

# 유럽연합의 플랫폼 규제 동향과 시사점

일시: 2020. 9. 24 (목) 19:00 – 20:00

발표: 이상윤(고려대학교 ICR 센터)

## 발표 순서

### 1. 배경

- 1.1. 유럽연합의 경제·법 상황
- 1.2. 유럽연합의 문제의식

### 2. 주요 내용

- 2.1. 경쟁법 집행 강화
- 2.2. 경쟁법 체제 개편
- 2.3. 플랫폼 대상 사전 규제 도입

### 3. 시사점

※ 이번발표는아래논문들을요약하여작성되었습니다.참고해주시기바랍니다.

‘유럽연합의플랫폼규제 동향-“Digital Services Act”와“New Competition Tool” 외법논집44(3),2020.8(“플랫폼동향”)

‘디지털플랫폼사업자의소비자착취행위에대한경쟁법의적용:독일 페이스북사건,선진상사법률연구91,2020.7(“페이스북사건”)

‘유럽연합 디지털정책의동향과전망:“유럽의디지털미래”,“유럽데이터전략”,“인공지능백서”의주요내용과의의, 고려법학97,2020.6(“디지털정책”)  
(공저)검색중립성과경쟁법 집행원리,경쟁법연구40,2019.12(“검색중립성”).

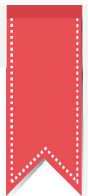
# 배 경



## 1.1. 유럽연합의 상황 (2019년 플랫폼 규칙 도입 이전까지)

- 1) 경제 상황: 외국 플랫폼 사업자들(GAFA)에 의한 시장 지배, 유럽의 뒤쳐진 디지털 산업 경쟁력(cf. 미국, 중국), "GAFA" 시가총액 프랑스 GDP 상회할 정도
- 2) 법 상황: 기능조약(TFEU) 제101조(부당한 공동행위), 기능조약(TFEU) 제102조(시장지배적 지위 남용행위), 연합 차원 플랫폼 대상 규제 부재, 회원국들의 서로 다른 플랫폼 규제 시도 등

## 1.2. 유럽연합의 문제의식



- 1) 디지털 플랫폼 산업의 혁신 과실을 모두 외국 플랫폼 사업자들이 가져간다는 불만  
반면 이용 업체들은 유럽 업체들로 글로벌 플랫폼 사업자들의 남용 행위에 노출
- 2) 경쟁법 대응의 한계 인식:
  - 경쟁법 대응은 너무 느리고 비효과적
    - 구글 쇼핑 사건의 경우 2010년부터 조사 시작해서 2017년 6월 결정
    - 과징금의 억제 효과에 대해서도 의문
  - 경쟁법 위반에 대해 행태적 조치만 가능하고 구조적 조치는 어려운 한계
  - 행태적 조치의 경우에도 기존 법리 적용의 한계
    - 착취적(exploitative) 성격이 포함된 남용행위의 규율 어려움
    - 차별 취급이나 필수성(indispensability) 등 법 적용 기준의 지나친 엄격성
- 3) 디지털 플랫폼 산업에 빠르고, 효과적인, 적절한 대응이 가능하도록 규제 체계를 개편할 필요에 대한 공감대 증가

※ 플랫폼 사업자들의 비즈니스 모델에 대한 우려와 대응 수단으로서 경쟁법의 한계

“유럽연합에서 인터넷 서비스 사업자(ISP)를 대상으로 논의되던 이른바 ‘(망) 중립성’ 이슈가 검색 엔진을 포함한 온라인 플랫폼까지 확장된 것은 오늘날 인터넷을 통한 온라인 상거래가 이용자는 물론 사업자들에게도 막대한 중요성을 갖게 된 점을 배경으로 하고 있다. 온라인 상거래 시장의 규모가 커지면서 기존에는 단순히 디지털 인프라를 제공하는 역할에 그쳤던 온라인 플랫폼들은 관련 상품 및 서비스를 직접 제공하는 방식으로 하류시장까지 사업을 다각화하게 되었다. 이에 따라 온라인 플랫폼의 하류기업이라 할 수 있었던 플랫폼 이용 업체들(business users)은 플랫폼들과 경쟁관계에 놓이게 되었고 수직통합 플랫폼 사업자들이 하류시장 경쟁자들의 사업 활동을 배제 또는 방해할 우려가 생겨...

위와 같은 우려들은 외형적으로는 인터넷 관련 시장에서의 경쟁제한 우려를 대상으로 한 것으로, 경쟁제한효과 등 유럽 경쟁법이 요구하는 시장지배력 남용에 관한 구성요건을 갖춘다면 경쟁법상 규제 대상에 해당하게 된다. 하지만 당시 유럽에서는 디지털 경제 관련하여 거론되는 플랫폼의 남용 행위들이 상대적으로 새로운 이슈들로서(특히 법 집행에 긴 시간이 소요되는) 경쟁법은 이에 대한 해답을 제시하기에 아직 충분히 준비되어 있지 않다는 견해가 지배적이었다. 예컨대 플랫폼이 어떻게 작동하는지, 어떠한 파급효과를 낳는지, 기업과 소비자들에 대한 긍정적, 부정적 파급효과는 어떠한지 등에 대하여 분명한 판단을 할 수 있는 근거가 매우 부족할 뿐 아니라 시장이 매우 빨리 변화하기 때문에, 경쟁법이 이에 효과적으로 대응하기 어렵고 다른 규제 수단을 강구해야 한다고 본 것이다. ...

실제로 적지 않은 회원국들은 (유럽연합의 경쟁법 사건이나 관련 논의가 구체화되는 것을 기다리지 않고) 경쟁법이 플랫폼의 남용행위를 규제하기 위한 적절한 대응 수단이 아니라는 결론을 내린 뒤 **각자 별도의 사전적 규제 수단을 도입하기 시작하였다.**”

- 검색 중립성, 2020, pp.279-281.

5

※ 플랫폼 산업의 경쟁 문제들에 대한 분석과 관련 규제 체계 개편 필요성의 인식

“그리고 2018년 규칙 제안 당시 작성한 보고서(staff working document)에서 집행위원회는 (i) 플랫폼 거래의 비중 확대, (ii) 전례 없이 막대한 네트워크 효과, (iii) 데이터 보유량과 품질에서부터 비롯되는 강화 메커니즘, (iv) 플랫폼 이용 업체들의 개별화·파편화된 지위로 인한 협상력 불균형 상태의 심화 및 경쟁 병목 현상(competitive bottlenecks)으로 인한 플랫폼 의존도 증가, (v) 플랫폼의 부당 조치에 대한 불만 제기시 보복 두려움 등을 근거로, 시장지배적 지위에 있지 않은 상대적으로 작은 플랫폼들도 (단독으로) 불공정한 거래행위(UTPs)를 할 수 있게 된다고 분석하였다. 즉, 위 요인들이 결합하여 플랫폼들이 점차 ‘문지기(gatekeeper)’가 되어가고 있으며, 이러한 문지기로서의 지위로 인해 시장에서 부정적 효과가 발생하고 있는데, 이러한 효과들이 (경쟁법을 포함하여) 기존 법 체계에서 제대로 다루이지 않고 있으므로 새로운 규제 수단이 필요하다고 판단한 것이다.”

“예컨대 집행위원회 특별 자문단 보고서와 유사하게, 독일에서는 연방경제에너지부(...)의 의뢰로 하이케 슈바이처(Heike Schweitzer) 교수 등이 작성한 마켓파워 남용행위 금지의 현대화에 관한 보고서(...)가 발간되었으며, 영국에서는 영국 정부가 의뢰하여 제이슨 퍼만(Jason Furman) 교수 주도로 작성된 디지털 경쟁 촉진을 위한 보고서(...)가 발간되었다. 이들은 공통적으로 디지털 시장에서 나타나는 막대한 네트워크 효과, 급격한 쏠림 현상(tipping), 플랫폼의 중개력(intermediation power), 문지기(gatekeeper)로서의 지위, 불균형한 협상력, 결정적인 경쟁 요소로서 데이터의 역할과 데이터에 대한 접근권 문제 등에 주목하면서 일부 플랫폼들의 지위는 더 이상 시장의 경쟁 메커니즘에 의해 도전받을 수 없는(incontestable) 지위에 있음을 확인하였다. 그리고 이들의 남용행위에 대한 대응과 경쟁 회복을 위한 더 빠르고 강력한 대응을 위하여 경쟁법제를 수정할 것을 촉구하였다. 이러한 보고서의 주장들은 실제 각 회원국의 경쟁법제 개편 논리를 뒷받침해왔음은 물론이고, 지금도 집행위원회가 추진하는 새로운 경쟁법 틀(NCT)의 도입 필요성을 설명하는 데에 크게 활용되고 있다.”

- 플랫폼 동향, 2020, pp.306-309

6

# 주요 내용



## 1. 유럽연합의 대응 양상

- 1) 경쟁법 집행 강화: 기존 집행례와 판례에서 한발 더 나아간 적극적 집행
- 2) 경쟁법 체제 개편: 기존 경쟁법이 디지털 경제에 부합하지 않는다는 인식 하에 조문 개정, 신설 등
- 3) 디지털 플랫폼 대상의 사전 규제(ex ante regulation) 도입

## 2. 각 대응들의 주요 내용 요약

- 1) 경쟁법 집행 강화: 구글 쇼핑 사건, 페이스북 사건, 중간 조치(interim measure) 등
- 2) 경쟁법 체제 개편: 독일, 영국, 프랑스 등 개편 논의 중, 집행위의 NCT 도입 착수 등
- 3) 플랫폼 대상 규제 도입: 플랫폼 규칙(Reg 2019/1150) 도입, 집행위의 DSA 도입 착수 등

7

## 2.1. 경쟁법 집행 강화



- 1) 집행위원회의 적극적인 경쟁법 집행과 중간 조치(interim measure)의 활용
  - 2017년 구글 사건: 구글이 일반 검색 시장에서의 지배적 지위를 이용해 일반 검색 결과 페이지에서 자사가 출시한 비교 쇼핑 서비스를 다른 비교 쇼핑 서비스에 비해 유리하게 위치·노출시킨 행위 (이른바 "self-preferencing")를 경쟁법 위반으로 결정
  - 2019년 디지털 시대의 경쟁정책 보고서(Competition Policy for the Digital Era): 집행위원회가 특별 자문가 그룹에 의뢰하여 작성된 보고서로 위 입장을 이론적 뒷받침
  - 2019년 브로드컴 배타조건부 거래 사건에서 중간 조치(interim measures) 결정
- 2) 회원국들의 기존과는 결을 달리하는 적극적인 경쟁법 집행
  - 독일 페이스북 사건: 데이터 보호법 위반 행위를 착취 남용 행위로 규율
  - 프랑스 구글 사건: 저작권법 위반 행위에 대해 착취 남용으로 가처분 조치

