

競爭法研究

[第 39 卷]

2019. 5

韓國競爭法學會 編

法 文 社

구글 안드로이드 앱 선택재 행위에 관한 경쟁법적 고찰*

이민희, 박상진**

I. 들어가며

유럽연합 집행위원회(European Commission, 이하 'EU 집행위원회')는 지난 2018. 7. 구글이 일반 인터넷 검색시장에서 지배적 지위를 남용하여 EU 경쟁법을 위반하였다고 판단하고, 약 43억 4천만 유로 상당의 과징금을 부과하였다(이하 '본건 EU 결정').¹⁾ 이는 2017년 EU 집행위원회가 구글 비교쇼핑 케이스에 대해 부과한 과징금인 24억 2천만 유로의 두 배 가까이에 해당하는 금액이다.²⁾ 과징금 규모가 상당한 만큼 본건 EU 결정은 현재 경쟁법 분야 전문가들이 가장 관심을 가지고 있는 집행 사례 중 하나이다.³⁾

한국 공정거래위원회(이하 '공정위') 역시 과거 본건 EU 결정에서 문제된 구글 앱 선택재 행위와 관련하여 조사를 진행하였으나, 당시 구글의 국내 시장점유율이

* 이 글은 필자들의 개인적 견해이며 소속 법무법인의 입장을 대변하지 않는다.

** 법무법인(유한) 지평 변호사.

- 1) 본건 EU 결정(Commission Decision of 18 July 2018 in Case AT.40099-Google Android)의 의결서는 현재 공개되어 있지 않아 관련 내용은 EU 집행위원회 보도자료(European Commission-Press release, Antitrust: Commission fines Google € 4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine, Brussels, 18 July 2018)를 기초로 작성하였으며, 해당 부분에는 별도 각주를 기재하지 않았다.
- 2) 비교쇼핑 케이스[Commission Decision of 27 June 2017 in Case AT.39740-Google Search (Shopping)]에서 EU 집행위원회는 구글이 자신의 광고 링크와 서비스를 검색엔진에서 우선적으로 검색되도록 한 행위가 검색시장에서의 지배적 지위를 이용하여 다른 상품인 비교쇼핑서비스에 이득을 준 것으로서 TFEU 제102조에 위반된다고 판단하였다.
- 3) 최근 2019. 3. 20. EU 집행위원회는 구글이 검색광고와 웹사이트를 연결해주는 '애드센스 포 서치(AdSense for Search)' 서비스를 운영하면서 검색결과 페이지에 경쟁사의 검색광고가 놓이지 않도록 하거나, 제3자 웹사이트의 주요 공간에 구글 광고가 놓이도록 하는 등 행위를 한 것에 대하여도 약 14억 9,000만 유로의 과징금을 부과하였다(EU 집행위원회 보도자료, European Commission-Press release, Antitrust: Commission fines Google € 1.49 billion for abusive practices in online advertising, Brussels, 20 March 2019).

미미하고 경쟁제한성이 없다는 이유로 무혐의 처분을 내렸다.⁴⁾ 그러나 최근 공정위는 구글의 시장지배적 지위남용행위에 대한 규제의지를 확고히 표명하고 조사를 진행 중에 있다. 특히 최근 공정위 김상조 위원장은 진행 중인 공정위의 조사 대상이 궁극적으로 안드로이드 OS의 묶음판매(Bundling)이라는 점을 시사하였는데, 이는 본건 EU 결정에서 문제된 구글 앱의 선택재 행위와도 무관하지 않을 것으로 보인다.⁵⁾ 국가 또는 지역별로 구글의 시장지배적 지위 여하에 어느 정도 차이가 있기는 하지만, 구글의 영업행태는 전 세계적으로 유사한 양상을 보이고 있기 때문에⁶⁾ 선택재 행위 등에 관한 EU 집행위원회의 사실인정 및 법적 판단은 참고가치가 높다. 구글의 앱 선택재행위를 허용할 것인지는 우리 학계와 IT 산업계에 큰 파장을 불러올 수 있는 이슈로서 국내에서도 EU 집행위원회가 결정을 내리기 전부터 이에 대한 논의가 시작되었다.⁷⁾ 본건 EU 결정의 의결서가 일반에 공개되지 않아 보도자료를 통해 내용을 확인할 수 있을 뿐이기는 하나, 현재 시점에서 본건 EU 결정에서 문제된 구글의 행위를 살펴보고 논의의 불씨를 지피는

-
- 4) 2011. 4. 당시 네이버(NHN)와 다음커뮤니케이션은 구글의 검색앱 선택재행위가 위법하다고 보고 구글을 제소하였으나, 공정위는 국내 검색시장에서 구글의 시장점유율은 선택재 이후에도 10% 안팎에 머문 반면 네이버의 점유율은 계속 70%대에 머물렀다고 하면서, 소비자가 네이버와 다음 앱을 쉽게 설치할 수 있어 대체제가 존재하고 경쟁이 제한되는 효과를 가져왔다는 증거를 찾지 못했다는 이유로 2013. 7. 무혐의 결론을 내렸다(이대호, “구글 앱 선택재에 칼 빼든 EU… 국내선 무혐의”, 디지털데일리(2016. 4. 21.), http://www.ddaily.co.kr/m/m_article.html?no=142572 (2019. 4. 13. 확인). 관련 내용은 이 글 III.이하에서 구체적으로 다룬다.
- 5) 윤진호, “구글 안드로이드 OS 끼워팔기 경쟁자 접근막아…조사할 것”, 매일경제(2019. 3. 17.), <https://www.mk.co.kr/news/economy/view/2019/03/159927/> (2019. 4. 13. 확인)
- 6) 러시아에서도 본건 EU 결정에서 문제된 구글의 행위가 이슈가 된 바 있다. 2015. 9. 러시아 경쟁당국(Federal Antimonopoly Service)은 구글이 모바일기기 제조사들에게 구글 앱을 의무적으로 설치하도록 하고 경쟁사 앱은 사전 설치하지 않도록 하는 등 행위를 통하여, 시장지배적 지위를 남용하였다고 판단하였다(Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation, “FAS Russia decision and determination of 18 September 2015”, No 1-14-21/00-11-15). 미국에서는 2013. 1. 3. 구글이 검색 알고리즘을 조작하여 검색 결과를 왜곡함으로써 불공정한 경쟁방법 및 불공정하거나 기만적인 행위 등을 금지하는 FTC법 제5조를 위반하였는지가 문제된 ‘검색왜곡(search bias) 사건’이 무혐의로 종결되었으며(Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices In the Matter of Google Inc. FTC File Number 111-0163, January 3, 2013), 안드로이드 OS와 검색엔진의 관계에 대해서는 구체적으로 언급되지 않았다. 한편, 미국 FTC 위원장 조셉 시몬스(Joseph Simons)는 2018. 7. 18. 본건 EU 결정을 면밀히 살펴보겠다고(“We’re going to read what the EU put out very closely”) 발언함으로써 구글의 안드로이드 OS 관련 행위에 대한 조사 가능성을 시사하였다[“US: FTC to look closely at EU’s US\$5b Google fine”, CPI (July 19, 2018), <https://www.competitionpolicyinternational.com/us-ftc-to-look-closely-at-eus-5b-google-fine/> (2019. 5. 6. 확인)].
- 7) 조현진, “구글의 시장지배적 지위 남용여부에 대한 법적연구—최근 유럽연합 집행위원회의 판단을 중심으로—”, 『한국법정책학회』 제17집 제3권(2017), 461면.

것은 규제당국과 법원의 정합성 있는 판단 및 사업자들의 리스크 판단과 대비에 나름의 의의가 있을 것으로 생각한다.

이 글에서는 본건 EU 결정의 구체적 내용을 살펴본 뒤, 우리나라에서 해당 구글의 행위를 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’) 위반으로 규제할 경우 문제될 수 있는 쟁점들을 짚어보기로 한다.

II. 본건 EU 결정의 내용 및 관련 논의

1. 본건 EU 결정의 대상행위

EU 집행위원회는 구글이 안드로이드 기기 제조사(Android device manufacturer)와 모바일이동통신망사업자(Network operator)에 대하여 한 아래 3가지 행위를 문 제삼았다.

① 제조사가 구글로부터 구글 앱스토어(play store, 이하 ‘플레이스토어’) 사용을 허가(licensing)받기 위해서는, 구글 검색앱과 크롬브라우저를 선택제하여야 한다는 조건을 부여한 행위

② 구글 검색앱을 배타적으로 선택제하는 조건으로, 특정 대규모 제조사와 모바일이동통신망사업자에게 인센티브를 지급한 행위

③ 구글 앱 선택제를 원하는 제조사들에게 구글이 승인하지 않은 안드로이드 대체버전(Android forks, 이하 “안드로이드 포크”)을 운영시스템으로 하는 모바일기기를 판매하지 못하도록 한 행위⁸⁾

위 첫 번째 행위는 앱결합판매행위로서, 소위 “끼워팔기”라고 지칭된다.⁹⁾ 주된 품목인 구글 플레이스토어에 대한 허가 조건으로 종된 품목인 구글 검색앱과 크롬브라우저를 함께 탑재하도록 한 행위이다. 이는 구글이 앱스토어 시장의 지위를 이용하여 검색시장에서의 지위를 강화하고자 한 행위로 이해된다. 두 번째 행위는

8) 안드로이드 포크란, 구글이 공개한 안드로이드 OS의 소스코드(source code)를 바탕으로 구글 외의 제3자가 만든 안드로이드 대체버전을 의미한다.

9) 결합판매행위에는 주된 상품에 종된 상품이 결합되어 판매되는 끼워팔기(tying)와 주된 상품과 종된 상품의 구분 없이 두 개 이상의 다른 제품을 하나로 묶어서 단일 가격으로 판매하는 묶음판매(bundling) 등이 있다. 본건 EU 결정에서의 앱 결합판매행위는 구글 플레이스토어를 주된 상품으로 한다는 점에서 끼워팔기에 해당한다고 판단된다.

배타적 거래를 위해 금전적 인센티브를 제공한 행위로서, 역시 구글의 검색시장에서의 지위를 강화하기 위한 행위에 해당한다. 마지막 행위는 제조사들에게 안드로이드 포크를 기반으로 하는 모바일기기를 판매하지 못하도록 구속조건을 두어 거래한 행위로서, 첫 번째 및 두 번째 행위가 검색시장에서의 지위 강화를 위한 행위인 것과 달리, 모바일 OS 시장에서 구글의 지위를 공고히 하는 것에 초점을 둔 행위로 보인다.

그러나 본건 EU 결정의 대상이 된 세가지 행위를 완전히 분리하여 보는 것은 적절하지 않은 측면이 있다. EU 집행위원회의 경쟁정책책임자인 마그레테 베스타거(Margrethe Vestager)는 구글의 위 세가지 행위가 “안드로이드 기기 사용이 구글 검색엔진 사용으로 이어지도록 하기 위해” 이루어졌다고 하면서, 구글이 모바일 OS인 안드로이드를 수단으로 하여 일반 인터넷 검색시장에서의 지위를 공고히 하였다고 판단하였다. 즉, EU 집행위원회는 위 세가지 행위가 구글의 인터넷 검색 시장에서 지배적 지위를 공고히 하기 위한 하나의 목적 하에서 이루어졌다고 본 것이다. 세 번째 행위가 그 자체로는 모바일 OS 시장에서의 지위를 공고히 하고자 한 행위로 보이나, 모바일 OS 시장에서의 지위는 결국 검색시장에서의 지위 강화를 위한 수단으로 사용되고 있기 때문인 것으로 이해된다.

다만, 국내 사업자의 안드로이드 포크 개발은 활발하지 않아 본건 EU 결정의 대상이 된 세 번째 행위는 국내시장 및 국내 사업자들에게 미치는 영향이 제한적일 것으로 보인다. 이에 공정위가 문제삼을 가능성은 낮다고 판단된다. 이 글은 본건 EU 결정에서 문제된 구글의 행위가 우리 공정거래법상 어떻게 규제될 수 있는지를 살펴보는 데 그 목적이 있으므로, 본건 EU 결정의 내용 중 첫 번째 및 두 번째 행위에 초점을 맞추어 살펴보기로 한다.

