

온라인 플랫폼의 ‘자기우대’와 경쟁법상 쟁점

법무법인 지평 변호사 || 장 품*

I. 서론

온라인 플랫폼 규제는 디지털 경제 시대의 세계적 흐름이다. 온라인 플랫폼 규제와 관련하여 온라인 플랫폼 사업이 갖는 고유한 ‘경쟁제한적 속성’이 있고, 그에 따라 기존의 경쟁법으로 규제할 수 없는 특정한 ‘행위 유형’이 있는 것으로 인식된다. 특히 문제되는 행위가 바로 ‘자기우대(self-preferencing)’ 행위이다.

자기우대는 온라인 플랫폼이 중개자 지위를 이용하여 자신이 운영하는 서비스 또는 자신과 거래관계에 있는 특정 서비스를 차별적으로 우대하는 행위를 말한다.¹⁾ 아마존(Amazon)이 자신의 전자상거래 플랫폼에 자신의 PB(Private Brand) 상품인 ‘아마존 베이직(Amazon Basic)’ 상품을 적극적으로 노출하는 행위, 구글(Google)이 특정 검색 알고리즘(algorithm)을 설계하여 경쟁 비교쇼핑 서비스의 검색 노출 순위를 낮추는 행위가 그 예이다.

복수사업을 영위하는 사업자가 자사 제품이나 서비스를 ‘우대’하는 영업 활동은 종래부터 있어 왔다. 백화점과 대형마트에서 자사 브랜드 또는 계열사 브랜드 매장 공간을 우호적으로 할애해주는 행위, 자사 제품의 판촉 활동에 매진하는 행위도 일종의 ‘자기우대’ 행위다. OTT(Over The Top) 업체인 넷플릭스(Netflix)가 ‘오리지널’ 콘텐츠를 전략적으로 광고하거나, 포털 사이트 다음(Daum)이 홈페이지 첫 화면에 ‘카카오TV’ 영상 클립을 먼저 노출하는 것도 마찬가지이다. 수직적 통합사업자의 이러한 자기우대 행위가 ‘대형 온라인 플랫폼’을 매개로 진행될 경우 반경쟁의 폐해가 더 발생하는 것일까? 자기우대 행위가 갖는 위법성의 징표를 정확히 포착할 수 있는 이론적 배경은 무엇일까?

이 글은 이러한 문제의식을 바탕으로 ① 자사우대 규제에 관한 유럽과 미국의 동향을 개괄적으로 살펴보고 ② 기존 경쟁법 이론에 기반한 자사우대 규제 논의를 소개한 다음 ③ 국내

* 본 글은 필자가 소속된 법무법인의 공식 견해와 무관함을 밝힙니다.

1) 정인석, 디지털 플랫폼의 규제와 경쟁정책에 관한 고찰, 산업조직연구 제29집 제2호(2021), 31쪽.

공정거래법 적용에 있어 고민할 시사점을 차례대로 지적하고자 한다.

II. 대형 온라인 플랫폼 사업자의 자사우대 행위 규제 동향

1. EU: 구글 쇼핑 사건과 '게이트키퍼' 규제

(1) 구글 쇼핑 사건²⁾: 수직통합 플랫폼 사업자의 자사우대 규제 사건

EU 집행위원회는 2017년 구글의 서비스 중 두 가지 영업 방식을 문제로 삼았다. 하나는 구글이 '판다(Panda) 알고리즘'이라는 검색 알고리즘을 적용하면서 타사의 비교쇼핑 서비스 노출 순위를 떨어뜨린 행위였다. 이 알고리즘에 따르면, 다른 웹사이트 내용을 스크랩하거나 복사하는 웹사이트, 즉 독자성이 낮은 콘텐츠의 노출 순위는 낮아진다. 그에 따라 다른 쇼핑 서비스에 이미 게시된 상품을 비교해서 보여주는 타사의 비교쇼핑 서비스도 검색 결과에 노출이 덜 된다.³⁾ 문제된 또 다른 행위는, 구글 쇼핑 서비스 제휴 상품이 일반 검색 결과에서 다른 상품보다 눈에 띄는 '쇼핑 유닛(shopping unit)' 형태로 표시된 것이었다. 이 검색 결과는 판다 알고리즘의 적용을 받지 않으며, 다른 비교쇼핑 서비스와 달리 사진, 부가 정보, 가격 표시가 함께 전면 노출된다.⁴⁾ EU 집행위원회는 이러한 구글의 영업 방식이 "자사의 수직(vertical) 검색 서비스를 우대하는 배치(preferential placement)로서 경쟁 서비스를 배제한다"고 판단하고,⁵⁾ 약 24억 유로의 과징금과 시정명령을 부과하였다.

