



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

디지털플랫폼의
최혜대우요구(MFN)에 대한 고찰
-OTA(Online Travel Agency)사건을 중심으로-

2022년 8월

서울대학교 대학원
법과대학 경제법 전공
하 은 광

디지털플랫폼의
최혜대우요구(MFN)에 대한 고찰
-OTA(Online Travel Agency)사건을 중심으로-

지도교수 임 용

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2022년 5월

서울대학교 대학원
법과대학 경제법 전공
하 은 광

하은광의 석사 학위논문을 인준함
2022년 7월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

IT 환경의 발전으로 인하여 전세계적으로 디지털플랫폼을 기반으로 하는 OTA(Online Travel Agency)가 성장하고 있다. 그런데 최근 조사에 따르면 국내숙박업체와 외국계 OTA와의 계약서에서 대부분의 경우 가격동일성 등 MFN(Most Favored Nation) 조항이 포함되어 있다.

2019년 7월 경제부총리의 조찬간담회에서 OTA의 MFN 조항이 숙박업계의 가격경쟁을 제한한다는 문제가 제기되었다. 그리고 이로 인해 촉발된 공정위의 조사는 2021년 3월 사업자들이 스스로 MFN 계약조항을 시정하는 것으로 마무리되었다.

해외 경쟁당국과 비교할 때 우리나라 공정위의 조사가 다소 늦게 착수되었고 사업자들의 자진시정으로 사건이 마무리된 것은 MFN이라는 행위유형의 특이성과 함께 현행법규의 제한성 때문인 것으로 보인다. 따라서 본 논문에서는 우선 MFN 조항의 유형을 분석하고 효익과 폐해를 살펴보았다. 또한 국내외 규제사례를 살펴보고, 현행 경쟁법이 MFN 조항에 어떻게 적용될 수 있는지 분석한 다음 현행법상 한계와 그에 대한 원인 및 대책을 검토하였다.

주요어 : 디지털 플랫폼, OTA(온라인 여행사), MFN(최혜대우요구) 조항, 시장지배적지위 남용행위, 거래상지위 남용행위

학 번 : 2015-21466

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 배경	1
제 2 절 연구의 범위 및 방법	6
1. 연구의 범위	7
2. 연구의 방법	10
제 2 장 최혜대우요구의 의미와 유형	11
제 1 절 최혜대우요구의 의미	11
1. 최혜대우요구(MFN)의 개념	11
2. 구별되는 개념	12
제 2 절 최혜대우요구의 유형	15
1. 넓은 최혜대우/ 좁은 최혜대우	15
2. 가격동일성 조항/동등가용성 조항	17
3. 일반적인 MFN/플랫폼 MFN	18
제 3 장 최혜대우요구의 효익과 폐해	20
제 1 절 최혜대우요구의 효익 : 경쟁촉진적 효과	20
1. 무임승차의 방지	20
2. 비가격경쟁의 촉진	22
3. 거래비용(협상비용)의 감소	23
제 2 절 최혜대우요구의 폐해 : 경쟁제한적 효과	24
1. 공급업체간 경쟁저해 효과	24
2. 플랫폼간 경쟁제한 효과	26
제 3 절 실증적 검토	28
1. 국내 사례 분석	29

2. 해외 사례 분석	33
제 4 장 국내외 규제사례	40
제 1 절 국내 규제 사례	40
1. 호텔 예약 플랫폼 사업자와 숙박업체간 최혜대우 요구 조항 시정 사건	40
2. 쿠팡(주)의 대규모유통업법 등 위반행위에 대한 건	43
3. (유)딜리버리히어로코리아의 거래상지위 남용행위에 대한 건	47
4. 농업협동조합중앙회의 거래상지위 남용행위 사건	50
제 2 절 해외 규제 사례	52
1. 개요	52
2. 각 국의 조치현황	54
3. 소결	71
제 5 장 현행 경쟁법의 적용범위와 한계	73
제 1 절 현행법상 적용가능성 검토	73
1. 시장지배적지위 남용금지 법리의 적용가능성	73
2. 불공정거래행위 법리의 적용가능성	79
3. 재판매가격유지행위 금지조항의 적용가능성	87
4. 부당한 공동행위 법리의 적용가능성	90
5. 약관법의 적용가능성	94
제 2 절 현행법상 행위규제의 한계	96
1. 문제의 소재	96
2. 경쟁법 적용의 이론적 한계	101
3. 경쟁법 적용의 실무적 한계	107
4. 소결	126
제 6 장 현행 경쟁법적 한계에 대한 원인과 대책 ..	128

제 1 절	현행법상 한계에 대한 원인	128
1.	법내재적 원인	128
2.	범외부적 원인	141
3.	소결	151
제 2 절	현행법상 한계에 대한 대책	152
1.	구속조건부거래행위의 범위 확대	152
2.	수직적 공동행위의 일부 인정	155
3.	일반조항주의로의 전환	157
제 7 장	결론	159
참고문헌		163
Abstract		173

표 목 차

[표 1] Global Online Travel Market Size	3
[표 2] Online Travel Penetration by Region, 2017-2022	4
[표 3] 연간 상품군별 온라인쇼핑 거래액 및 구성비	5
[표 4] 관광숙박시설 예약 경로별 비중	6
[표 5] BPP, LPG, BPG와 개념비교	14
[표 6] 재판매가격유지행위와 개념비교	15
[표 7] 계약조항 시정 예시	17
[표 8] 부킹홀딩스와 익스피디아의 마케팅 비용	21
[표 9] 호텔업회의 경제부총리 조찬간담회 정책제안서	40
[표 10] 주요 국가들의 MFN 규제 연혁	53
[표 11] 확약으로 인한 변화	60
[표 12] 사건의 경과(Case Timetable)	65
[표 13] 국내외 OTA를 통한 숙박 판매율	74
[표 14] 거래하고 있는 OTA 업체 수	75
[표 15] 익스피디아 및 부킹홀딩스의 주요 자회사 비교	77
[표 16] 수수료율 협상지위	81
[표 17] 관광숙박시설 규모별 예약경로 현황과 비중	82
[표 18] 사건처리 구성비(2020년)	99

그 립 목 차

[그림 1] Phocuswright의 개념분류	8
[그림 2] 넓은 최혜대우와 좁은 최혜대우의 차이	16
[그림 3] 숙박업체와 유통채널간 가격설정	25
[그림 4] MFN 조항 유무와 호텔 가격 차이 비교	29
[그림 5] MFN 조항 유무와 호텔 가격의 차별화	31
[그림 6] OTA간 가격차별을 한 이유	35

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 배경

최근 조사에 따르면 외국계 OTA와의 계약체결 방식의 경우 응답 숙박업체의 79.8%가 표준화된 약관형식으로 동일한 내용의 계약서를 체결한다고 응답하였다.¹⁾ 가격 동일성(rate parity) 등 MFN(Most Favored Nation)이 포함되어 있다는 응답도 88% 이상을 차지하는 것으로 나타난다.²⁾ 즉 외국계 OTA와 거래하는 숙박업체는 거의 모두 MFN 조항을 받아들이고 있는 것이다.

우리나라 공정거래위원회(이하 '공정위')는 2019년 12월 호텔들을 현장방문하여 이들과 거래하는 모든 OTA 사업자의 계약서를 점검하였으며, 2021년 3월 사업자들이 스스로 MFN 계약조항을 시정하는 것으로 사건을 마무리하였다. 국내 호텔업계는 2019년 7월 5일 경제부총리의 조찬간담회에서 OTA의 MFN 조항이 숙박업계의 가격경쟁을 제한한다는 문제를 제기하였고 이는 공정위의 조사를 촉발시키는 계기가 되었다.³⁾

영국은 2010년부터 OTA 사업자의 MFN에 대한 조사를 시작하였고 독일, 프랑스, 이탈리아 등 해외 경쟁당국 역시 2013년부터 조사에 따른 조치가 이루어졌다. 이렇듯 해외 경쟁당국이 2010년 즈음에 OTA에 대한 조사를 시작한 것과 비교할 때 우리나라 공정위의 조사가 다소 늦

1) 최경은, 외국계 OTA와 관광숙박업체 거래구조 분석, 한국문화관광연구원 정책연구, 2019-15, 55면

2) 최경은, 위의 글, 56면

3) 공정위 보도자료, 5개 호텔 예약 플랫폼의 최혜국 대우 조항 시정, 2021.3.15., 2면

게 착수되었다는 점, 그리고 자진시정에 의해 조사가 마무리되었다는 점은 MFN이라는 행위유형에 대하여 경쟁법을 바로 원용하여 조치하는 것이 쉽지 않다는 것을 방증한다. 즉, MFN 조항의 경쟁제한성 등 부정적인 영향력에 대한 우려가 증가하고 있으나, 이에 대한 국내 경쟁법 적용의 제약으로 법규적 접근이 제한적인 상황이라는 것이다.⁴⁾

그런데 이와 같은 법규적 상황에 대한 원인분석이 그동안 심도 있게 진행되지 않았던 것이 사실이다. 따라서 앞으로 OTA 사업자를 중심으로 디지털플랫폼 분야에서 MFN 조항의 경쟁법적 의미에 대해서 살펴해보도록 하겠다.