2. 구글의 시장지배적 지위 존재여부

EU 집행위원회는 구글이 유럽경제지역(European Economic Area, 이하 ‘EEA’) 일반 인터넷 검색시장, 전 세계(중국 제외) 라이선싱이 가능한(licensable) 모바일 OS 시장, 안드로이드 모바일 OS용 앱스토어 시장에서 지배적지위를 가지고 있다고 인정하였다.

(1) 일반 인터넷 검색시장

EU 집행위원회는 구글이 대부분 EEA 국가에서 일반 인터넷 검색시장 점유율의 90% 이상을 차지하여 시장지배적 지위가 있다고 보았다. EU 집행위원회는 이미 2017년 비교쇼핑 케이스에서 구글이 EEA 각국의 일반 인터넷 검색시장에서 90% 이상의 시장점유율을 보유하고 있고 해당 시장에는 높은 진입장벽이 존재한다고 인정한 바 있다.¹⁰⁾

검색서비스 사업을 영위하기 위하여는 상당한 R&D 비용과 노하우가 필요하고, 새로운 투자가 지속적으로 이루어져야 하는 바, 이러한 특성은 상당한 진입장벽으로 작용할 수 있다.¹¹⁾ 실제 일반 인터넷 검색시장은 현재 세계적으로 3-4개 사업자가 과점구도를 형성하고 있으며, 위 시장에서의 신규진입은 현실적으로 쉽지 않다고 알려져 있다.¹²⁾

(2) 라이선싱이 가능한(licensable) 모바일 OS 시장

구글은 최초에 인터넷 검색시장에서의 지위를 확보하였고, PC에서 모바일로 변화하는 시장흐름을 파악하고 구글 검색을 모바일에서도 계속 이용하도록 전략을 수립하였다. 이를 위하여 구글은 2005년 안드로이드 모바일 OS 개발사를 인수하고 계속해서 개발하였으며, 2007년 런칭 이후 안드로이드는 전 세계 모바일 OS 시장에서 독보적 존재가 되었다. 구글은 제3의 모바일기기 제조사와 라이선스 계약(license agreement)을 체결함으로써 그들이 제조한 기기에서 안드로이드 OS를 구동하도록 하는 바, 안드로이드는 ‘라이선싱 가능한(licensable) OS’라고 불린다. 중국을 제외한 전 세계의 라이선싱이 가능한 모바일 OS 시장점유율의 95% 이상을 구글 안드로이드 OS가 차지하고 있다.

EU 집행위원회는 시장지배적 지위 판단을 위한 시장 획정 시, ‘라이선싱이 가능한(licensable)’ 모바일 OS 시장을 구분하여 별도로 획정하였다. 제3의 기기 제

10) Commission Decision of 27 June 2017 in Case AT.39740-Google Search (Shopping).

11) 최난설현, “인터넷 검색시장에서의 공정성 문제-Google 사례를 중심으로-”, 경제법연구 제14권 3호(2015), 99면.

12) 조성국·이호영 “인터넷 검색사업자의 경쟁법적 규제에 관한 연구-검색중립성 논의와 규제사례 및 그 시사점을 중심으로”, 경쟁법연구 31권(2015. 5.), 273면.

조사에게 라이선싱이 허락되지 않고 수직 통합된 개발사에게만 독점적으로 권한이 부여되는 애플의 iOS 및 블랙베리와, 라이선싱이 가능한 구글의 안드로이드 OS는 경쟁관계에 있지 않다고 본 것이다. 이에 대하여 구글은 애플의 iOS가 안드로이드 OS의 경쟁자이므로 EU 집행위원회가 구글의 시장지배적 지위 판단 시 근거로 삼은 구글 안드로이드 OS의 ‘라이선싱이 가능한’ 모바일 OS 시장에서 시장점유율은 잘못되었다고 주장한다.¹³⁾ 최종 소비자의 입장에서는 애플 iOS를 OS로 하는 기기와 구글 안드로이드를 OS로 하는 기기 중 하나를 선택할 수 있다는 점에서 이들 기기는 경쟁관계에 있다고 볼 수 있다. 그러나 실제 구글과 거래하는 기기 제조사 입장에서는 라이선싱이 허락되지 않는 애플 iOS를 OS로 선택하는 것은 현실적으로 가능하지 않다. 따라서 구글 안드로이드와 iOS와 대체가능성이 없어 같은 시장의 참여자로 보기 어려운 바, EU 집행위원회는 ‘라이선싱이 가능한’ 모바일 OS 시장을 구분하여 획정하였다.

모바일 OS의 경우 네트워크 효과에 의하여 진입장벽이 높아지는데, 특정 OS의 이용자수가 증가할 경우 해당 OS에서 이용가능한 소프트웨어의 개발이 늘어나 이용자가 편익을 얻게 되고, 그 결과 해당 OS의 시장지위가 자연스럽게 공고해지는 것이 그 예이다.¹⁴⁾ 구글의 경우에도 많은 이용자들이 안드로이드를 OS로 사용하게 되면서, 안드로이드를 기반으로 하는 앱이 다수 개발되었고, 그로 인해서 더 많은 이용자를 끌어들이는 네트워크 효과가 발생하였다. 이는 진입장벽으로 작용하여, 안드로이드는 라이선싱 가능한 모바일 OS 시장에서 지배적 지위를 유지하고 있다.¹⁵⁾

(3) 안드로이드 모바일 OS용 앱스토어 시장

구글은 모바일 OS 시장에서의 지위를 바탕으로 앱스토어 시장에서도 쉽게 경쟁상 우위를 차지할 수 있었다. 앱은 해당 앱이 구동되는 OS에 기반을 두고 개발

13) Kent Walker, “Android: Choice at every turn”, 구글 공식 블로그(2016. 11. 10.), <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/android-choice-competition-response-europe> (2019. 4. 13. 확인).

14) 홍동표·이선하·장보운·이미지·권정원, “디지털 시장의 특성과 경쟁법 적용: 이론과 사례 분석”, 2018년 법·경제분석그룹(LEG) 연구보고서(2018. 12.), 6면.

15) 성공적인 라이선싱 가능한 모바일 OS의 개발을 위해서는 상당한 자원의 투입이 요구된다는 사실 역시 진입장벽을 높이는 요소이다.

되므로, 안드로이드용 앱과 애플 iOS용 앱은 다르게 개발되어 각각의 전용 앱스토어에서 판매된다. 또한 애플 iOS용 앱스토어는 iOS 기반 기기에서만 이용이 가능하며 안드로이드 기기에서는 구동이 되지 않는다. 따라서 구글 플레이스토어와 애플 앱스토어 간에는 경쟁이 이루어지지 않으며, ‘안드로이드 모바일 OS용’ 앱스토어 시장이 별도로 확정된다.

구글의 앱스토어인 플레이스토어는 안드로이드 모바일 OS에서 가장 용이하게 사용할 수 있는 앱스토어로서 대부분의 안드로이드 기기에 선택재되었고, 시간의 흐름에 따라 쏠림현상은 강화되어 구글 플레이스토어의 시장점유율은 더욱 높아지고 있다. 현재 안드로이드 모바일 OS를 기반으로 한 기기의 이용자들이 사용하는 앱의 90% 이상이 구글의 플레이스토어를 통해 다운로드 되며, 플레이스토어에서 다운로드 받을 수 있는 앱의 수는 경쟁 앱스토어의 수배에 이른다. 더욱이 구글은 자신이 개발한 앱의 경우 자신의 앱스토어인 구글 플레이스토어에서만 판매하며 다른 앱스토어에서는 판매하지 못하도록 하는 바, 구글 플레이스토어의 시장에서의 지위는 더욱 강화되고 있다.¹⁶⁾

3. 구글의 시장지배적 지위 남용여부

시장지배적 지위를 가진 것 자체가 EU 경쟁법 위반은 아니지만, 시장지배적 지위를 가진 사업자는 그러한 자신의 지배적지위를 남용하여 경쟁을 제한해서는 안 될 책임이 있다. 유럽법원은 시장지배적 지위 사업자에게 특별한 의무(special responsibility)를 부과하고 엄격하게 경쟁법을 적용하고 있다.¹⁷⁾

유럽연합은 유럽연합의 기능에 관한 조약(Treaty on the Functioning of the European Union, 이하 ‘TFEU’)을 통해 기업의 반경쟁적 행위를 규제하고 있다.

16) Benjamin Edelman and Damien Geradin, “Android and competition law: exploring and assessing Google’s practices in mobile”, European Competition Journal(2016. 10.), 6면.

17) Case 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 3461. 네덜란드의 트럭, 버스 등에 사용되는 교체용 새타이어(new replacement tyres for lorries, buses and similar vehicles) 시장에서 지배적 지위에 있는 미쉐린(Michelin) 사가 타이어 소매상들에게 판매 목표 달성에 따른 리베이트를 지급한 것이 문제된 사안에서, 유럽법원은 “시장지배적 지위에 있는 사업자는 지위획득의 원인과 상관 없이 시장의 경쟁을 약화시키거나 왜곡하지 않을 특별한 의무가 있다(irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition in the common market)”고 판시하였다.

TFEU 제102조는 시장지배적 지위남용행위를 규제하며, 이에 따라 시장지배적 지위가 인정되는 사업자가 해당 지위가 있는 시장에서나 혹은 다른 시장에서 이를 남용하여 경쟁을 해하였다면, TFEU 위반으로 규율된다. EU 집행위원회는 구글이 일반 인터넷 시장에서 지배적 지위를 강화하기 위한 목적으로 각 남용행위를 하였다고 판단하였는데, 아래에서 그에 대해 구체적으로 살펴본다.

(1) 앱 결합판매행위

– 제조사가 구글로부터 플레이스토어 사용을 위한 라이선스를 받기 위해서는, 구글 검색앱과 크롬 브라우저를 선택재하여야 한다는 조건을 부여한 행위

구글은 EEA에서 판매되는 거의 모든 안드로이드 기기에 구글 검색앱과 크롬 브라우저를 선택재하였다. 이는 구글이 모바일기기 제조사에게 플레이스토어 사용을 위한 라이선스 제공 조건으로 검색앱과 크롬 브라우저 선택재를 요구함으로써 이루어졌다. 이에 구글이 플레이스토어에 구글 검색앱과 크롬 브라우저를 끼워팔기한 것인지 문제된다. 대부분 끼워팔기는 주된 상품시장에서 시장지배력을 지닌 사업자가 이를 이용하여 종된 상품을 구입하도록 강제하는 행위로 나타나는데, 종된 상품 시장에서의 경쟁이 제한되거나 소비자 선택권이 침해될 수 있어 문제된다.¹⁸⁾ EU 집행위원회는 특정사업자의 시장지배적 지위가 인정되고 별개의 상품에 대한 끼워팔기 행위가 존재한다면, 객관적 정당화 사유가 없는 한 시장에 대한 구체적 분석 없이도 남용행위를 인정하고 있다.¹⁹⁾

TFEU 제102조의 (d)는 끼워팔기를 남용행위의 예로 구체적으로 명시하고 있으며, TFEU 제102조를 구체화한 「시장지배적 지위남용행위의 규제에 대한 지침」(Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 이하 'EU 시장지배적 지위남용행위 지침')에서는 시장지배적 사업자가 끼워팔기나 묶음판매를 이용하여 경쟁자를 배제할 수 있다고 규정하고 있다(IV. B.). 이에 설사 두 제품이 실제 함께 사용될 수 있거나 두 제품간 자연스러운 연결점이 존재하는 경우라 하

18) 홍인정, “모바일 플랫폼 중립성 연구—구글의 검색 서비스 사전탐재에 대한 규제 필요성 검토—”, 2012년 고려대학교 석사학위 논문(2012. 12.), 22면.

19) Alison Jones and Brenda Sufrin, “EU Competition Law”, Fourth edition, Oxford, 2010, 459면.

더라도 끼워팔기는 TFEU 제102조에 위반되는 남용행위에 해당할 수 있다는 것이 EU 판례의 태도인 것으로 보인다.²⁰⁾ 본건에서 끼워팔기의 위법성 판단 시에는 구글이 제조업체들로 하여금 자신의 서비스나 안드로이드 시스템을 채택하도록 강요하였는지, 그리고 이로 인해 경쟁을 해하였는지 여부가 쟁점이 된다.²¹⁾ 즉, 안드로이드를 OS로 하는 모바일기기의 제조사로서는 구글의 요구를 받아들일 수밖에 없는 입장이었던 것인지를 살펴야 하고, 시장의 구체적 데이터를 분석하여 경쟁을 해하는 결과를 가져왔는지 확인하여야 하는 것이다.