8

※ 유럽연합 집행위원회의 “Self-preferencing” 금지

“유럽에서는 위와 같은 당국의 판단을 지지하는 시각이 적지 않다. 특히 주목할 만한 주장은 이른바 ‘자기편애 (self-preferencing)’ 이론이다. ‘자기편애’는 하이케 슈바이처(Heike Schweitzer) 교수 등이 집행위원회의 의리로 작성한 정책 보고서 “디지털 시대의 경쟁 정책(Competition Policy for the Digital Era)”에서 제안된 개념으로, 구글 결정의 이론적 타당성을 뒷받침하고 있다. 보고서에 따르면, “**특히 높은 진입 장벽이 있는 디지털 시장의 플랫폼 사업자가 수직적으로 통합되어 있고 그 플랫폼이 특히 중개적인 설비(intermediation infrastructure)로서 역할을 한다고 볼 수 있는 경우, 그 플랫폼이 시장경쟁의 규칙을 정하는 역할(regulatory function)을 하고 있다면, 플랫폼 사업자는 자신의 자기편애 행위가 장기적으로 배제적 효과를 갖지 않는다는 점을 스스로 증명해 보여야 한다**”고 한다. ...

... 시장 지배적 플랫폼 사업자의 ‘자기편애 행위’를 금지하는 위와 같은 접근 방식이 유럽 경쟁법의 법리로서 성공적으로 뿌리내릴 수 있을지 여부는 두고 보아야 할 문제이다. 유럽 내 적지 않은 학자들과 실무가들은 구글 결정과 정책보고서의 ‘자기편애’ 이론을 “기존의 판례 및 집행례에서 상당히 벗어나 사실상 위법성 추정에 가까운 기준을 제시하면서도 이를 정당화하는 근거와 필요성을 제대로 설명하지 못한다”며 비판하고 있기 때문이다. 이들은 “**기존의 확립된 법원칙에 따르면 필수불가결성(indispensability)이 인정되지 않는 한 시장 지배적 사업자의 ‘자기편애’ 행위라도 경쟁법상 문제가 되지 않는 정당한 경쟁 수단으로 여겨져 왔는데,**” “구글 쇼핑 결정과 정책 보고서의 ‘자기편애’ 이론은 이러한 기존의 접근법으로부터 벗어나 행위로부터 곧바로 위법성을 도출해내는 자의적인 법 집행”을 의도하고 있다고 지적한다.\* - 검색 중립성, 2020, pp.287-288

\* 구글 쇼핑 사건과 자기편애 행위 금지에 대한 유럽에서의 논의 내용은 [별첨] 파일 참고

※ 독일 연방최고법원의 페이스북 사건 결정(집행 효력 정지 관련)

“먼저 연방최고법원은 문제의 핵심은 데이터 보호법(GDPR) 위반 여부가 아니라 페이스북 이용자들의 ‘선택권 (choice)’이라는 점을 분명히 했다. 즉, **페이스북의 데이터 행위는 데이터 보호법을 위반하여서가 아니라 페이스북 이용자들이 ‘제3자 등으로부터 광범위한 데이터 수집을 하지만 좀 더 개별화된 경험을 제공받을 수 있는 서비스’와 ‘덜 개별화된 경험을 제공하지만 자신이 데이터 제공을 선택할 수 있는 서비스’ 사이에서의 선택권을 갖지 못하게 되었기 때문에 문제가 된다고 지적하면서, 남용의 판단 기준에 관한 문제를 데이터 보호법 위반이 아닌 소비자 선택 감소의 문제로 옮긴 것이다.** ...

... 선택권의 상실은 단순히 이용자의 데이터 통제권이나 프라이버시에만 영향을 미친 것이 아니라 **이용자에 대한 착취**로 볼 수 있다고 판단하였는데, 그 이유는 ‘**더 적은 데이터를 제공하는 서비스에 대한 수요가 있고 그러한 서비스 제공이 경쟁 시장이었으면 가능했을 것임에도 페이스북이 시장지배적 지위를 이용하여 거부한 것으로 볼 수 있기 때문**’이라고 설명하였다. ....

... 그리고 연방최고법원은 페이스북 데이터 정책이 경쟁에 대해 영향을 미칠 수 있다는 점도 인정하였는데, 이로써 **데이터가 경쟁 관련 요소**라는 점은 분명해졌고 더 이상의 논란은 발생하지 않게 될 것으로 보인다. 법원은 페이스북이 이 사건 행위로 더 많은 데이터를 보유하게 되었다는 전제에서 **더 많은 데이터로** 이용자들의 고착 현상 (lock-in)을 더욱 강화시키는 한편 **소셜 네트워크 서비스의 수익성(광고 계약 등을 통하여)을 개선시켜** 왔다고 판단하였다. 나아가 소셜 네트워크 시장만이 아니라 **온라인 광고 시장에서 발생한 경쟁에 대한 부정적 효과(시장 진입 장벽 상승, 배제 효과 등)도 대체로 인정될 수 있다**고 보았고, 이러한 내용들에 근거하여 뒤셀도르프 고등법원이 확인한 (이 결정의 적법성에 대한) ‘심각한 의문(serious doubts)’은 없다고 결론 내렸다.”

- 페이스북 사건, 2020, p.227.

※ 독일 연방최고법원의 페이스북 사건 결정(집행 효력 정지 관련) 원문 발췌(비공식 번역)

**“The social network is an important form of social communication. The use of the forum opened for the purpose of mutual exchange and expression of opinion is of particular importance due to the large number of users and the network effects (...). Since users have no alternative, the user can only be said to have an **autonomous decision** to the extent that he or she can also waive the use of a non-essential service. However, the protection of consumers against exploitation by a dominant company is not limited to essential products and services.”** at 102

“[The right to privacy does] guarantee the individual the possibility of influencing in a differentiated way the context and the way in which his or her personal data is made available to others and used by them. **It thus guarantees that the individual himself or herself has a substantial say in deciding on the attributions that apply to his or her own person (...). This guarantee of fundamental rights also has an impact on the legal relationship under private law and must be taken into account in the interpretation of the general clauses under civil law,** to which Section 19 [of the German competition act] can also be counted (...).” at 104

“The effect of fundamental rights in civil law as constitutional values does not mean that their requirements are in any case less far-reaching or less demanding than the protective effects directly directed at the state. **Depending on the circumstances, especially when private companies – as in this case – move into a dominant position and take over the provision of the framework conditions for communication themselves, the binding of private companies by fundamental rights may in fact be more similar or even equivalent to the binding of the state.**” at 105

- Rupprecht Podszun, ‘FACEBOOK CASE: THE REASONING’ (D’Kart, Aug 28, 2020)  
<https://www.d-kart.de/en/blog/2020/08/28/facebook-case-the-reasoning/>

11

※ 프랑스 경쟁당국의 구글 결정(interim measures)

“Last week’s decision by the Autorité de la Concurrence is remarkable for several reasons, in particular because it provides for **interim measures and it is about exploitative conduct.** In that sense, it is an excellent example of what the new competition law will bring. ... Traditional competition law was reluctant to engage with practices involving the administration of complex, prescriptive remedies (such as the redesign of a product or the determination of the terms and conditions under which firms are to deal with rivals and/or customers). ... The decision reveals how much things are changing. ... **the Autorité does not hesitate to mandate that Google set up a framework for its negotiations with press publishers and their remuneration.** ... The Autorité’s decision shows that, contrary to this view, the days of ambitious action by means of interim measures, IMS Health-style, may not only not be over, but about to start. ... Whether or not the said analysis is correct is not the point. Instead, the fascinating issue – at least from the perspective of an independent academic – is **that it breaks new ground, and does so by means of an unusual instrument.** ... At least in part, **the assessment** revolves around the idea that **Google, when dealing with press publishers, has used its dominant position to frustrate the objective of the legislature, which was to allow press publishers to receive adequate remuneration for the exploitation of their sui generis rights.** In this regard, **Article 102 TFEU seems to be applied as a ‘safety net’** that assists and completes another area of economic regulation (a growing trend in contemporary enforcement). ...”

- Pablo Ibanez Colomo, ‘Interim measures by the Autorité de la Concurrence: history repeats itself after IMS Health’ (Chillin’Competition, Apr 15, 2020) ([link](#))

cf. See also, Autorité de la concurrence, Communiqués de presse, ‘Droits voisins : l’Autorité fait droit aux demandes de mesures conservatoires présentées par les éditeurs de presse et l’AFP’ (Avril 9, 2020) ([link](#)); full text of the decision ([link](#))

12



## 2.2. 경쟁법 체제 개편

- 1) 독일 제10차 경쟁법 개정안 심의 중
  - 제18조 제3항 제3호(데이터 고려) 신설, 제18조 3b호(다면중개플랫폼) 신설, 제19a조(생태계 플랫폼) 신설, 제20조 제1항 및 제3a항(우월적 지위) 개정, 제32a조(중간조치) 개정 등
- 2) 영국, 프랑스 등도 개편 논의 중
- 3) 집행위원회의 새로운 경쟁법 툴(New Competition Tool, NCT) 도입 착수
  - 영국의 시장 조사(market investigation) 제도 참고 – 구조적 경쟁 문제에 대응
  - Option 1. 시장지배적 사업자 대상 + 전 산업 분야  
Option 2. 시장지배적 사업자 대상 + 디지털 분야 한정  
**Option 3. 비 시장지배적 사업자 포함 + 전 산업 분야**  
Option 4. 비 시장지배적 사업자 포함 + 디지털 분야 한정
  - 경쟁법 위반 확인 X, 과징금 X, 손해배상 문제 X  
대신 행태적 · 구조적 조치들(remedies) 가능 – e.g. 데이터 공유 의무; 기업 분할

※ 제10차 독일 경쟁법 개정안(정부안) 중 디지털 플랫폼 관련 내용들 (비공식 번역)

Draft Bill for the Reform of the German Competition Act, September 2020 (Unofficial translation)

Section 18 Market Dominance

(3) In assessing the market position of an undertaking in relation to its competitors, account shall be taken in particular of the following ...