주목할 점은 EU 집행위원회가 구글의 행위를 유럽기능조약(the Treaty on the Functioning of the European Union; TEFU) 제102조에 열거된 행위 유형, 예를 들어 거래 조건 차별이나 끼워팔기 행위로 특정하지 않고, "현 시장에서의 지배적 지위를 인접시장으로 확장하면 남용 행위가 성립할 수 있다"는 일반론만 언급하였다는 사실이다.⁶⁾ '거래상대방에 대한 동등한 거래'가 전제되어야 하는 거래 조건 차별 행위⁷⁾나, '계약 체결'을 전제로 하는 끼워팔기 행위는 '자사 서비스 우대'가 핵심인 이 사건에 적용하기는 어려웠을 것으로 이해된다. 이 사건은

2) GoogleSearch (Shopping), Case AT. 39740 (2017).

3) Ibid., paras. 349-358.

4) Ibid., paras. 370-372.

5) Ibid., para. 32.

6) Ibid., paras. 334, 649.

7) "(c)applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage."

기획: 온라인 플랫폼 산업과 경쟁법적 규제

EU가 대형 온라인 플랫폼 사업자의 자기우대 행위 규제를 입법화하는 결정적 계기가 된다.

(2) EU 플랫폼 규칙과 디지털시장법(DMA)

EU는 2019년 ‘온라인 플랫폼 시장의 공정성 및 투명성 강화를 위한 이사회 규칙’(이하 ‘EU 플랫폼 규칙’이라 한다)을, 2020년 「디지털시장법(Digital Markets Act)」(DMA) 안을 각각 제정하였다.

EU 플랫폼 규칙의 핵심은, 온라인 플랫폼 사업자의 지위 남용 행위를 직접적으로 규제하지 않고, 거래상대방에게 투명하고 구체적인 설명 의무를 부과하는 방식으로 ‘사전’ 규제를 하는데 있다. 규제 대상은 온라인 중개 서비스 제공자(오픈마켓, 앱스토어, SNS)와 검색엔진 사업자이며, 시장지배적 사업자에 국한되지 않는다. EU 플랫폼 규칙에 따르면, 이들 사업자는 플랫폼 이용 사업자와의 거래 조건을 사전에 약관으로 명시하고, 약관에 ‘노출 순위에 영향을 미치는 요소’, ‘특정 이용자에 대한 차별 의무 및 차별에 대한 근거’ 등을 제시해야 한다.⁸⁾ 예를 들어, 소비자 접근에 영향을 주는 설정 차이가 있는지, 플랫폼 이용에 지불해야 하는 비용에 차이가 있는지 여부 등 차별적 대우의 내역과 그 근거가 되는 경제적·상업적·법적 고려 사항이 기재되어야 하는 것이다.⁹⁾

DMA는 ‘핵심 플랫폼 사업자’(Core Platform Service)의 게이트키퍼(gatekeeping) 규제에 초점을 맞춘다.¹⁰⁾ 일정 규모 이상의 게이트키퍼 플랫폼 사업자는¹¹⁾ 자사 서비스 또는 제품의 우대 행위가 금지된다. ① 이용자가 사전 설치된 서비스를 삭제(un-installing)하고 자신이 원하는 서비스를 선택할 수 있도록 해야 하고 ② 디스플레이, 등급, 연결(linking) 등 모든 형태로 중요성(prominence)을 표시하는 랭킹에 있어 법적·상업적·기술적 측면에서 자신 또는 같은 소속 기업집단에 유리하도록 차별화하거나 자기우대적 조치를 해서는 안 된다.¹²⁾

EU 플랫폼 규칙이 온라인 플랫폼 사업자와 플랫폼 이용 사업자와의 거래관계(P2B)를 약관으로 규율하는 규범이라면, DMA는 대형 온라인 플랫폼 사업자의 반경쟁적 행위를 규율하는 규범이라 할 수 있다. 공통적으로 ‘온라인 플랫폼 사업자의 자사우대 행위’를 억제하는 내

8) 이정란, 온라인 플랫폼 공정화법 제정안에 대한 검토, 경쟁법연구 제43권, 62쪽.

9) Regulation(EU)2019/1150 Article 7.

10) 최계영, 유럽연합 디지털 시장법안(Digital Market Act_DMA) 주요 쟁점 분석, 정보통신정책연구원, 2021, 4쪽.

11) 특정 양적 한도(thresholds)를 넘어서는 기업은 게이트키퍼로 추정하고, 양적 한도는 (a) 최근 3개 회계연도에 유럽 경제지역(EEA)에서 연간 매출액 65억 유로 이상 또는 지난 1년간 평균 시가총액(또는 이에 상응하는 공정시장 가치)이 650억 유로 이상으로, 적어도 3개 이상 회원국에서 핵심 플랫폼 서비스를 제공하고 (b) 지난 회계연도에 역대 월 4,500만 활성(active) 이용자 및 1만 이상 사업 이용자가 있으며 (C) 지난 3개 회계연도 각각에서 (b) 기준을 충족할 경우에 해당한다. 이에 해당하지 않더라도 향후 게이트키퍼가 될 가능성이 있는 사업체는 핵심 서비스 시가총액, 매출이나 이윤성장률 등을 고려하며, 2년 단위로 심사를 하여 지정할 수 있다(최계영, 위 논문 11~12쪽).