먼저, 모바일기기 제조사가 구글의 선택재 요구를 받아들일 수밖에 없었는지와 관련하여, 구글은 제조사들이 얼마든지 구글 검색앱과 크롬브라우저에 대한 선택재 요구를 거절할 수 있다고 주장해 왔다. 구글이 선택재 조건을 두더라도 해당 조건을 받아들일지 말지는 전적으로 계약상대방의 자유라는 것이다. 이는 이론적으로 사실이지만, 현실을 충분히 반영한 이야기라고 하기 어려운 측면이 있다.²²⁾ 소비자는 각종 앱을 설치하기 위하여, 최소한 구글의 플레이스토어가 기기에 탑재되어 있기를 원한다. 특히 소비자는 앱스토어를 스스로 다운로드 할 합법적 경로가 없기 때문에, 앱스토어가 탑재되어 있지 않은 휴대폰과 태블릿을 원하는 소비자는 거의 없다고 볼 수 있다. EU 집행위원회는 이처럼 앱스토어가 ‘반드시 있어야만 하는(must-have)’ 앱이기 때문에, 제조사로서는 구글 앱스토어인 플레이스토어 사용을 위한 라이선스를 부여받기 위하여 구글이 제시한 조건을 받아들일 수밖에 없었다고 판단하였다.

다음으로 구글 검색앱 및 크롬브라우저 선택재가 경쟁을 해하는 결과를 가져왔는지와 관련하여, 구글은 제조사가 구글 검색앱과 크롬브라우저의 선택재 조건을 받아들였다 하더라도 제조사가 이후 다른 경쟁사의 앱도 추가로 탑재할 수 있다는 점을 지적해 왔다. 즉, 제조사가 경쟁사의 앱을 추가할 수 있는 한, 선택재 조건을 부과하더라도 그 자체로 경쟁제한적 효과를 가져온다고 보기는 어렵다는 것이다. 그러나 제조사로서는 구글 앱을 선택제한 이상 경쟁사 앱에 대하여 배타적 탑재 혹은 주요 위치 탑재를 제안하기 어렵고, 구글과의 배타적 탑재 약속 혹은 기술적 문제 등으로 인해 경쟁사 앱을 설치하기 어려운 경우도 있다. 따라서 제

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

21) 조현진, 앞의 글, 464면.

22) Benjamin Edelman and Damien Geradin, 앞의 글, 8면.

조사들이 구글 외 경쟁사 앱을 동등하게 탑재할 수 있다고 확신하기는 어렵다.²³⁾

검색앱과 웹브라우저는 이용자가 모바일 검색을 하는 데 있어 주요한 접근경로이다. 구글의 웹브라우저인 크롬브라우저에는 구글써치(Google Search)가 기본검색엔진으로 정해져 있다. EU 집행위원회는 모바일기기 이용자들의 현상유지편향(status quo bias) 때문에, 이용자들이 선택재된 앱을 주로 사용하며 그와 기능적으로 동일한 경쟁사업자의 앱은 거의 다운로드 하지 않는 경향성을 보인다고 보았다. EU 집행위원회 조사에 따르면 윈도우 기반 모바일기기와 비교할 때, 안드로이드를 기반으로 한 모바일기기에서 구글 검색앱의 이용율이 높다는 것이 발견되었다.²⁴⁾ 이에 대하여 EU 집행위원회는, 윈도우 기반 모바일기기와 달리 안드로이드 기반 기기에는 구글 검색앱이 선택재되어 있기 때문으로 해석할 수 있다고 보았다.

EU 시장지배적 지위남용행위 지침에 따르면, 시장지배적 사업자가 경쟁제한적 행위를 하였다 하더라도, 이를 정당화할만한 객관적 사유가 있는 경우에는 남용행위가 인정되지 않을 수 있다. 예를 들어, 해당 행위가 객관적으로 필요한 행위이거나 실질적인 효율성이 반경쟁적 효과보다 크다는 것이 증명되는 경우에는 위법한 시장지배적 지위 남용행위로 보지 않는다(III. D.).

이에 구글은 구글 검색앱과 크롬브라우저의 선택재는 불가피한 측면이 있다고 주장하였다. 특히 구글은 안드로이드 OS를 모바일기기 제조사에게 무료로 쓸 수 있도록 하고 있는 반면, 안드로이드 OS 개발 및 개선, 보안 등에는 많은 투자를 한 점을 언급하였다. 이에 대하여 EU 집행위원회는 구글이 플레이스토어만으로도 매년 수십억 달러가 넘는 수익을 가져가고 있다는 점, 검색앱과 광고 사업으로 엄청난 양의 데이터를 취득하고 있으며, 검색광고를 통해서도 상당한 수익을 내는 점 등을 지적하며 구글의 주장을 받아들이지 않았다. 구글은 검색앱과 크롬브라우저를 통해 수집되는 소비자들의 위치 및 검색정보 등이 구글 검색에 부속되는 온라인 광고 수입을 높여주기 때문에 자신의 검색앱 및 크롬브라우저를 선택재하여 보다 많은 소비자들에 대한 접근성을 높이고자 한다고 알려져 있다.²⁵⁾

23) Benjamin Edelman and Damien Geradin, 앞의 글, 15면.

24) 구글의 검색앱과 크롬브라우저를 선택재한 안드로이드 OS 기반 모바일기기 이용자의 경우 95%가 구글 검색앱을 이용한 반면, 마이크로소프트의 검색앱을 선택재한 윈도우 기반 모바일기기 이용자의 경우에는 25%만이 구글 검색앱을 이용하였다.

25) 오승환, “빅데이터 연관 산업의 경쟁제한적 관행 개선을 위한 경쟁법 적용의 타당성 연구”, 2018년

구글은 선택제에 따라 더 많은 무료서비스를 라이선스 비용을 부과하지 않고 제공하였으며, 끼워팔기의 효율성으로 인하여 경쟁제한적 효과는 상쇄된다고 주장하기도 한다.²⁶⁾ 물론 끼워팔기가 보다 좋은 제품을 저렴하게 소비자에게 공급할 수 있는 효율적인 방식이 될 수 있음은 분명하다. 그러나 시장지배적 사업자가 이러한 행위를 하는 경우, 시장봉쇄효과가 발생할 수 있다. 본건의 경우, 구글 검색앱 및 크롬브라우저의 선택제는 앞서 언급한 바와 같이 경쟁사 검색앱 및 웹브라우저 다운로드 유인을 감소시키므로, 구글의 행위는 다른 경쟁 앱 개발자나 앱 서비스 제공자에 대하여 봉쇄효과를 발생시킬 수 있다. 결국, 구글은 검색앱과 크롬브라우저를 선택제 하여야 한다는 조건을 부여함으로써 안드로이드 이용자가 새롭고, 보다 혁신적인 모바일 검색엔진을 접하기 어렵게 만들었다고 볼 여지가 있다.²⁷⁾

EU 집행위원회는 구글의 검색앱 및 크롬브라우저 선택제 조건 부과 행위로 인하여, 경쟁자가 구글과 효과적으로 경쟁하지 못하게 되었으며 결론적으로 일반 인터넷 검색시장의 경쟁이 제한되는 효과를 가져와 경쟁법을 위반하였다고 판단하였다. EU 집행위원회는 구글 검색앱 선택제 요구행위의 경우 앱스토어 시장에서 구글이 지배적지위를 확보하였다고 인정되는 2011년 이래, 크롬브라우저 선택제 요구행위의 경우 구글이 선택제요구 대상에 크롬브라우저를 포함시킨 2012년 이래를 위법행위 기간으로 인정하였다.

(2) 배타적 선택제에 대한 인센티브 지급행위

— 구글 검색앱을 배타적으로 선택제하는 조건으로, 특정 대규모 제조사와 이동통신망사업자에게 인센티브를 지급한 행위

구글은 안드로이드 모바일기기에 자신의 검색앱을 배타적으로 선택제하는 것을 조건으로, 대규모 기기 제조사와 이동통신망사업자에게 상당한 금전적 인센티브를 지급하였다. 위 행위는 배타조건부거래(exclusive-dealing)의 성격을 가진 것으로 볼 수 있는데, EU 시장지배적 지위남용행위 지침에서는 시장지배적 사업자가 배

법경제분석그룹(LEG) 연구보고서(2018. 12.), 177면.

26) Kent Walker, 앞의 글.

27) Benjamin Edelman and Damien Geradin, 앞의 글, 2면.

타적 구매의무나 조건부 리베이트 등 배타적 거래를 통해 경쟁자를 봉쇄할 수 있다고 규정하고 있다(IV. A).

EU 집행위원회와 EU 사법재판소는 배타조건부거래의 성격을 가진 조건부 리베이트에 대하여 당연위법의 원칙(per se illegal)에 가깝게 위법성을 판단하고 있다고 평가되기도 한다.²⁸⁾ 이러한 점을 고려할 때, 시장지배적 지위를 가진 구글이 자신의 검색앱을 배타적으로 선택재하는 것을 조건으로 금전적 인센티브를 지급한 위 행위 역시 그 위법성이 쉽게 인정될 가능성이 있다.

본건에서 EU 집행위원회는 구글의 검색앱 선택재 조건부 인센티브 지급행위가 모바일기기 제조사와 이동통신망사업자로 하여금 구글 경쟁사의 검색앱을 탑재할 유인을 감소시켜 경쟁을 해하였다고 판단하였다. 결국 소비자들에게는 구글 외에 다른 선택지가 없게 되고, 그에 따른 손해를 입게 된다고 보았다.

앞서 언급한 바와 같이, EU 시장지배적 지위남용행위 지침에서는 시장지배적 사업자가 경쟁제한적 행위를 하였다 하더라도, 정당화 사유가 있는 경우에는 남용행위가 인정되지 않을 수 있다고 하고 있으므로(III. D.), 구글은 배타적 선택재에 대한 인센티브를 지급하는 것이 필수적이었다고 주장하였다. 제조사와 모바일 이동통신망사업자가 안드로이드 생태계를 위한 기기들을 제조하여야만 자신의 안드로이드 OS가 성공할 수 있기 때문에 위와 같은 행위를 한 것이라고 항변한 것이다. 그러나 EU 집행위원회는 이러한 구글의 주장을 받아들이지 않았다.

EU 집행위원회가 위 문제에 대하여 조사를 시작한 2013년 이후 구글은 검색앱의 배타적 선택재 요구를 서서히 줄여 나갔으며, 2014년에는 해당 행위를 중단하였다. EU 집행위원회는 EU 사법재판소의 인텔판결을 참고하여,²⁹⁾ 구글이 인센티브를 제공한 조건 및 규모와 기간, 인센티브 제공과 관련된 시장 점유율 등을 고려하여 위법행위의 기간을 2011년부터 2014년으로 인정하였다.

28) 정영진, ‘공정거래법상 시장지배적 지위남용의 기준: 미국/EU경쟁법의 몇 가지 시사점’, 2009년 하반기 법경제분석그룹(LEG) 연구보고서(2009. 12.), 22면.

29) Case C-413/14 P, Intel Corporation v. European Commission, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 September 2017. 이 판결에서 EU 사법재판소는 인텔이 지급한 조건부 리베이트의 경쟁제한성을 인정한 원심판결을 파기하면서, 시장지배적 사업자가 경쟁제한성을 다투는 경우에는 사업자의 시장지배력 행사범위, 해당 행위에 의한 시장점유율 변화, 리베이트의 조건과 방식, 기간과 수량, 시장에서 지배적 사업자와 동등하게 효율적인 경쟁사업자를 배제하기 위한 전략의 존재 등을 종합적으로 분석해야 한다고 판시하였다.