...

2. its financial strength

**3. its access to data relevant for competition,**

4. its access to supply or sales markets ....

**(3b) When assessing the market position of an undertaking acting as an intermediary on multi-sided markets, account should be taken in particular of the importance of the intermediary services it provides for access to supply and sales markets.**

### Section 19a Abusive Conduct of Undertakings of Paramount Significance for Competition across Markets

(1) The Bundeskartellamt may issue a decision declaring that an undertaking which is active to a significant extent on markets within the meaning of Section 18(3a) is of paramount significance for competition across markets. In determining the paramount significance of an undertaking for competition across markets, particular account shall be taken of:

1. its dominant position on one or more markets
2. its financial strength or its access to other resources,
3. its vertical integration and its activities on otherwise related markets,
4. its access to data relevant for competition,
5. the importance of its activities for third parties' access to supply and sales markets and its related influence on third parties' business activities.

\* Section 18 (3a) In particular in the case of multi-sided markets and networks, in assessing the market position of an undertaking account shall also be taken of:

1. direct and indirect network effects,
2. the parallel use of services from different providers and the switching costs for users,
3. the undertaking's economies of scale arising in connection with network effects,
4. the undertaking's access to data relevant for competition,
5. innovation-driven competitive pressure.

(2) In case of a declaratory decision pursuant to subsection 1, the Bundeskartellamt may prohibit such undertakings from

1. treating the offers of competitors differently from its own offers when providing access to supply and sales markets;
2. directly or indirectly impeding competitors on a market in which the respective undertaking can rapidly expand its position even without being dominant, provided that the impediment is likely to significantly obstruct the competitive process;
3. creating or raising barriers to market entry or impeding other undertakings in another way by using data relevant for competition that has been collected from the other side on a dominated market, also in combination with other data relevant for competition from sources beyond the dominated market, or demanding terms and conditions that permit such use;
4. making the interoperability of products or services or data portability more difficult and thereby impeding competition;
5. informing other companies insufficiently about the scope, the quality or the success of the performance they provide or commission, or making it difficult in other ways for them to assess the value of this performance.

This shall not apply if the respective conduct is objectively justified. In this respect, the burden of presenting facts and the burden of proof lie with the undertaking in question. Section 32(2) and (3) and Sections 32a and 32b shall apply mutatis mutandis. Decisions pursuant to subsection 2 can be combined with an assessment pursuant to subsection 1.

(3) Sections 19 and 20 shall remain unaffected.



Section 20 Prohibited Conduct of Undertakings with Relative or Superior Market Power

(1) Section 19(1) in conjunction with subsection 2 no. 1 shall also apply to undertakings and associations of undertakings to the extent **that undertakings** as suppliers or purchasers of a certain type of goods or commercial services depend on them in such a way that sufficient and reasonable possibilities of switching to other undertakings do not exist **and, because of a significant imbalance, the dependence is not offset by a corresponding countervailing power of the suppliers or customers of the undertaking with a strong market position (relative market power)**. Section 19(1) in conjunction with subsection 2 no. 1 shall also apply to **undertakings acting as intermediaries on multi-sided markets insofar as undertakings are dependent on their intermediary services with regard to access to supply and sales markets in such a way that sufficient and reasonable alternatives do not exist**. A supplier of a certain type of goods or commercial services is presumed to depend on a purchaser within the meaning of sentence 1 if this supplier regularly grants to this purchaser, in addition to discounts customary in the trade or other remuneration, special benefits which are not granted to similar purchasers. ...

**... (3a) An unfair impediment within the meaning of subsection 3 sentence 1 shall also be deemed to exist where an undertaking with superior market power on a market within the meaning of Section 18(3a) impedes competitors' independent attainment of positive network effects and thereby creates a serious risk of a considerable restriction of competition on the merits.**

Section 32a Interim Measures

(1) The competition authority may order interim measures ex officio **if an infringement within the meaning of section 32(1) appears predominantly probable and the order is necessary for the protection of competition or because of an imminent threat of serious harm to another undertaking**. This shall not apply if the undertaking concerned credibly presents facts according to which the order would result in an unfair hardship not required by **overriding public interests**.

\* (original) "In urgent cases, the competition authority may order interim measures ex officio if there is a risk of serious and irreparable damage to competition"

(2) Orders pursuant to paragraph 1 shall be limited in time. The time limit may be extended. It should not exceed one year in total.

※ 영국에서의 경쟁법 개편 움직임

“이런 류의 시도는 영국 퍼만 보고서(Furman report)의 **“전략적 시장 지위(strategic market status)”** 개념으로부터 영향을 받은 것으로 보인다. 동 보고서는 디지털 시장에서의 경쟁을 촉진시키기 위한 여러 방안들로, 전략적 시장 지위에 있는 디지털 플랫폼들을 관리 감독하기 위한 조직인 **‘디지털 마켓 유닛(digital market unit)’**의 신설, **기업결합 법규의 정비, 경쟁법 집행의 강화, 온라인 광고 시장에 대한 심도 있는 조사** 등을 권고하였다. “전략적 시장 지위(strategic market status)”는 검색엔진을 포함한 소수 독과점적 플랫폼들의 시장 지위를 개념화한 것으로, 보고서는 구체적으로 “소비자 또는 플랫폼 이용업체들의 시장 접근을 관리, 통제할 수 있는 입구(gateway) 또는 병목(bottleneck)에서 마켓파워를 행사할 수 있는 지위”로 정의하였다(paras 2.10 and 2.25). 보고서는 이러한 지위가 검색 결과 순위, 데이터 프라이버시 등과 관련한 직접적인 소비자 피해(harm) 또는 플랫폼에 의존한 소규모 사업체들의 배제 또는 착취로 이어질 수 있다고 경고하면서(paras 2.25 and 2.36) 이들의 남용 우려를 집중적으로 감독하고 규제할 필요가 있다고 주장하였다” ...” - 플랫폼 동향, 2020, p.311..

“... 이에 대해 주자 체르하미(Zsuzsa Cserhalmi)는 2020년 7월 1일 발표된 영국 경쟁당국(Competition and Markets Authority, “CMA”)의 ‘온라인 플랫폼과 디지털 광고 시장 연구’의 최종 보고서도 같은 결론에 이르고 있다고 언급한다. 이 보고서에서 영국 경쟁당국(CMA)은 **페이스북과 구글이 디지털 광고 시장에서 타의 추종을 불허하는 시장 지위를 갖고 있고 네트워크 효과, 규모의 경제, 비교할 수 없이 막대한 데이터에 대한 접근권(unmatchable access) 등 막대한 기득권(incumbency advantages)을 누리고 있다고 확인하면서, 현재 다른 사업자들에 의한 경쟁 자체가 불가능한 상황으로, 기존 경쟁법 상의 수단으로는 이러한 상황을 타개하기가 어렵기 때문에 온라인 플랫폼들을 위한 새로운 경쟁촉진적 규제 체계(pro-competition regulatory regime)를 마련해야 한다고 주장한다.** Competition and Markets Authority, ‘Online platform and digital advertising’ CMA’s market study final report (July 1, 2020) ...”

- 플랫폼 동향, 2020, p.317.

※ 프랑스에서의 플랫폼 규제 체계 개편 움직임

“... 프랑스도 이와 유사하게 특정 플랫폼들을 **‘시스템적 플랫폼(systemic platform)’**으로 지정하면서 이들에 대해서는 기업결합의 경쟁 효과에 대한 **입증 책임을 전환**하는 내용의 규제 체계 개편을 시도하고 있는 것으로 알려졌다. ...

... 한편 **프랑스 경쟁 당국은** 최근 위와 같은 접근을 유럽연합의 경쟁법제에도 도입할 것을 촉구하는 보고서를 발표하기도 하였다. 즉, 특정한 유력 플랫폼들을 **‘구조적 사업자들(structural operators)’**로 지정하여서 **일부 행위들(예컨대 경쟁 사업자 차별, 인접 시장에 대한 경쟁 사업자의 접근 방해, 데이터 접근권의 제약, 멀티호밍 방해 등)에 대해서는 입증책임 전환** 등 더 엄격한 규제를 부과하는 방식을 유럽연합의 경쟁법제에도 도입해야 한다고 촉구한 것이다. ...”

- 플랫폼 동향, 2020, pp.310-311.

※ 집행위원회의 NCT 도입 배경 및 주요 내용

“... 구조적 경쟁 문제들은 크게 두 가지의 경로로 발생한다. 첫째는 ‘경쟁에 대한 구조적 리스크(structural risks for competition)’다. 쉽게 말해 **급격한 쓸림이 발생하는 또는 발생할 수 있는(tipping) 시장**에서 사업자가 경쟁에 위협적인 행위를 하는 경우에 구조적 경쟁 문제가 발생한다는 것이다. 집행위원회는 이러한 상황이 이어지면 곧 강력한 시장 행위자들이 등장하게 되고 이들은 확고한 시장 지위(entrenched market position) 또는 문지기로서의 지위를 갖게 된다고 분석하면서 이러한 전개를 막기 위해 경쟁 당국의 **신속한 시장 개입(early intervention)**이 필요하다고 설명한다. 이어 ‘비시장지배적 사업자들의 단독행위로서 반경쟁적 수단들을 통한 시장 독점화 행위’도 이러한 구조적 리스크를 발생시킬 수 있다고 부연한다. ...

... 구조적 경쟁 리스크의 범위에 포섭될 수 있는 경우들은, 예컨대 소비자들을 고착화(lock-in)하기 위하여 멀티호밍을 방해하거나, 최근 아마존 사건처럼 (플랫폼) 사업자가 자신의 이중적 역할 또는 수직 통합된 상황을 이용하여 상류 서비스 시장에서 얻은 이점들(예컨대 데이터)을 그가 경쟁하고 있는 다른 시장들에서 사용하는 경우, 소비자들의 이용 전환이 어려운 모바일 플랫폼 생태계 안에서 생태계를 주도하는 사업자(꼭 시장지배적 지위에 있지 않지만 문지기 지위에 있는 사업자)가 애프터 마켓(예컨대 콘텐츠나 결제 서비스 관련하여)에서 경쟁을 악화시키거나 착취로 이어지게 만드는 단독행위를 하는 경우, 또는 구글 사건에서처럼 사업자가 한 핵심 시장에서의 지배적 지위를 지렛대 삼아 이를 급격한 쓸림 현상(tipping)이 발생하기 쉬운 인접 시장들에서 반복적으로 이용(leveraging)하는 경우 등이다”

- 플랫폼 동향, 2020, pp.310-311.

