 않은 work group server 네트워크에서 서버와 서버 사이의 운영에 필요한 기술정보도 공개하여야 한다고 지시하였다.¹⁰⁹

Commission 은 위 결정을 2004 년 3 월 24 일 발표하고, Microsoft 는 결정문을 전달받고 120 일 이내 work group server 에 대한 정보를 공개하라고 지시하였으나, Microsoft 는 2006 년 6 월에야 관련 정보를 공개하였다. 이에 대해 Commission 은 €2.8 억 추가 과징금을 부과하였다.¹¹⁰ Microsoft 는 Commission 의 결정 및 과징금에 대한 소송을 제기하였으나, EU General Court 는 Commission 의 결정 거의 모두를 확인하였다. Microsoft 는 법원의 판결에도 Commission 의 지시 사항을 이행하지 않아, Commission 은 다시 약 €9 억의 추가 과징금을 부과하였고¹¹¹, Microsoft 는 다시 이에

¹⁰⁵ Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 212 (para 804).

¹⁰⁶ Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 212-213 (para 805).

¹⁰⁷ Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 273 (para 984).

¹⁰⁸ Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 280 (para 1011). Commission 은 미 소송에서 정부와 Microsoft 의 합의문은 Microsoft 가 소비자들이 Windows 화면에서 WPM icon 을 지울 수 있게만 하고 WPM 프로그램 자체를 삭제할 수 있게 하지 않아, 끼워팔기에 대한 적절한 해결안이 될 수 없다고 지적하였다. Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 211 (para 798).

¹⁰⁹ Case COMP/C-3/37.792 (Microsoft) (24.03.2004), at 277 (para 999).

¹¹⁰ Commission 은 12/16/2005 부터 6/20/2006 미납기간에 대하여 €1.5 백만/일 추가 과징금을 부과하였다.

¹¹¹ Microsoft 는 2007 년 11 월에 Commission 의 지시 사항을 준수하겠다고 발표하였다.

대한 소송을 제기하였고, General Court 는 추가 과징금을 €8.6 억으로 일부 조정하는
외에는 Commission 의 결정을 지지하였다.¹¹²

1998 년 Sun 의 complaint 로 시작한 본 사건은 8 년 이후 2006 년에 Microsoft 의 정보
공개로 시장경쟁 제한 행위가 수정되었지만, Microsoft 는 2012 년에서야 총 €16.5 억의
과징금을 지급하면서 본 사건을 마침내 종료할 수 있었다.

4. Search 시장

a. Google v. EU Comm (comparison shopping)

2009 년부터 2015 년 사이, EU Commission 은 여러 comparison shopping service
업체(가격 비교 사이트)들로부터 Google Shopping 서비스와 Google 일반 검색
서비스가 시장경쟁을 제한한다는 complaint 를 접수하였다. Commission 은 2010 년
11 월 이에 대한 공식 조사를 시작하였다.¹¹³ Commission 은 2015 년 4 월 Google 이 시장
지배자 위치를 남용했다는 의견으로 Statement of Objection 을 발표하고, 2016 년 추가
Statement of Objection 을 발표하며 Google 의 사건을 공식 시작하였다.¹¹⁴

Commission 은 일반 검색 시장과 가격 비교사이트 시장, 2 관련 시장을 정의하였다.¹¹⁵
Google 은 체코 공화국, 영국과 노르웨이를 제외한 모든 EU 회원국 일반 검색 시장에서
90% 이상의 시장 점유율을 유지하였으며, 체코 공화국, 영국과 노르웨이에서도 압도적
1 위 시장 점유율을 유지하는 시장지배자라고 판단하였다.¹¹⁶

Google 은 일반 검색 결과 페이지의 윗부분에 광고 및 Google 가격 비교 서비스 검색
결과를 제공하였다. Google 가격 비교 서비스 검색 결과에는 관련 제품이나 서비스를
판매하는 사이트의 링크와 제품 또는 서비스에 대한 사진 등 영상물이 포함되었다.
Google 가격 비교 서비스의 경쟁 가격 비교 서비스의 자료는 Google 가격 비교 서비스

¹¹² Press Release No 89/12, General Court of the Euprean Union, 27 June 2012, Judgment in Case T-167/08 Microsoft Corp. v. Commission, available at <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/cp120089en.pdf>.

¹¹³ Commission decision of 27.6.2017 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (AT.39740 – Google Search (Shopping)), C(2017) 4444 final, at para 39-70, 74-77, & 43.

¹¹⁴ Commission decision, C(2017) 4444 final, at para 76 & 96.

¹¹⁵ Commission decision, C(2017) 4444 final, at para 154.

¹¹⁶ Commission decision, C(2017) 4444 final, at para 280 & 271.

검색 결과에 포함되지 않았으며, 일반 검색 결과에 포함되는 경우, Google 은 검색 알고리즘을 조정하여 경쟁 서비스 정보가 검색결과 하위에 포함되게 하고 문자 정보만 포함하였다. 경쟁 가격 비교 서비스들은 Google 을 통한 소비자들의 방문이 절대로 중요하였으며, Google 의 이러한 경쟁 제한 행위로 상당한 수준의 방문자 수치가 줄어들었다.¹¹⁷ Commission 은 Google 가격 비교 서비스 시장경쟁 제한 행위를 통하여 부당한 이익을 실현하였고, 그 이익으로 일반 검색 시장의 독점적 위치를 강화할 수도 있다고 보며 Google 내부 문서를 그 근거로 제시하였다.¹¹⁸

Commission 은 2017 년 6 월 Google 의 이러한 행위가 시장지배자 위치의 남용이라고 판단하고, Google 가격 비교 서비스와 그의 경쟁자들을 동일하게 취급하도록 지시하고 약 €24 억 과징금을 부과하였다.¹¹⁹

Google 은 Commission 의 결정에 불복하여 법원에 항소하였다. EU General Court 는 2021 년 Google 이 EU 공정거래법 및 인터넷과 통신 관련 법도 준수하여야 하며, 모든 사용자를 동등하게 취급하여야 한다고 언급하였다.¹²⁰ 법원은 Google 의 이의 주장을 기각하며 Commission 의 결정을 지지하였다.¹²¹ 단, Commission 이 Google 의 가격 비교 시장에 대한 남용 행위가 일반 검색 시장의 독점적 위치를 강화할 수 있다고 판단한 것은 기각하였다.¹²² 법원은 Commission 의 과징금을 그대로 지지하였다.¹²³

Google 은 General Court 의 판결을 Court of Justice 에 항소하였다. 법원의 법무감(advocate general)은 2024 년 1 월에 Commission 의 과징금을 그대로 확정하는 의견을 발표하였다.¹²⁴ 법원의 확정판결은 아직 발표되지 않았다.