Ⅲ. 한국 공정거래법의 적용과 위법 인정 가능성

1. 공정위의 본건 관련 조사사례

공정위는 검색앱 등의 선택재 행위에 관해 이미 한 차례 조사를 한 적이 있다. 네이버(NHN)와 다음커뮤니케이션은 2011. 4. 구글이 스마트폰 제조사에 안드로이드를 공급하는 과정에서 초기화면에 기본검색으로 막대 형태의 구글 검색창을 탑재하여 모바일 검색시장에서 국내 포털업체의 경쟁 기회를 제한하고, 구글 검색앱이나 구글맵 등 검색 관련 앱을 선택재하여 다른 사업자의 앱을 배제했다며 구글을 공정위에 신고하였다.³⁰⁾ 그러나 공정위는 구글의 위 각 행위로 인하여 경쟁제한효과가 발생하거나 발생할 우려가 있다고 보기 어렵고, 제조사의 선택권을 침해한 것으로 보기도 어렵다며 무혐의 결정을 내렸다.³¹⁾ 공정위는 제조사가 자신의 필요에 의해 구글앱을 선택재하였다고 진술한 점, 네이버나 다음 등 경쟁앱 다운로드가 쉽고 그 이용에 제한이 없는 점, 모바일 플랫폼 시장과 국내 모바일 검색 시장, 국내 인터넷 검색시장, 국내 모바일 검색 광고시장의 각 점유율 변화 등을 고려하면 선택재 행위 등으로 인해 경쟁제한효과가 발생 또는 발생할 우려가 있거나 제조사의 선택권을 침해한 것으로 보기 어렵다고 판단하였다.

또한 공정위는 구글이 스마트폰 제조사와 체결한 ‘모바일 애플리케이션 배포 계약’(Mobile Application Distribution Agreement, ‘MADA’)³²⁾에서 구글 검색창의 위치를 지정하고 구글을 기본검색엔진으로 설정하도록 정했다고 하여 경쟁앱의 탑재가 배제되었다고 보기 어렵고, 소비자가 기본검색을 쉽게 바꿀 수 있으며, 기본

30) 김동호, “네이버·다음, 구글에 패소”, 중앙일보(2013. 7. 19.), <https://news.joins.com/article/12112553> (2019. 4. 14. 확인).

31) 공정위 2013. 7. 11.자 무혐의결정(2013서감1025), 권오승·서정, 독점규제법-이론과 실무(제3판), 법문사, 2018, 438면에서 재인용.

32) 더불어민주당 전혜철 의원실 보도자료에 따르면, MADA는 ① 제조사는 구글의 폰화면 최상단용 검색창을 포함해 구글이 승인한 약 12개의 ‘구글 앱’을 단말기에 선택재해야 하고, ② 구글의 폰화면 최상단용 검색창과 구글플레이 앱스토어 아이콘은 휴대폰 기본 첫 화면에 반드시 노출되어야 하며, ③ 다른 모든 구글 앱들은 기본 첫 화면 최상단(1단) 아래(2단)보다 밑으로 배치되어서는 안 되고, ④ 구글의 폰화면 최상단용 검색창을 단말기내 모든 웹검색 환경에서 기본 검색엔진으로 설정해야 한다는 내용 등을 정하고 있다(제3.4조)[한진주, “구글 앱 선택재 강제성 있었다…공정위 재조사 해야”, 아시아경제(2016. 10. 10.), <http://www.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2016101016362299450> (2019. 5. 7. 확인).

검색을 통한 검색이 다른 검색방식에 의하여 사용률이 높지 않으므로 경쟁제한효과가 없고 제조사의 선택권을 침해하지도 않는다고 보았다.

하지만 종전 공정위 조사는 검색앱 등의 선택재만을 대상으로 했던 반면 본건 EU 결정은 안드로이드 기기 사용자들이 실제로 많이 사용하는 크롬브라우저의 선택재로 인한 경쟁제한적 효과를 함께 판단한 점, 국내 모바일 OS 시장에서 구글 안드로이드의 영향력이 확고한 가운데³³⁾ 국내 검색엔진 검색시장에서 구글의 영향력과³⁴⁾ 국내 모바일 브라우저 시장에서 크롬브라우저의 영향력이³⁵⁾ 지속적으로 상승한 점³⁶⁾을 고려할 때 공정위가 종전과 다른 판단을 내릴 가능성을 배제할 수 없다고 생각된다.

2. 관련 공정거래법상 규제

EU 집행위원회는 앞서 살펴본 바와 같이, 구글 앱 선택재 행위 등이 TFEU 제 102조에 위배된다고 보았다. TFEU는 시장지배적 지위남용행위를 제102조에서만 규제하고 있는 것과 달리, 우리 공정거래법은 시장지배적 지위남용행위 금지규정(공정거래법 제3조의2)뿐 아니라 불공정거래행위 금지규정(공정거래법 제23조)을 함께 두고 있으며 실무적으로 하나의 행위를 시장지배적 지위남용행위과 불공정거래행위로 중복하여 규율하는 경우도 찾아볼 수 있다.

33) 아일랜드의 글로벌 시장조사업체인 스탯카운터(statcounter) 제공 자료에 따르면, 인터넷 접속자 비중을 기준으로 2019. 5. 국내 모바일 OS 시장에서 안드로이드가 72.23%를 차지하여 2위인 iOS(점유율 27.66%)와 큰 격차를 유지하고 있다 [스탯카운터, “2019년 대한민국 모바일 OS 시장점유율”, <http://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/south-korea/2019> (2019. 6. 7. 확인)].

34) 페이지 뷰 기준으로 2019. 5. 국내 검색엔진시장에서 구글의 점유율은 76.23%이고, 2위인 네이버의 점유율은 18.24%에 그친다 [스탯카운터, “국내 검색엔진 시장점유율”, <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/south-korea> (2019. 6. 7. 확인)].

35) 인터넷 접속자 비중을 기준으로 2019. 5. 국내 모바일 브라우저 시장에서 크롬브라우저의 점유율은 38.12%이고, 2위인 삼성인터넷의 점유율은 23.98%, 3위인 사파리의 점유율은 23.27%, 4위인 웨일의 점유율은 7.33%이다. 사파리는 iOS에서 사용되는 브라우저로서 안드로이드 OS에서 사용이 불가하다는 점을 고려할 때 안드로이드 OS 내 모바일 브라우저 중 크롬브라우저와 실질적으로 경쟁하고 있는 것은 삼성인터넷뿐이라고 볼 수 있다 [스탯카운터, “국내 모바일 브라우저 시장점유율”, <http://gs.statcounter.com/browser-market-share/mobile/south-korea> (2019. 6. 7. 확인)].

36) 정확한 산정방법은 확인되지 아니하나, 공정위의 종전 무혐의 결정 당시에는 구글의 선택재 전후에도 구글 검색서비스의 국내 시장점유율이 10% 내외에 머문 반면 네이버는 여전히 70%대의 점유율을 유지한 점이 고려된 것으로 보인다[오예진, “공정위, 네이버의 구글 제소 ‘무혐의’ 결론(종합)”, 연합뉴스(2013. 7. 18.), <https://www.yna.co.kr/view/AKR20130718060751017> (2019. 5. 6. 확인)].

일례로, ‘마이크로소프트 코퍼레이션 및 한국마이크로소프트 유한회사(이하 포괄하여 ‘마이크로소프트’)의 시장지배적 지위남용행위 등에 대한 건’(이하 ‘마이크로소프트 건’)에서 공정위는 마이크로소프트가 ① 윈도우 PC 운영체제에 윈도우 미디어 플레이어(이하 ‘WMP’)를 결합하여 판매한 행위, ② 윈도우 서버 운영체제에 윈도우 미디어 서비스(이하 ‘WMS’)를 결합판매한 행위, ③ 윈도우 PC 운영체제에 메신저를 결합하여 판매한 행위가 각각 시장지배적 지위남용 중 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위(공정거래법 제3조의2 제1항 제3호) 및 소비자 이익 저해행위(동법 제5호 후단)에 해당하는 동시에 불공정거래행위 중 끼워팔기(동법 제23조 제1항 제3호 후단, 동법 시행령 제36조 제1항 [별표1] 제5호 가목)에 해당한다고 판단한 바 있다.³⁷⁾

(1) 앱 결합판매행위에 적용될 수 있는 규제조항

먼저, 앱 결합판매행위는 공정거래법상 경쟁 검색서비스 사업자나 모바일 웹브라우저 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위에 해당할 여지가 있다. 공정거래법은 시장지배적 사업자가 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위를 금지하고 있다(제3조의2 제1항 제3호). 공정거래법(제3조의2 제2항) 및 동법 시행령의(제5조 제3항 제4호) 위임에 따라 「시장지배적 지위 남용행위 심사기준」³⁸⁾(이하 ‘시장지배적 지위남용행위 심사기준’)은 공정거래법 시행령이 구체적으로 열거하지 아니한 행위로서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위(이하 ‘기타 사업활동의 방해’)의 세부 유형 중 하나로 ‘부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위’(이하 ‘불이익강제행위’)를 제시하고 있다[시장지배적 지위남용행위 심사기준 IV. 3. 라. (3)].

불이익강제행위는 ‘시장지배적 사업자가 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제함으로써 그 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위’를 의미하지만,³⁹⁾ 부당하게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제당하는 거래상대방과, 이로 인해 사업활동이 어렵게 되는 다른 사업자가 반드시 일치해야 하는 것

37) 공정위 2006. 2. 24. 의결 제2006-042호. 마이크로소프트는 공정위 처분의 취소소송을 제기하였으나 소를 취하였다[한철수, 공정거래법-시장과 법원리(증보판), 공정경쟁연합회, 2017, 122쪽].

38) 2015. 10. 23. 공정위고시 제2015-15호로 개정된 것.

39) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결.

은 아니다. 공정위는 마이크로소프트 건에서 마이크로소프트의 각 거래상대방에 대한 결합판매가 관련시장에서 부당하게 경쟁을 제한함으로써 경쟁사업자들의 사업활동을 곤란하게 하고 신규 사업자의 진입을 어렵게 하는 등 마이크로소프트의 경쟁사업자 또는 잠재적 경쟁사업자들의 사업활동을 방해했다고 판단하였다.⁴⁰⁾

다음으로, 공정거래법이 애플 결합판매와 같은 행위를 규제하기 위해 마련하고 있는 가장 직접적인 규정은 불공정거래행위 중 ‘끼워팔기’를 금지하는 규정이다. 공정거래법은 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하는 행위를 금지하고 있고(제23조 제1항 제3호 후단), 동법 시행령은 그 세부유형으로서 ‘거래상대방에 대하여 자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위’(이하 ‘끼워팔기’)를 제시하고 있다(제36조 제1항 [별표 1의2] 제5호 가목).

(2) 배타적 선택자에 대한 인센티브 지급행위에 적용될 수 있는 규제조항

경쟁사업자와 거래하지 않을 것을 조건으로 인센티브를 지급하는 행위는 시장 지배적 지위남용행위 중 ‘부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아닐 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우(이하 ‘배타조건부거래’)에 해당할 수 있다. 공정거래법은 시장지배적 사업자가 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하는 행위를 금지하고 있고(제33조의2 제1항 제5호 전단), 동법 시행령은 그 구체적인 행위유형 중 하나로 배타조건부거래를 두고 있다(동항 제2호).

공정위는 PC용 CPU 시장에서 시장지배적 지위가 있는 인텔이 국내 PC 시장의 1, 2위 사업자인 삼성전자와 삼보컴퓨터에게 인텔의 경쟁자인 AMD가 생산·판매하는 CPU의 구매를 중단하거나, 인텔이 생산·판매하는 CPU를 전체 구매 CPU 수량 중 일정비율 이상으로 유지하는 등의 조건으로 각종 리베이트를 제공하여 문제된 사건(이하 ‘인텔 건’)에서 이러한 행위가 배타조건부거래에 해당한다고 판단했으며,⁴¹⁾ 인텔이 취소소송을 제기했으나 서울고등법원이 이를 기각하였다.⁴²⁾

40) 공정위 2006. 2. 24. 의결 제2006-042호.

41) 공정위 2008. 11. 5. 의결 제2008-295호.

42) 서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2008누35462 판결. 이는 인텔의 상고 포기로 확정되었다.