21

“... 둘째는 ‘구조적인 경쟁 부재(structural lack of competition)’다. **급격한 쓸림이 이미 발생해버린(tipped) 시장** 등 구조적 문제가 리스크 수준을 넘어서 경쟁 부재로 이어지게 된 시장을 의미하는데 집행위원회는 이를 ‘구조적 시장 실패’로 언급하면서 크게 두 종류의 모습으로 설명한다. 첫째는 ‘마켓 파워를 지닌 특정 사업자의 행위가 문제 되는 수준을 넘어서서 **고도의 집중과 진입 장벽, 소비자 고착 현상(lock-in), 데이터에 대한 접근권이나 집적에 대한 제약** 등 구조적 요인들로 인하여 ‘시스템적인 실패들(systemic failures)’이 나타나는 시장’ ...

... ‘구조적 경쟁 부재’ 상황에는 예컨대 ... (iii) 온라인 광고 시장처럼 시장의 일정한 특징들로 인하여 급격한 쓸림이 이미 발생해버리고 경쟁이 부재하게 되어버린 경우 ...

... 위와 같은 배경에서 평가서(IIA)는 ‘소수의 시장 참여자들에게만 유리한 구조적 경쟁 문제들에 대응하면서 유럽 소비자들에게 더 많은 선택과 혁신을 돌리고 기존의 유력 사업자에게 대항한 중소기업들의 경쟁력을 높이기 위한 목표’를 갖고 이번 이니셔티브를 추진하게 되었다고 밝힌다. 현재의 경쟁법제, 즉, 기능조약(TFEU) 제 101조와 제102조, 그리고 시장 조사(sector inquiries)와 같은 수단들은 단지 정보를 요청할 권한에 불과하거나 개개의 법 위반 절차에서만 시정조치를 부과할 수 있다는 한계가 있으므로 **효과적 대응을 위해서는 새로운 수단의 도입이 필요하다 ...**”

- 플랫폼 동향, 2020, pp.316-318.

“... 파딜라(Jorge Padilla) 박사는 관련 조치를 상황에 따라 **단계적으로 부과할 수 있는 제도 설계(contingent remedy designs)**를 제안하기도 하였다. 이는, 예컨대, 경쟁 회복 상황에 따라 1단계에서는 단순 조치만을 부과하고, 이것만으로 부족할 때 더 강력한 2단계 조치를 부과하고, 그럼에도 상황이 개선되지 않으면 점진적으로 조치를 강화하다가 **최후 단계에는 기업 분할 조치를 명령하는 것을 의미한다**. 필자의 추측으로는, 이러한 접근 방식이 현재 집행위원회가 고려하고 있는 방안과 유사한 형태일 것으로 보인다.”

- 플랫폼 동향, 2020, p.319.

22



### 2.3. 플랫폼 대상 규제 도입

#### 1) 플랫폼 규칙(Reg. 2019/1150) 도입 (2019년 6월 20일 도입, 2020년 7월 12일 시행)

- Regulation 2019/1150 on on promoting **fairness** and **transparency** for business users of online intermediation services
- 공정성(fairness) – 큰 비중X (다만 분쟁해결 메커니즘과는 관련)
- 투명성(transparency) – 정보 불균형 해소를 위해 투명성 의무들 부과(핵심!)

- 적용 범위: 유럽 역내에서 활동하는 거의 모든 온라인 플랫폼 사업자들

- 의무 사항: 이용 업체와 계약 중단·종료 시 이유 제시 및 이의 제기 기회 제공; 거래 조건은 알기 쉽게 작성하고 변경 시 최소 15일 전 통지; 상품 검색 결과 순위 결정 주요 변수들 공개; 특정 상품에 유리한 혜택 제공 시 내용 공개; 내부에 분쟁해결 시스템 도입 등

- 중소기업 관련 기구·단체, 공공기관이 규정 위반시 법원에 중지 청구 가능

※ Regulation 2019/1150 on on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services 주요 내용

**적용 범위:** 주소지나 준거 법률에 상관 없이 연합 내에서 제공되는 온라인 중개 서비스와 온라인 검색 엔진에 적용된다(제1조 제2항). 단, 사업자-소비자간 거래 촉진이나 소비자와 계약 관계가 없는 온라인 결제서비스, 온라인 광고 툴, 광고 교환 사업자 등은 제외된다(제1조 제3항, Recital 11).

**거래조건(Terms and conditions, "T&C")** – 일반적인 의무로서, '중개 플랫폼' 사업자들은 거래조건(T&C)을 이해 가능한 평이한 용어를 사용해 작성하고, **쉽게** 이용 가능하도록 하며, 이를 통해 다른 유통채널, 지식재산권 관련 정보 등을 제공해야 한다(제3조 제1항 (a)호 ~ (e)호). 그리고 거래조건을 **변경하고자 할 때**에는 관련 내용을 최소 15일 전에 미리 보전 가능한 매체로 **고지**하여 상대방('중개 플랫폼' 이용 사업자)이 기술적·상업적 조치를 취할 수 있도록 해야 한다(제3조 제2항. 법적 의무를 지키기 위한 경우나 기술적 보호조치가 필요한 경우는 예외로 두고 있다. 제3조 제4항).

**서비스 제공의 제한, 중지, 종료** - 중개 플랫폼 사업자들이 이용업체들에 제공하던 서비스를 제한하거나 중단, 계약 해지하는 경우(목록 또는 검색 결과에서 삭제하는 행위 등을 포함)에는 이에 관한 **근거들**이 거래조건(T&C) 상에 명시되어 있어야 하고(제3조 제1항 제(c)호) 실제 이에 따른 결정을 내리는 때에는 결정에 이르게 된 구체적인 사실들, 정황들, 거래조건 상의 객관적 근거들을 포함한 내용이 상대방(중개 플랫폼 이용 사업자)에게 보전 가능한 매체로 **제시되어야 한다**(서비스 제한이나 중단의 경우에는 효력 발생 전이나 그 시점까지 계약 해지의 경우에는 최소 효력 발생 30일 전까지. 제4조 제1항, 제2항 및 제5항. 단 법적 의무를 지키기 위한 경우나 반복된 계약 위반으로 인한 경우 등에는 예외를 인정하고 있다. 제4조 제4항).

**정렬 순위(ranking)** - 규칙 제5조는, 중개/검색 플랫폼 사업자(제5조 제1항)에게 상품/서비스의 정렬순서를 결정하는 주요 **매개변수들(main parameters)**과 이들 간의 상대적 중요성을 설명하는 근거들을 거래조건(T&C) 상에 밝혀두거나 공공이 쉽게 접근할 수 있도록 하는 의무를 부과하고 있다(제5조 제2항). 또한 플랫폼 이용업체가 중개/검색 플랫폼에 직간접적으로 지급하는 **보수(remuneration)**가 정렬순서에 영향을 미칠 수 있는 경우에는 그러한 가능성과 효과에 대한 설명이 거래조건(T&C)이나 공중에 알기 쉽게 **공개**되도록 하고 있다(제5조 제3항). 그러나 이러한 공개 의무가 정렬(ranking) 매커니즘의 작동에 상세한 정보들을 모두 공개하도록 하는 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 규칙은 제3자의 악의적인 검색결과 왜곡에 대한 우려와 이에 대한 보호 조치의 필요성을 인정하면서, 알고리즘처럼 그 정보가 공개되었을 때 **소비자 기만행위나 검색결과 조작으로 이어질 가능성이** 합리적으로 예견되는(with reasonable certainty) 경우는 공개의 대상에 해당하지 않음을 분명히 규정하고 있다. **다만, 상업적 고려(consideration of the commercial interests)에 의한 공개 거부는 받아들여지지 않는다**(제5조 제6항, Recital 27. 세부적인 내용에 대해서는 추후 집행위원회가 가이드라인 제정, 제5조 제7항).

**차별취급(differentiated treatment)** - 규칙 제7조는 차별취급(differentiated treatment)에 대한 규정으로서, 중개/검색 플랫폼 사업자가 자사의 상품/서비스를 플랫폼을 통해(Recitals 30-31) 소비자에게 제공하는 수직통합 모델의 경우, 플랫폼 사업자들에게 관련 내용을 **미리 공개**하도록 의무를 부과하고 있다. 즉, 중개/검색 플랫폼 사업자는 타사의 상품/서비스와 비교하여 **자사의 상품/서비스에 부여하거나 부여할 수 있는 모든 특별한 취급(any differentiated treatment)**을 이와 관련한 주요한 경제적, 상업적 또는 법적 고려사항들을 포함하여 거래조건(T&C) 상에 기술하거나 공개해야 한다(제7조 제1항 및 제2항). 기술되어야 하는 내용의 범위에는, 고객 데이터에 대한 접근((a)호), 정렬순서 ((b)호), 플랫폼 수수료((c)호), 부수적 서비스에 대한 접근((d)호) 등과 관련하여 특별하게 취급되는 사항들이 포함된다(제7조 제3항).

25

**데이터 접근(Access to data)** - 규칙 제9조에 따르면, 중개 플랫폼 사업자는 플랫폼을 통해 생성·제공된 개인 정보 등 데이터들에 대한 기술적·계약적 **접근 권한**에 관한 내용(범위와 조건 등)을 거래조건(T&C) 상에 기술해 두어야 한다.\* 이러한 기술 내용에는 특히 중개 플랫폼 사업자의 데이터 접근권 여부, 플랫폼 이용 사업자의 자신 또는 타인이 생성한 데이터에 대한 접근권 여부, 그리고 온라인 중개 서비스 제공과 관련 없이 제3자에게 데이터가 제공되는 경우에는 제공되는 데이터의 내역과 제공의 목적 및 플랫폼 이용 사업자의 거부권(opt-out) 여부 등이 포함되어야 한다(제9조 제2항).