12) 최계영, 위 논문 15~16쪽.

2 온라인 플랫폼의 '자기우대'와 경쟁법상 쟁점

용이 담겨 있어, 온라인 플랫폼의 거래상대방 보호와 경쟁 보호의 측면 모두에서 자사우대를 문제 삼고 있음을 알 수 있다.

2. 미국: 반독점 규제 패키지 법안과 빅테크 규제

(1) 미국 하원의 반독점 규제 패키지 법안 발의

미국 하원 반독점소위원회¹³⁾는 지난 2020년 10월 6일 빅테크 기업의 반독점협의를 조사한 '디지털 시장 경쟁 조사 보고서'¹⁴⁾를 발표하였다. 이 보고서는 약 16개월 동안 최고경영자 청문회와 자료 조사 등을 바탕으로 'GAFA(Google, Apple, Facebook, Amazon)'의 사업 전략과 시장 현황 등을 분석한 후 경쟁제한 행위를 지적하였고, 그 대표 사례로 구글의 '자사 콘텐츠나 광고를 유리하게 배치하는 행위'와 아마존의 '자사 제품을 검색 화면 상단에 배치하는 행위' 등을 명시하였다.

이후 미국 하원은 2021년 6월 11일 '역사상 가장 강력한 독점규제 입법'이라고 불리는¹⁵⁾ 5개 패키지 법안을 발의하였는데,¹⁶⁾ 이 법안은 4개 빅테크 기업을 정면으로 겨냥한다. 규제 대상 플랫폼(covered platform)의 규모를 ① 미국 내 월간 사용자 수(MAU) 5,000만 명 또는 사업자 수가 10만 명 이상이고 ② 플랫폼을 소유·지배하는 개인이나 법인의 연간 매출 또는 시가총액이 6,000억 달러를 초과하며 ③ 플랫폼에서 판매 또는 제공되는 제품과 서비스의 핵심 거래상대방(critical trading partner)인 플랫폼 사업자로 제한하였는데, 이 요건을 충족하는 기업은 GAFA 외에 발견하기 어렵기 때문이다. 대상 플랫폼은 연방거래위원회(FTC)나 법무부(DOJ)가 지정하고, 한번 지정되면 소유 또는 지배 구조의 변경과 무관하게 10년간 그 지위가 유지된다.

특히, 이 패키지 법안 중 「미국 온라인 시장의 혁신 및 선택에 관한 법률」이 대상 플랫폼 운영자(covered platform operator, 이하 'CPO'라 한다)의 자기우대를 직접 규제하는 법률이다. ① CPO 자신의 제품·서비스·사업을 타 사업자에 비하여 우대하거나 ② 타 사업자의 제

13) 정식 명칭은 '반독점법, 상법 및 행정법 소위원회(Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary)'이다.

14) Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations.

15) <https://cicilline.house.gov/press-release/house-lawmakers-release-anti-monopoly-agenda-stronger-online-economy-opportunity>

16) 법안의 공식 명칭은 '온라인 경제 강화: 기회, 혁신 그리고 선택(A Stronger Online Economy: Opportunity, Innovation, Choice)'이다. 세부적으로는 ① 미국 온라인 시장의 혁신 및 선택에 관한 법률(American Innovation and Choice Online Act) ② 플랫폼의 경쟁 및 기회에 관한 법률(Platform Competition and Opportunity Act) ③ 플랫폼 독점 종식에 관한 법률(Ending Platform Monopolies Act) ④ 서비스 전환 지원을 통한 호환성 및 경쟁 증진에 관한 법률(Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act: ACCESS Act) ⑤ 기업 인수합병 신청비용 현대화에 관한 법률(Merger Filing Fee Modernization Act)로 구성되어 있다.