이와 비슷하게, 공정위는 퀄컴이 휴대폰 제조사에게 CDMA 모뎀칩과 RF칩을 판매하면서 수요량의 대부분을 자신으로부터 구매하는 조건으로 리베이트를 제공하여 문제된 사건(이하 ‘퀄컴 건’)에서 이러한 퀄컴의 행위가 배타조건부거래에 해당한다고 보아 제재하였다.⁴³⁾ 이러한 판단은 불복소송에서도 유지되었고,⁴⁴⁾ 대법원은 RF칩 조건부 리베이트 제공 중 특정 제조사(엘지전자)에만 리베이트를 제공한 기간은 시장 봉쇄가 있다고 단정할 수 없으므로 과징금 산정에서 이를 제외하라고 판단했지만, RF칩 시장에서의 나머지 기간 동안의 리베이트 제공행위 및 모뎀칩 시장에서의 리베이트 제공행위의 부당성에 대한 판단은 유지되었다.⁴⁵⁾

또한, 일부 거래상대방에 대한 인센티브 지급은 곧 일부 거래상대방에게 다른 거래상대방과 다른 가격에 거래목적물을 지급하는 것으로 볼 수 있으므로 ‘부당하게 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위’(이하 ‘가격차별’)에 해당할 여지가 있다. 공정거래법은 부당하게 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위를 금지하고 있고(제23조 제1항), 동법 시행령은 그 세부유형으로서 가격차별행위를 제시하고 있다(제36조 제1항 [별표 1의2] 제2호 가목). 퀄컴 건에서 공정위는 퀄컴이 자신들의 모뎀칩을 장착한 휴대폰 제조사에게는 낮은 로열티를 부과한 행위가 가격차별에도 해당한다고 판단하였다.⁴⁶⁾

3. 관련시장의 획정 및 시장지배적 지위

본건 EU 결정에서 EU 집행위원회는 구글이 전 세계(중국 제외) 라이선싱이 가능한(licensable) 모바일 OS 시장, 안드로이드 모바일 OS용 앱스토어 시장에서 각 시장지배적 지위를 갖는다고 보았다. 그리고 EU 집행위원회는 구글이 이러한 지위에 기반하여 EEA 31개 국가들의 일반 인터넷 검색시장에서의 경쟁을 제한했다고 판단했다. 이와 같은 시장획정기준 및 시장지배적 지위여부에 대한 판단은 우리나라의 경우에도 비슷하게 적용될 수 있을 것으로 보인다.

먼저, 시장지배적 지위남용행위 심사기준은 관련상품시장을 “특정 상품의 가격

43) 공정위 2009. 12. 30. 의결 제2009-281호.

44) 서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2010누3932 판결.

45) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결.

46) 공정위 2009. 12. 30. 의결 제2009-281호.

이나 용역의 대가가 상당기간 어느 정도 의미있는 수준으로 인상(인하)될 경우 동 상품이나 용역의 대표적 구매자(판매자)가 이에 대응하여 구매(판매)를 전환할 수 있는 상품이나 용역의 집합“으로 정의하고, 특정 상품이나 용역이 동일한 거래에 속하는지 여부를 판단함에 있어 ① 상품이나 용역의 기능 및 효용의 유사성, ② 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태, ③ 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정 행태, 그리고 ④ 통계법 제 22조(표준분류) 제1항의 규정에 의하여 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류를 고려하도록 정하고 있다(Ⅱ. 1.). 포스코 판결에서 시장지배적 지위 판단을 위한 관련상품시장의 확정에 관하여 대법원 또한 비슷한 취지의 판시를 한 바 있다.⁴⁷⁾

본건에서 ① 모바일 OS 라이선스 시장의 경우, OS 개발업체인 구글과 스마트폰 제조사들 사이의 관계사 전 세계적 차원에서 형성되는 것이므로 우리나라의 경우에도 이를 달리 보기 어렵다. 또한 ② 구글이 안드로이드 OS의 코드 소스를 무료로 공개하고 있고, 구글만의 안드로이드 앱이나 서비스의 핵심은 앱스토어인 플레이스토어를 통해 제공되는 것이므로, 구글 OS내 앱스토어 시장의 지리적 시장은 모바일 OS 라이선스 시장과 마찬가지로 세계시장 단위에서 확정되어야 할 것이다. 마지막으로, ③ 일반 인터넷 검색시장의 경우 언어나 사회·문화적 장벽으로 인해 국내 인터넷 검색서비스와 해외 인터넷 검색서비스의 대체성이 높지 않다는 점 등을 고려할 때, 기본적으로 관련지역시장을 국내시장으로 확정하는 것이 타당해 보인다.⁴⁸⁾

본건 EU 결정에서 EU 집행위원회는 ‘라이선싱이 가능한’ 모바일 OS 시장을 구분하여 확정하면서, 애플의 iOS와 구글 안드로이드를 서로 다른 시장의 사업자로

47) “관련상품시장은 일반적으로 시장지배적 사업자가 시장지배력을 행사하는 것을 억제하여 줄 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 거래되는 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상 또는 인하될 경우 그 상품의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 의미하고, 그 시장의 범위는 거래에 관련된 상품의 가격, 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태는 물론 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정 형태, 사회적·경제적으로 인정되는 업종의 동질성 및 유사성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이며, 그 외에도 기술발전의 속도, 그 상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 그 상품을 기초로 생산되는 다른 상품에 관한 시장의 상황, 시간적·경제적·법적 측면에서의 대체의 용이성 등도 함께 고려하여야 할 것이다.”(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결).

48) 다만, 구글이 국가를 불문하고 일반 인터넷 검색시장에서 높은 시장점유율을 갖고 있음을 고려하면, 일반 인터넷 검색시장을 세계시장으로 확정한다고 하더라도 결론에 있어 큰 차이는 없을 것으로 생각된다.

보았다. 관련하여 EU 집행위원회는 최종 소비자에 대해 애플 iOS 기기와 구글 안드로이드 기기가 경쟁관계에 있다는 사실이 구글의 OS 시장에서의 지배력에 미치는 영향은 크지 않다고 판단하면서, 그 이유로 ① 최종 소비자의 기기 선택에는 OS가 무엇인지 외에 다양한 요소가 영향을 미치는 점(외관, 브랜드 등), ② 애플의 기기는 통상 안드로이드 기기보다 비싼 가격으로 책정되어 수요자군이 다른 점, ③ 안드로이드 OS 이용자가 애플 기기로 전환 시에는 전환 비용이 발생하는 점(데이터 및 앱, 연락처 등을 더 이상 사용할 수 없고 사용법을 새롭게 학습해야 하는 등), ④ 안드로이드 기기 이용자가 애플 기기를 사용하게 된다 하더라도 애플 기기에도 구글 검색앱이 선택재되어 있어 이를 계속 사용할 가능성이 높다는 점을 들었다.

그런데 위 EU 집행위원회의 분석 중에는 현 시점 우리나라 모바일 OS 시장에 그대로 적용하기 어려운 것들이 있다. 국내 스마트폰 소비자들은 다른 지역시장에 비해 고가의 프리미엄 스마트폰을 선호하는 경향이 있어,⁴⁹⁾ 가격 측면에서 안드로이드 기기와 애플 기기의 소비자 기반이 크게 다르다고 보기 어렵다.⁵⁰⁾ 또한 클라우드 서비스(드롭박스, 원드라이브, 구글 드라이브, 네이버 클라우드 등)의 발달로 인해 각종 데이터를 특정 기기가 아닌 인터넷 클라우드에 저장하는 사용자들이 늘어나고 있어 기기의 전환비용(switching costs)도 예전보다 낮아지고 있다고 볼 여지가 있다.

그러나, 이러한 사정에도 불구하고 구글의 안드로이드와 애플 iOS를 하나의 시장으로 묶기는 어렵다고 생각된다. 먼저, 구글과 삼성, LG 등 스마트폰 제조사간 관계는 세계시장 차원에서 형성되는 것이고, 국내시장에서 안드로이드 기기와 애플 기기 간 전환가능성이 세계 평균보다 높다고 해서 그것이 구글과 스마트폰 제

49) 시장조사업체 스트래티지 애널리틱스 통계자료에 따르면 2018년 한국에서 판매된 스마트폰 도매 평균판매단가(ASP)가 \$529(약 59만원)로 세계 2위(1위는 일본)인데, 한국과 일본의 스마트폰 도매 평균판매단가가 높은 이유 중 하나로 프리미엄폰 선호 현상이 강하다는 점을 제시하는 견해가 있다 [이광영, “韓 스마트폰 평균 도매가 59만원…세계 2위”, IT조선(2018. 9. 27.), http://it.chosun.com/site/data/html_dir/2018/09/27/2018092701244.html, (2019. 4. 14. 확인)].

50) 삼성전자 공식홈페이지에 게시된 안드로이드 OS가 탑재된 삼성전자의 최신 스마트폰인 갤럭시 S10의 판매가는 1,056,000원부터 시작하고, [삼성전자 홈페이지, <https://www.samsung.com/sec/smartphones/galaxy-s10-g973/SM-G973NZIAKOO/> (2019. 5. 8. 확인)], 애플 공식홈페이지에 게시된 애플의 최신 스마트폰 아이폰 XR의 판매가는 990,000원에서 시작한다 [애플 공식홈페이지, <https://www.apple.com/kr/shop/buy-iphone/iphone-xr> (2019. 5. 8. 확인)].

조사간 관계에 유의미한 영향을 줄 가능성은 높지 않다. 또한, 구글이 모바일 OS 시장에서 애플과 경쟁관계 있는 것과 마찬가지로, 안드로이드 OS 탑재 스마트폰 제조사들은 최종 기기 시장에서 애플과 경쟁관계에 있다. 따라서 구글이 안드로이드 OS에 관하여 스마트폰 제조사들에게 시장지배적 지위로부터 나오는 영향력을 행사한다고 하더라도, 이들 스마트폰 제조사들은 이러한 영향력 행사가 소비자들의 선택에 영향을 미치지 않도록 최선을 다할 유인이 있다.

결국, 국내 최종 소비자 시장에서 안드로이드 기기와 애플 기기의 전환가능성이 EU 집행위원회가 판단한 것보다 높다 하더라도, 모바일 OS 라이선스가 문제되는 시장에서 안드로이드 OS와 iOS는 별개의 시장에 속한다고 보아야 하며, 본건의 핵심은 구글이 안드로이드 OS 및 안드로이드 OS용 앱스토어 시장에서의 시장지배적 지위를 바탕으로 국내 일반 인터넷 검색시장에서의 경쟁을 제한했는지가 될 것이다.

4. 공정거래법상 시장지배적 지위남용행위(배제남용)의 성립여부

(1) 앱 결합판매행위 경우

1) 마이크로소프트 건과 관련 법리의 발전

마이크로소프트 건에서 공정위는 ① 마이크로소프트가 PC 서버 운영체제 시장과 인텔호환 PC 운영체제 시장에서 시장지배적 지위에 있고, ② 결합판매를 통해 부당하게 거래상대방에 대하여 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하였으며, ③ 이러한 행위가 미디어 서버 프로그램 시장과 메신저 시장, 그리고 미디어 플레이어 시장에서 다른 사업자의 활동을 방해했다고 판단하여 시장지배적 지위남용행위의 성립을 인정하였다.

결합판매로 인한 ‘불이익강제행위’의 성립여부를 판단함에 있어 공정위는 마이크로소프트가 ① 서로 다른 별개의 제품(윈도우 서버 운영체제와 WMS, 윈도우 PC 운영체제와 WMP, 윈도우 PC 운영체제와 메신저)을 결합하여 ② 이 중 종된 상품(WMS, WMP, 메신저)을 원하지 않는 거래상대방에게 부당하게 구입을 강제함으로써 ③ 거래상대방의 선택권 침해하는 등 거래상대방에게 불이익을 초래하였다는 사정을 고려하였다.⁵¹⁾

‘별개의 제품’인지 여부는 끼워팔기(불공정거래행위) 여부 판단 시 기준을 받아들이며, 종된 상품이 ① 주된 상품의 밀접불가분한 구성요소가 아니고, ② 주된 상품과 독립하여 거래의 대상이 될 수 있으며, ③ 통상적으로 함께 짝지어 하나의 단위로 판매되지 않는 별개의 제품인지를 중심으로 판단하였다.⁵²⁾ 주된 상품과 종된 상품이 끼워팔기에서 말하는 ‘별개의 제품’에 해당하지 않는다면 이를 결합판매하는 것이 구입을 강제하는 것이라거나, 불이익을 초래하는 것으로 보기 어렵다는 점에서 ‘별개의 제품’에 관한 판단기준은 현 시점에도 그대로 적용될 수 있을 것으로 생각된다.