¹¹⁷ Commission decision, C(2017) 4444 final, at para 341-342, 371 & 379.

¹¹⁸ Commission decision, C(2017) 4444 final, at para 642.

¹¹⁹ Commission decision, C(2017) 4444 final, at para 700-701 & 754.

¹²⁰ Google LLC v. Commission, Case T-612/17, General Court, Nov 10, 2021, at para 180.

¹²¹ Google LLC v. Commission, Case T-612/17, at para 238.

¹²² Google LLC v. Commission, Case T-612/17, at para 456-457.

¹²³ Google LLC v. Commission, Case T-612/17, at para 702-704.

¹²⁴ Opinion of Advocate General Kokott, delivered on January 11, 2024, Case C-48/22, Google LLC, Alphabet, Inc. v. European Commission.

5. Smart phone app store

1970년대 출시된 휴대폰은 2007년 Apple iPhone의 출시 이후 폭발적으로 수요가 증가하고 소비자 전자제품 시장의 대명사가 되었다. 2012년까지만 해도 휴대폰 os 시장 점유율 1위를 차지하던 Symbian은 2014년에 시장에서 퇴출되었고, 이후 Apple iOS와 Google Android가 시장을 지배하게 되었다.¹²⁵ Smartphone은 휴대폰이지만 각종 app을 통하여 소비자들에게 다양한 기능을 제공하며 smartphone의 부가가치를 극대화하고 있다. Apple과 Google은 각 운영 체제에서 사용이 가능한 app들의 유통시장을 독점적으로 운영하면서 app 구매 및 app 사용 시 추가 구매 및 사용료 결제를 Apple과 Google을 통해서만 가능하게 하거나 각 운영체제에서 사용가능한 브라우저를 각 사의 브라우저로 제한하는 등으로 사용자와 관련된 데이터를 수집하고 다른 마케팅 정보로 사용하는 등 휴대폰 os의 시장지배적 위치를 남용하고 있다는 의혹을 받아 왔고 정부와 민간인들의 제소를 받아왔다. Apple과 Google은 smartphone 사업을 통하여 기록적 이익을 창출하고 있으면서, smartphone os 시장 및 기타 관련 시장이 첨단 기술 시장으로 역사가 짧고 법원의 이해도가 낮아 통상적인 공정거래법을 적용하기가 부적절하다며 정부의 규제를 피하려고 하고 있다. 신용카드 및 PC os 시장 규제에 상대적으로 소극적이던 미국은 smartphone 시장에도 동일한 소극적 태도를 보이는 듯하였으나, EU의 강력한 규제를 받아들이는 듯, 최근에는 Apple과 Google을 상대로 EU가 이미 부당한 시장경쟁 제한 행위라고 판단한 상황을 규제하려고 노력하고 있어 보인다.

a. Apple

i. US v. Apple (and ebook Publishers)

2007년 Amazon은 ebook reader기 Kindle을 출시하면서 신간 및 New York Times 베스트 셀러 목록 ebook을 \$9.99에 판매하였다. 서적 출판사들은 이러한 Amazon 특매품(loss leader) 판매 정책으로 기존 출판사의 마케팅 사업모델이 붕괴할 가능성이 있다고 판단하였으나 Amazon의 출판시장 지배력에 ebook공급을 중단할 수 없었다. Apple은 2009년 iPad출시를 준비하면서 ebook 판매시장 진출을 중요 마케팅 목표로

¹²⁵ Statista, "Market share of mobile operating systems worldwide from 2009 to 2024, by quarter," May 13, 2024, available at <https://www.statista.com/statistics/272698/global-market-share-held-by-mobile-operating-systems-since-2009/>.

삼았다. Amazon 의 ebook loss leader 정책과 경쟁할 수 없다고 판단한 Apple 은 출판사들이 ebook 의 소비자 판매가격을 결정할 권한을 원한다는 사실을 인지하여 6 대형 출판사 중 5 출판사와 ebook 판매모델을 agency 형식으로 전환하기로 합의하였다. Agency 형식은 출판사가 소비자 가격을 정하면 Apple 같은 소매업체는 소비자 가격의 일정률 수수료를 받는 형식으로 Apple 의 수수료는 30%로 정하였다. 출판사들은 agency 모델로 판매 방식을 전환하면서 소비자 가격을 Amazon 의 \$9.99 보다 높게 책정할 수 있었지만, 소매업체의 수수료를 제하면 실제 출판사의 매출은 기존 판매 방식보다 낮았다. Apple 은 출판사들의 목적이 소비자가격을 상향 조정하는 것임을 인지하면서 5 개 출판사 모두가 동일한 판매 조건에 합의하여야 한다고 주장하여 이를 실현하였다.

미 정부의 Sherman Act 위반 소송 제기 이후 출판사들은 불공정거래 사실을 인정하여 정부와 합의하여 그들에 대한 소송은 종결되었으나, Apple 은 수평 가격 담합을 인정하지 않았고, 결국 1 심 판결에서 담합 가담 사실이 인정되었다.¹²⁶ 미 연방 항소법원은 Apple 과 출판사는 수직관계이지만 Apple 이 출판사들 사이의 가격 담합에 참여한 것으로 본 건을 수평 가격 담합 사건으로 판단하였다.¹²⁷ Apple 은 ebook 시장이 새로운 시장이기 때문에 통상적인 수평 가격 담합 사건에 적용되던 per se rule 이 부적절하며 rule of reason 을 적용하여야 한다고 주장하였으나, 항소법원은 Apple 의 주장을 기각하였다.¹²⁸

¹²⁶ US v. Apple Inc., 952 F.Supp.2d 638 (S.D.N.Y, Jul 10, 2013). 미 대법원은 수평 가격 담합의 시장 경쟁 제한 효과가 명백하여 담합 사실만 입증되면 경쟁 제한 효과를 입증하지 않아도 Sherman Act 위반 사실이 인정된다는 per se rule 을 적용하면서, 수직 가격 담합의 경우에는 시장 경쟁 제한 효과가 명백하지 않아 rule of reason 을 적용하여야 한다고 하였다.

¹²⁷ US v. Apple Inc., 791 F.3d 290, 323 (2nd Cir., June 30, 2015).

¹²⁸ US v. Apple Inc., 791 F.3d 290, 330 (2nd Cir., June 30, 2015). 법원은 rule of reason 을 적용하더라도 수평 가격 담합의 경쟁제한 효과가 명백하여 축소한 rule of reason 검토(quick look)가 적절하다며, 원고 정부가 담합을 입증한 것만으로도 피고 Apple 에게 담합으로 시장 경쟁이 향상된다는 점을 입증의무가 전환되었다고 하며 Apple 이 이러한 향상 효과를 입증하지 못하였다고 지적하였다.

ii. Epic v. Apple

2017년 Fortnite 을 출시한 Epic Games(Epic)는 게임 매출이 세계 7 번째인 전자 게임 개발사이다.¹²⁹ Epic 은 다양한 채널을 통하여 Epic 개발 게임 및 제 3사의 게임을 Epic online store 를 통하여 유통하고 있다. Epic 게임들은 Apple App Store 및 Google Play Store 를 통하여 스마트폰 사용자들에게도 판매되고 있다.