기획: 온라인 플랫폼 산업과 경쟁법적 규제

품·서비스·사업을 배제하고 불이익을 주거나 ③ 서로 유사한 지위에 있는 사업자들을 차별 대우하는 행위는 금지된다.¹⁷⁾

「플랫폼 독점 종식에 관한 법률」은 한 발 더 나아가, CPO가 자신의 플랫폼을 사용하는 타 사업을 소유·지배하는 행위를 아예 금지한다. 예를 들어, CPO가 ① 제품·서비스의 제공 또는 판매를 목적으로 대상 플랫폼을 사용하거나 ② 대상 플랫폼에 대한 접근 또는 대상 플랫폼에서의 우대 조건으로 제품 또는 서비스를 제공하거나 ③ 이해 충돌을 발생시키는 다른 사업을 소유, 지배하거나 그에 대한 수익권을 갖지 못하게 하는 것이다. ‘이해 충돌’은 ① CPO가 대상 플랫폼이 아닌 다른 사업을 소유 또는 지배하고 ② 그로 인하여 CPO가 대상 플랫폼에서 자사 제품·서비스·사업을 경쟁사에 비하여 우대하거나, 경쟁사 또는 잠재적 경쟁자를 배제 또는 불이익을 받게 할 동기 및 능력을 갖게 되는 경우를 의미한다. 나아가, CPO가 소유 또는 통제하고 있는 타 사업체를 통하여 자신의 대상 플랫폼에서 제품이나 서비스를 실제로 제공한 사실이 없다 할지라도, 자기우대 또는 경쟁사 차별 행위를 할 ‘동기 및 능력’이 있으면 적용된다.

(2) 앱마켓 법률의 자사우대 금지 조항

2021년 8월에는 「오픈 앱마켓 법률(Open App Markets Act)」이 미국 상·하원에서 발의되었다. 미국 내 사용자 수가 5,000만 명을 초과하는 앱스토어를 보유하거나 운영하는 회사는, 앱스토어 또는 운영체제를 통하여 앱을 배포하는 조건으로 ① 대상 회사의 인앱결제 시스템 사용을 강제하거나 ② 다른 앱스토어와 동일하거나 유리한 조건 제공(MFN 조항)을 강제하는 행위 등 배타조건부적인 행위를 할 수 없고, 나아가 “앱스토어에서 대상 회사 또는 그 협력사의 앱을 부당하게 우대하거나 타사의 앱들보다 더 상위에 랭크하는 행위”가 제한된다.¹⁸⁾

17) 구체적인 내용은 다음과 같다.

- CPO 자신의 제품·서비스·사업과 관련하여 사용 가능한 플랫폼, 운영체제, 하드웨어 및 소프트웨어 기능 등에 대하여 플랫폼을 사용하는 사업자가 접근 또는 상호작용하는 것을 제한 또는 방해하는 행위
- CPO가 제공하는 제품 또는 서비스의 구매 또는 사용을 조건으로 대상 플랫폼에 접근하거나 또는 대상 플랫폼에서 우대해주는 행위;
- 사업자가 대상 플랫폼에서의 활동으로 인하여 획득한 비공개 정보를 CPO 자신의 제품 또는 서비스 제공에 사용하는 행위
- 사업자가 대상 플랫폼에서의 활동으로 발생시킨 데이터에 대하여 접근하는 것을 계약, 기술적 제약 등을 통하여 제한 또는 방해하는 행위;
- 대상 플랫폼 사용자들이 대상 플랫폼에 사전에 설치된 소프트웨어 등을 제거하는 것을 제한 또는 방해하는 행위;
- 사업자가 대상 플랫폼에서 거래 목적으로 사용자들에게 통신 정보 또는 하이퍼링크를 제공하는 것을 제한 또는 방해하는 행위;
- 검색, 랭킹 등을 포함한 대상 플랫폼의 모든 사용자 인터페이스(UI)와 관련하여, CPO 자신의 제품·서비스·사업을 다른 사업자에 비해 우대하는 행위;
- 사업자의 가격 책정에 개입 또는 이를 제한하는 행위;
- 사업자 또는 사업자의 사용자·고객이 다른 제품 또는 서비스와 상호작용하거나 연결하는 것을 제한하거나 막는 행위;
- 관련 법령의 위반에 대하여 신고한 사업자 또는 사용자에게 보복하는 행위

❑ 온라인 플랫폼의 '자사우대'와 경쟁법상 쟁점

이와 같이, 미국은 빅테크의 영업 활동에 대한 직접적이고 전면적인 규제를 시도하고 있으며, 특히 온라인 플랫폼 사업자의 자사우대를 경쟁제한 행위의 주요 유형으로 지목하고 있음을 알 수 있다.