다음으로, 공정위는 행위의 부당성을 판단함에 있어 ‘경쟁을 저해할 우려’를 언급하기는 하였으나 끼워팔기의 종전 판단기준인 ‘거래상대방의 선택의 자유를 제한하는지’를 주된 기준으로 삼은 것으로 보인다. 그런데, 거래상대방의 의사에 반하여 구입을 ‘강제’했다면 그 자체로 거래상대방의 선택의 자유가 제한되는 것이므로, 별도로 ‘부당성’이라는 개념을 제시하는 실익이 별로 없다고 생각된다. 나아가, 공정위는 행위의 부당성과 별개로 행위가 ‘다른 사업자의 활동을 어렵게 하는지’를 판단함으로써, 시장지배적 남용행위로서 결합판매를 규제하는 이유가 그것이 거래상대방의 선택의 자유를 제한하기 때문인지, 아니면 다른 사업자의 활동을 방해하여 경쟁제한효과를 불러오기 때문인지 다소 불분명한 면이 있었다.

그러나 마이크로소프트 건 이후 포스코 판결을 통해, 불공정행위와 구별되는 시장지배적 지위남용행위의 부당성 판단기준이 확립되었을 뿐만 아니라, 공정위 고시 개정으로 인해 불공정행위로서 끼워팔기의 위법성을 판단하는 기준 또한 변화하였다.

먼저, 포스코 판결로 인해 시장지배적 지위남용행위(배제남용)에서 부당성이란 곧 경쟁제한성을 의미한다는 해석이 확립되었다. 어떤 행위가 시장지배적 지위남

51) 공정위는 마이크로소프트가 i) 주된 상품의 밀접불가분한 구성요소가 아니고, 주된 상품과 독립하여 거래의 대상이 될 수 있으며, 통상적으로 함께 짝지어 하나의 단위로 판매되지 않는 별개의 제품을, ii) 주된 상품을 원하지만 종된 상품은 원하지 않는 거래상대방에게 부당하게 구입을 강제함으로써 iii) 거래상대방의 선택권과 양질의 제품을 접할 수 있는 기회를 현저히 제약하고, 거래상대방으로 하여금 소비자들에게 불필요한 비용을 지불하도록 하는 불이익을 초래하였다는 사정을 고려해 마이크로소프트의 결합판매행위가 거래상대방에게 불이익이 되는 거래를 강제하는 행위라고 판단하였다.

52) 이러한 기준은 한국토지공사가 비인기 토지를 매입한 자에 대해서만 인기 토지 매입 우선권을 부여한 것이 끼워팔기에 해당하는지가 문제된 사안에서 서울고등법원이 제시한 것이다(서울고등법원 2004. 2. 10. 선고 2001누16288 판결, 대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결로 확정).

용행위인지를 판단하기 위해서는 경제적 효과를 살펴야 하는데, 배제납용의 부당성에 관하여 살펴야 하는 경제적 효과는 ‘관련시장의 경쟁제한성’이라는 것이다.⁵³⁾ 위 판결에서 대법원은 시장지배적 지위남용행위로서 ① ‘거래거절행위’의 부당성은 특정 사업자가 그로 인해 사업활동에 곤란을 겪게 되었거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 인정하기 부족하고, ② i) 주관적 요소로서 경쟁제한의 의도나 목적과 함께 ii) 객관적 요소로서 가격 상승이나 산출량 감소 등과 같은 경쟁제한효과 발생의 우려가 모두 인정되어야 하는데, ③ i) 현실적으로 경쟁제한효과가 나타난 경우에는 경쟁제한의 의도나 목적 또한 사실상 추정할 수 있지만, ii) 그렇지 않은 경우에는 거래거절의 경위 및 동기, 행위의 태양, 관련시장의 특성, 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 객관적 요소와 주관적 요소의 존부 모두를 판단해야 한다고 판시하였다.⁵⁴⁾

포스코 판결에서 정립된 부당성 판단기준의 적용범위에 관한 논의도 어느 정도 정리된 것으로 보인다. 거래거절에 의한 사업활동방해행위에 국한된다는 견해⁵⁵⁾ 착취납용을 포함한 시장지배적 지위남용행위 전반에 적용된다는 견해⁵⁶⁾ 등 다양한 견해가 있었으나, 실무는 불이익강제행위,⁵⁷⁾ 배타조건부거래행위⁵⁸⁾ 등 다양한 배제납용행위에 관하여 포스코 판결의 부당성 판단기준을 적용하되, 소비자이익 저해행위 등 착취납용이 문제된 사안에서는 이와 다른 판단기준(소비자이익 저해성 유무)을 적용하는 방향으로 정립되었다.⁵⁹⁾

불공정거래행위 심사지침의 개정으로 인한 끼워팔기의 위법성에 관한 판단기준 변화 역시 부당성과 경쟁제한성의 간극을 없애는 데 일조할 것으로 판단된다. 종전에는 끼워팔기의 위법성을 상대방의 자유로운 선택을 제한하는 등 가격과 품질

53) 권오승·서정, 앞의 책, 164면.

54) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

55) 박세봉, “포스코에 대한 대법원 판결내용과 미국 및 EU의 남용행위 판례 비교”, 『경쟁저널』 제142호(2009. 1.), 37면.

56) 홍대식, “사법적 관점에서 본 공정거래법: 시장지배적 지위 남용행위를 중심으로”, 『상사법연구』 제27권 제2호(2008. 8.), 363면.

57) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결.

58) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결, 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결.

59) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결.

을 중심으로 한 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는지를 중심으로 판단하였으나,⁶⁰⁾ 2015. 12. 31. 끼워팔기의 위법성을 경쟁제한성 위주로 판단하는 방향으로 불공정거래행위 심사지침이 개정되었다.⁶¹⁾

결국, 시장지배적 지위남용행위로서 불이익강제가 성립하기 위해서는, ① 시장 지배적 지위에 있는 사업자가 ② 거래상대방에 대하여 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하고, ③ 이로 인해 다른 사업자의 활동이 어려워지는 등 관련시장에서의 경쟁제한적 효과가 발생해야 할 것이다.

2) 거래상대방에 대하여 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하였는지

이에 관하여, 구글 플레이스토어와 검색앱 및 크롬브라우저가 별개의 제품에 해당하는지가 하나의 쟁점이 될 수 있을 것으로 생각된다.

먼저, 구글 검색앱이나 크롬브라우저는 플레이스토어와 밀접불가분의 관계에 있는 것은 아닌 것으로 보인다. 마이크로소프트 건에서 공정위는 주된 상품과 종된 상품이 기능적으로 구분되고, 종된 상품을 제거해도 주된 상품을 정상적으로 이용할 수 있다는 점 등을 고려해 밀접불가분성을 부정한 바 있다. 같은 논리로, 구글 검색앱이나 크롬브라우저는 검색 및 웹서핑 등을 위한 것인데 반해 플레이스토어는 안드로이드 기기에서 사용되는 각종 앱을 제공하는 역할을 담당하고 있다. 또한, 구글 검색앱이나 크롬브라우저가 없더라도 다른 검색앱이나 브라우저가 있다면 기기를 사용하는 데 별다른 문제가 없을뿐더러, 이들을 선택재하지 않더라도 사용자가 플레이스토어를 통해 매우 쉽고 간편하게 이들을 설치할 수 있다.

다음으로, 구글 검색앱이나 크롬브라우저는 플레이스토어와 독립하여 거래대상이 될 수 있고, 본건 EU 결정 이후 유럽에서는 실제로 이들이 결합판매되고 있지 않다. 구글은 구글모바일서비스(Google Mobile Service, 이하 'GMS')라는 이름으로 구글 검색앱, 크롬브라우저, 플레이스토어, 유튜브(비디오 플랫폼), 구글드라이브(클라우드), 지메일(이메일클라이언트), 듀오(영상통화), 구글지도, 구글포토(사진관리), 플레이무비(영화), 플레이뮤직(음악) 등 다양한 앱을 결합하여 라이선싱하고 있는데, 구글의 GMS 웹사이트에는 "EEA에서 출고되는 기기의 GMS에는 Google 앱 및 Chrome이 포함되어 있지 않습니다. 별도로 라이선스를 받으려면 Google에 문의

60) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결.

61) 공정거래위원회예규 제241호.

하세요.”라는 문구가 명시되어있다.⁶²⁾

하지만, 이들이 통상적으로 함께 짝지어 하나의 단위로 판매되는지에 관하여는 보다 심도있는 논의가 필요할 것으로 보인다. 구글이 GMS를 통해 번들로 제공하는 앱은 대체로 다른 OS 사업자들도 제공하는 것들이며, 이는 검색앱이나 웹브라우저의 경우에도 마찬가지이다. 이와 관련하여 EU 경쟁법 전문가인 피나 아크만(Pinar Akman) 교수도 EU 시장지배적 지위남용행위 지침에서 ‘별개의 제품’의 판단 기준으로 상당수 소비자들이 끼워팔기나 번들링 없이는 주된 제품을 구매하면서 같은 공급자로부터 종된 제품을 구매하지 않을 것인지를 고려하도록 정하고 있는 점을 언급하며, “만약 상당수의 소비자들이 구글 검색앱과 플레이스토어를 함께 사용하는 것을 원한다면, [EU 집행위원회의] 결합판매 주장에 개념적 문제(conceptual problem)가 야기될 것”이라고 지적하였다.⁶³⁾

3) 앱 결합판매행위의 경쟁제한적 의도·목적과 효과

EU 집행위원회는 경쟁제한성을 인정함에 있어 2016년 기준으로 안드로이드 기기에서는 95% 이상이 구글 검색앱을 사용한다에 반해 마이크로소프트의 윈도우 기반 모바일기기 사용자의 경우 25% 미만만이 구글 검색앱을 사용한다는 점을 유의미하게 고려한 것으로 보인다.

그러나 안드로이드 기기에서 구글 검색앱이 많이 사용되고, 윈도우모바일기기에서는 Bing 검색이 더 많이 사용되는 것이 단순히 결합판매로 인한 결과인지, 아니면 당초 소비자가 스마트폰을 구매하는 과정에서 검색앱에 대한 선호와 모바일 OS에 대한 선호 사이에 양(+)의 상관관계가 있는지에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. EU 집행위원회의 보도자료에서는 이러한 점에 대한 검토가 이루어졌는지 확인되지 않는다.

또한, 경쟁제한성이 문제되는 관련시장이 일반 인터넷 검색서비스 시장이라면, 단순히 검색앱의 사용률을 넘어 중국적으로 기기에서 사용되는 검색엔진이 어떤 것인지를 살펴볼 필요가 있다고 생각된다. 구글 검색엔진 사용은 구글 검색앱이나 크롬브라우저를 통한 것에 국한되지 않으며, 구글 외 사업자가 제공하는 안드로이드

62) 구글의 GMS 공식 홈페이지, https://www.android.com/intl/ko_kr/gms/, (2019. 5. 1. 확인).

63) Pinar Akman, “A Preliminary Assessment of the European Commission’s Google Android Decision”, Competition Policy International(December 17, 2018), 6면.

드 웹브라우저나, 데스크탑 등 다른 플랫폼 내 웹브라우저에서도 구글 검색엔진이 높은 점유율을 보이고 있다. 통계조사방식에 차이는 있겠으나, 스탯카운터 통계를 기준으로 2016년 유럽의 검색엔진시장에서 구글이 93.63%, 마이크로소프트 Bing이 2.44%를 차지했는데(모든 플랫폼 기준),⁶⁴⁾ 안드로이드 OS나 구글 검색앱의 영향력이 전혀 미칠 수 없는 데스크탑용 검색엔진시장에서도 구글이 89.4%, 마이크로소프트 Bing이 4.63%를 차지하였다.⁶⁵⁾ 이와 관련해, 인터넷 기술의 발전과 모바일 앱스토어의 편리성으로 인해 앱을 설치하거나 삭제하는 것이 과거보다 훨씬 용이해졌다는 점 또한 고려되어야 한다. 아크만 교수도 지적한 바와 같이, 과거에 느린 다운로드 속도나 사용자 친숙성(user familiarity)의 부족으로 인해 WMP의 경쟁 미디어플레이어를 다운로드하는 것이 어려웠던 것과 달리, 현 시점에서 구글 검색앱이나 크롬브라우저의 경쟁 앱을 다운로드하거나 이들 선택재 앱을 제거하는 것은 매우 간편하고, 시간도 얼마 걸리지 않는다.⁶⁶⁾

현 단계에서 국내에서 구글의 경쟁제한적 의도·목적이나 경쟁제한효과를 면밀히 분석하기에는 한계가 있다. 적어도 외견상으로는 의도나 목적, 그리고 효과 그 어느 것도 확실하지 않아 보인다. 먼저, 검색앱 내지 브라우저앱을 OS에 결합판매하는 것은 구글만이 아니므로, 결합판매만으로 구글에게 경쟁제한적 의도나 목적을 인정하기는 어려울 것이다. 가장 주요한 경쟁 모바일 OS인 애플의 iOS가 탑재된 애플 기기에는 애플의 브라우저앱인 사파리(Safari)가, PC OS 시장에서 독보적인 지위를 유지하고 있는 마이크로소프트의 윈도우 10(Windows 10)에도 자사의 웹브라우저인 엣지(Edge)와 인터넷 익스플로러(Internet Explorer)가 각각 탑재되어 있다. 주요 OS 사업자가 모두 기본 브라우저를 탑재하고 있다는 점을 고려하면 경쟁제한적 효과를 분석하기에 앞서 경쟁제한적 의도와 목적을 인정하기는 쉽지 않을 것으로 생각된다.