Apple 은 2007년 iPhone 을 출시하고, 2008년 3자 개발 app 을 App Store 를 통하여 판매하기 시작하였다.¹³⁰ 2021년 당시, App Store 에는 약 200만 app 들이 판매 중이었고, 그 중 약 30만 app 이 게임 app 이었다.¹³¹ App 개발자는 iPhone 운영체제를 위한 app 을 개발하기 위해서 Apple 에 \$99 을 지급하고 개발에 필요한 프로그램 및 정보를 구입하고, 개발된 app 을 App Store 를 통하여 소비자들에게 공급하기 위해서는 Apple 과 관련 계약을 체결하여야 한다. 관련 계약에는 Apple 체제에서 작동하는 app 은 App Store 만을 통하여 유통되어야 하며, app 을 통한 거래는 Apple 의 in-app-payment(iap) 지급수단만 사용하여야 한다는 조건이 포함되어 있다.¹³² 2010년 공개된 App Guidelines 에는 app 내용에 iap 외 다른 외부 지급수단을 가능하게 하는 링크, 버튼 등을 금지하고 있다.¹³³ Apple 의 app 수수료는 대부분의 경우 거래금액의 30%이며 이는 App Store 출시부터 App Store 의 운영비나 개발비와 상관없이 임의로 정한 수수료율이다.¹³⁴

2021년 App Store 의 매출은 약 \$851억¹³⁵이었고, App Store 의 영업이익률은 75%를 초과하였을 것으로 추정되며¹³⁶ 통상적인 기업 이익률에 비교하여 엄청난 수준

¹²⁹ “List of largest video game companies by revenue,” Wikipedia (last edited June 9, 2024), available at https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_largest_video_game_companies_by_revenue#cite_note-11. Epic 의 2024년 게임 예상매출은 약 \$58억이다.

¹³⁰ Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d 898,942 (N.D.C.A, Spt 10, 2021).

¹³¹ Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 948.

¹³² Iap 사용 의무 조건은 여러차례에 걸쳐 수정되었고, 배달, 유형 제품 구매 등 app 외에서 실물 거래는 iap 의무 범위에서 제외된다. 아래 각주 133 또는 Apple 에 대한 EU Commission 결정물 참조 (아래 각주 150 참조).

¹³³ Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 942-944.

¹³⁴ Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 947.

¹³⁵ “Worldwide gross app revenue of the Apple App Store from 2017 to 2021,” Statista, Dec 8, 2023, available at <https://www.statista.com/statistics/296226/annual-apple-app-store-revenue/> (last visted, June 15, 2024).

¹³⁶ Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 952.

(“extraordinarily high”)이었다고 법원은 지적하였다.¹³⁷ 2016년에는 게임 app 이 App Store 의 총 app 의 33%였으나, App Store 매출의 81%를 제공하였고, 2017년에는 76%를 제공하였다.¹³⁸

Epic 은 2020 년 Apple 이 App Store 을 운영하면서 Sherman Act 를 위반한다고 소송을 제기하였다. Epic 은 app store 시장과 iap 시장이 관련 시장이라고 주장하였으나, 1 심법원은 mobile 게임시장이 관련 시장이라고 판단하였다.¹³⁹ 법원의 이러한 관련 시장의 정의가 결과적으로는 법원이 Epic 이 Apple 의 부당한 시장경쟁 제한 주장을 기각하는 판단을 하여야 한 근거라고 할 수도 있다. Epic 은 Apple 체제가 폐쇄된 시장 (“walled garden”)으로 그 내부에서 Apple 과 경쟁하는 별도의 app 유통 사업을 할 수 없으며, 그 결과로 Apple 이 App Store 의 개발 및 운영 유지 원가와 상관없이 이례적인 이익을 주고 있는 높은 iap 수수료를 유지할 수 있는 것이 부당한 시장 경쟁 제한 행위라고 주장을 하였다. 법원은 Apple 체제가 폐쇄 시장임을 인정하면서도¹⁴⁰ 관련 시장을 Apple App Store 를 넘어 모든 mobile game 전체로 인정한 것은 Apple 체제가 Android 체제와 교체 (substitute) 체제라는 판단이며¹⁴¹ Apple 과 Google app store 는 동일한 30% 수수료를 부과하고 있어, 법원은 Apple App Store 조건이 mobile 게임 시장의 관행이어서 Apple 의 App Store 조건이 시장 경쟁을 제한할 수 없다고 판단한 것이라고 보여진다. Mobile 시장 전체에 Apple 과 Google 의 app store 시장점유율이

¹³⁷ Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 953.

¹³⁸ Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 953. 2018년에는 62.9%, 2020년에는 68%였다. (id., at 1018.)

¹³⁹ 법원은 Apple 이 제 3 smartphone 생산자에게 iPhone os 라이선스를 제공하지 않기 때문에 Apple 의 App Store 나 Apple iap 가 별도의 시장이 될 수가 없다고 지적하였으나 (Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 1021), 이 지적의 의미는 명확하지 않으며 법원이 Epic 의 주장에 대한 신뢰를 하지 않았다는 가능성과 법원이 소송 당사자들의 상반되는 경제이론 주장을 충분히 관리하지 못한 가능성을 보여주는 듯 하다. 이 법원의 주장은 마치 어느 백화점에 입점한 상점이 백화점의 입점 조건에 대하여 불공정 행위를 주장하는 상황에서 법원이 백화점 입점계약이 입점과 별도로 존재하지 않기 때문에 입점계약 시장이 존재하지 않는다고 주장하는 것과 동일하다. 당연히 입점계약이 입점 관계에만 적용되지만, 입점 조건이 불공정 행위인지에 대한 판단에는 별 의미가 없다고 할 것이다.

¹⁴⁰ Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 922, 956, 1024, & 1038.

¹⁴¹ 전문가들은 iOS 에서만 Fortnite 을 사용하던 사용자들로부터 발생한 Epic 매출이 Apple 이 Epic Fortnite app 을 App Store 에서 퇴출한 이후, 50%만 줄었다고 주장하였고, 법원은 이를 근거로 iOS 게임 app 과 Android 게임 app 이 교체 (substitute) 제품이라고 판단하였다 (Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 962). 그러나 통상적인 관련시장을 정의하는 교체 기준은 한 제품가격이 적으나 (small) 무시할 수 없는 수준 (but significant)의 변화가 있을 때 소비자들이 다른 제품을 구입 또는 사용하는 지를 근거로 한다. 한 상품의 사용이 갑작스럽게 아예 불가능하게 되는 경우에 소비자들이 다른 대응 제품을 구입하는 것은 단순 교체 외에 기존 상품이 필수품과 같은 경우에는 관련시장 범위를 판단하는데는 부적절할 수도 있다.