OTA(Online Travel Agency)란, 온라인 여행사를 지칭하는 용어로, e-비즈니스의 특징을 여행사에 적용하여 인터넷 플랫폼을 기반으로 여행업 업무를 수행하는 여행사를 의미한다.⁵⁾

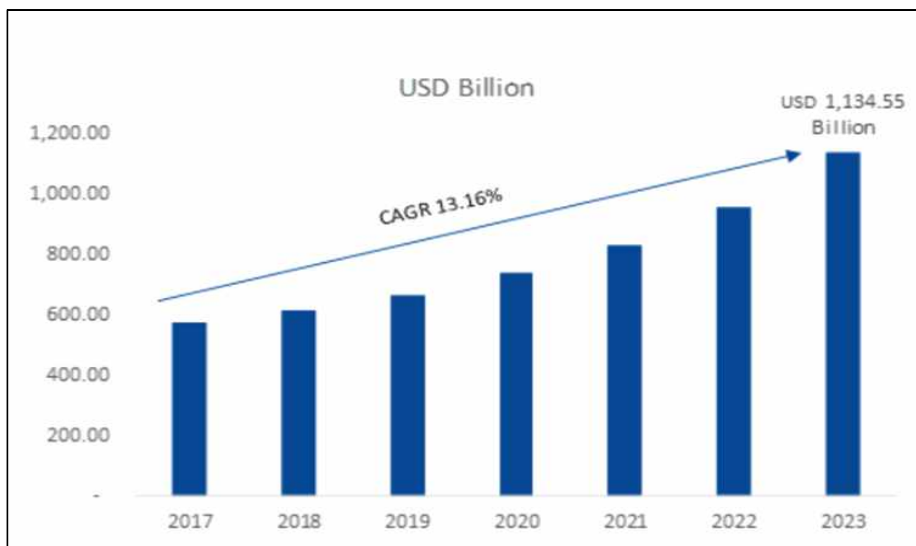
온라인, 모바일 등 IT 환경의 발전, 개별 자유여행 트렌드의 확산 등에 힘입어 전 세계적으로 플랫폼을 기반으로 하는 온라인 여행시장이 지속적으로 성장하고 있다.⁶⁾ 즉 웹 환경 기술의 발달, 온라인 플랫폼의 성장 및 다각화 등의 영향으로 점점 더 많은 관광객들이 목적지 및 숙박을 결정할 때 온라인·소셜미디어를 활용하는 경향이 늘어나고 있다.⁷⁾

글로벌 시장조사 기업인 유로모니터 인터내셔널(Euromonitor

-
- 4) 물론 경쟁법 적용이 제약되었다는 사정 외에 우리나라에서 MFN 조항에 따른 피해가 상대적으로 늦게 발현될 수 있다는 등 다양한 원인이 있을 것으로 판단된다. 다만 위 논문에서는 그동안 조명되지 않았던 법규적 차원에서 원인을 분석하고 해결책을 살펴보고자 한다.
 - 5) 김현주, 외국계 온라인 여행사(OTA)의 한국시장 진출에 따른 영향과 대응방향, 한국문화관광연구원 정책연구, 2017-06, 3면
 - 6) 최경은, 앞의 글, 3면
 - 7) 최경은, 위의 글, 11면

International)에 따르면, 2023년 온라인 여행시장은 1조 5,366억 달러(한화 약 1,731조 원), 모바일 여행시장은 6,975억 달러(한화 약 786조 원)로 전망하고 있다.8) 또한 마켓 리서치 퓨처(Market Research Future)도 온라인 여행시장이 2023년까지 연평균 13.16%의 성장률을 보이며 1조 1,345.5억 달러 규모로 성장할 것으로 전망하였다.9)

<표 1> Global Online Travel Market Size



자료 : <https://www.marketresearchfuture.com/reports/online-travel-market-5182>

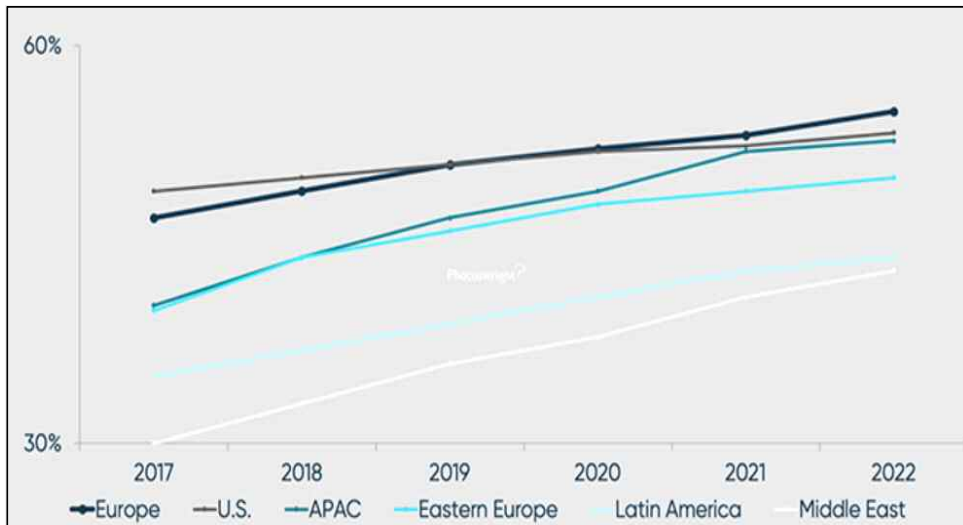
전체 여행시장에 대한 온라인 여행사의 비율을 살펴보면, 유럽, 미국, 아시아/태평양, 중동 등 전세계 주요 지역에서 지속적으로 상승하

8) KOTRA 해외시장뉴스, 미국 온라인 여행 플랫폼 시장동향 및 전망, 2019.7.29. (<https://news.kotra.or.kr/user/globalAllBbs/kotranews/list/2/globalBbsDataAllView.do?dataIdx=175855>)

9) Online Travel Market Report: By Platform Type (Mobile/Tablets Based, Desktop Based) Mode of Booking (Online Travel Agencies, Direct Travel Facilitators) Service Type (Transportation, Accommodation, Vacation Packages) - Global Forecast till 2027, 2019. 3. ("The online travel market is expected to grow from USD 570.25 billion in 2017 to USD 1,134.55 billion by 2023, at a compound annual growth rate (CAGR) of 13.16% during the forecast period.")

고 있으며, 향후에도 상승할 것으로 추정된다. Phocuswright에 따르면, 2019년에 처음으로 유럽 전체 여행 예약의 절반 이상이 온라인 여행사를 통해 이루어진 것으로 나타나며, 2021년까지 유럽은 가장 높은 온라인 보급률을 기록할 것으로 예상된다.¹⁰⁾ 즉, 오프라인 여행사를 직접 방문하는 소비자는 급감하는 반면 온라인을 통한 여행상품 예약은 빠르게 증가하는 추세이다.

<표 2> Online Travel Penetration by Region, 2017-2022



자료 : <https://www.phocuswright.com/Travel-Research/Research-Updates/2020/A-milestone-for-online-bookings-in-Europe>

전세계뿐만 아니라 우리나라에서도 온라인 기반의 여행서비스는 빠르게 성장하고 있다. 2019년 기준 ‘여행 및 교통서비스 상품군’의 거래

10) Phocuswright research, A milestone for online bookings in Europe, 2020.1. (“Offline bookings continue to decline as European consumers seek out online platforms both to plan and purchase their leisure trips. By 2021, Europe will surpass the U.S. to have the highest online penetration of any other region.”)