\* 제9조 제1항. 규칙 제안이유서(recital) 33번째 단락에서는, 기술되는 내용이 비례적이어야 한다고 언급하고 있다. 그리고 접근 가능한 데이터를 특정하는 방식보다는 일반적인 접근 조건을 기술하는 방식이 될 수 있다고 설명하면서도, 다만, 순위라든가 리뷰와 같이 플랫폼 이용업체와 높은 관련성을 맺는 데이터들의 경우에는 해당 데이터를 특정하는 방식으로 기술될 수 있음도 인정하고 있다.

**최혜국 대우 보장 조약** - 규칙 제10조는 최고혜택대우 보장 조항(Most Favoured Nation clauses, 'MFNs')에 관한 내용으로, 중개서비스 플랫폼 사업자가 이용 사업자의 '해당 플랫폼 외에 **다른 경로로** 동일한 상품과 서비스를 판매하면서 소비자들에게 다른 (더 유리한) 조건을 제시하는 행위'를 제한하고자 하는 경우(restrictions to offer different conditions through other means), 플랫폼 사업자는 그러한 제한(MFNs)에 대한 경제적, 상업적 또는 법적 고려사항들이 포함된 근거를 거래조건(T&C) 상에 포함시켜야 한다는 내용을 담고 있다(제10조 제1항). 그러나 규칙은 동 규정이 다른 연합법 또는 국내법의 적용에 영향을 주는 것은 아니라고 하면서(제10조 제2항), 최고혜택대우 보장 조항이 여전히 경쟁법 등 다른 규제의 대상이 될 수 있음을 밝히고 있다.

26

**기타 의무들** - 이 외에도 제6조는 특정 상품에 대한 수선 서비스나 렌터카 보험 서비스와 같이 플랫폼 이용업체가 제공하는 특정 상품 또는 서비스를 보완하기 위하여 중개 플랫폼 또는 제3의 업체가 부수적으로 상품/서비스를 제공하는 경우에는, 관련 내용을 거래조건(T&C) 상에 공개하도록 규정하고 있다.

제8조는 특히 중개 플랫폼 사업자와 이용 업체의 협상력 차이를 이유로 발생할 수 있는 특정한 계약 조항들에 관하여 별도로 규정하고 있다: **소급적 변경 금지 의무(제8조 제(a)항)**; \* 거래조건(T&C)상 중개 플랫폼 이용업체의 계약 해지권을 보장할 의무((b)항); 거래조건(T&C)상 중개 플랫폼과 이용 사업자 간 계약이 종료된 이후 이용 사업자에 의해 제공 또는 생성된 정보들에 대하여 플랫폼 사업자가 어떠한 기술적, 계약적 접근 권한을 갖는지에 관한 내용을 규정할 의무((c)항) 등.

\* 이 규칙은 원칙적으로 대상 행위를 직접 규제하는 방식이 아니라, 플랫폼들에게 거래 상대방에 대한 투명하고 구체적인 설명의무를 부과하는 방법으로 정보 불균형을 해소하고자 하는 신중한 접근을 취하고 있다는 점이 특징이지만, **예외적으로** 제8조 제(a)호에서는, 법적 의무를 준수하기 위한 경우 또는 플랫폼 이용 사업자에게 이로울 경우를 제외하고 **중개 플랫폼 사업자가 소급적으로 거래조건(T&C)을 변경하지 못하도록 하는 의무를 직접적으로 부과하고 있다.**

내부 분쟁해결 절차 마련 - 규칙은 중개 플랫폼 이용업체들이 피해를 입거나 불만이 있는 경우 플랫폼 사업자에 대해 직접 **이의를 제기할 수 있는 내부 절차를 마련하도록 의무화**하고, 또 분쟁이 생길 경우를 대비해 미리 중재인을 지정하고 공개하도록 하고 있으며, 기타 소송 및 집행과 관련한 내용들도 규정하고 있다. 관련 내용은 제11조(플랫폼 이용 사업자들의 이의제기 및 처리 시스템 마련 의무), 제12조-제13조(중재인 지정 및 공개 의무), 제14조(대표기구에 의한 소송) 등에 편재되어 있다. 그 외의 내용은 제15조-제18조까지로 규칙의 집행 및 모니터링, 사후 조치 등에 관한 내용을 규정해놓고 있다.

다만 이러한 분쟁해결 메커니즘에 관한 의무는 소규모 사업자들에게는 적용되지 않는다(Recital 41, 제11조 제5항, 제12조 제7항).

27

## 2.3. 플랫폼 대상 규제 도입

### 2) 집행위원회의 디지털 서비스법(Digital Services Act, DSA) 도입 착수

- Option 1. 플랫폼 규칙 개정하여 특정 이슈들에 관한 추가적인 규율 도입
- Option 2. 대형 온라인 플랫폼들을 대상으로 연합 차원의 규제 당국에 정보 수집 권한 부여
- Option 3. 대형 온라인 플랫폼들을 대상으로, 사전 규제 프레임워크 도입

#### 3a. 블랙리스트(Blacklist)

예) 특정 자기편애 행위, 관련 없는 거래조건의 일방적 추가 금지 등

#### 3b. 사례별 접근(Case-by-case)

예) 이슈별 맞춤형 조치: e.g. 데이터 접근 의무, 데이터 이동권 보장 등

28

## ※ DSA 패키지 중 플랫폼 관련 규제의 주요 내용

“마지막 세 번째 방안은, 현재의 플랫폼 규칙을 보충하는 규범으로서, **문지기 역할을 하는 대형 온라인 플랫폼들에게만 제한적으로 적용되는 새롭고 유연한 사전 규제 프레임워크**를 도입하는 방안이다. 대형 문지기 플랫폼들을 판단하는 기준으로는 **상당한 네트워크 효과, 이용자 수에 기초한 규모, 서로 다른 시장에서 데이터를 활용할 수 있는 능력** 등이 고려될 수 있으며 판단 기준은 앞으로 규제영향평가(impact assessment)를 진행하면서 더욱 정교화될 것으로 밝히고 있다. 그리고 **유럽연합 차원에서 감독과 집행이 이뤄질 수 있도록 하는 방안도 함께 고려중**이라고 밝힌다.

세 번째 방안에서 구체적인 행위를 규율하는 방식은 크게 두 갈래로 나뉘는데, 하나는 특정한 불공정 거래행위들(UTPs)에 관한 **금지 목록(blacklist)**을 만들어서 규율하는 방안이고(Option 3a), 다른 하나는 **사례별로 접근하여(case-by-case)** 꼭 필요하고 적절한 경우에 한해 맞춤형 조치(tailor-made remedies)를 부과하는 방안이다(Option 3b).

집행위원회는 전자의 경우(Option 3a) 시장을 왜곡하거나(market-distorting) 대형 온라인 플랫폼의 경제력을 강화(entrenching economic power)하는 행위를 금지하는 데 목표가 있다고 밝히고 있으며, 그 예로 **‘특정 유형의 자기편애 행위’**와 **‘당해 계약 관계와 본질적으로 관련 없는 추가적인 상거래 조항들을 편입시키는 행위’** 등을 제시하고 있다. 그리고 ‘온라인 플랫폼의 중개 분야를 따지지 않고 일반적으로 적용하는 원칙 중심의 규제 방안(principles-based prohibitions)’과 ‘운영체제, 알고리즘 투명성, 온라인 광고 서비스 등 특정 분야, 이슈에 집중하는 실체적 규범으로 접근하는 방안(more issue-specific substantive rules)’ 모두를 검토하겠다고 밝힌다.

후자의 경우(Option 3b)는 일정한 평가를 거친 뒤 개별 플랫폼 사업자에게 문제된 이슈에 관한 맞춤형 조치를 부과하는 방안인데, 권한 있는 규제 당국(원칙적으로 유럽연합 차원에서 활동)이 **‘플랫폼에 한정한 데이터 접근 의무’**를 부과하거나 **‘개인 데이터 이동권 관련 구체적인 의무’** 또는 **‘(서비스 간) 호환성(interoperability) 보장 의무’** 등을 부과할 수 있도록 하는 방안 등이 포함된다고 설명한다.”

- 플랫폼 동향, 2020, pp.314-314.

# 시사점



## 1. 유럽의 문제 인식과 대응의 핵심

- 플랫폼 사업자와 이용자들 간 수직적 관계에서 발생하는 문제의 규율 필요성 인식
- 디지털 플랫폼 기술 혁신의 과실이 외국 사업자에게 치우치고 있는 현실 개선 목표 (유럽연합 담론 형성에 기여)
- 디지털, 기술 산업에서 기술 주권(tech sovereignty)의 회복 목표 (데이터 공유 등)
- 세계 경쟁법 논의 주도 (미국과 대등한 위치로 부상)

## 2. 우리나라의 경우와 비교

- 우리의 공정거래법은 이미 수직적 관계에 기초한 불공정거래행위 중심의 체계 구성
- 국내 플랫폼 시장은 경쟁이 치열하고 한쪽으로 치우쳤다고 단언하기 어려운 상황
- 산업 정책적, 시장 구조적 고려가 필요할 수도 있으나 이때도 헌법 합치성 고려해야
- 그보다 우리 거래상 지위 남용 규제는 왜 세계에서 주목받지 못하는지 생각해봐야

## 1. 유럽에서의 비판적 견해

구글 쇼핑 사건에 대하여는 유럽에서도 비판적 견해가 있는 것이 사실이다. Pablo Ibáñez Colomo 교수 (London School of Economics)는 집행위원회가 비교 쇼핑에 더해 애드센스 관련 행위를 문제 삼으면서 구글에 두 번째 심사보고서를 발송할 당시, 유럽사법재판소의 판례는 시장지배적 사업자가 일반적인 차별 의무를 진다는 식의 개념을 지지하지 않고 있기 때문에 집행위원회는 이번 사건들에서 당국의 해석이 기존의 집행례 및 판례와 어떻게 일치할 수 있는지 분명하게 보여주어야 할 것이라고 지적한 바 있다. 다시 말해서, 시장지배적 사업자가 행하는 다른 사업자에 대한 차별적 취급행위가 시장에 미치는 효과에 대하여는 크게 부정적으로 보지 않는 것이 현대 경제학의 이론인 것과 유사하게, 유럽 경쟁법 역시 그동안 시장지배적 사업자의 차별적 취급행위 그 자체에 대해서는 일반적으로 문제 삼지 않아왔는데 이번 사건은 그와 궤를 달리 한다는 것이었다.<sup>1)</sup>