거의 100%인 duopoly 상황에서 duopolist의 판매가나 판매 물량 등 거래 조건이 시장의 공통된 거래 조건이기 때문에 시장 경쟁 제한 행위로 인정할 수 없다는 관점인지 의문이 든다.

Epic은 Apple이 게임 app 유통시장에서 다른 게임 개발자들과의 경쟁을 제한하고 있다는 주장 하지 않았는데 법원은 Epic의 소송이 mobile 게임시장이라고 판단하였다. 이는 마치 백화점에 입점한 의류 상인이 공통 입점 조건에 대한 불공정거래를 지적하는데, 공정위가 의류 시장이 관련 시장이라고 판단하는 것과 동일하다. 백화점의 행위에 대한 이견을 제시한 자는 의류 상인이나, 이견 제시는 의류 상인으로서가 아니라 백화점 입점 상인으로서다. 법원은 의류 상인이 지적한 백화점의 행위가 의류 상인에게만 적용되는지, 입점한 모든 상인들에게 적용되는지 또는 백화점 외부에서 영업하는 의류 상인들 또는 모든 상인들에게 공통적으로 적용하는지 등을 검토하여 관련 시장을 정의하여야 할 것이다. 그러나 본 건 법원은 Apple App Store의 iap 관련 규제에 대한 유사한 검토를 하지 않았다. 의류 상인과 가전제품의 차이 또는 생산 방법 등은 백화점 입점 조건 차이에 대한 관련 시장 검토 대상이라고 보기 어렵다. 본 건 법원이 게임 app과 기타 일반 app이 교체상품인지 아닌지를 검토하거나 게임 app 개발자들과 일반 app 개발자들이 사용하는 개발 tool이 다르다거나 하는 등에 대한 지적을 하는 것이 적절한 검토 대상인지 납득하기 어렵다.

법원은 iap가 단순한 지급수단이 아니라 Apple이 app 개발자와 소비자에게 제공하는 서비스의 일부일 뿐이며 시장에서 iap는 iPhone OS에 융합된 기능¹⁴²으로 시장에 별도의 제품으로 수요가 없고, 별도의 제품이 아니라고 판단하였다.¹⁴³ 그러나 법원은 단순 지급수단 서비스를 저렴하게 제공하는 업체들이 존재하는 사실을 인지하고 있었으며, Apple이 단순 지급수단 기능을 api의 다른 기능과 함께 iPhone OS에 융합하여야 했는지에 대한 확인 없이 별도의 제품이 아니라는 관점에서 Epic의 끼워팔기 주장을 기각하였다.¹⁴⁴ App Store의 90%를 초과하는 app들은 무료 서비스 또는 iap 사용을 의무화하지 않는 예외 상황에 속하지만, Apple은 그들에게는 어떠한 수수료를 요구하지 않고 있다. 법원은 Epic과 같이 iap 서비스를 요구하지 않고,

¹⁴² Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 971.

¹⁴³ Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 1046.

¹⁴⁴ Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 1047.

금전거래를 개별 웹사이트 또는 제 3 지급수단 서비스 등 Apple 체제 app 외부에서 이행하기를 원하는 개발자에게는 거래대금의 30%에 해당하는 수수료 지급을 의무화하고 있는 것이 동등한 거래에 대하여 동등한 가격을 받아야 하는 법규를 위반하는지에 대한 언급을 하지 않았다.¹⁴⁵

1 심 법원은 Epic 의 Sherman Act 위반 주장을 모두 기각하면서 캘리포니아주 공정거래법 위반 주장만을 인정하며 app 개발사가 소비자들에게 App Store app 이외의 방법으로 거래하면 더 저렴한 가격으로 동일한 거래를 할 수 있다고 정보를 제공하고 링크나 버튼 등을 app 내에서 제공할 수 있게 하여야 한다고 지시하였다.¹⁴⁶

항소심은 Sherman Act 제 1 조 위반 여부에 대하여, 1 차 단계로, Epic 이 시장경쟁 제한 효과를 입증하였고, 2 차 단계로, Apple 이 규제의 시장경쟁 향상 효과를 입증하였으나, 3 차 단계로, Epic 이 Apple 의 규제보다 시장경쟁 제한 효과가 작은 차선택 규제가 가능함을 입증하지 못하였다고 판단하여 그에 대한 1 심 판결을 확인하였다.¹⁴⁷

Sherman Act 제 2 조 위반 여부에 대해서는 Apple 이 관련 시장의 지배력은 있으나 독점권은 없으므로 독점권 유지에 대한 제 2 조 위반은 가능하지 않다고 하여 1 심 판결을 확인하였다.^{148,149}

iii. Apple v. EU Comm (App Store)

2009 년, 음악 streaming 서비스업체인 Spotify 가 Apple App Store 에서 다운로드 된 Spotify app 로 서비스를 구입하는 소비자들의 결제를 Apple iap 으로 이행하여야 하고 저렴한 가격에 동일한 서비스를 구입할 수 있다는 정보를 소비자들에게 제공하는 것을 금지하는 Apple 규제가 EU 공정거래법을 위반한다고 EU Commission 에 제소하였고,

¹⁴⁵ Robinson Patman Act, 위 각주 5 번 참조.

¹⁴⁶ Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F.Supp.3d, at 1058.

¹⁴⁷ Epic Games v. apple, Inc., No. 21-16506, D.C. No. 4:20-cv-05640 YGR (9th Cir., Apr 24, 2023) at 67.

¹⁴⁸ Epic Games v. apple, Inc., No. 21-16506, D.C. No. 4:20-cv-05640 YGR (9th Cir., Apr 24, 2023) at 76.

¹⁴⁹ 1 심 법원이 app 내에서 Apple 체제 밖에서 거래금을 지급할 수 있게 하라는 지시를 내렸는데, Apple 은 이를 이행하면서, app 개발자가 거래금의 27%에 해당하는 수수료를 별도로 지급하게 하였다. 이에 Epic 은 다시 1 심 법원에 Apple 의 이러한 행위는 법원의 판결을 적절하게 준수하지 않고 있다고 이의를 제기하였다. 법원은 App Store 에 대한 판결이 iap 에 대한 경쟁을 도모하기 위한 것이라고 지적하며, Apple 의 수정안에 대한 비판적인 입장을 표시하였는데, 법원은 아직 이에 대한 판결을 하지 않았다. Lauren Feiner, “Why Epic’s lawsuit against Apple just won’t quit/The Trial in Epic Games v. Apple ended three years ago. So why are the companies back in court?” The Verge, May 29, 2024, available at <https://www.theverge.com/2024/5/28/24158911/apple-v-epic-evidentiary-hearing-app-store-payments>.