액은 약 16조 9,811억 원으로 온라인 쇼핑시장의 총 거래액의 12.6%를 차지하며, 전년대비 5.08% 증가하였다.¹¹⁾

<표 3> 연간 상품군별 온라인쇼핑 거래액 및 구성비 (억원, %)

	2018년		2019년		전년비		구성비	
	온라인	모바일	온라인	모바일	온라인	모바일	온라인	모바일
○ 합 계	1,137,297	690,950	1,345,830	867,005	18.3	25.5	100.0	100.0
- 서비스	263,666	173,543	331,827	242,640	25.9	39.8	24.7	28.0
· 여행 및 교통서비스	161,599	92,174	169,811	103,787	5.1	12.6	12.6	12.0
· 문화 및 레저서비스	19,955	12,224	20,262	12,512	1.5	2.4	1.5	1.4
· e쿠폰서비스	21,087	17,463	33,240	29,363	57.6	68.1	2.5	3.4
· 음식서비스	52,731	47,799	97,365	91,045	84.6	90.5	7.2	10.5
· 기타서비스	8,294	3,882	11,149	5,933	34.4	52.8	0.8	0.7
- 기 타	28,017	15,345	31,055	15,282	10.8	-0.4	2.3	1.8

자료 : 통계청, 2019년 12월 및 연간 온라인쇼핑 동향, 2020.2.5., 13면

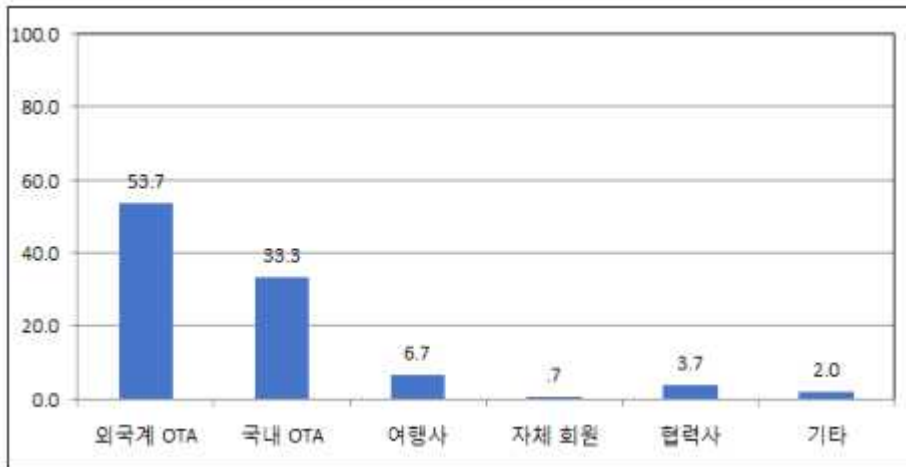
관광숙박업체를 대상으로 국내외 OTA 예약비중을 조사한 결과, 전체 숙박 예약 중 OTA를 통한 예약비중은 62.5%로 나타났다.¹²⁾ 2019년 조사에서 예약비중이 이미 62.5%에 이르렀다면 현재에는 더 많은 비중을 차지할 것으로 추측된다. 특히 부킹닷컴(Booking.com), 아고다(Agoda), 익스피디아(Expedia) 등 외국계 OTA를 통한 숙박시설의 예약 점유율은 53.7% 이르는 것으로 나타났다.¹³⁾

11) 통계청, 2019년 12월 및 연간 온라인쇼핑 동향, 2020.2.5., 13면.

12) 최경은, 앞의 글, 43면

13) 김현주, 앞의 글, 86면

<표 4> 관광숙박시설 예약 경로별 비중



자료 : 김현주, 외국계 온라인 여행사(OTA)의 한국시장 진출에 따른 영향과 대응방향, 한국문화관광연구원 정책연구, 2017-06, 86면

그리고 외국계 OTA와의 계약에서 가격 동일성(rate parity) 등 MFN(Most Favored Nation)이 포함되어 있다는 응답이 88% 이상을 차지하는 것으로 나타난 것은 앞에서 살펴본 바 있다.¹⁴⁾ 그런데 MFN 조항은 OTA 분야에만 국한된 것이 아니라 플랫폼 기반의 사업자들의 일반적인 행위유형 중 하나¹⁵⁾이기 때문에 MFN 조항에 대한 경쟁법적 대응방향 모색이 시급히 요구된다.

앞으로 OTA 사업자를 중심으로 MFN 조항의 경쟁법적 적용범위와 한계를 분석하고 이에 대한 대응방향을 제시하도록 하겠다.

제 2 절 연구의 범위 및 방법

14) 최경은, 앞의 글, 56면

15) 애플의 e-book 사건(미국), 아마존의 market place 사건(영국, 일본)뿐만 아니라 쿠팡, 요기요, OTA 등 우리나라 사례 또한 플랫폼 사업자의 MFN 조항이 문제가 된 사안이었다.

1. 연구의 범위

가. 시간적 범위

본 연구의 시간적 범위는 최근인 2021년을 포함하여 연구하였으나, 2020년 이후 코로나19의 영향으로 여행업계의 상황이 비정상적으로 운영되었다는 점을 감안하여 주로 2019년 이전의 관련자료 및 통계데이터를 활용하였다.

가. 대상적 범위

본 연구는 국내외 OTA와 거래관계에 있는 국내 숙박업체 사이에서 발생하는 거래와 파생 쟁점을 그 주 대상으로 한다. 여기서 OTA와 숙박업체의 범위는 다음과 같이 한정한다.

1) OTA의 범위

온라인 여행사를 지칭하는 OTA는 인터넷 플랫폼을 기반으로 소비자와 숙박업체를 매개하는 사업자를 의미한다. 대표적으로는 부킹닷컴(Booking.com), 익스피디아(Expedia), 아고다(Agoda), 호텔스닷컴(Hotels.com), HRS 등을 들 수 있다. 인터넷 플랫폼을 기반으로 한다는 점에서 OTA와 비슷한 다양한 개념들이 있다.

① 우선 베스트 웨스턴(Best Western), 힐튼(Hilton) 등이 제공하는 호텔 예약 웹사이트는 플랫폼 사업자가 아닌 호텔이 자체적으로 플랫폼을 제공한다는 점에서 OTA에 해당하지 않는다. ② 또한 호텔스컴바인(hotelscombined), 트리바고(Trivago) 등 메타서치엔진의 경우, 소비자와

숙박업체를 매개하기보다는 소비자와 OTA를 매개한다는 점에서 OTA의 범위에 포함되지 않는다. 이들 메타서치엔진 사이트는 소비자로 하여금 가장 저렴한 가격으로 동일한 숙소를 공급하는 OTA를 찾을 수 있도록 기능화된 사이트이다. ③ 마지막으로 에어비앤비(Airbnb), 홈어웨이(Homeaway), 위홈(wehome) 등 공유숙박 서비스는 사업자가 아닌 개인과 개인 사이의 거래를 매개한다는 점에서 주로 호텔 위주로 사업을 영위하는 OTA의 범위에 포함시키지 않겠다. 개인이 공급하는 숙박시설과 숙박업체를 경영하는 사업자가 공급하는 숙박시설은 전문성과 정형화된 정도, 수수료율 부담주체¹⁶⁾ 등에서 큰 차이가 있기 때문이다.¹⁷⁾

Phocuswright와 같은 시장조사 기관 역시 OTA의 개념을 메타서치엔진, 공유숙박 서비스와 같은 개념들과 구분하여 조사를 시행하고 있는 것을 알 수 있다.¹⁸⁾

<그림 1> Phocuswright의 개념분류

Hotel Websites	OTAs (hotel path only)	Metasearch (hotel path only)	Private Accommodation
Best Western	Booking.com	KAYAK	Airbnb
Choice Hotels	Expedia	TripAdvisor	HomeAway
Hilton	Hotels.com	Trivago	VRBO
Hyatt	Priceline		
Marriott	Travelocity		
Starwood			

16) 에어비앤비(Airbnb)의 경우, 총 수수료율이 예약금액의 15%인데, 3%만 공급업자가 부담하며 나머지 12%는 예약자가 부담한다. 반면, OTA의 경우 통상 15% 이상의 수수료를 모두 호텔 등 숙박업체가 부담하고 있다.

17) 공유숙박 플랫폼 등은 OTA의 개념에 포함되지 않는다는 것이며, OTA 사업자와 동일한 시장에 있는지 여부, 즉 실질적인 경쟁관계에 있는지 여부는 구분해서 생각해야 한다.

18) Phocuswright, *Hotels, OTAs, Metasearch or Rentals: Who's Winning in Traffic and Conversion?*, 9 (2017. 4. 12.)

자료 : Phocuswright, *Hotels, OTAs, Metasearch or Rentals: Who's Winning in Traffic and Conversion?*, 9 (2017. 4. 12.)

2) 숙박업체의 범위

본 연구에서 숙박업체는 2019년 국민여행조사¹⁹⁾를 바탕으로 호텔업과 관광펜션업을 포함하는 것으로 그 범위는 정한다.

관광진흥법 제3조 제2항, 동법 시행령 제2조 제1항에 따르면 호텔업의 종류에는 관광호텔업, 수상관광호텔업, 한국전통호텔업, 가족호텔업, 호스텔업, 소형호텔업, 의료관광호텔업 등 7개로 나누어져 있다. 또한 관광 편의시설업의 한 종류로 관광펜션업²⁰⁾이 있다.