Colomo 교수는 구글 쇼핑 사건의 결정문이 공개된 이후에도 기존의 비판적 견해를 계속 유지하였다. 관련 코멘트에서 그는 수직통합된 지배적 사업자가 자사 상품을 유리하게 취급하는 자기편애 행위 (self-preferencing)는 경쟁 제한이 아니라 정당한 경쟁 수단으로 여겨져 왔음을 분명히 한 뒤,<sup>2)</sup> 집행위원회의 구글 쇼핑 결정은 이와 같은 자기편애 행위(self-preferencing)가 어떠한 기준에서 경쟁법 위반이 되는지에 대해 분명하게 제시하지 못하고 있다고 비판하였다.<sup>3)</sup> 집행위원회는 시장지배적 사업자가 한 시장에서 그의 지위를 다른 시장에서 이용하는 행위(leveraging practices)에 제102조가 적용될 수 있다고 설명하고 있지만,<sup>4)</sup> 이는 법적인 평가 기준(legal test)도 아니고 문제된 행위의 위법성에 대한 판단도 아니라는 것이다. 그에 따르면, 집행위원회가 이번 결정을 정당화하기 위해 다양한 판례들을 인용하고 있지만<sup>5)</sup> 이러한 판례들에서는 문제된 행위들(leveraging)에 대해 위법성 또는 합법성을 평가하는 분명한 기준이 적용된 반면 이번 구글 쇼핑 결정에서는 그렇지 않다는 점에 문제가 있다고 한다. 과거 CBEM<sup>6)</sup> 사건에서는 필수불가결성(indispensability)의 증명이 요구되었고, Tera Park<sup>7)</sup>와 Microsoft (Media Player)<sup>8)</sup> 사건에서는 끼워팔기(tying)의 불법성을 추정하는 기준이 적용되었으며, TeliaSonera<sup>9)</sup> 사건에서는 이윤압착행위(margin squeeze)는 경쟁제한효과가 있는 경우에만 금지된다는 기준이 적용되었지만, 구글 쇼핑 결정

1) Pablo Ibáñez Colomo, 'What to make of the fresh charges against Google' (*Chilling Competition*, Jul 15, 2016) <<https://chillingcompetition.com/2016/07/15/what-to-make-of-the-fresh-charges-against-google/>>

2) 여기서 Colomo 교수는 과거 집행위원회의 *Tabacalera v Filtrona* 사건을 인용하였다. 당시 집행위원회는 스페인의 담배 필터 생산업체인 *Filtrona Espanola*가 스페인의 담배 독점 업체인 *Tabacalera*를 상대로 제기한 경쟁법 위반 혐의 신고를 기각하는 결정을 내리면서, *Tabacalera*가 자회사를 통해 담배 필터를 생산하는 것 그 자체가 비정상적인 경쟁행위인 것은 아니(not in itself an abnormal act of competition)라고 설명하였다. Colomo 교수는 이 부분을 수직통합된 시장지배적 회사가 자사의 사업활동을 유리하게 하는 것이 정당한 경쟁수단으로 취급되었다는 주장의 예시 근거로 제시하고 있다. European Commission, Press Release, IP/89/330 (May 8, 1989) <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-89-330\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-89-330_en.htm)>

3) Pablo Ibáñez Colomo, 'Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles' (*Chilling Competition*, Apr 24, 2019) <<https://chillingcompetition.com/2019/04/24/self-preferencing-yet-another-epithet-in-need-of-limiting-principles/>>

4) 결정문에서 다음 부분을 가리킨 것으로 보인다. *Google Search (Shopping)*, paras 334, 591-607, 649.

5) *Google Search (Shopping)*, footnotes 349-351.

6) Judgment of Oct 3, 1985, *CBEM v CLT and IPB*, C-311/84, EU:C:1985:394, para 26.

7) Judgment of Oct 6, 1994, *Tetra Pak v Commission*, T-83/91, T:1994:246, paras 134-141, upheld on appeal, judgment of Nov 14, 1996, *Tetra Pak v Commission*, C-333/94 P, EU:C:1996:436, para 37.

8) Judgment of Sep 17, 2007, *Microsoft v Commission*, T-201/04, EU:T:2007:289, paras 1031-1090.

9) Judgment of Feb 17, 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, para 31.



에서는 이에 비견될만한 합리적인 법적 평가 기준이 제대로 적용되지 않았다는 것이다.

물론 위와 같은 비판은 구글 쇼핑뿐만 아니라 다른 두 사건들, 안드로이드와 애드센스 사건에도 유사하게 적용될 수 있을 것이다.<sup>10)</sup> Colomo 교수도 스스로 언급했듯이, 구글 쇼핑을 포함한 세 결정들은 모두 “수직통합된 플랫폼 사업자가 자사 서비스를 유리하게 취급하는 행위를 문제 삼고 있다”는 측면에서는 본질적으로는 같기 때문이다.<sup>11)</sup> 그는 3개 구글 사건을 비롯하여 최근 EU에서 플랫폼 사업자들을 대상으로 진행되고 있는 경쟁법 사건들에 대해 코멘트하면서, 경쟁법계에서 과거 기간 사업자에게 요구되던 중립성의 의무가 필수불가결하다고 보기 어려운 다른 영역까지 유추 확장해가는 경향성을 보이고 있다고 꼬집고 있다. 그는 이러한 현상을 “common carrier antitrust”라는 다소 비판적인 이름으로 지칭하기도 하였는데, 이러한 그의 지적은 이른바 ‘검색 중립성’ 논의에도 시사하는 바가 적지 않다고 보인다.<sup>12)</sup>

한편 Alfonso Lamadrid 변호사는 2017년 구글 쇼핑 결정에 대한 코멘트에서,<sup>13)</sup> “구글 쇼핑 사건은 수직통합된 사업자가 자사의 서비스를 유리하게 취급(favor)하는 것을 문제 삼고 있는데 이는 기존의 집행위원회 집행례 및 판례와 반한다”고 지적하였다. 이는 집행위원회가 내용적으로 구글이라는 검색 플랫폼(특히 일반 검색 서비스)을 경쟁에 필수적인 것으로 이해하면서 사실상 이러한 요소를 이 사건 행위의 위법성 판단에서 주요 고려사항으로 삼고 있음에도 불구하고<sup>14)</sup> 필수불가결한(indispensable) 생산요소에 대한 거래 거절에 대한 기존의 판례를 따르지 않고 있다는 점을 지적한 것이다.<sup>15)</sup>

Lamadrid 변호사가 말하는 기존의 판례란 다음과 같다. 유럽최고법원(CJEU)의 확립된 판례에 따르면, 수직통합된 사업자가 상류 시장에서 지배적 지위에 있다는 이유만으로 하류 시장의 경쟁사업자에 대해 일반적인 거래 의무를 부담하지는 않으며, 이러한 거래의무를 부담하기 위해서는 그 경쟁사업자가 접근하고자 하는 생산요소가 하류 시장에서의 경쟁을 위해 필수불가결(indispensable)한 것임이 입증되어야만 한다.<sup>16)</sup> 필수불가결성(indispensability) 요건은 *Bronner* 사건<sup>17)</sup>에서 명확해진 요건으로, 당시 법원(European Court of Justice, ECJ)은 문제된 생산요소에 대한 접근을 거절하는 것이 경쟁법 위반이 되기 위해서는 그러한 거절이 하류 시장에서의 경쟁을 완벽히 제거해버리는 결과를 초래(be likely to eliminate all competition)해야 하며, 그에 객관적 정당화 사유가 인정되지 않고 현재 및 장래에도 가능한 대체요소가 없는 경우어야 한다<sup>18)</sup>고 판시하였다. 이러한 기준은 매우 엄격한 것으로 그동안 유럽에서는 예외적으로 항만이나 공항 등 ‘설비(facility)’라는 단어의 의미에 부합하는 경우에만 그 필수불가결성이 인정되어 왔

10) 기존의 법리가 적용된 행위들도 있다. 예컨대 안드로이드 사건의 경우 끼워팔기에 대해서는 기존의 법리가 적용 가능하며 이 부분에 있어서는 (시장지배력 논의는 별론으로 하고) 법적 평가 기준이 불명확하다는 문제가 제기되지는 않을 것이다.

11) Pablo Ibáñez Colomo, ‘On the Amazon probe: neutrality everywhere (or the rise of common carrier antitrust)’ (Chillin’ Competition, Sep 25, 2018) <<https://chillingcompetition.com/2018/09/25/on-the-amazon-probe-neutrality-everywhere-or-the-rise-of-common-carrier-antitrust/>>

12) *Ibid.* 참고로 법적 평가기준과 관련한 그의 구체적인 설명에 대해서는 다음 문헌을 참고하라. Pablo Ibáñez Colomo, ‘Legal tests in EU competition law: taxonomy and operation’ (May 27, 2019).

13) Alfonso Lamadrid, ‘Google Shopping Decision- First Urgent Comments’ (Chillin’ Competition, Jun 27, 2017). <<https://chillingcompetition.com/2017/06/27/google-shopping-decision-first-urgent-comments/>>

14) *Google Search (Shopping)*, sections 7.2.2 (paras 444-451) and 7.2.4 (paras 539-588).

15) *Google Search (Shopping)*, para 645 et seq.

16) Richard Whish and David Bailey, *Competition Law* (9th ed. 2018), pp.713-727. 같은 맥락에서 집행위원회도 문제된 생산요소의 ‘객관적 필수성(objective necessity)’을 집행 요건으로 밝혀 왔다. European Commission, ‘Communication, Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Art. 82 of the EC Treaty’ (2009/C 45/02), paras 83-84.

17) Judgment of Nov 26, 1998, *Bronner*, C-7/97, EU:C:1998:569.

18) *Ibid.* para 41. Also see paras 42-46.