2010 년 ebook 유통업체도 동일한 내용으로 Apple 을 제소하였다. 이에 EU Commission 은 2020 년 공식 검토를 시작하였고, 2021 년 4 월에 iap 사용을 의무화하는 것과 app 외 다른 방법으로 거래대금을 결제할 수 있다는 정보 제공을 금하는 것이 EU 공정거래법을 위반한다는 내용의 입장문(Statement of Objection)을 발표하였으나, 2023 년 2 월 iap 사용을 의무화하는 것을 제외한 입장문을 새로 발행하였다.¹⁵⁰ Commission 은 결제 수단에 대한 정보제공을 금지하는 행위가 EU 공정거래법을 위반한다는 결정을 2024 년 3 월 발표하였다. Commission 은 결정문에 iap 의무 조항을 검사 범위에서 제외하게 된 근거를 언급하지 않고 iap 및 iap 수수료율에 대한 공식적인 법률적 의견을 제시하지 않는다고 지적만 하였다.¹⁵¹

Commission 은 smart mobile device 시장, app 유통시장과 music streaming 시장 3 개의 관련 시장을 정의하였다.¹⁵² Commission 은 Android Play Store 와 Apple App Store 는 별개의 시장이라고 판단하였다.¹⁵³ Apple 은 smart mobile devices 시장에서 판매 제품 수량으로는 30% 이상의 시장점유율을 유지하고 있지만¹⁵⁴, 고가 제품 시장 점유율이 높아 판매가 기준으로는 50% 이상의 점유율을¹⁵⁵, 이익 기준으로는 80% 이상의 점유율을 유지하여¹⁵⁶ 시장 지배적 위치에 있다고 판단되었다. iOS app 유통시장에서는 100% 시장 점유율을 유지하여 당연히 시장 지배적 위치에 있다고 판단되었다.¹⁵⁷

Apple 의 anti-steering provision 은 (1) iOS app 내에 app 외부에서 관련 서비스를 구입하는 방법을 버튼 등 링크하는 것을 금지하고, (2) app 외부에서의 관련 서비스 구입가 또는 외부에서 구입하는 방법 등에 대한 정보를 제공하는 것을 금지하고, (3) iOS app 소비자에게 app 외부에서 서비스를 구입하는 정보를 email 로 제공하는 것을

¹⁵⁰ Commission Decision of 4.3.2024 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40437 – Apple – App Store Practices (music streaming)) C(2024) 1307 final, at para. 23 & 24.

¹⁵¹ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 679.

¹⁵² Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 241.

¹⁵³ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 262.

¹⁵⁴ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 369.

¹⁵⁵ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 370.

¹⁵⁶ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 376.

¹⁵⁷ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 520.

제한하며, (4) 외부 서비스 구입에 대한 광고를 app 에서 언급하는 것을 제한하는 조항들이 포함되어 있다.¹⁵⁸

Commission 은 마켓 데이터를 근거로 소비자들이 music streaming service 를 구입하는데 서비스 수수료가 중요한 판단 요건이라는 판단하였고,¹⁵⁹ Spotify 의 마켓 테스트 자료를 근거로 Apple anti-steering provision 으로 소비자가 관련 서비스 구매를 줄인다고 판단하였으며¹⁶⁰, 그러한 provision 이 소비자의 선택권을 제한하여¹⁶¹ 소비자들에게 불이익을 제공한다고 판단하였다.

Apple 은 anti-steering provision 이 app 개발자들의 수수료 회피 (free-riding) 문제를 차단하는 데 필요하다고 주장하였으나, Commission 은 app 외부에서 구입한 서비스를 app 내에서 사용하는 것을 허용하고 있는 Apple 의 규정과¹⁶² App Store 의 개발, 운영 비용이 iap 수수료와 연관되어 있지 않다는 Apple 의 외부 경제전문가들의 증언을 지적하며¹⁶³ anti-steering provision 이 App Store 의 운영에 절대로 필요한 요건이 아니라고 판단하였다. 또한 iap 수수료를 통한 App Store 의 운영비 조달이 필요하다고 하여도 관련 수수료를 모든 app 개발자에게 공평하게 부과하지 않고 있으므로 anti-steering provision 은 App store 의 운영에 절대적으로 필요하다고 할 수 없다고 판단하였다.¹⁶⁴

Commission 은 2024 년 3 월 4 일 결정문에서 Apple 의 anti-steering provision 이 app 을 통한 music streaming service 시장에서 시장 지배자 위치의 남용이라고 판단하여, 관련 provision 을 금지하고¹⁶⁵ 과거 위반행위에 대한 € 18.4 억 과징금을 부과하였다¹⁶⁶.

Commission 의 anti-steering provision 에 관한 판단은 music streaming service 시장으로 제한되어 있지만, 판단 논리와 결론은 App Store 전체에 동일하게 적용되어야 할 것으로 보인다.

¹⁵⁸ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 228.

¹⁵⁹ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 755.

¹⁶⁰ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 774.

¹⁶¹ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 596.

¹⁶² Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 823.

¹⁶³ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 799.

¹⁶⁴ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 802 & 812.

¹⁶⁵ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 1028.

¹⁶⁶ Commission Apple App Store decision, Case AT.40437, at para 1026.

iv. US v. Apple Inc. (2024)

Apple music streaming service 시장에 적용되는 anti-steering provision 에 대한 EU Commission 의 판단이 발표된 같은 시점에 미 연방정부와 16 개 주 정부는 2024 년 봄, Apple 의 iap 수수료 정책 및 기타 Apple 의 App Store 정책이 Sherman Act 를 위반한다고 소송을 제기하였다.¹⁶⁷ 본 소송에서 미 정부는 2020 년 Epic Games v. Apple Inc. 판결¹⁶⁸ 내용과 반대되는 입장을 주장하고 있다.

미 정부는 Apple 이 스마트 폰 시장의 65% 이상을, 고가 스마트 폰 시장의 70% 이상 점유율을 유지하고 있으며¹⁶⁹, iOS 체제 app 을 App Store 만을 통하여 유통할 수 있게 제한하고 있으며¹⁷⁰, iap 를 통한 30% 수수료를 부과하고 있고¹⁷¹, app 들이 Apple 이 public 이라고 지정하는 api 만을 사용할 수 있게 제한하여¹⁷² 인터넷 접속을 Apple 웹브라우저만 사용할 수 있게 제한하는¹⁷³ 등으로 iOS 체제에서 middleware 역할을 할 수 있는 super app 의 개발을 방해하고 있다고¹⁷⁴ 주장하였다.