일반적으로 숙박업체는 호텔업과 일반숙박업²¹⁾으로 나눌 수 있는데, 호텔업은 문화체육관광부 소관 관광진흥법에 의해, 일반숙박업은 보건복지부 소관 공중위생관리법에 의해 규율된다. 양자는 소관부처, 관련법규, 서비스를 이용하려는 소비자의 목적 등이 서로 다를 수 있으므로 구분하는 것이 타당하다. 그러한 점에 비추어 본 연구에서는 야놀자, 여기어때 등 주로 일반숙박업을 소비자와 매개하는 역할을 하는 사업자는 분석 대상에 포함시키지 않았다.

나. 내용적 범위

19) 문화체육관광부, 2019 국민여행조사 분석편, 2020.6.30. 136면

20) 관광펜션업 : 숙박시설을 운영하고 있는 자가 자연·문화 체험관광에 적합한 시설을 갖추어 관광객에게 이용하게 하는 업 (관광진흥법 제3조 제2항, 동법 시행령 제2조 제1항)

21) 공중위생관리법 제4조에 따르면 손님이 잠을 자고 머물 수 있도록 시설 및 설비 등의 서비스를 제공하는 영업을 숙박업으로 정의하며 일반적으로 모텔이라고 부르는 개념을 포함한다.

아래 제2장에서는 MFN 조항의 의미와 유형에 대해서 살펴보도록 하겠다. 제3장에서는 OTA 사업자들의 MFN 조항 삽입에 따른 효과와 폐해를 분석한다. 그 과정에서 MFN 조항이 우리나라 관광시장에서 어떠한 영향을 미치는지 경쟁법적 관점에서 살펴보기로 한다. 제4장에서는 OTA의 성장과 MFN 조항에 대한 국내외 규제사례를 분석한다. 제5장에서는 현행 경쟁법상 적용가능한 조항을 살펴본 후, MFN 조항에 대한 규제 집행의 문제점과 한계를 분석해보도록 하겠다. 마지막으로 제6장에서는 이러한 한계에 대한 원인과 대책을 고찰해보도록 하겠다.

2. 연구의 방법

가. 문헌분석

우선 OTA의 시장상황과 거래구조를 분석하기 위해서 통계청 온라인쇼핑동향조사, 주요 연구기관의 시장분석 보고서, 주요 경제지 및 관광분야 전문지 등을 분석하였다. 또한 MFN 관련 경쟁법적 의미에 대한 국내외 선행 연구 결과를 바탕으로 MFN의 개념, 쟁점사항 및 그 해결방안에 대해 고찰하였다. 여기에는 대표적인 MFN 사건을 설명하고, 경쟁효과를 분석한 문헌 등이 포함된다.

나. 주요 국가의 사례 분석

온라인 여행시장 증가에 따른 MFN 조항에 대한 유럽, 미국, 일본 등 주요국가의 대응사례를 분석하였다. 유럽의 경우 독일, 영국, 스웨덴, 프랑스, 이탈리아 등을 중심으로 살펴보았고 미국, 호주, 홍콩, 러시아의 사례도 함께 살펴보았다. 우리나라의 경우 OTA 사건을 중심으로 살펴보되, 쿠팡, 요기요 등 플랫폼사업자의 MFN 조항 관련 사건도 함께 살펴보았다.

제 2 장 최혜대우요구의 의미와 유형

제 1 절 최혜대우요구의 의미

1. 최혜대우요구(MFN)의 개념

가. MFN 조항의 의미

MFN 조항이란 공급자가 최종적인 소매가격을 포함한 주요 거래 조건을 설정하는 권한을 가지는 경우, 동일재화에 대하여 다른 어떤 유통경로(공급자가 자사의 웹사이트나 오프라인을 통하여 직접 판매하는 경우를 포함한다)를 통한 소매가격 및 조건보다 유리하지 않게 지정하겠다는 약정을 의미한다.²²⁾ 즉, 공급업자와 소매업자간의 약정으로 전자가 후자를 통한 판매에서 부과하는 가격보다 낮은 가격을 다른 유통경로를 통한 판매에서 부과하지 않기로 하는 약정을 말한다.²³⁾

연혁적으로는 국제통상조약이나 항해조약 등에서 한 나라가 다른 나라에 부여하고 있는 가장 유리한 대우를 상대국에도 부여하는 약정을 “최혜국(most favored nation)” 조항이라고 부른 것에서 비롯되었다. 따라서 이 경우는 국가간의 관계를 다루는 것이 아니므로 위 표현 대신 “MFC(most favored customer)”라고 불러야 한다는 견해도 있다.²⁴⁾ 그러나 독자의 이해를 위해 통례적인 용어를 사용한다는 의미에서 “MFN”로

22) 이선희, 온라인 플랫폼에서 소매가격 최고우대조항의 경쟁법적 문제, 경쟁법연구 제35권, 2017. 5., 243면

23) 이기중, 온라인 소매 플랫폼과 입점업체 간의 최저소매가 보장약정에 대한 공정거래법의 적용, 경쟁법연구 제15권 2호, 2016. 8., 239면

24) 이선희, 위의 글, 245면

표기하고 ‘최혜대우요구’라는 의미로 사용하도록 하겠다.

공정위가 행정예고한 「온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위에 대한 심사지침」에 따르면 최혜대우요구(MFN)란, “온라인 플랫폼 사업자가 온라인 플랫폼 이용사업자에게 자사 온라인 플랫폼 상에서 거래하는 상품 또는 서비스의 가격 등 거래조건을 다른 유통경로에서 거래하는 가격 등 대비 동등하거나 더 유리하게 적용하도록 하는 것”을 의미한다.²⁵⁾ 이는 당사자간 협상을 통한 경우, 온라인 플랫폼 사업자가 일방적으로 요구하는 경우를 모두 포함하며, 명시적인 계약 조항의 형태뿐만 아니라 다양한 경제적 유인을 통해 실질적으로 최혜대우를 요구하는 경우를 포함한다.

이를 OTA 사업자와 숙박업체간 계약에 적용한다면, 다른 경쟁 OTA에 공급하는 가격 및 조건과 동일하거나 유리한 가격 및 조건으로 숙박업체가 자사 플랫폼에도 공급해야 한다는 조항을 의미한다.²⁶⁾

2. 구별되는 개념

가. 온라인 플랫폼의 수직적 경쟁제한 행위 [APPA(Across Platform Parity Agreement)]

인터넷플랫폼을 통해 소비자에게 판매할 재화를 공급함에 있어서, 다른 플랫폼에서보다 소비자에게 비싼 가격으로 판매하지 않기로 공급자와 온라인 플랫폼 사업자간에 약정하는 경우에 이를 가격동등성 약정(Across Platform Parity Agreement: APPA)이라고 한다.²⁷⁾ 즉, APPA

25) 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위에 대한 심사지침 (행정예고 2022.1.6.) III.2.나.(1) 대상행위

26) 공정위 보도자료, 5개 호텔 예약 플랫폼의 최혜국 대우 조항 시정, 2021.3.15., 2면

27) 이선희, 앞의 글, 244면

은 플랫폼과 입점한 판매자간의 수직적 합의로서 판매자가 다른 플랫폼에 더 낮은 가격에 거래하지 않겠다고 약속하는 것이다.²⁸⁾

그런데 APPA는 공급업자가 자신의 웹사이트를 통하여 직접 고객에게 판매하는 경우나 또는 오프라인을 통하여 공급하는 경우를 포섭하는 데에 어려움이 있다.²⁹⁾ 플랫폼이 통상적으로 두 개 이상의 상이한 고객그룹을 연결시킨다고 하는 개념요소를 가진다면³⁰⁾, ‘공급업자 자신의 웹사이트’나 ‘오프라인’은 플랫폼에 해당한다고 보기 어렵기 때문이다.³¹⁾ 따라서 MFN은 APPA에 포섭되지 않는 오프라인, 웹페이지를 통한 직접판매 경로 등을 포괄하는 개념으로, APPA는 MFN의 일부라고 생각할 수 있다.

나. 최저가보장 [BPP(Best Price Promise), LPG(Low Price Guarantees), BPG(Best Price Guarantee)]

BPP, LPG, BPG란, 소매업체가 자신이 설정한 상품의 소비자가 가격이 다른 소매업자의 가격보다 낮거나 최소한 동등하다는 것을 보장하고 고객이 다른 유통채널에 더 낮은 가격이 존재함을 보이면 그 차액을 돌려주거나 차액보다 많은 금액으로 보상해주는 행위를 의미한다.³²⁾

28) 공정위 해외경쟁정책동향 제109호, 2015. 12. 7., 1면

29) 이기종, 앞의 글, 240면

30) 이상규, 양면시장의 정의 및 조건, 정보통신정책연구 17권 4호, 75면 참고(“양면시장이란 서로 다른 두 타입의 이용자 집단이 플랫폼을 통하여 상호작용을 하며 이 때 창출되는 가치는 간접적 네트워크 외부성의 영향을 받는 시장을 말한다. 여기서 플랫폼이란 서로 다른 이용자 그룹이 거래나 상호작용을 원활하게 할 수 있도록 제공된 물리적 가상적 또는 제도적 환경을 일컫는다.”)