III. 자사우대 규제의 이론적 배경과 논쟁

1. 시장지배력의 전이와 경쟁제한의 우려

(1) 미국과 EU의 시장지배력 전이 이론 적용의 차이

자사우대 행위 규제의 정당성은 한 시장에서 지배력을 갖는 사업자가 그 지배력을 레버리지(leverage)로 활용하여 다른 시장으로 지배력을 쉽게 '전이'한다는 우려에서 찾을 수 있다. 이른바 '시장지배력 전이' 이론이다. 이 이론은 1940년대에 미국에서 처음 등장하였는데, Griffith 사건과 Spectrum Sports 사건, Trinko 판결¹⁸⁾을 차례대로 거치면서 '두 번째 시장(인접시장)의 독점화 성공 확률이 위험할 정도로 높은 경우'에 한하여 시장지배력 전이를 인정하는 것으로 정리되었다.²⁰⁾ 이렇게 엄격한 요건이 제시됨에 따라 "연방대법원이 레버리지 이론을 사실상 포기했다"는 평가가 따랐다.²¹⁾ 호벤캠프(Hovenkamp) 역시 "인접시장(second market, adjacent market)에서 독점을 발생하게 하는 레버리지는 일반적으로 높은 가격이나 생산량 축소(품질 저하)를 결정하지 않고, 경쟁제한효과를 초래하는 경우에만 서면법 위반이 문제"될 수 있다고 하면서 "인접시장에 존재하는 다른 기업에 달갑지 않더라도 서면법이 다를 문제가 아니라, 계약 위반이나 상사불법 행위(business tort) 문제로 다루어져야 한다"고 지적한바 있다.²²⁾

EU 경쟁당국의 경우 미국보다 시장지배력 전이 이론을 적극적으로 수용한다. EU 집행위원회는 "한 시장에서의 지배적 지위를 하나 또는 그 이상의 인접시장으로 확장하는 행위"가 남용 행위가 될 수 있다고 하였고,²³⁾ EU 경쟁총국의 2019년 6월 보고서도 "수직통합사업자가 플랫폼 시장에서 지배적 지위에 있으면 상품시장이나 서비스 시장으로 지배력 전이가 될

18) H.R. 5017; S. 2710.

19) Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398.

20) Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice, 5 Edition(2016), p.427.

21) 주진열, 티브로드 사건에 대한 고찰: 시장지배력 전이 이론을 중심으로, 경쟁법연구 25권(2012), 261~262쪽.

22) Areeda Hovenkamp, Fundamentals of Antitrust Law (1994), 283~284쪽; 이재구, 공정거래법 이론, 해설과 사례, 119쪽에서 재인용.

23) Op. cit., paras. 334, 649.

수 있다”고 하였다.²⁴⁾ 다만, 유럽사법재판소(ECJ)는 보다 신중한 입장으로, Tetra Pak 사건에서 “시장지배적 지위 남용 행위가 성립하기 위해서는 ① 시장지배적 지위와 남용 행위 사이에 인과관계가 존재해야 하고 ② 시장지배적 지위가 존재하지 않는 인접시장에서 이루어진 행위로서 그 효과가 인접시장에서 발생하는 경우에는 시장지배적 지위와 남용 행위간 인과관계가 존재하지 않아 시장지배적 지위 남용 행위로 규율할 수 없는 것이 원칙”이라고 하면서, ‘특수한 상황(special circumstances)’이 존재하는 경우에만 예외적으로 규율할 수 있다고 선을 그었다.²⁵⁾

(2) 시장지배력 전이 이론의 한계와 온라인 플랫폼 사업의 적용

결국, 시장지배력 전이에 기반한 경쟁제한성 판단은 법리적으로나 보편적으로 널리 수용되는 이론이라고 평가하기는 어렵다. 시장지배력 전이의 관점에서 경쟁제한성을 지적하는 EU 경쟁당국도, 그 자체가 독자적인 위법 행위의 유형을 갖는다고 지적하기보다, 거래 거절이나 끼워팔기, 차별 취급이나 약탈가격 등 다양한 남용 유형을 레버리지의 관점에서 설명하는 ‘도구’적 개념으로 활용한다고 볼 수 있다.²⁶⁾

시장지배적 사업자의 사업 영역이 확장되면서, 인접시장에 영향력을 미칠 수 있다는 우려가 시장지배력의 ‘전이’로 이어지기 위해서는, 인접시장의 구체적인 경쟁 상황에 근거한 분석이 필요하다. 예를 들어, 우리 대법원은 시장지배적 지위 남용 행위의 부당성을 판단하는 기준으로서 “상품의 가격 상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 감소” 등 경쟁제한의 효과가 발생하거나 그러할 우려가 있는 사정을 제시하는데,²⁷⁾ 시장지배력이 행사되는 시장의 인접시장에서 이러한 판단 기준이 본질적으로 달라질 이유는 없을 것이다. 인접시장에 영향을 미칠 우려를 근거로 고도의 경쟁제한성을 추정할 경우, 시장지배적 지위를 행사하는 시장보다 인접시장에서 오히려 경쟁제한성이 쉽게 인정되는 모순이 발생할 수도 있다.²⁸⁾

온라인 플랫폼의 경우 참여자 증가에 필요한 한계비용이 적어 사업 확대가 용이하고, 공격적 마케팅과 저가(低價) 전략으로 시장점유율을 급격히 확대한 후 인접시장으로 진출하려는 유인을 갖는다. 이용자가 많아질수록 효용이 늘어나는 간접 네트워크(indirect network) 효

24) 장품, 박상진, ‘플랫폼 사업자의 자기우대 규제-EU 구글 쇼핑 사건을 중심으로’, 플랫폼 경쟁법, 64~65쪽.

25) Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II), Case C-333/94[1996] ECR I-5951.

26) 이봉의, 디지털 플랫폼의 자사 서비스 우선에 대한 경쟁법의 쟁점, 법학연구 제30권 제3호(2020. 9.), 379쪽

27) 대법원 2007. 11. 22. 선고, 2002두8626, 전원합의체 판결.

28) 장품, 박상진, 위의 논문, 74쪽.

❑ 온라인 플랫폼의 '자기우대'와 경쟁법상 쟁점

과를 통하여, 이용자들을 플랫폼에 고착화(lock in)하기도 한다. 이러한 특성으로 인하여 대형 온라인 플랫폼 사업자가 갖는 시장의 지배력이 인접시장에 영향을 미칠 때, 그 효과가 타 시장에 비하여 상대적으로 빠르고 강력하다는 우려가 제기될 수도 있다.

다만, 온라인 플랫폼에는 플랫폼 이용자들이 여러 플랫폼을 병행하여 이용하는 '멀티호밍(multi-homing)' 현상이 동시에 발생한다는 점도 고려할 필요가 있다. 모든 이용자가 복수의 플랫폼을 이용할 경우 한쪽 면의 이용자 입장에서 반대면의 이용자가 여러 플랫폼에 가입되어 있어, 어느 플랫폼을 이용해도 연결될 수 있다.²⁹⁾ 멀티호밍이 이용자의 플랫폼 고착화를 완화시키는 것이다. 플랫폼에 대한 소비자 선호가 다양해지고 플랫폼이 차별화된 기능을 제공하면서 틈새시장(niche market)이 형성되기도 한다.³⁰⁾ 우리의 시장 현황을 놓고 보면, 온라인쇼핑 시장에서 플랫폼 이용자들이 쿠팡과 네이버 쇼핑에만 전적으로 의존하는 것이 아니라, 식료품은 '마켓컬리', 인테리어는 '오늘의집', 의류는 '지그재그'나 '무신사' 등으로 취향, 연령, 플랫폼 특성 등에 따라 수요가 세분화된다.

결국, "시장지배력을 갖는 온라인 플랫폼 사업자가 인접시장으로 서비스를 확대할 경우 고착화된 이용자들은 따라갈 수밖에 없다"는 도식이 플랫폼 시장의 실질을 정확히 반영한다고 보기 어렵다. 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배력 전이에 대한 우려에서 출발한 '자사우대 규제'도 수직통합적 사업자가 인접시장에 미치는 영향력을 '경쟁제한적 속성'이 내재된 '전이'의 관점으로만 평가하지 않도록 신중한 접근이 필요하다.

2. 플랫폼 사업자의 '동등대우 의무'와 필수설비이론

(1) 온라인 플랫폼 사업자의 동등대우 의무 인정 여부

시장지배력 전이가 온라인 플랫폼 사업자의 '자사우대'가 시장에 미치는 경쟁제한 측면에서 논의된다면, '동등대우 의무'는 온라인 플랫폼 사업자의 지위와 행위 규범 차원에서 거론된다. "자사 상품과 서비스를 우대해서는 안 된다"는 금지 규범은, 온라인 플랫폼 사업자가 거래상대방을 '동등하게 대우할 의무'가 있음을 전제로 하기 때문이다. 구글 쇼핑 사건에서 EU 집행위원회도 시장지배적 사업자의 '특별 책임'(special responsibility)을 언급하면서, 시장지배적 플랫폼 사업자에게 동등한 경쟁 조건(level playing field)을 보장할 의무가 있다고 지적하였다.³¹⁾

29) 정진석, 위의 논문, 19쪽

30) 정진석, 위의 논문, 19쪽.

다만, 시장지배적 플랫폼 사업자에게 ‘부당하게 거래 조건을 차별하지 않을 의무’를 넘어서 ‘동등한 경쟁을 보장할 의무’까지 부과할 근거는 뚜렷하지 않다. ‘동등한 거래상대방을 합리적인 이유 없이 차별해서는 안 되는 의무’와 ‘자기 자신과 상대방을 동등하게 대우해야 할 의무’는 엄연히 구별되기 때문이다. 무엇보다 수직통합을 일구어 낸 사업자가 경쟁사업자와의 거래를 ‘거절’하는 것이 아니라, 자신의 기업 내 활동(in-house activities)를 ‘우대’하는 정도의 행위는 시장 참여자들이 합리적으로 예견 가능할 수 있는 범위 내에 있다고 볼 수 있다.³²⁾