국내 시장에서 KakaoTalk 이 메신저 기능 및 금융서비스, 네비, 택시 등 기타 여러 기능을 제공하는 super app 로 진화할 수 있었던 것은 Android 체제에서는 이러한 api 사용을 제한하지 않았기 때문인데, Apple 은 경쟁 메신저들이 업계 표준 기능에 필요한 api 를 private api 로 지정하여 Apple iMessage 경쟁 메신저 app 들의 기능을 제한하고 iOS 사용자와 Android 사용자들 사이의 메신저 app 사용을 제한하였다.¹⁷⁵ Super app 은 다른 여러 app(mini programs)을 api 를 통하여 연결하여 작동하는데 Apple 은 이러한 api 사용을 금지하였다. 예를 들어 virtual currency 를 사용하는 super app 개발을 금지하였다.¹⁷⁶ Apple 은 cloud gaming app 의 각 update 및 버전을 개별 app 로 취급하여 개별 app 로 Apple 의 사전 승인을 요구하여 cloud gaming app 의 개발을 실질적으로

¹⁶⁷ US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint (D.N.J., Mar 21, 2024).

¹⁶⁸ 위 각주 130 참조.

¹⁶⁹ US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint at para 22.

¹⁷⁰ US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint at para 41.

¹⁷¹ US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint at para 56.

¹⁷² US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint at para 42.

¹⁷³ US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint at para 43.

¹⁷⁴ US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint at para 61.

¹⁷⁵ US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint at para 45 & 85. Apple 이 국내에서 카톡 super app 을 허용하는 것은 후발주자로서 카톡 superapp 을 허용하여야만 하는 상황을 인정한 것으로 판단된다.

¹⁷⁶ US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint at para 69-70.

금지하였으며, Apple 의 public api 만 사용할 것을 요구하여 여러 platform 에서 사용이 가능한 cloud app 의 개발을 차단하였다.¹⁷⁷

신제품 시장에서도 Apple 은 경쟁 smart watch 가 사용할 수 있는 iOS 기능을 제한하여 경쟁 제품 개발 및 판매를 제한하였다.¹⁷⁸ 전자 지갑 (digital wallet) 시장에서도 Apple Wallet 가 사용하는 iOS 기능을 경쟁 전자 지갑 제품에는 차단하고 제 3 자 암호키(digital key)를 Apple 에 제공하고 Apple Wallet 에 저장하도록 하여 경쟁 제품의 실용성을 제한하였다.¹⁷⁹

미 정부는 Apple 이 시장 지배자 위치를 남용하여 관련 시장의 경쟁을 제한하였다고 주장하였다.

b. Google

i. Google v. EU Commission (Android)

EU Commission 은 2013 년~2015 년 사이에 Google Android 정책에 대한 시장지배력 남용 complaint 를 접수하고, 2016 년 4 월 Statement of Objection 을 채택하고 Google 을 상대로 공식 절차를 시작하였다.¹⁸⁰

Google Android os 는 공개 소스(open source)로 제공되지만, 실제 Android 스마트폰에는 Android 의 Google 이 저작권을 유지하는 Play Store Service, Play Store 및 Chrome 브라우저가 탑재되어야 한다. 이는 app 없이는 스마트폰의 기능이 극히 제한되어 있어 여러 app 을 추가 설치하여야만 하는 현실에서 Google 은 스마트폰 생산자들에게 Play Store 를 폰 생산과정에서 설치하여야 하도록 계약을 체결할 것을 요구하고 있다. 설치된 app 들을 자동적으로 update 하려면, Google 의 Play Store Service 를 사용하여야 하며¹⁸¹, 그를 위해서는 Chrome 브라우저를 설치하여야 한다.¹⁸² 따라서 Android 가

¹⁷⁷ US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint at para 76-78.

¹⁷⁸ US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint at para 100-101.

¹⁷⁹ US v. Apple Inc., Case 2:24-cv-04055, Complaint at para 112-113, 124.

¹⁸⁰ Commission Decision of 18.7.2018, relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty of the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (AT-40099 – Google Android), C(2018) 4761 final, at para 10-15 & 18.

¹⁸¹ Commission Decision C(2018) 4761 final, at para 615.

¹⁸² Google 은 스마트폰 oem 에게 AFA & MADA 을 체결하여야만 Android 시스템에 대한 라이선스를 제공하고 있다. Commission Decision C(2018) 4761 final, at para 155.

공개 소스로 제공되고 있지만, 실제로는 Google 은 Android app 유통시장에서 시장 지배적 위치를 유지하고 있다.

Commission 은 스마트폰 os 시장, Android app 시장, 일반 검색 시장 및 모바일 브라우저 시장, 4 개 관련 시장을 정의하고, Google 이 모바일 브라우저 시장을 제외한 3 개 시장에서 시장 지배적 위치에 있다고 판단하였다.¹⁸³ Commission 은 Android 라이선스를 제공하면서 Play Store, Play Service 및 브라우저를 함께 제공하여야 할 필요가 없으며, AFA(Anti-Fragmentation Agreement)와 ACC(Android Compatibility Commitment) 계약 등으로 스마트폰 oem 들이 Google 이 소유하는 다른 프로그램들을 사용하는 Android 폰 판매를 금지하고 있으며, 이는 Google 이 시장지배적 위치를 남용하는 행위라고 판단하였다.¹⁸⁴ Os 개발사가 os 기능을 추가할 자유가 있다고 판단한 미국 법원과 달리, Commission 은 개별 제품을 os 에 추가하는 시장지배자는 그러한 행위로 시장경쟁을 부당하게 제한하면 안 된다고 판단하였다. Google 이 브라우저를 Play Store 와 끼워 제공하는 것은 브라우저 시장 경쟁을 제한하는 행위이며, Google 이 끼워팔아야 하는 필요성을 입증하지 못하였기 때문에 이는 시장지배자의 남용 행위라고 판단하였다.¹⁸⁵

Commission 은 2018 년 이러한 남용 행위를 금지하고 약 €43.4 억의 과징금을 부과하였다.¹⁸⁶

Google 은 Commission 의 결정을 EU General Court 에 항소하였다. 법원은 2022 년 9 월 판결문에서 Commission 의 판단을 거의 그대로 지지하였다. 단, Google 이 스마트폰 oem 들에게 Google 프로그램들만 설치하고 판매하는 경우 제공하는 지원금에 대한 내용은 Commission 이 Statement of Objection 을 채택한 이후 추가된 내용으로 Google 에게 그 추가 내용에 대한 공판(hearing) 기회를 제공하지 않은 것은 절차적

¹⁸³ Commission Decision C(2018) 4761 final, at para 217 & 439.

¹⁸⁴ Commission Decision C(2018) 4761 final, at para 1016, 1081-1113 & 1184-1185.