31) 이선희, 앞의 글, 244면

32) Morten Hviid, *Vertical Agreements Between Suppliers and Retailers That Specify a Relative Price Relationship Between Competition Products or Competing Retailers*, OECD Hearing on Across Platform Parity Agreements, DAF/COMP(2015)6, 23 (2015.10.19.) (“Consider the more commonly observed low price guarantee where a retailer promises to a consumer that it will offer the lowest price, typically backed up by a promise to match any lower

이는 공급업자와 소매업자 사이에 체결되는 계약이 아니라 소매업체가 소비자를 대상으로 하는 약속이라는 점에서 MFN과 구별된다. 특히 MFN의 경우, 계약에 따른 부담을 대부분 공급업체가 지어야 하지만, BPP, LPG, BPG의 경우, 소비자에게 차액을 일차적으로 보상해야 하는 주체는 플랫폼(소매업자)라는 점에서 차이가 있다. 예컨대 MFN 조항의 경우 호텔이 숙박요금을 조정함으로써 일차적인 부담을 지어야 하지만, BPP, LPG, BPG의 경우 OTA 사업자가 최저가와의 차액을 소비자에게 보상함으로써 일차적인 부담을 가지게 된다.

<표 5> BPP, LPG, BPG와 개념비교

	최혜대우조항	BPP, LPG, BPG
공통점	· 유통채널간 소매가격의 동등성 초래	
차이점	· 공급업체와 소매업체간 수직적 제한행위로서 비용을 공급업체가 부담하는 것이 일반적	· 소매업체가 소비자에게 하는 약속으로 일차적인 비용부담은 소매업체가 하는 것이 일반적

다. 재판매가격유지행위(RPM: resale price maintenance)

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’)상 재판매가격유지행위란 사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래 상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위를 말한다.³³⁾ 즉, 하나의 유통단계의 사업자(제조업자 혹은 가맹점주)가 다음 유통단계의 사업자(판매점 혹은 가맹

price found elsewhere or to refund the difference should the consumer already have purchased.”)

33) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 제6호

점)의 재판매 가격을 통제하도록 하는 협의 또는 행위를 의미한다.³⁴⁾

MFN 조항은 공급업체가 최종소비자가격 및 조건을 지정하는 구조에서, 주로 소매업체의 요구로 이를 제한하는 조항을 계약에 삽입한다. 그러나 재판매가격유지행위에서는 재판매를 하는 사업자가 공급업체로부터 상품을 일단 구입하고 최종소비자에게 판매하면서 그 가격을 지정하는 구조이며 주로 공급업체가 이를 제한하려고 하는 행위라는 점에서 차이가 있다.

<표 6> 재판매가격유지행위와 개념비교

	최혜대우조항	재판매가격유지행위
공통점	· 수직적 거래관계에서 최종소비자가격을 설정하는 주체의 가격결정 행위를 제한	
차이점	· 공급업체가 최종소비자 가격 및 조건을 지정하는 구조이고 주로 소매업체가 이를 제한하는 행위로 나타남	· 재판매업체(소매업체)가 최종소비자 가격 및 조건을 지정하는 구조이며 주로 공급업체가 이를 제한하는 행위로 나타남

제 2 절 최혜대우요구의 유형

1. 넓은 최혜대우(wide MFN)/ 좁은 최혜대우(narrow MFN)

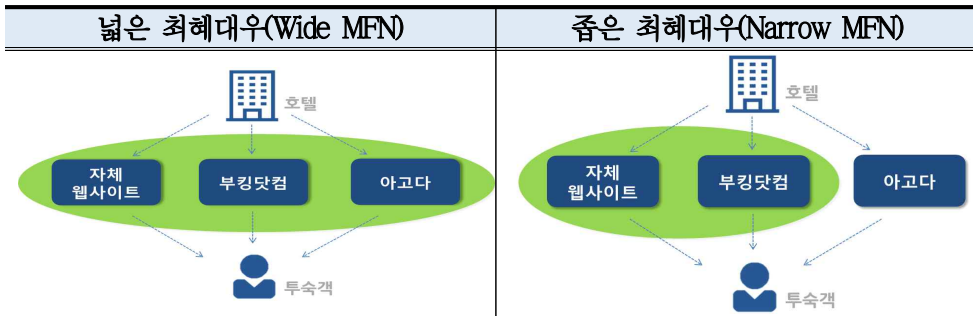
넓은 최혜대우(wide MFN)는 해당 온라인 플랫폼에서 적용하는 가격 등을 온라인 플랫폼 이용사업자의 자체 유통경로뿐만 아니라 타 온라인 플랫폼을 포함한 모든 유통경로에서 적용하는 가격 등 대비 동등하거나 더 유리하게 설정하도록 하는 것을 말한다. 좁은 최혜대우(narrow MFN)는 해당 온라인 플랫폼에서 적용하는 가격 등을 온라인 플랫폼 이

34) 이선희, 앞의 글, 246면

용사업자의 자체 유통경로(온라인 플랫폼 이용사업자가 운영하는 웹사이트, 전화주문시스템 등)에서 적용하는 가격 등 대비 동등하거나 더 유리하게 설정하도록 하는 것을 말한다.³⁵⁾

이를 OTA에 적용할 경우, 넓은 최혜대우는 호텔 자체 웹사이트, 경쟁 OTA 등 모든 판매경로와 비교하여 자신의 플랫폼에서 (같거나) 가장 유리한 조건으로 판매하도록 요구하는 것을 의미한다.³⁶⁾ 반면 좁은 최혜대우는 호텔 자체적으로 공급하는 유통경로와만 비교하여 (같거나) 가장 유리한 조건을 요구하며 다른 경쟁 플랫폼에 제공하는 조건까지 제한하지는 않는다.³⁷⁾

<그림 2> 넓은 최혜대우와 좁은 최혜대우의 차이



35) 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위에 대한 심사지침 (행정예고 2022.1.6.) III.2.나.(1) 대상행위

36) Simonetta Vezoso, *Online Platforms, Rate Parity, and the Free Riding Defence, Prepared for presentation at 11th ASCOLA Conference Leiden Law School*, 6 (30 June-2 July 2016, (Draft version June 29, 2016)) (“A wide retail MFN agreement requires a hotelier not to advertise the same room for the same night at a lower price through any alternative OTA, or any other sales channel, including the hotel’s own website and offline booking facilities.”)

37) Simonetta Vezoso, 위의 글, 7 (30 June-2 July 2016, (Draft version June 29, 2016)) (“A narrow retail MFN requires the hotelier to charge the same price to consumers via its own-website, by phone, at the hotel desk, etc., as the hotelier offers through the partner platform, but does not restrict the hotelier from displaying a lower room price on other platforms (limited rate parity)”).

OTA와 숙박업체가 실제로 체결한 계약서를 살펴보면 넓은 최혜대우와 좁은 최혜대우의 계약문구는 아래와 같다.

<표 7> 계약조항 시정 예시³⁸⁾

넓은 최혜대우	좁은 최혜대우
<p>2.5 000가 보다 효율적으로 귀사의 숙박업체를 홍보하고 예약을 촉진하도록 하기 위해 귀사는 <u>000가 귀사의 자체 채널을 포함해 다른 온라인 예약 채널이나 유사 채널과</u> 비교해 상업적으로 불리한 위치에 있지 않도록 상업적으로 합리적인 노력을 기울여야 한다.</p>	<p>6. 공정경쟁 6.1 귀하/귀사의 숙소를 홍보하고 예약을 중개하는 데 있어 000의 효율성을 향상시키기 위해, 즉 000가 <u>귀하/귀사 브랜드의 자체 누리집(이하 “귀하/귀사의 자체 예약 채널”)</u>와 비교하여 상업적으로 불리한 위치에 있지 않도록, 귀하/귀사는 귀하/귀사의 자체 직접 예약 채널과 공정하게 경쟁하기 위한 000의 역량을 저해하는 조건이나 제한이 숙소 정보 및 인벤토리에서 허용되거나 포함되지 않도록 상업적으로 합리적인 노력을 기울여야 한다. <u>최소한 객실 종류, 요금제, 요금, 제안, 프로모션, 객실 이용 가능 여부, 취소 및 변경 정책, 숙소정보(이하 “객실 조건”)</u>은 귀하/귀사가 귀하/귀사의 자체 직접 예약 채널에 제공하는 것과 적어도 같거나 더 나은 수준이어야 한다.</p>

2. 가격동일성 조항(rate parity)/동등가용성 조항(availability parity)

가격동일성(rate parity)이란 경쟁 OTA 또는 숙박업체 웹사이트를 포함한 다른 판매경로보다 같거나 더 낮은 가격으로 판매하도록 요구하는 것을 의미한다.³⁹⁾ 예컨대 특정 호텔이 OTA A사를 통해 객실을 10만 원에 판매하고 있다면, 동 객실을 호텔 홈페이지뿐만 아니라 OTA B사, C사 등을 통해서도 10만 원 미만으로 판매해서는 안 된다.⁴⁰⁾ 대부분

38) 공정위 보도자료, 5개 호텔 예약 플랫폼의 최혜국 대우 조항 시정, 2021.3.15., 6면 참고

39) 최경은, 앞의 글, 55면

의 경우 '가격'이라는 요소가 OTA가 제공하는 서비스의 가장 중요하고 대표적인 특징이므로 MFN 조항이라고 하면 일반적으로 가격동일성 조항을 의미하거나 개념을 혼용하여 사용하는 경우도 있다.