집행위원회는 구글 쇼핑 사건은 위와 같은 필수 요소에 대한 거래거절과는 다른 사안이라고 주장하면서 위와 같은 판례를 따르지 않아도 된다고 결정문에서 밝히고 있으나,<sup>20)</sup> 이는 단지 엄격한 법적 요건들을 우회하기 편법으로서 자의적인 법집행으로 이어질 수 있는 위험한 접근이라는 것이 Lamadrid 변호사의 지적이다. 그는 사업자가 경쟁사업자들의 서비스보다 자사 서비스를 우대하는 것은 일반적이고 자연스러운 일일 뿐 아니라, 수직적 통합도 매우 일반적인 현상으로 다면 플랫폼 비즈니스의 본질이라고 지적하였다. 그러면서 사업자들이 자신의 서비스들을 판촉하는 것을 방해하는 것은 곧 그들이 서비스를 제공해주는 최고의 방법을 결정하는 것을 불허하는 것과 다름없다고 비판하였다.

Lamadrid 변호사는 또 이 사건 행위로 인한 소비자 후생 저해 효과에 대해서도 의문을 제기하고 있다. 그는 집행위원회가 주장하는 소비자들의 온라인에서 상품 구매 및 가격비교에 관한 선택권(choices)의 침해가 아무 근거가 없다고 주장하였다. 소비자들이 온라인에서 가격을 비교하고 상품을 구매함에 있어서 충분한 선택 가능성을 갖고 있기 때문에, 구글이 어떠한 행위를 하든지 이러한 사실에는 별다른 영향도 줄 수가 없다는 것이다. 여전히 소비자들은 구글 검색뿐만 아니라 구글 외 여러 관련 앱들, 아마존, 이베이 같은 쇼핑 플랫폼들을 이용해 여전히 상품을 검색하고 가격을 비교할 수 있기 때문이다. 아무리 구글의 가격비교 결과가 구글 사이트에서 더 눈에 띄게 노출된다고 하더라도, 소비자들은 구글 사이트에 고착(lock-in)되어있지 않으며 구글이 다른 사이트를 이용하는 것을 막는 것도 아니기 때문에, 소비자 후생이 저해되었다는 집행위원회의 시각은 실제 온라인 쇼핑을 이용하는 소비자들의 행동 패턴을 무시하는 것으로서 잘못되었다는 것이 Lamadrid 변호사의 주장이다. 그는 나아가 “집행위원회는 구글 외 다른 가격 비교 웹사이트들의 트래픽이 감소함으로써 소비자들이 부정적 영향을 받았다고 추정하지만, 이러한 추정은 경쟁상의 유·불리와 경쟁제한효과를 혼동한 것”이라고 비판하기도 하였다.

구글의 행위가 소비자 후생에 미치는 효과에 대한 집행위원회의 설명에 설득력이 부족하다는 점에 대해서는 Pinar Akman 교수(Leeds) 역시 같은 지적을 하고 있다.<sup>21)</sup> Akman 교수는 이번 구글 쇼핑 결정이 경쟁사업자들에 대한 피해, 특히 구글의 이 사건 행위로 인해 다른 웹사이트들이 어떻게 트래픽을 잃게 되었느냐에 초점이 맞춰져 있다고 하면서, 정작 구글의 유일한 거래상대방인 광고업자들이 어떻게 영향을 받게 되었는지, 그리고 구글의 행위로 인해 소비자들이 어떤 구체적인 피해를 입게 되었는지 등에 대한 논의들이 좀 더 설득력 있게 전개되지 않고 있는 부분을 비판했다. 그녀는, 집행위원회는 이 사건 행위로 구글과 비교쇼핑 사이트들의 혁신이 감소하고 그럼으로써 소비자들의 선택이 감소되는 피해가 발생한다고 설명하였지만 이는 합리적인 것으로 보기 어렵다고 주장하였다. 그 이유로 (i) EU 통계에 따르면 구글은 세계에서 4번째로 가는 연구개발 투자자이고 2016년에는 연구개발에 대한 투자를 오히려 20%나 증가시켰다는 점, (ii) 다른 비교 쇼핑 사이트들은 구글의 행위로 인해 배제된 것이 아니라 아마존과 같이 무수한 선택지를 소비자에게 제공하는 플랫폼들을 따라잡을 혁신을 하지 못하였기 때문에 경쟁 시장에서 자연스럽게 도태된 것으로 보는 것이 적절하다는 점, (iii) 구글이 비교 쇼핑 사이트 검색결과를 어디에 위치시키느냐에 상관없이 소비자들은 여전히 자신들이 원하고 필요하다고 여기는 경우 아무런 제약 없이 해당 사이트들에 접속할 수 있다는 점 등을 제시하였다. Lamadrid 변호사와 마찬가지로 소비자 후생 관점에서 잘못된 결정이라는 비판으로 이해할 수 있다.

19) Richard Whish and David Bailey, *Competition Law* (9<sup>th</sup> ed. 2018), pp.720-722.

20) *Google Search (Shopping)*, paras 650-651.

21) Pinar Akman, ‘Initial Reactions to the Infringement Decision in Google Search’ (*Antitrust & Competition Policy Blog*, Jun 27, 2017) <[https://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof\\_blog/2017/06/pinar-akman-initial-reactions-to-the-infringement-decision-in-google-search.html](https://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof_blog/2017/06/pinar-akman-initial-reactions-to-the-infringement-decision-in-google-search.html)>

Akman 교수는 구글 쇼핑 사건의 시정조치에 대하여 문제를 제기하였다. 먼저 집행위원회가 90일 내에 불법행위를 중단하도록 하면서, “경쟁관계에 있는 다른 비교 쇼핑 서비스와 자사의 서비스를 동등하게 취급해야 한다”는 ‘단순한’ 원칙을 준수하도록 명령한 것에 대해, 이러한 원칙은 결코 단순한 것도 아니고, 이렇게 사업자에게 ‘모든 동등한 서비스를 동등하게 취급하도록 명령하는 것’은 무엇이 법 위반행위인지에 대해 충분한 법적 확실성을 제공해주지 못한다는 문제점이 있다고 지적하였다. 게다가 ‘(구글 쇼핑의 검색 결과도 본질적으로는 상품 광고에 해당하는데) 이미 구글은 모든 광고들은 광고 관련 알고리즘으로 자연검색(organic search) 결과들은 자연검색 관련 알고리즘으로 각각 동일하게 취급하고 있기 때문에, 집행위원회가 명령하고 있는 ‘동등한 취급’이란 이해하기가 불가능한 것이 된다’고 비판하였다. 이어서 ‘만약 집행위원회가 이번 명령으로 의도한 것이 구글에게 비유료 광고검색 결과(non-sponsored results)를 유료 광고검색 결과(sponsored results)와 동일하게 취급하도록 한 것이라면, 이는 비교쇼핑 웹사이트들에게 부당한 경쟁상 이익을 제공하는 것이 될 수도 있다’고 지적하였다. 즉, 동일한 취급은 비교쇼핑 웹사이트들과 경쟁관계에 있는 구글의 광고 파트너들이나 아마존, eBay, 기타 다양한 소매업체들과 비교해 비유료 광고검색 결과로 나오는 비교쇼핑 웹사이트들에게 부당하게 유리한 혜택을 주는 결과가 될 수도 있다는 것이다.

Akman 교수의 위 비판은 집행위원회의 시장확정에 대한 이견에서 비롯된 것으로 보인다. 집행위원회는 남용행위의 효과가 발생한 시장을 ‘비교 쇼핑 시장’으로 보고, 이를 “이용자들이 다양한 소매상들의 상품을 검색하고 가격이나 특성을 비교하게 해주면서, 온라인 소매상의 웹사이트나 상거래 플랫폼으로 연결되는 링크를 제공해주는 서비스”로 정의하였다.<sup>22)</sup> 이러한 정의에 따르면, 아마존과 같은 상거래 플랫폼들(merchant platforms)들은 ‘비교 쇼핑 시장’에 속하지 않게 된다. 실제 집행위는 상거래 플랫폼들과 비교 쇼핑 서비스들(구글 쇼핑 포함)이 서로 대체재 관계에 있지 않으며 상호간 경쟁 압력도 제한적이라고 보았다.<sup>23)</sup> 이에 반하여 Akman 교수는 두 서비스는 서로 경쟁 관계에 있다고 보면서, 구글 쇼핑은 아마존 등으로부터 충분한 경쟁 압력을 받고 있다고 본 것이다.<sup>24)</sup> 이에 따르면 몇몇 비교 쇼핑 사이트들의 부진은 구글의 남용행위 때문이 아니라 아마존이나 eBay를 비롯한 다양한 인터넷 소매업체들과의 경쟁에서 뒤쳐진 결과로 설명될 수 있다.<sup>25)</sup>

과징금에 대해서도, Akman 교수는 이 사건에서 문제된 남용행위는 명확한 선례가 없는 유형으로서<sup>26)</sup> 새

22) *Google Search (Shopping)*, para 191 (“(i) allow users to search for products and compare their prices and characteristics across the offers of several different online retailers (also referred to as online merchants) and merchant platforms (also referred to as online marketplaces); (ii) provide links that lead (directly or via one or more successive intermediary pages) to the websites of such online retailers or merchant platforms”).

23) *Google Search (Shopping)*, paras 216-246. 집행위는 아마존 등 상거래 플랫폼들(merchant platforms)로부터 경쟁 압력을 받고 있다는 구글의 주장을 배척하면서, 비교 쇼핑 서비스와 상거래 플랫폼은 서로 다른 시장에 속한다고 보았다. 먼저 이용자 측면에서, ‘비교 쇼핑 서비스’는 (i) 이용자와 상거래 플랫폼을 중개해주는 역할을 하고, (ii) 직접적으로 구매 기회를 제공하지 않으며, (iii) 환불 등 애프터 서비스를 책임지지 않고, (iv) 비교 쇼핑 사이트에서는 대개 전문적인 판매업체들이 새로운 제품을 판매하는 반면, ‘온라인 상거래 플랫폼’들은 (i) 소매업체와 소비자들을 연결시켜주는 역할을 하고 (ii) 플랫폼 상에서 직접적으로 물품 구매가 이뤄지면서 (iii) 플랫폼들이 애프터 서비스도 제공하고 (iv) 일반인 판매자들의 중고 물품까지 취급한다는 점 등에서 다르다고 지적하였다. 다음으로 온라인 소매업체 측면에서 둘을 비교하면서, ‘비교 쇼핑 서비스’에서는 판매업체들이 고객과의 소통, 계약 정보 등 거래 관련 사항들을 자신이 전반적으로 관리할 수 있기 때문에 대형 업체들이 많지만, ‘상거래 플랫폼’들에서는 플랫폼이 거래를 위한 전체 서비스를 모두 제공해주기 때문에 주로 중소기업의 소매업체들이 참여한다는 점에서 차이가 있다고 보았다. 물론 공급 측면에서도 둘은 직접적인 상품 구매 가능성, 수익 모델 등에서 기능상 차이점이 있다고 보았다.