경쟁제한적 효과 또한 수치만으로는 명확하지 않아 보인다. 구글 검색앱은 모바일 브라우저가 아니라서 사용률을 확인하기 어렵지만, 안드로이드 OS에 결합판매된 크롬브라우저의 경우 윈도우 OS에 비해서도 페이지 뷰 기준 시장점유율이

64) 스탯카운터, “2016년 유럽 검색엔진 시장점유율”, <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/europe/2016> (2019. 5. 1. 확인).

65) 스탯카운터, “2016년 유럽 데스크탑 검색엔진 시장점유율”, <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/desktop/europe/2016> (2019. 5. 1. 확인).

66) Pinar Akman, 앞의 글, 5면.

낮아 보인다.⁶⁷⁾ 나아가, 검색엔진의 페이지 뷰 기준 시장점유율 역시 데스크탑에서는 1위인 구글이 77.24%, 2위인 네이버가 14.91%인데,⁶⁸⁾ 모바일에서는 1위인 구글이 75.26%, 네이버가 21.18%로⁶⁹⁾ 오히려 데스크탑에서 모바일보다 구글 검색엔진의 점유율이 높은 상황이다.⁷⁰⁾

(2) 배타적 선택자에 대한 인센티브 지급행위

1) 충성할인(Loyalty Rebate)에 관한 법리

충성할인이란 자사로부터 상품·서비스를 독점적으로 구매하는 등 거래상대방의 충성도에 따라 할인혜택을 주는 판매전략을 말한다.⁷¹⁾ 이 사건에서 구글의 배타적 선택자에 대한 인센티브 지급행위는 충성할인과 경제적 실질이 유사하므로, 충성할인에 관한 법리는 본건의 인센티브 지급행위에도 참고할 수 있을 것으로 보인다.

인텔 건에서 공정위는 ① 경쟁사업자와 거래하지 아니하거나 일정 규모 이하로만 거래할 것을 조건으로 리베이트를 지급하는 것은 경쟁사업자를 배제하기 위한 거래행위에 해당한다고 보았고, ② 부당성 판단에 관하여는 i) AMD의 점유율이

67) 스탯카운터에 따르면 2019. 5. 기준으로 국내 모바일 브라우저 시장에서 크롬브라우저의 점유율은 38.12%, 삼성인터넷의 점유율은 23.98%, 사파리의 점유율은 23.27%이다(각주 35 참조). 같은 시기 국내 모바일 OS 시장에서 안드로이드 OS의 점유율이 72.23%, iOS의 점유율이 27.66%임을 고려하면(각주 33 참조), iOS 사용자 대부분은 사파리를 사용하고, 안드로이드 OS 사용자는 크롬브라우저와 삼성인터넷으로 사용자가 양분되는 것으로 추정할 수 있다. 사안을 단순화하여 안드로이드 OS 이용자 전부가 크롬브라우저 또는 삼성인터넷을 이용하고, 그 비율이 국내 모바일 브라우저 시장 전체에서와 동일하다고 가정하면, 안드로이드 OS 내 크롬브라우저의 점유율은 약 61.38%로, 같은 시기 데스크탑용 브라우저 시장에서 크롬브라우저의 점유율인 63.42%보다 낮은 수치이다[스탯카운터, “국내 데스크탑용 브라우저 시장점유율”, <http://gs.statcounter.com/browser-market-share/desktop/south-korea> (2019. 6. 7. 확인)]. 가정과 달리 iOS 사용자 중에도 크롬브라우저 사용자가 있어 안드로이드 OS내 크롬브라우저 점유율이 보다 낮을 것이라는 점, 안드로이드 OS 사용자들은 크롬브라우저나 삼성인터넷 외에도 웨일이나 퍼핀 등 다른 브라우저를 사용하는 경우가 있다는 점을 고려하면 안드로이드 OS 내 크롬브라우저의 실제 점유율은 이보다 낮을 것으로 보인다.

68) 스탯카운터, “국내 데스크탑용 검색엔진 시장점유율”, <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/desktop/south-korea> (2019. 6. 7. 확인).

69) 스탯카운터, “국내 모바일 검색엔진 시장점유율”, <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/mobile/south-korea> (2019. 6. 7. 확인).

70) 모바일의 경우 안드로이드 OS와 iOS를 모두 포함하지만, iOS에 기본 탑재된 사파리의 기본 검색엔진 또한 구글 검색엔진이라는 점을 고려하면 모바일과 데스크탑을 단순 비교해도 큰 무리는 없을 것으로 생각된다.

71) 공정거래위원회, 알기쉬운 공정거래 경제분석(2012. 7. 13.), 165면.

상승하던 시기에 리베이트 제공이 중점적으로 행해진 점 등을 고려해 경쟁제한적 의도 및 목적이 인정되고, ii) 피심인들이 제공한 리베이트의 구속력과 경쟁사업자의 대체거래선 확보의 용이성, 리베이트 제공 기간, 리베이트 거래 상대방이 갖는 중요성 등을 고려할 때 경쟁사업자를 배제할 가능성이 크며, 실제로도 경쟁사업자를 배제하는 결과가 초래되었다고 보아 행위의 위법성을 인정하였다.

퀄컴 건에서도 비로소 대법원 판례가 나왔는데, 주된 취지는 인텔 건에서 공정 위나 서울고등법원의 판단과 비슷하다. 대법원은 ① 배타조건부거래의 성립요건으로서 ‘경쟁사업자와 거래하지 아니할 조건’은 시장지배적 사업자에 의하여 일방적·강제적으로 부과된 경우에 한하지 않고, 거래상대방과의 합의에 의하여 설정된 경우도 포함되며, 조건의 이행 자체가 법적으로 강제하는 경우만으로 한정되지 않고, 조건 준수에 사실상의 강제력 내지 구속력이 부여되어 있는 경우도 포함되므로 실질적으로 다른 선택을 하기 어려운 경우 역시 배타조건부거래에 해당할 수 있다고 보았다.

또한, ② 부당성을 판단할 때에는 리베이트 제공으로 인한 거래상대방의 이익 및 최종소비자의 혜택과 경쟁제한성을 함께 고려해야 하며, 리베이트의 지급구조, 배타조건의 준수에 따라 거래상대방이 얻게 되는 리베이트의 내용과 정도, 구매전환 시에 거래상대방이 감수해야 할 불이익의 내용과 정도, 거래상대방이 구매전환이 가능한지 여부를 고려하였는지 여부 및 그 내용, 리베이트 제공 무렵 경쟁사업자들의 동향, 경쟁사업자의 시장진입 시도 여부, 리베이트 제공조건 제시에 대한 거래상대방의 반응, 거래상대방이 리베이트가 제공된 상품 내지 용역에 관하여 시장지배적 사업자에 대한 잠재적 경쟁자가 될 수 있는지 여부, 배타조건부거래행위로 인하여 발생할 수도 있는 비용 절감 효과 등이 최종소비자들에게 미치는 영향 등을 아울러 고려하여야 한다고 판시하였다.⁷²⁾

72) 퀄컴 건에서 휴대폰 제조사들은 원래의 가격을 지불하고 모델칩이나 RF칩을 구매한 다음, 이들 수요량의 일정 부분 이상을 퀄컴으로부터 구매하는 조건을 달성한 후에 리베이트를 지급받았는데, 대법원은 당초 모델칩 가격은 리베이트 제공을 전제로 협의된 것이고, 제조사가 조건을 충족하지 못하여 리베이트를 받지 못할 경우의 기회비용 상실은 사실상 상당한 금전적 제재로 작용하였다고 보아 모델칩 리베이트 제공행위가 배타조건부거래행위라고 보았다. 다만, 대법원은 퀄컴이 엘지전자에 대하여만 RF칩 리베이트를 제공한 기간동안에는 시장봉쇄효과가 있었다고 단정할 수 없다고 보아 이 부분에 관한 퀄컴의 상고이유 주장이 이유 있다고 판단하였다.

2) 인센티브 지급의 위법성에 관한 쟁점

단순한 선택재 행위와 비교하여, 배타적 선택재를 조건으로 인센티브를 지급하는 행위는 경쟁제한적 의도나 목적을 인정하기 보다 용이할 것으로 생각된다. 켈컴 건에서와 마찬가지로, 조건 부과로 인한 효율성 증대효과를 생각하기 어려운 반면, 이러한 조건이 경쟁사업자 제품으로 전환을 제약할 가능성을 완전히 배제할 수는 없을 것이기 때문이다.⁷³⁾ 다만 실제로 경쟁제한의 효과 또는 그 우려가 발생했는지에 관하여는 몇 가지 생각할 부분이 있다.

먼저, 검색앱과 웹브라우저의 ‘배타적 탑재’가 아니라, ‘배타적 선택재’만으로도 배타조건부거래가 인정될 수 있을지가 문제될 것으로 보인다. 아크만 교수는 인텔 건에서 한 대의 PC에 하나의 CPU만이 탑재될 수 있는 것과 달리, 구글이 검색앱 등을 배타적으로 선택재할 것을 조건으로 하더라도 소비자들이 경쟁 앱을 다운받는 것을 제한할 수 없다는 점에서 차이가 있음을 지적하였다.⁷⁴⁾ 앞서 말한바와 같이 오늘날의 안드로이드 기기에서 소비자가 다른 검색앱이나 웹브라우저를 설치하는 데에는 별다른 시간과 노력이 들지 아니한다는 점을 고려할 때, 배타적 ‘선택재’의 제한적 효과는 배타조건부거래의 성립 자체를 부정하는 요소가 되거나, 적어도 경쟁제한효과를 판단함에 있어 중요한 고려요소가 될 것으로 보인다.

구체적인 인센티브의 규모와, 이러한 인센티브가 없을 때 모바일기기 제조사나 이동통신망 사업자들이 구글에게 지불해야 하는 비용의 규모, 그리고 경쟁 검색앱 사업자들이 모바일 기기에 제공하거나 제공할 용의가 있는 비용의 규모 등도 경쟁제한성 판단을 위한 핵심 고려요소가 될 것이다. 구글이 배타적 선택재에 대해 지급하는 인센티브의 절대적 규모가 크더라도 그것이 모바일기기 제조사 등이 구글에게 지불하는 전체 비용에 비추어 의사결정에 영향을 미칠 수준에 이르지 않거나, 구글로부터 인센티브를 받지 못하더라도 경쟁 검색앱 사업자들로부터 비슷한 규모의 비용을 받을 수 있다면 경쟁제한효과는 크지 않을 것이기 때문이다.

73) 각주 43 참조.

74) Pinar Akman, 앞의 글, 6면.