동등가용성(availability parity)이란 가격 이외의 조건에서 경쟁 OTA 등에 제공되는 것과 동일한 객실 배정을 요구하는 것을 의미한다.⁴¹⁾ 예컨대 특정 호텔이 특정 기간 동안 OTA A사에게 10개의 객실을 공급할 것을 약속했다면 OTA B사, C사 등에게도 10개를 초과하는 객실을 제공해서는 안 된다. 또한 특정 호텔이 OTA A사에게 특정 객실의 상태, 취소조건 등을 적용했다면 호텔 자체 홈페이지, OTA B사, C사 등에게 그보다 유리한 조건으로 객실을 제공해서는 안 된다.⁴²⁾ 이와 같은 대우를 요구하는 이유는 가격조건 이외에도 소비자의 취소·환불 조건이라든가, 플랫폼에게 공급하는 호텔의 최대객실 수, 그리고 객실 상태(room condition) 등은 상당히 중요한 조건이 될 수 있기 때문이다.

3. 일반적인 MFN(simple MFN)/플랫폼 MFN(platform MFN)

일반적인 MFN 조항은 공급업체가 소비자에게 최고의 거래조건을 보장하는 조항을 의미한다.⁴³⁾ 공급업체가 다른 소비자에게 부과하는 가격에 대한 공급업체와 소비자 사이의 계약이 아니라, 경쟁 플랫폼을 통해 구매하는 소비자에게 부과하는 가격에 대한 공급업체와 플랫폼간의 계약이라는 점에서 플랫폼 MFN은 일반적인 MFN과 다르다.⁴⁴⁾

40) 앞의 보도자료, 3면

41) 최경은, 앞의 글, 55면

42) 앞의 보도자료, 3면

43) Jonathan B.Baker & Fiona Scott Morton, *Antitrust Enforcement Against Platform MFNs*, the Yale Law Journal Vol 127 n.8, 2179 (2018.6.). ("A simple MFN promises the covered buyer that it will be charged the lowest price offered by the seller.")

44) Jonathan B.Baker & Fiona Scott Morton, 위의 글, 2181 (2018.6.) ("Platform MFNs differ from simple MFNs because they are agreement between sellers

예를 들어, 일반적인 MFN 조항은 호텔이 소비자에게 객실을 공급하면서 다른 소비자에게 공급하는 조건과 비교할 때 최고의 조건을 보장하는 것을 의미한다. 그런데 플랫폼 MFN 조항은 자사 플랫폼에 제공하는 객실 조건보다 더 유리한 조건으로 경쟁 OTA 등에 제공하지 말라고 OTA가 호텔에게 요구하는 것을 의미한다.

최근 플랫폼 사업자가 증가하면서, 일반적인 MFN 조항보다 플랫폼 MFN 조항이 문제시되는 행위유형으로 부각되고 있다. 특히 플랫폼에 공개된 거래의 경우 MFN 조항을 준수하는지 여부를 더 쉽게 감시할 수 있기 때문에 플랫폼 MFN은 일반적인 MFN과 비교하여 그 효과가 크고 넓은 범위에서 지속될 수 있다. 또한 MFN 조항 체결과 아무런 관련이 없는 최종소비자의 후생에 영향을 미친다는 점에서 일반적인 MFN 조항과 비교할 때 문제가 될 소지가 크다.⁴⁵⁾ 따라서 앞으로 플랫폼 MFN 조항을 중심으로 논의를 진행하도록 하겠다.

and platforms about the prices that sellers will charge buyers who purchase through rival platforms, not agreements between sellers and buyers about the prices that sellers will charge other buyers.”)

45) 이선희, 앞의 글, 246면

제 3 장 최혜대우요구의 효익과 폐해

제 1 절 최혜대우요구의 효익 : 경쟁촉진적 효과

일반적으로 공급자는 최종적인 소매가격을 결정하지 않고 하류(downstream)의 소매업자에게 도매가격으로 재화 또는 용역을 판매하고 소매업자에게 최종적인 소매가격을 설정하도록 둔다.⁴⁶⁾ 그런데 어떤 경우에는 MFN 조항과 같이 일정한 조건 하에 공급업체와 소매업체가 약정을 체결하는 경우도 있다. 우선 수요자 입장에서는 재화 구입을 위한 거래비용(탐색비용)을 낮추고 향후 가격 등 조건변동에 신경을 쓰지 않고 재화를 구입할 수 있다. 그리고 공급자 입장에서는 수요촉진 효과로 인해 이익이 증진될 수 있기 때문이다.⁴⁷⁾ 수요자와 공급자의 입장에서뿐만 아니라 시장 전반적으로도 경쟁촉진적인 효과가 나타날 수 있는데, 그 구체적인 효익이 무엇인지 살펴보도록 하겠다.

1. 무임승차(free-riding)의 방지

최혜대우요구의 대표적인 효익은 공급업체나 소규모 플랫폼 사업자가 온라인 플랫폼 사업자의 서비스에 무임승차하는 것을 방지하는 것이다. 소매업자가 상품에 대한 수요를 증가시키기 위한 홍보·교육·전시·훈련 등에 투자했는데 막상 소비자가 이러한 투자를 하지 않은 저비용 소매업자로부터 보다 저렴한 가격에 상품을 구매할 경우 이러한 상황이 발생한다.⁴⁸⁾

46) 이선희, 앞의 글, 243면

47) 윤성운·강일·안준규·김진훈·최원석, Most Favored Customer 약정의 경쟁에 대한 영향과 시사점, 법·경제분석그룹(LEG) 연구보고서, 2012.8., 136면

만약 OTA가 자신의 플랫폼을 통해 호텔광고에 투자하였는데, 소비자가 호텔에 직접 예약하는 것이 더 저렴하다는 것을 알게 된다면, 소비자는 OTA를 통해 서비스를 제공받았지만 OTA를 통해서 호텔을 예약하지 않을 것이다.⁴⁹⁾ 즉 소비자가 플랫폼을 통해 공급업체를 검색한 후 실질적인 구매는 공급업체로부터 직접 할 경우 중개플랫폼의 비즈니스 모델 자체가 위협받을 수 있다.⁵⁰⁾

실제로 OTA는 대규모의 마케팅 및 광고비용을 지불하는데, 현재 OTA의 북점 사업그룹인 부킹홀딩스와 익스피디아는 구글(Google)의 10대 광고주이며 분기별 광고비용이 10억 달러에 달하는 것으로 나타났다.⁵¹⁾

<표 8> 부킹홀딩스와 익스피디아의 마케팅 비용(단위 : 백만 달러)

항목	부킹홀딩스			익스피디아		
	2016	2017	2018	2016	2017	2018
수입	10,743	9,224	8,442	8,774	6,672	5,763
마케팅비용	4,210	3,365	2,902	4,367	3,381	2,808
비율	39%	36%	34%	50%	51%	49%

출처 : 사업자 재무제표

48) 이기종, 앞의 글, 242면

49) Simonetta Vezzoso, 앞의 글, 17 (30 June-2 July 2016, (Draft version June 29, 2016)) (“If an OTA invested in advertising the hotel’s room on its platform, but consumers discovered that the hotel rooms offered on the OTA were available cheaper if booked directly with the hotel, consumers might use the services offered by the platform but not book the hotel room through the OTA.”)

50) Pinar Akman, *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favored-Customer Clauses*, CCP Working Paper 15-12, 12 (2015) (“This would threaten the entire business model of the intermediary and if the intermediary performs a socially efficient economic activity, then preventing such free-riding would constitute a valid efficiency justification.”)

51) 김현주, 앞의 글, 29면

수입의 34~51%를 마케팅비용으로 투자하는 노력에도 불구하고 소비자들이 호텔과 직접적인 거래를 통해 호텔을 예약할 경우 OTA 사업자들은 고품질 서비스를 제공할 투자유인이 사라질 뿐만 아니라 일종의 쇼룸(showrooming)으로 전략하면서 사업 자체의 존립마저 위협받을 수 있다.