¹⁸⁵ Commission Decision C(2018) 4761 final, at para 877-878. 경쟁 브라우저를 설치하지 않는 조건으로 지원을 제공하는 행위도 시장지배자의 남용 행위라고 판단하였다. (at para 1192).

¹⁸⁶ Commission Decision C(2018) 4761 final, at para 1480.

하자라고 지적하면서¹⁸⁷ 그 하자로 인한 판결에 영향이 크지 않다고 Commission 의 금지 지시 내용은 그대로 인정하면서 부과금을 약 €41.3 억으로 조정하였다.¹⁸⁸

Google 은 General Court 의 판결을 2022 년 12 월 최고법원인 Court of Justice 에 항소하였다. 2024 년 6 월 현재 Court of Justice 에서 심의 중이다.

ii. Epic Games v. Google Inc.

Epic Games 는 Apple 에 불공정거래 소송을 제기하면서 Google 에게도 유사한 내용의 소송을 제기하였다. Apple 소송과 차이점은 Epic Games 가 Google 소송에서는 배심원 판결을 요구한 것이다. 배심원은 2023 년 12 월 Epic Games 의 손을 들어 주었다.

Google 이 Play Store 를 통하여 Android app 시장의 독점권을 유지하고 있으면서 스마트폰 생산업체들에 부당한 압력을 가하여 Epic Games 를 Play Store 를 통하지 않고 유통되는 것을 금지하였으며 부당한 iap 수수료를 부과하였다고 판단하였다.¹⁸⁹ Epic Games 는 손해 배상을 청구하지 않고 Play Store 의 iap 사용 의무 조항 및 경쟁 app store 금지 정책을 금지하는 법원의 명령을 요청하였다. 법원은 적절한 remedy 를 검토 중이다.¹⁹⁰

iii. US v. Google

미 연방정부 및 여러 주정부는 2020 년, Google 이 일반 검색 시장, 검색 광고시장 및 일반 문자 검색 광고 시장의 독점적 위치를 부당하게 유지하려고 한다고¹⁹¹, 2023 년에는 Google 이 온라인 광고 거래소 시장을 부당하게 독점적 위치를 확보하려고 하여 Sherman Act 제 2 조를 위반하였다고 제소하였다¹⁹².

2020 년 소송은 위 Google v. EU Commission 건에서 다룬 Google 이 스마트폰 oem 과 계약으로 Google 이 승인하는 스마트폰을 판매하려면 Android 스마트폰을 사용하기에 필요한 Google Play Store, Play Service, Chrome 등을 설치하여야 하고 경쟁상품 설치를

¹⁸⁷ Commission Decision C(2018) 4761 final, at para 801-802.

¹⁸⁸ Commission Decision C(2018) 4761 final, at para 1113.

¹⁸⁹ Nico Grant, "Google's Antitrust Loss to Epic Could Preview Its Legal Fate in 2024," the New York Times, Dec 12, 2023, available at <https://www.nytimes.com/2023/12/12/technology/google-antitrustcases.Html>.

¹⁹⁰ Mike Scarcella, "Games Case," Reuters, May 24, 2024, avail at <https://www.reuters.com/legal/litigation/us-judge-weighs-google-app-store-reforms-epic-games-case-2024-05-23/>.

¹⁹¹ US v. Google LLC, Case 1:20-cv-03010, (D.C., Oct 20, 2020) complaint.

¹⁹² US v. Google LLC, Case 1:23-cv-00108, (E.D.V., Jan 24, 2023) complaint.

금지하는 정책이 부당하게 시장 경쟁을 제한한다는 주장을 다루고 있다. 본안 소송은 2023년 9월에 완료되었으나, 법원의 판결은 아직 발표되지 않았다.¹⁹³

2023년 소송은 Google이 일반 서치 시장의 독점적 위치를 확보한 이후, 온라인 광고 공급자와 온라인 광고 공간을 제공하는 자들이 광고 거래를 할 수 있는 광고 거래소를 인수하고, 서치 시장의 독점적 위치, 즉 광고 공간에 대한 독점적 위치를 근거로 광고 거래 시장의 독점적 위치를 확보하려고 부당한 행위가 있었다는 정부의 주장에 대한 소송이다. 본 소송은 아직 discovery 단계인 것으로 보인다.

iv. 국내 Google 건

전기통신사업법은 2021년¹⁹⁴부터 앱마켓사업자가 모바일 콘텐츠 등의 거래를 중개하면서 특정 결제 방식을 강제하는 행위를 금지하고 있다. 이에 Apple은 iap 수수료 30% 대신 26%의 수수료를 징수하고 있어, 전기통신사업법의 효과가 미비하다고 할 수 있다.¹⁹⁵

국내에서도 Google의 라이선스 체제가 공개소스인 Android에 Google이 저작권을 보유하는 추가 프로그램을 함께 제공하여 실질적으로 Google과 경쟁할 수 있는 Play Store를 사용하지 않는 Android 스마트폰을 시장에 공급하기가 어렵다는 현실을 인정하여 Google의 AFA, MADA(Mobile Application Distribution Agreement) 및 Google Mobile Service 등으로 시장경쟁을 부당하게 제한하고 있다는 상황을 공정거래위원회가 인정하였다. 공정위는 2021년, Google이 Android 스마트폰의 Google과 경쟁제품의 판매를 제한하거나, Google의 소유 프로그램을 설치한 Android 스마트폰만 판매하게 하거나, 기기 제조사들이 소프트웨어 개발 키트 및 api를 제3자에게 제공하는 것을 금지하는 행위들 모두를 금지하라는 명령을 내렸다.¹⁹⁶

국내 이동통신사는 각사가 판매하는 Android 스마트폰에 Google Play Store 외 별도의 app store를 설치하고 app 유통 사업을 유지하였으나, Google의 AFA, MADA 및 GMS 등에 의한 경쟁 제한 정책으로 실제 국내 app 유통시장에서 일정 수준 이상의

¹⁹³ 위 각주 189 참조.

¹⁹⁴ 전기통신사업법, 제 50조 제 1항 제 9호, 2021.9.14. 개정, 2021.9.14. 시행.

¹⁹⁵ <https://developer.apple.com/kr/support/storekit-external-entitlement-kr/> 2024.6.25. 접속.

¹⁹⁶ 공정거래위원회 전원회의, 의결 제 2021-329호, 2021.12.30, 사건번호 2016서감 2541.

시장점유율을 성취하지 못하였다. 국내 3 이동통신사는 2015년 각사의 app store를 통합한 원스토어를 출시하여 최초로 국내 판매되는 Android 스마트폰에 통일된 Google과 경쟁하는 app store, 원스토어를 출시하였다. 2016년 네이버도 원스토어에 참여하게 되고 이후 국내 게임 app 개발사들이 원스토어에 app들을 제공할 움직임이 보였다. 이에 대응하여 Google사는 Play Store에 독점적으로 app을 유통하는 개발사들에 금전적 지원 및 해외 시장 진출을 지원하는 등 원스토어를 통한 유통을 하지 않는 조건으로 별도의 특혜를 제공하기 시작하였다.