24) Pinar Akman, ‘The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law’, Vol.2017-2 *Journal of Law, Technology and Policy* 301 (2017), p.334 and pp.368-369.

25) *Ibid.* p.363.

26) *Ibid.*

로운 행위의 남용행위에 막대한 과징금을 부과하는 것은 법적 확실성 차원에서 문제가 된다고 비판하였다. 구글 쇼핑 외에 안드로이드, 애드 센스 사건에서도 기록적인 수준의 막대한 과징금이 부과된 것을 상기하면, 이와 같은 비판은 다른 사건들에도 유효하게 적용될 수 있을 것으로 보인다.

## 2. 유럽에서의 지지 견해

2017년 구글 쇼핑 사건에 대하여, 미국에서는 비판적 견해가 지배적이지만 유럽에서는 집행위원회 결정을 지지하는 목소리가 상당한 것으로 보인다. Ariel Ezrachi 교수(Oxford University)는 구글 쇼핑 사건에 대해 코멘트 하면서, “집행위원회가 문제 삼은 것은 검색 시장에서의 지배력 자체가 아니라 이를 이용하여 가격 비교 서비스 시장에서 자신에게 부당한 경쟁상 이익을 준 점”이라고 강조하고, 이번 결정으로 인해 “구글은 자사의 검색 기능에 의존하는 것이 아니라 자신의 비교 쇼핑 서비스 자체를 혁신하고 개선함으로써 경쟁할 수밖에 없게 되었다”고 보면서 집행위원회의 결정을 긍정적으로 평가하였다.<sup>27)</sup> 또 그는 이용자들(소비자들)은 대개 더 나은 선택보다는 가장 쉬운 옵션을 선택한다는 점을 지적하면서 이러한 점에 비추어볼 때 “구글의 행위에도 불구하고 이용자들은 여전히 스크롤을 내리거나 다른 검색엔진을 이용하는 등으로 선택권을 갖고 있다”는 식의 주장은 마치 트루먼 쇼의 그것처럼 비현실적인 환상에 불과하다고 비판하기도 하였다.<sup>28)</sup>

구글 쇼핑 사건의 이론적 구성은 유럽 집행위원회의 의뢰로 작성된 ‘디지털 시대의 경쟁정책에 관한 보고서’에서 바탕을 찾을 수 있다. 이 보고서는 검색엔진을 비롯한 온라인 플랫폼들은 디지털 시장의 규칙을 설계하는 지위(regulators)에 있다고 전제한다. 이러한 지위로 인해 플랫폼 사업자들은 자신들의 플랫폼과 관련한 시장의 경쟁이 공정하고, 비차별적이고, 이용자 친화적으로 이뤄질 수 있도록 보장할 의무와 책임(responsibility)을 부담하게 된다고 한다.<sup>29)</sup> 이러한 의무에 위반하여 자신들이 선택한 시장의 규칙들로 자사 또는 특정 사업자의 상품이나 서비스를 부당하게 유리하게 취급하는 방식(self-preferencing) 등으로 경쟁의 결과를 왜곡시키는 행위가 있을 수 있는데 이는 경쟁법 위반이 될 수 있다는 것이다. 보고서에 따르면 이러한 책임은 경쟁의 규칙을 결정하는 스포츠 협회 및 리그에 부과되는 의무<sup>30)</sup>와 성질상 같은 것으로, 이러한 의무는 시장 규칙을 정하는 힘을 가진 시장지배적 사업자에게도 적용되어 제102조 위반 판단 시 고려될 수 있다고 한다.<sup>31)</sup>

문제는 앞에서 보았듯이 그동안 EU 경쟁법에서 자기편애 행위(self-preferencing)가 일반적으로 허용되어 왔고 다만 필수설비(essential facility) 소유자에게만 금지되어 왔음에도 불구하고, 집행위원회는 이러한 판례에도 불구하고 필수설비 이론의 적용 없이 구글의 ‘self-preferencing’을 위법으로 판단했다는 점이다. 보고서는 이에 대해, 필수설비 이론에서 요구하는 기준이 충족되지 않는 경우에도 시장지배적 사업자의 자기편애 행위(self-preferencing)는 효과 분석에 따라 남용행위가 될 수 있다고 주장하였다. 즉, “트

27) Matt Reynolds, ‘Google’s €2.4bn fine is small change - the EU has bigger plans’ *NewScientist* (Jun 28, 2017)

< <https://www.newscientist.com/article/2139097-google-e2-4bn-fine-is-small-change-the-eu-has-bigger-plans/>>

28) Kristel van Teeffelen and Marco Visser, ‘Interview: Door Google en Facebook zijn we in onze eigen Truman Show beland’ *Trouw* (Oct 29, 2017)

< <https://beta.trouw.nl/nieuws/door-google-en-facebook-zijn-we-in-onze-eigen-truman-show-beland-b0b5f3e0/>>

29) Special Advisory Report, 2019, p.61.

30) 예컨대 협회 스스로 스포츠 이벤트의 상업적 이용에 나서는 경우 자신의 이벤트를 경쟁 이벤트보다 더 유리하게 취급하는 행위로 경쟁을 왜곡해서는 안 되는 의무 등을 말한다.

31) Special Advisory Report, 2019, p.63.

별히 높은 진입 장벽이 있는 디지털 시장의 플랫폼 사업자가 수직적으로 통합해있고, 그 플랫폼이 특히 중개적인 설비(intermediation infrastructure)로서 역할을 한다고 볼 수 있는 경우, 그 플랫폼이 규칙을 정하는 기능(regulatory function)을 하고 있다면, 플랫폼 사업자는 자신의 self-preferencing 행위가 장기적으로 배제적 효과를 갖지 않는다는 점을 플랫폼 사업자가 증명해야 하는 것으로 보아야 한다”고 제안하고 있다.<sup>32)</sup>

이렇게 집행위원회의 구글 사건들과 디지털 경쟁정책 자문 보고서를 통해 구체화되고 있는 자기편애(self-preferencing) 개념은 사실상 위법성 추정에 가까운 기준을 채택하면서 이른바 ‘중립성(neutrality)’ 관점에서의 경쟁법 집행에 가까운 접근을 취하고 있는 것으로 이해된다. 그러나 유럽에서도 이러한 접근에는 많은 비판이 뒤따르고 있다.

비판의 핵심은 자기편애 행위(self-preferencing)에 대하여 기존의 판례 및 집행례에서 상당히 벗어난 접근을 취하면서도 이를 정당화하는 근거와 필요성을 제대로 설명하지 못하고 있다는 데 있다. 즉, 기존의 확립된 법원칙에 따르면 필수불가결성(indispensability)이 인정되지 않는 한 ‘self-preferencing’은 경쟁법상 문제가될 수 없는데, ‘디지털 시장’에서는 기존과 달리 지배적 사업자라는 이유만으로 위와 같은 행위를 경쟁법 위반으로 추정하는 이유가 제대로 설명되지 않고 있다는 것이다.

이에 대해 보고서는 디지털 경제의 경우, 규모에 대한 수확체증이 크고(extreme), 네트워크 외부효과가 두드러지며, 데이터의 역할이 크게 나타난다는 점 등을 이유로 기존과 다른 접근이 필요하다고 보고 있지만,<sup>33)</sup> Colomo 교수는 이러한 특징들만으로 ‘self-preferencing’과 같이 기존의 경쟁법 원칙들에서 벗어난 접근이 정당화되기는 어렵다고 지적한다.<sup>34)</sup> 예컨대 규모에 대한 수확체증은 자연독점의 특징을 갖는 전기통신 또는 에너지 분야에서도 나타나는데, 이러한 분야에서도 경쟁법은 기존의 법 적용을 완화시키는 변화 없이도 성공적으로 잘 적용되어 왔다는 것이다.<sup>35)</sup> 네트워크 효과 역시 디지털 경제에서 새롭게 나타난 것이 아니라 예전부터 인정되어오던 경제현상으로서 *Microsoft/Skype* 사건에서 보듯이 네트워크 효과가 강하게 나타난다고 해서 반경쟁적 효과가 반드시 큰 것도 아니고<sup>36)</sup> 또 *Cartes Bancaires* 사건에서 보듯이 시장의 양면성은 관련 행위가 목적상 경쟁제한에 해당하지 않는다는 결론에 이르게 한다고, 그는 설명한다.<sup>37)38)</sup>

32) Special Advisory Report, 2019, pp.66-67.

33) Special Advisory Report, 2019, p.19 et seq.

34) Pablo Ibáñez Colomo, ‘The report on ‘Competition policy for the digital era’ is out: why change the law if there is no evidence? And how?’ (Chilling Competition, Apr 5, 2019)

<  
<https://chillingcompetition.com/2019/04/05/the-report-on-competition-policy-for-the-digital-era-is-out-why-change-the-law-if-there-is-no-evidence-and-how/>>

35) 오히려 법원(ECJ)은 ‘self-preferencing’처럼 행위 사실로부터 곧바로 위법성(경쟁제한효과)을 추정하는 접근과는 반대로 행위 사실과는 별도로 효과에 대한 증명이 필요하다는 입장을 취해 왔다. 예컨대 *Deutsche Telekom* 사건에서 법원(ECJ)은 시장지배적 사업자의 가격 관련 남용 행위가 그만큼 효율적인 경쟁사업자의 이윤을 압착하는 결과에 이르면(margin squeeze) 별도로 경쟁제한효과는 입증할 필요가 없다는 집행위원회의 주장을 배척하면서 효과 분석이 필요하다는 입장을 분명히 하였다. Judgment of Oct 14, 2010, *Deutsche Telekom v Commission*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, para 250.

36) Judgment of Dec 11, 2013, *Cisco Systems and Messagenet v Commission*, T-79/12, EU:T:2013:635.

37) Judgment of Sep 11, 2014, *CB v Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204.

38) See also, Pablo Ibáñez Colomo, ‘Legal Tests in EU Competition Law: Taxonomy and Operation’ (SSRN, May 27, 2019) <<https://ssrn.com/abstract=3394889>>.