중개 플랫폼으로서 OTA 사업자가 존재하는 것이 소비자의 효용에 부합한다면 이러한 무임승차행위로부터 보호하는 방안을 마련하는 것이 타당하다. 이러한 맥락에서 무임승차의 방지를 위해 최소한 공급자가 플랫폼을 통해 소비자에게 제공하는 가격보다 자사의 홈페이지 상의 가격을 더 낮게 하지 않겠다는 좁은 최혜대우는 허용해야 한다는 견해도 있다.⁵²⁾ 즉 호텔이 소비자에게 직접적으로 더 낮은 가격으로 판매하는 것을 막을 수 있기 때문에 MFN 조항은 플랫폼의 투자에 대해 호텔이 무임승차하는 것을 멈추게 할 수 있을 것이다.⁵³⁾ 이러한 효율성 증대 가능성에 대해서는 「온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위에 대한 심사지침」(안)에도 반영되었다.⁵⁴⁾

2. 비가격경쟁의 촉진

MFN 조항의 유무는 품질을 나타내는 신호(signal)로 기능할 수 있으며, 동시에 품질경쟁을 유인할 수 있다. 즉 품질경쟁력이 낮은 플랫폼

52) 이선희, 앞의 글, 269면

53) Simonetta Vezzoso, 앞의 글, 19 (30 June-2 July 2016, (Draft version June 29, 2016)) (“In this context, a retail MFN clause could stop hotels from free-riding on the platform’s investment, because hotels would be prevented from selling at lower prices direct to customers.”)

54) 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위에 대한 심사지침 (행정예고 2022.1.6.) III.2.나.(3) 효율성 증대 가능성 : 한편 최혜대우 요구로 온라인 플랫폼 이용사업자가 온라인 플랫폼 사업자의 판촉노력 등에 무임승차하는 것을 방지하고 거래관계에 특화된 투자를 촉진하는 경우 등에는 효율성 증대효과가 발생할 수 있다.

품의 경우 가격경쟁을 위해 MFN 조항을 삽입하는 것이 불리한 반면, 품질 경쟁력이 높은 경우 MFN 조항이 유리하게 된다.

예컨대 OTA 사업자들은 가격비교, 이용후기관리, 관련 지도 제공 등 서비스 품질을 높여 호텔과 최종소비자를 유인할 수 있다. MFN 조항이 없을 경우, OTA는 플랫폼의 품질을 개선하는 데 투자할 유인이 없다.⁵⁵⁾ 따라서 MFN 조항은 플랫폼의 품질개선 등 비가격경쟁을 통해 소비자 후생에 기여할 수 있는 것이다.

3. 거래비용(협상비용)의 감소

최혜대우요구는 재화구입을 위한 수요자의 거래비용을 낮추고, 아울러 장래에 재화의 가격이 변동할 가능성 때문에 제품에 대한 구매를 망설이는 잠재적 수요자로 하여금 제품에 대한 구매에 나서게 함으로써 수요를 촉진하는 효과가 있으므로 가격에 민감한 구매자들을 대상으로 한 공급자들의 가격경쟁을 유발하여 공급자가 책정하는 제품가격이 낮아지는 효과를 발생시킬 수 있다.⁵⁶⁾

신규 플랫폼 사업자 역시 공급업체와의 소모적 협상 없이 기존 플랫폼과 동일한 조건의 거래를 제안하여 손쉽게 계약을 맺을 수 있다.⁵⁷⁾ 신규 플랫폼이 시장에 진입하고자 할 때 다수의 공급업체들과 계

55) Margherita Colangelo, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, Journal of European Competition Law & Practice 8(1), 4 (2015.11.5.) (“the platform cannot recoup its investments and is not incentivized to invest in improving the quality of its services (hold-up problem)”).

56) 윤성운·강일·안준규·김진훈·최원석, 앞의 글, 139면

57) Jonathan B. Baker and Judith A. Chevalier, *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*, Antitrust, Vol. 27, No. 2, 22 (Spring 2013), (“Here, the MFN guarantees that one of the contracting parties will receive the other party’s best price without undertaking costly negotiations.”)

약을 맺어야 하는데, 만약 신규 플랫폼과 거래조건에 대해 협상을 해야 하는 거래비용이 발생할 경우 공급업체가 굳이 신규 플랫폼에 상품을 공급하지 않을 수 있기 때문이다.

제 2 절 최혜대우요구의 폐해 : 경쟁제한적 효과

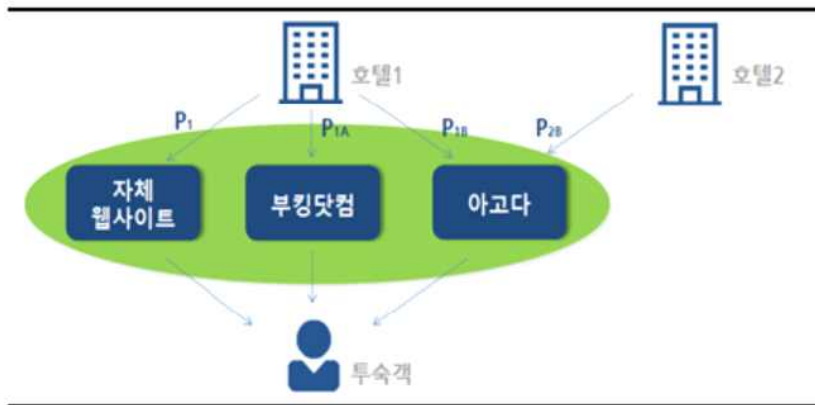
1. 공급업체간 경쟁저해 효과

가. 공급업체간 가격경쟁 저해

우선 MFN 조항은 공급업체간(생산자간) 경쟁을 약화시킬 수 있다. MFN 조항이 없는 경우 공급업체는 일부 유통 채널에서만 상품가격을 인하하여 다른 공급업체와 경쟁할 수 있다. 그러나 다수의 플랫폼과 MFN 조항을 체결한 경우 공급업체는 모든 유통채널의 가격을 일괄적으로 인하해야 하기 때문에 가격인하의 비용이 높아진다.⁵⁸⁾ 이는 공급업체가 공격적으로 가격을 인하할 유인이 줄어들게 한다. 예컨대 아래 그림에서 호텔1은 아고다에 대한 호텔가격(P_{1B}) 가격을 인하하기 위해서는 부킹닷컴에 대한 호텔가격(P_{1A})도 함께 낮추어야 한다.

58) Jonathan B. Baker and Judith A. Chevalier, 앞의 글, 23 (Spring 2013) (“The most immediate and direct significance of an MFN for the seller, and the source of competitive harms from facilitating coordination and dampening competition, is to raise the seller’s cost of cutting price to buyers other than the buyer that is the beneficiary of the MFN. (중략) Put differently, the rebate required by the MFN discourages discounting by effectively “taxing” price-cutting.”)

<그림 3> 숙박업체와 유통채널간 가격설정



나. 공급업체간 담합가능성 증가

또한 MFN 조항은 공급업체간 담합 발생 및 유지를 용이하게 할 수 있다. 카르텔이 불안정한 이유는 카르텔 참가자의 입장에서는 자신의 가격만을 약간 내려 상품 판매량을 현저히 증가시킴으로써 더욱 큰 이윤을 얻을 수 있는 가능성이 존재하기 때문이다.⁵⁹⁾ 한 참가자가 카르텔에서 이탈하거나 속이기 시작하면 다른 기업도 모두 뒤따르게 되는 경향이 생길 수 있다.⁶⁰⁾ 그런데 MFN 조항은 담합 이탈행위에 대한 적발을 용이하게 함으로써 카르텔 참가자들의 배신행위(cheating)를 저지한다.⁶¹⁾ 투명해진 시장은 카르텔의 감시 및 시행비용을 낮추고, 이탈행위에 대한 적발을 용이하게 한다.⁶²⁾

59) 이준구, 미시경제학, 법문사, 1989, 471면

60) 이준구, 위의 책, 472면

61) Jonathan B. Baker and Judith A. Chevalier, 앞의 글, 23 (Spring 2013) (“they may help industry participants deter cheating by making cheating easier to detect.”)

62) Margherita Colangelo, 앞의 글, 5 (2015.11.5.) (“The higher degree of market transparency plays a major role, as it implies lower monitoring and enforcement costs, making it easier to detect deviating conduct than in other contexts.”)