5. 불공정거래행위의 성립여부

(1) 시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위의 관계에 관한 기존 논의

시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위는 구체적 행위유형이 중복되는 경우가 많지만, 그렇다고 완전히 일치하는 것도 아니어서 양자의 관계를 둘러싸고 견해의 대립이 있었다.⁷⁵⁾ 종래에는 시장지배적 지위남용의 금지규정이 불공정거래행위의 금지규정에 대하여 특별법적 지위에 있으므로, 시장지배적 사업자에 대하여는 법 제3조의2가 법 제23조보다 우선적으로 적용된다는 입장과⁷⁶⁾ 기업이 경쟁관계에서 보이는 일반적 행태를 규제하는 불공정거래행위 금지규정과 독점규제의 성격을 가진 시장지배적 지위남용행위 금지규정은 법리상 중복 적용이 가능하고, 불공정거래행위 중 일부에서 요구되는 시장지배력과 시장지배적 지위남용행위에서 요구되는 시장지배력에는 차이가 있을 수 있는 등 양 규정의 병존 실익이 있으며, 양자의 관계를 일반법-특별법 관계로 정형화하는 것은 무리라는 입장이 대립하였다.⁷⁷⁾

불공정거래행위 심사지침에서는 불공정거래행위가 시장지배적 지위남용행위에도 해당될 경우 후자의 규정을 우선적으로 적용함을 원칙으로 한다고 정하고 있지만(Ⅱ. 3.), 실제 공정위는 결합판매행위(마이크로소프트 건)나 충성할인(켈컴 건)에 대해 시장지배력 지위남용행위 금지규정과 불공정거래행위 금지규정을 중복 적용하였다.

(2) 본건에서 끼워팔기 및 가격차별행위의 성립에 관한 쟁점

끼워팔기의 경우, 시장지배적 지위남용행위에서 결합판매로 인한 불이익강제의 성립여부를 판단할 때 이미 주된 상품과 종된 상품이 별개의 제품인지 및 종된 상품에 대한 구입 강제행위가 있었는지, 그리고 이러한 행위가 경쟁제한성을 초래

75) 권오승·서정, 앞의 책, 387면.

76) 양명조, 경제법 강의, 신조사, 2003, 80면, 임영철, 공정거래법(개정판), 법문사, 2008, 37-41면 등 다수.

77) 정호열, 경제법(제5판), 박영사, 2016, 375면, 이기중, “공정거래법상 단독의 거래거절의 위법성 판단기준: 미국 셔먼법 제2조의 해석론의 도입가능성을 중심으로”, 『상사판례연구』 제14집(2003), 145면.

하여 부당한지에 대한 판단이 모두 이루어지기 때문에 불공정거래행위의 성립 여부 판단에서 독자적으로 고려할 요소를 생각하기 어렵다. 충성할인의 경우에도, 상대방과 거래하지 아니할 것을 조건으로 한 할인 등 혜택이 있다면 가격차별이 발생하는 것은 필연적이고, 그로 인한 경쟁제한효과 역시 시장지배적 지위남용행위로서 배타조건부거래행위의 부당성을 판단하는 과정에서 다루어진다.

따라서 결합판매로 인한 불이익강제행위나, 충성할인으로 인한 가격차별 등 시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위의 부당성 판단기준이 경쟁제한성을 중심으로 하는 경우 시장지배적 지위남용행위가 성립하면서 불공정거래행위가 성립하지 않는 경우를 생각하기 어렵다. 반대로, 시장지배적 지위를 가진 사업자의 불공정거래행위가 경쟁제한효과를 야기하였으나, 그것이 시장지배적 지위남용에서 말하는 관련시장의 경쟁제한효과에는 이르지 못하다고 판단하는 경우 또한 생각하기 어렵다. 게다가 두 범위반이 모두 인정되는 경우 과징금은 법정 과징금 부과율이 높은 시장지배적 지위남용행위 금지규정에서 정한 바에 따라 부과되는 점을 고려하면⁷⁸⁾ 제재 효과의 측면에서도 중복 규제의 실익이 높지 않다.

두 제도의 관계에 대해서는 아직 이론적으로 정리되어야 할 부분이 많아, 공정위는 현재 추진 중인 공정거래법 전면개편에서 불공정거래행위와 시장지배적 지위남용행위 규제체계 개편을 제외하였다.⁷⁹⁾ 하지만 향후 제도 개편 과정에서는 적어도 끼워팔기나 충성할인과 같이 양 규정이 달리 적용되기 어려운 경우에 한해서라도 그 관계를 명확하게 할 필요가 있어 보인다.

IV. 마 치 며

본건 EU 결정으로 인해 구글은 거대 시장인 EU 시장에서 검색앱과 크롬브라우저를 플레이스토어와 함께 라이선싱하기 어렵게 되었다. 나아가 본건 EU 결정은 마이크로소프트 건에서 제기되었던 ‘OS와 소프트웨어의 결합판매가 어디까지 허용되는 것인지’, 그리고 ‘배타적 탑재’가 아닌 ‘선택적 탑재’의 경쟁제한효과는 어떻게

78) 마이크로소프트 건과 켈컴 건 모두 동일한 행위의 경우 시장지배적 지위남용행위 규정 위반에 따른 과징금만 부과하였다.

79) 공정위 보도자료, “공정거래법, 38년 만에 전면 개편”, 경쟁정책국 경쟁정책과(2018. 8. 27.), 13면.

불 것인지에 관한 질문을 모바일 OS 시대로 불러왔는데, 이러한 질문은 애플 iOS 등 라이선스와 무관한 OS나 기타 플랫폼에 다양한 기본 앱이 선택제되는 것은 문제가 없는지에 대한 물음으로도 이어질 수 있다.

또한 본건 EU 결정으로 인해, 이미 한 차례 무혐의 결정이 내려진 미국과 우리나라를 포함한 세계 각지의 경쟁당국이 선택제 행위를 조사할 가능성이 높아졌다. 특히, 우리나라에는 구글의 안드로이드 OS 기반 모바일기기 생산자 중 가장 큰 규모와 매출을 자랑하는 삼성전자와, 역시 글로벌 모바일기기 시장의 주요 사업자인 엘지전자의 본사가 자리잡고 있고, 네이버(NHN)와 다음커뮤니케이션 등 검색사업자들도 국내시장과 아시아지역시장 등지에서 구글과의 경쟁의지를 불태우고 있어, 본건에 관하여 공정위나 법원이 어떤 결론을 내리든 그 경제적 파급 효과는 상당할 것으로 보인다.

본건 이후에도 모바일 소프트웨어나 검색엔진 등을 둘러싸고 다양한 법적 분쟁이 일어날 것으로 예상되는 만큼, 본건을 계기로 IT산업에서의 관련시장 획정 문제 및 행위유형 포섭, 경쟁제한성 판단 등에 관한 법리 발전이 이루어지기를 기대한다.

참고문헌

▣ 국내문헌

- 공정거래위원회, 알기쉬운 공정거래 경제분석(2012. 7. 13).
- 권오승·서정, 독점규제법-이론과 실무(제3판), 법문사, 2018.
- 양명조, 경제법 강의, 신조사, 2003.
- 이재구, 공정거래법 이론, 해설과 사례(제4판), 지식과감성, 2018.
- 임영철, 공정거래법(개정판), 법문사, 2008.
- 정호열, 경제법(제5판), 박영사, 2016.
- 한철수, 공정거래법-시장과 법원리(증보판), 공정경쟁연합회, 2017.
- 곽세봉, “포스코에 대한 대법원 판결내용과 미국 및 EU의 남용행위 판례 비교”, 『경쟁저널』 제142호(2009. 1).
- 오승한, “빅데이터 연관 산업의 경쟁제한적 관행 개선을 위한 경쟁법 적용의 타당성 연구”, 2018년 법경제분석그룹(LEG) 연구보고서(2018. 12).
- 이기중, “공정거래법상 단독의 거래거절의 위법성 판단기준: 미국 서면법 제2조의 해석론의 도입가능성을 중심으로”, 『상사판례연구』 제14집(2003).
- 정영진, “공정거래법상 시장지배적 지위남용의 기준: 미국/EU경쟁법의 몇 가지 시사점”, 2009년 하반기 법경제분석그룹(LEG) 연구보고서(2009. 12).
- 조성국·이호영 “인터넷 검색사업자의 경쟁법적 규제에 관한 연구-검색중립성 논의와 규제사례 및 그 시사점을 중심으로”, 『경쟁법연구』 31권(2015. 5).
- 조현진, “구글의 시장지배적 지위 남용여부에 대한 법적연구-최근 유럽연합 집행위원회의 판단을 중심으로-”, 『한국법정책학회』 제17집 제3권(2017).
- 최난설현, “인터넷 검색시장에서의 공정성 문제-Google 사례를 중심으로-”, 『경제법연구』 제14권 3호(2015).
- 홍대식, “사법적 관점에서 본 공정거래법: 시장지배적 지위 남용행위를 중심으로”, 『상사법연구』 제27권 제2호(2008. 8).
- 홍동표·이선하·장보윤·이미지·권정원, “디지털 시장의 특성과 경쟁법 적용: 이론과 사례 분석”, 2018년 법·경제분석그룹(LEG) 연구보고서(2018. 12).
- 홍인정, “모바일 플랫폼 중립성 연구-구글의 검색 서비스 사전탐재에 대한 규제 필요성 검토-”, 2012년 고려대학교 석사학위 논문(2012. 12).

▣ 국외문헌

Alison Jones and Brenda Sufrin, “EU Competition Law”, Fourth edition, Oxford, 2010.

Benjamin Edelman and Damien Geradin, “Android and competition law: exploring and assessing Google’s practices in mobile”, *European Competition Journal* (2016. 10).

Pinar Akman, “A Preliminary Assessment of the European Commission’s Google Android Decision”, *Competition Policy International*(December 17, 2018).

Abstract

A study on the Competitive Issues of Google's Pre-installation of Android Applications

Min Hee Lee, Sang Jin Park*

In light of the KFTC's recent announcement that it will look to investigate the actions of Google, this article explores the recent decision of the European Commission (the "EC") regarding Google's business practices regarding Android mobile devices. The EC held that Google, a dominant undertaking in markets for general internet search services, with its licensable smart mobile OS and app stores for the Android OS, abused its market position to strengthen dominance of its position in general internet search. Of the three business practices of Google that were reviewed in the EC case, this article focuses on the first two practices which may have a significant impact on the Korean market as well: i) Google's demand for the pre-installation of its search app along with its browser app as a condition to receiving its app store licence; and ii) its provision of incentives to mobile device manufacturers and mobile network operators on the condition that they exclusively pre-install its search app.

For the tying of Google's search and browser apps, the KFTC may refer to In the Matter of Microsoft (Decision No. 2006-042, Feb 24th, 2006), in which it sanctioned Microsoft for tying Windows Media Service with Windows Server OS, and for tying Windows Media Player and Windows Messenger with Windows PC OS. However, although Microsoft's bundling looks similar to the Google's at a first glance, the fact that in the case of Microsoft, it was much easier for consumers to replace the pre-installed app with another app may lead the KFTC to come to a different conclusion.

Regarding the issue of Google's provision of incentives to device manufacturers and network operators, it is worth looking at In the Matter of Intel (Decision No. 2008-295, Nov 5th, 2008) and In the Matter of Qualcomm (Decision No. 2009-281, Dec 30th, 2009). As professor Pinar Akman points out, the differing degrees

* Attorney at law, JIPYONG LLC.

of exclusivity conditioned on the pre-installation of a software and the installation of a hardware chip should be considered. In addition, whether the provision of incentives restricts competition will depend on the specific details and size of such incentives—the value payable by the device manufacturers or network operators to Google in the absence of such incentives, the price offered or offerable by other competing search app businesses will also be key considerations. Even if the incentives provided by Google in exchange for exclusive pre-installation are sizeable, if such incentives are unaffected when compared to the overall price payable to Google by the device manufacturers and network operators, then the provision of such incentives is unlikely to be seen as limiting competition. Finally, this article also notes that the relationship between abuse of market-dominating position and unfair trade practices should be reconsidered, at least for the types of unfair trade practices that are focused on restriction on competition, such as tying and loyalty rebates. Along with the EC’s decision, the KFTC’s decision in this area is expected to have a tremendous impact not only on the mobile industry, but also on global competition law.

■ 주제어: 공정거래법, 시장지배적 지위남용행위, 결합판매, 끼워팔기, 배타조건부거래, 가격차별, 충성할인, 구글, 안드로이드

■ **key words:** Monopoly Regulation and Fair Trade Act, Abuse of Market-dominating Positions, Bundling, Tying, Exclusive-dealing, Price discrimination, Loyalty Rebates, Google, Android

논문투고일자: 2019.05.10.

심사의뢰일자: 2019.05.13.

게재확정일자: 2019.05.31.