(2) 필수설비이론의 적용과 한계

이처럼 유독 온라인 플랫폼 사업자에게 ‘동등대우 의무’가 부과되는 것은, 대형 온라인 플랫폼 사업자가 제공하는 서비스가 ‘필수설비(essential facilities)’의 성격과 유사하다는 시각에서 착안한 것으로 보인다. 구글 쇼핑 사건에서 구글도 자사의 일반 검색 서비스가 필수설비의 ‘필수성’ 기준을 충족하는 경우에만 경쟁 비교쇼핑 서비스에 상당한 비율의 노출을 제공할 의무가 인정될 수 있다고 항변한 바 있다.³³⁾

원래 필수설비이론은 특정 사업 영위에 필수적인 설비를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있는 사업자는, 다른 사업자가 특정 사업을 영위하기 위하여 정당한 대가를 지급하고 그 설비를 이용하고자 할 경우에 거절할 수 없다는 이론이다.³⁴⁾ 즉, ‘시장지배적 사업자의 부당한 거래 거절’을 규제하는 것에 목적이 있다.

그런데 만약 시장지배적 사업자가 제공하는 상품이나 서비스가 필수설비에 해당하여 거래 의무가 발생하더라도, 이를 ‘거래 개시’를 넘어 ‘동일하게 대우할 의무’로까지 확장할 근거가 부족하다. 더구나 ‘필수설비 사용의 거절 행위’가 엄격한 요건 하에서만 부당성이 인정되는 점을 고려하면(Bronner 판결),³⁵⁾ 거절 행위보다 위법성이 약한 ‘우대’행위를 더 완화된 요건 하에서 인정하는 결론은 모순되어 보인다. 이러한 맥락에서, 시장 서비스 사업자가 제공하는 서비스가 필수설비에 해당하더라도 ‘동등하게 대우할 의무’까지 발생할 수는 없고, ‘상업성이 있는(commercially viable)’ 사업을 영위하기에 충분한 접근을 허용하는 정도라면 족하다는 견해는 설득력을 갖는다.³⁶⁾

31) 장품, 박상진, 위의 논문 75~76쪽.

32) IbáñezColomo, “Self-Preferencing- Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, World Competition Volume 43, Issue 4(2020), pp. 5-15.

33) Paras, 645~652.

34) 임영철·조성국, 공정거래법, 법문사(2018), 51쪽.

3. 플랫폼 '중립성' 논쟁

온라인 플랫폼 서비스를 '필수설비'와 유사한 서비스로 접근하는 시각은, 근본적으로 플랫폼의 '중립성'에 대한 시각을 공유한다. '플랫폼 중립성(Platform Neutrality)'이란 플랫폼의 본질적 기능인 중개 서비스와 관련하여, 플랫폼 사업자에게 플랫폼에 참가하는 이용자를 비차별적으로 취급할 것을 요구하는 규범이다.³⁷⁾ 이렇게 플랫폼에 '중립성'을 요구하게 된 배경에는, 과거에 논의된 망 중립성과 검색 중립성의 관념이 영향을 미친 것으로 보인다. '망 중립성(Network Neutrality)'이란 공공 정보망의 효율성을 극대화하기 위해서는 모든 콘텐츠, 웹사이트, 그리고 플랫폼들이 동등하게 다뤄져야 한다는 원칙으로서,³⁸⁾ 특히 최종 이용자들이 인터넷에 접속하는 마지막 구간에서, 특정 콘텐츠나 데이터를 합리적인 이유 없이 차별적으로 취급해서는 안 된다는 원칙을 의미한다. 이와 유사하게 '검색 중립성(Search Neutrality)'은 인터넷 검색엔진이 사용하는 검색 알고리즘의 구조와 검색 결과에 있어서, 자신의 것과 다른 경쟁사업자 또는 하류사업자의 것을 차별하지 않는 것을 의미한다.³⁹⁾

플랫폼 중립성이 망 중립성과 검색 중립성에서 개념을 차용할 수 있을 정도로 동등한 층위의 개념이라고 보기는 어렵다. 플랫폼은 전통적으로 국가나 공공 분야에서 제공되는 '공적 설비'가 아니라, 시장에서 상품과 서비스가 유통되는 과정에서 발생한 거래상 '도구(tool)'에 가깝기 때문이다. 실제로 플랫폼에서 유통되는 상품과 서비스의 다양성만큼, 플랫폼 서비스도 무수하게 변용되고 발전하여 왔다. 숙박업중개시장, 음식배달중개시장, 온라인쇼핑시장, 앱스토어 시장은 모두 '온라인 플랫폼'을 통한 거래라는 공통점만 있을 뿐, 이용자의 특성, 경쟁 현황, 사업자들의 자유로운 진입 여부 등 여러 면에서 차이를 보인다. 온라인 플랫폼 사업자들은 '시장 내의 경쟁'이 아니라 '시장을 위한 경쟁'을 한다고 평가되는데,⁴⁰⁾ 이는 온라인 플랫폼에서 제공되는 서비스가 그만큼 다양하고⁴¹⁾ 지속적으로 변화한다는 사실을 뒷

35) Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigenvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Case C-7/97 (1998). 오스트리아의 일간지이자 오스트리아 전역에 신문 배송망을 갖춘 계열회사를 보유한 미디어프린트(Mediaprint)가 다른 일간지 회사인 오스카 브로너(Oscar Bronner)의 자사 배송망 이용 신청을 거절한 것이 시장지배적 지위 남용 행위[구 유럽공동체(EC) 조약 제86조 위반]에 해당하는지가 문제된 사안이다. 오스카 브로너는 필수설비이론을 근거로 법 위반 성립을 주장하였으나, 유럽공동체 법원은 미디어프린트의 신문 배송망이 '필수적(indispensable)'이라고 보려면 최소한 다른 신문 배송망의 출현이 '경제적으로 실현 가능(economically viable)'하지 않을 것이 요구되는데, 이러한 관점에서 미디어프린트의 거래 거절 행위가 시장지배적 지위 남용 행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.

36) SeaContainers v. Stena Sealink, case IV/34,689 (1994), OJ L 015.; Bo Vesterdorf, "Theories of self-preferencing and duty to deal - two sides of the same coin", Competition Law & Policy Debate, Volume 1 (2015), pp. 6-7.

37) 홍명수, "플랫폼 중립성의 경쟁법적 의의", 동아법학 제90호(2021), 116쪽.


38) Tim Wu, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", 2 Journal on Telecom and High Tech Law 141 (2003), 이상윤·이황, "검색 중립성과 경쟁법 집행 원리", 경쟁법연구 제40권(2019), 262쪽에서 재인용.

39) 이상윤·이황, 위의 논문 267쪽.

받침하는 것이기도 하다.

민간 영역에서 혁신과 경쟁을 통하여 서비스를 확장해 나가고 있는 온라인 플랫폼 분야에 서 ‘중립 의무’를 부과하는 것은 서비스의 실질에 부합하지 않고, 오히려 시장의 역동성에 저해가 되는 결과를 낳을 수 있다. 온라인 플랫폼이 말 그대로 온라인 플랫폼이라는 이유로 ‘자사의 서비스를 우대해서는 안 된다’는 행위 규범이 바로 도출될 수는 없는 것이다.

IV. 결론: 국내 공정거래법의 적용과 한계

이처럼 온라인 플랫폼의 자사우대 행위 규제가 그 세계적 흐름과는 별개로 경쟁법상 탄탄한 이론적 근거를 갖추고 있거나, 온라인 플랫폼 비즈니스의 본질을 정확히 포착하고 있는지는 의문이다. 미국의 규제는 ‘GAFA’라는 초대형 온라인 플랫폼 사업자의 독점적 시장 구조를 개혁하기 위한 ‘뉴 브랜드이즈(New Brandeis)’학파의 정치적 의지가 반영되었고,⁴²⁾ 유럽의 규제는 역내 유력한 디지털 플랫폼 기업이 없는 상태에서 미국 빅테크 기업의 진출을 견제하고 국가경쟁력을 보호하기 위하여 진행되는 측면을 무시할 수 없다.⁴³⁾ 우리 경쟁법의 입법과 집행에 있어 외국의 사례를 무비판적으로 대입하는 걸 경계해야 하는 이유이기도 하다. 오히려 국내 온라인 플랫폼 시장은 온라인 플랫폼에 기반한 새로운 비즈니스 모델이 지속적으로 탄생하고, 새로운 시장을 창출하기 위한 치열한 경쟁이 지속적으로 발생하는 현상이 관찰된다. 디지털 경제 부문의 성장과 혁신의 속도는 점차 빨라질 수밖에 없을 것이다. 입법 목적의 정당성과 별개로, 온라인 플랫폼 사업의 혁신성을 저해하지 않으면서도 공정한 거래 질서 확립에 효과적으로 기여하는 균형점을 찾기 위한 노력이 필요하다. 

40) 서정, 플랫폼의 시장획정과 시장지배력에 관한 쟁점, 경쟁법연구 제42권(2020), 7쪽.

41) 마빈 에모리(Marvin Ammori), “실패한 비유: 망 중립성 대 ‘검색’ 및 ‘플랫폼’ 중립성”, 경쟁법연구 제33권(2016), 394~396쪽.

42) 정영진, “리나 칸, 반독점역사의 종말론과 뉴브랜드이즈 운동”, 경쟁저널(2021. 8.).

43) 최계영, 위의 논문, 29쪽, 5쪽; 정인석, 위의 논문, 36쪽; Economist, “The EU unveils its plan to rein in big tech”. (2020. 12. 15)는 중국이 미국 플랫폼 진입을 원천적으로 차단하여 알리바바와 텐센트 같은 세계적 규모의 기업을 갖게 된 점을 유럽이 부러워한다고 평가하였다.