공정위는 2023년 7월 이러한 Google의 정책이 공정거래법이 금지하는 경쟁사 사업 활동을 부당하게 방해하는 행위로 판단하여 이에 대한 시정명령을 결정하며 약 422억 원의 과징금을 부과하였다.¹⁹⁷

6. Platform business regulation/Aus & EU

위에서 본 바와 같이 통상적인 공정거래법으로 신용카드 시장 및 첨단기술 시장 플랫폼시장에서의 불공정 거래 행위를 규제하기가 수월하지 않은 상황에서 여러 당국은 관련 시장 상황을 과거 유틸리티 및 통신업계에 적용되던 규제 제도를 도입하기 시작하였다. 공정거래법에 의한 조치는 2SM에 대한 이론적 논란 및 조사부터 감독기관의 결정 또는 법원의 판결까지 소요되는 수년 이상의 기간이 소요되어 급변하는 시장 상황에 대한 늦은 대응과 first mover의 이점(advantage)를 제한하지 못하는 등 결과적으로 시장 경쟁을 적절하게 보호하지 못하는 경우가 많았다.

신용카드 시장에서 경쟁 상황을 유지하면서 네트워크 mif를 낮추는데 선두자 역할을 한 호주는 1998년 지급수단에 대한 시장 참여 조건 및 수수료 규제 권한을 중앙법원에 위임하는 법¹⁹⁸이 통과되어, 미국이나 유럽보다 먼저 mif를 관련 서비스 제공 원가에 근거하여 결정할 수 있었다. 2003년 부터 신용카드 네트워크 운영을 규제하기

¹⁹⁷ 공정거래위원회의 결정 2023-103호, 2023.7.20 [구글 엘엘씨 등의 앱마켓 관련 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건, 사건번호 2020지갑 1764, 문단 366.

¹⁹⁸ Payment Systems (Regulation) Act 1998. 중앙은행 (Reserve Bank of Australia)에게 공공이익을 위하여 지급시스템을 지정하고 그를 규제할 수 있게 하였다. 제 8조, 제 10조, 제 12조, 제 16조, 제 18조 등 참조.

시작하여 mif 가 평균 0.95%에서 0.55%로 하락하였고, 신용카드 시장 규모는 꾸준히 성장하였다.¹⁹⁹

EU 는 Digital Markets Act (DMA)를 2022 년 제정하고 2023 년 부터 시행하였다.

DMA 의 목적은 온라인 시장이 다룰 수 있고(contestable) 공평(fair)하게 되는 것이다.²⁰⁰ 법은 시장에 상당한 영향을 주면서 시장의 중요한 역할을 하는 일정 규모 이상의 업체를 gatekeeper 로 정의하면서 그의 행위를 규제하고 있다. 중요한 역할(core platform service – “cps”)이란 서치 엔진, 메세징 서비스, 광고 제공, 중개 서비스, 웹브라우저, cloud 서비스 등을 의미한다.²⁰¹

Gatekeeper 는 다른 서비스, 제 3 자의 app 또는 cps 를 제공하는 과정 취득한 개인정보를 온라인 광고 서비스 제공 목적으로 사용할 수 없으며,²⁰² cps 에 제 3 자 app 이나 서비스 사용을 금지할 수 없고,²⁰³ cps 제공에 gatekeeper 의 다른 서비스나 제품을 끼워 팔 수 없고²⁰⁴, cps 를 사용하는 제 3 자의 정보를 그와의 경쟁목적으로 사용하는 것을 금지하며²⁰⁵, 프로그램 api 를 제 3 자에게 공개하여야 하며²⁰⁶, gatekeeper 의 다른 프로그램과 경쟁 프로그램들을 동등하게 취급하여야 한다.²⁰⁷ Gatekeeper 가 시장 경쟁을 부당하게 제한하지 말아야 한다는 내용으로 Microsoft, Google 및 Apple 에 대한 시장지배적 지위 남용 판례들에서 언급된 내용 모두가 포함되어 있다.

EU Commission 은 DMA 위반 첫 사건으로 2024 년 6 월 24 일 Apple 을 고소하였다.

Commission 은 Apple 이 app 내에서 app 외 저렴한 가격으로 거래할 수 있다는 사실을 소비자에게 공개하는 행위를 여전히 금지하고 있으며, 소비자들의 App Store 를 통한 app 개발자의 제품을 구매에 대한 수수료 및 개발자들에게 부과하는 수수료가 서비스

¹⁹⁹ Philip Lowe, “Payment System Reform: The Australian Experience,” Kansas City Federal Reserve, 269, 272 (2005), avail at <https://www.kansascityfed.org/Root/documents/4268/Lowe.pdf>.

²⁰⁰ DMA, Article 1, para 1.

²⁰¹ DMA, Article 2, point 2.

²⁰² DMA, Article 5, para 2.

²⁰³ DMA, Article 5, para 3, 4 & 5.

²⁰⁴ DMA, Article 5, para 7.

²⁰⁵ DMA, Article 6, para 2.

²⁰⁶ DMA, Article 6, para 7.

²⁰⁷ DMA, Article 6, para 3, 4 & 5.

제공 원가와 관계가 없이 과다하다고 DMA 를 위반한다고 발표하였다.²⁰⁸

Commission 은 Apple 외에도 Amazon, Google 과 Meta 도 조사하고 있다.²⁰⁹

이러한 regulatory regime 으로 플랫폼시장에서 발생하는 불공정거래를 좀더 확실하게, 빠르게 규제할 수 있어 보이지만, 실질적 효력은 규제 과정을 살펴보아야 한다.

²⁰⁸ “EU Accuses Apple’s App Store Steering Rules of Violating DMA and opens Investigation into Developer Fees,” MacRumors, June 24, 2024, available at <https://www.macrumors.com/2024/06/24/eu-accuses-apple-violating-dma-rules/>. Commission 은 2024 년 3 월에 Apple, Google, Meta 에 대한 조사를 시작하였다. “Commission opens non-compliance investigations against Alphabet, Apple and Meta under the Digital Markets Act,” EU Commission, press release, March 25, 2024, available at https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-opens-non-compliance-investigations-against-alphabet-apple-and-meta-under-digital-markets-2024-03-25_en.

²⁰⁹ Adam Satariano & Tripp Mickle, “Apple Is First Company Charged Under New E.U. Competition Law,” the New York Times, June 24, 2024, available at <https://www.nytimes.com/2024/06/24/technology/apple-european-union-competition-law.html>.