2. 플랫폼간 경쟁제한 효과

가. 플랫폼간 수수료경쟁 저해

플랫폼은 수수료 인하를 통해 더 많은 생산자를 유인하고 경쟁 플랫폼보다 더 싼 가격으로 상품을 소비자에게 공급하도록 함으로써 다른 플랫폼과 경쟁할 수 있다. 그런데 MFN 조항으로 인해 최종소비자 가격을 동일하게 유지해야 한다면, 플랫폼(OTA)이 이윤을 줄이고 수수료를 인하하더라도 공급업체(숙박업체)가 이에 맞추어 자신의 이윤을 늘려 최종소비자 가격이 동일해질 것이므로 결국 수수료 인하에 대한 보상을 기대하기 어렵게 된다.⁶³⁾ 그 반대로 한 OTA가 수수료율을 높이고자 할 경우, 숙박업체가 숙박비를 하향조정하여 최종소비자 가격은 유지되기 때문에 수수료 인상유인이 커지게 된다. 이용자에게 공급되는 최종가격이 동일하게 유지되기 때문에, OTA가 스스로 수수료를 인하할 유인은 없기 때문이다.

이는 모형분석을 통해서도 나타나는데, 수요가 비탄력적일 경우 플랫폼의 수수료가 증가되는 경향이 있으며, 플랫폼의 이윤이 증가하는 곳에서 균형이 이루어진다.⁶⁴⁾ 또한 일정한 조건 하에서 MFN 조항이 최종소비자 가격 역시 상승시키는 것으로 나타난다.⁶⁵⁾

63) 이선희, 앞의 글, 268면

64) Andre Boik and Kenneth S. Corts, *The Effects of Platform Most-Favored-Nation Clauses on Competition and Entry*, Journal of Law and Economics, vol.59 128 (2016.2.) (“We show that PMFN(Platform Most-Favored-Nation) agreements tend to raise fees charged by platforms and prices charged by sellers and that these policies are adopted in equilibrium and increase platforms’ profits when aggregate demand is sufficiently inelastic.”)

65) Øystein Foros, Hans Jarle Kind, Greg Shaffer, *Turning the Page on Business Formats for Digital Platforms: Does Apple’s Agency Model Soften Competition?*, CESifo Working Paper No.4362 category 11: industrial organisation, 29 (2013.8.) (“Lastly, we show that under asymmetric adoption of business formats(when not all firms use the agency model), retail MFN clauses may lead to higher equilibrium retail prices.”)

나. 신규 플랫폼의 시장진입 저해

공급업체들이 기존 플랫폼과 MFN 조항을 체결하고 있는 경우 신규 플랫폼은 낮은 수수료 및 낮은 가격으로 시장에 진입하여 경쟁력을 확보할 가능성이 감소한다. 신규 플랫폼 진입자들은 기존의 고객이 없거나 부가 서비스의 열위 때문에 수수료를 인하함으로써 최종소비자 가격을 낮추어 기존 플랫폼들과 경쟁하려고 한다.⁶⁶⁾ 그런데 MFN 조항은 신규 플랫폼들이 기존의 사업자들보다 더 낮은 소비자 가격을 부과할 수 없도록 하며, 이는 신규 플랫폼(진입자)이 더욱 더 불리하도록 만든다.⁶⁷⁾

이 역시 모형분석을 통해서 나타나는데, 기존 플랫폼 사업자의 MFN 조항은 다른 사업자에 의한 진입을 저지시킬 수 있다는 것을 알 수 있다.⁶⁸⁾

다. 플랫폼 특성에 기인한 고착화 가능성

OTA는 양면시장을 가진 전형적인 플랫폼이며, 이러한 플랫폼의 특성에 기인한 네트워크 외부효과, 범위의 경제 등으로 인해 경쟁제한적 현상은 고착되고 시간이 지날수록 오히려 강화될 수 있다. 네트워크 외

66) 이선희, 앞의 글, 267면

67) Amelia Fletcher and Morten Hviid, *Broad retail price MFN clauses: Are they RPM "At its worst"?*, Antitrust Law Journal vol.81, 76-77 (2016) ("The Broad Retail Price MFN clause prevents a competitor from offering lower retail prices than the incumbent(through offering lower fees to suppliers) to win customers. This exacerbates the entrant's demand disadvantage.")

68) Andre Boik and Kenneth S. Corts, 앞의 글, 128 (2016.2.) ("We also show that the adoption of a PMFN(Platform Most-Favored-Nation) agreement by an incumbent platform can discourage entry by another platform if it is sufficiently downward differentiated.")

부효과는 더 많은 사람들이 플랫폼을 사용할수록 플랫폼을 더 유용하고 가치있게 만들어주기 때문에 플랫폼과 결합된 네트워크 외부효과는 락인(lock-in) 효과를 창출하며 그것은 경쟁사에 대한 가장 강력한 방어벽이 될 수 있다.⁶⁹⁾ 신규진입한 플랫폼은 기존에 다수의 이용자를 확보한 플랫폼보다 나은 서비스나 가격만으로는 시장에 안착하기에 충분하지 않을 수 있기 때문이다. 다시 말해서 네트워크 외부효과는 가격이나 품질 면에서 보다 나은 플랫폼이라도 기존의 지배적 플랫폼을 대체하기 어렵게 한다.⁷⁰⁾ 범위의 경제는 플랫폼을 통해 나타나는 네트워크 효과에 의해 증폭될 수 있으며, 이는 데이터 중심 경제에서 더욱 명백하다.⁷¹⁾ 플랫폼 사업자가 플랫폼 이용자의 데이터를 수집하고 이러한 데이터를 관련 플랫폼의 서비스 향상 및 관련 인공지능 기술의 개발과 최적화에 활용함으로써 이용자들이 느끼는 플랫폼의 매력을 증진시키고 경쟁력을 더욱 강화하는 형태로 네트워크 효과가 발생할 수 있으며, 그 결과 이용자의 전환비용이 증가하고 관련시장에서의 진입장벽이 높아질 수 있기 때문이다.⁷²⁾

제 3 절 실증적 검토

69) Alex Moazed & Nicholas L. Johnson, *Modern Monopolies: What it Takes to Dominate the 21st-Century Economy*, St.Martin's Press, 100 (2016.5.) ("But combined with the network effects of established platforms, this additional value creates the kind of lock-in that makes competing with a successful platform extremely difficult.")

70) 이봉의, 디지털플랫폼의 자사 서비스 우선에 대한 경쟁법의 쟁점, 법학연구(연세대학교 법학연구원) 제30권 제3호, 2020.9. 398면

71) Yong Lim, *Tech Wars: Return of the Conglomerate: Throback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?*, Journal of Korean Law Vol. 19, 57, (2020.2.) ("But economies of scope can also be amplified by network effects coursing through multiple businesses or platforms, not just multiple sides of a platform. This is more apparent in a data-driven economy.")

72) 임용, 정해빈, 고태수, 인공지능과 시장경쟁: 데이터에 대한 규율을 중심으로, 한국경제포럼 제12권 제3호, 2019.10.25. 50면

1. 국내 사례 분석73)

가. 객실가격 차별화에 미치는 효과

MFN 조항으로 인해 가격이 경직된다는 것은 필연적인 사실이다. 국내 시장에서 MFN 조항이 존재하던 2020년 3월 25일 동일객실에 대한 가격은 모두 동일한 것을 알 수 있다. 이는 당시 당해 조항이 없는 프랑스, 이탈리아, 독일 호텔과 비교할 때 매우 대조적이다.74)

<그림 4> MFN 조항 유무와 호텔 가격 차이 비교(2020. 3. 25. 현재)

한국 서울 호텔(MFN 조항 有)	프랑스 파리 호텔(MFN 조항 無)
<p>글래드 여의도 ★★★★★</p> <p>시내 중심에서 6.9km, 지도 보기</p> <p>최상급 8.6 (3,887명 후기 평균)</p> <p>호텔에서 결제 회원 전용 가격 시크 특가</p> <ul style="list-style-type: none"> Hotels.com: 무료 와이파이가 무료 예약 취소 151,800원 (1박) Booking.com: 무료 와이파이가 호텔에서 결제 무료 예약 취소 151,800원 (1박) Expedia: 무료 와이파이가 무료 예약 취소 151,800원 (1박) 	<p>플로리드-에투알 Hotel Floride Etoile ★★★★★</p> <p>시내 중심에서 4.6km, 16구 - 파시 트르카데르 지도 보기</p> <p>최상급 8.6 (1,800명 후기 평균)</p> <ul style="list-style-type: none"> Booking.com: 무료 와이파이가 150,375원 (1박) Expedia: 무료 와이파이가 무료 예약 취소 163,561원 (1박)
<p>신라스테이 마포 ★★★★★</p> <p>시내 중심에서 3.6km, 지도 보기</p> <p>좋은 7.9 (4,457명 후기 평균)</p> <p>호텔에서 결제 회원 전용 가격 시크 특가</p> <ul style="list-style-type: none"> Hotels.com: 무료 와이파이가 무료 예약 취소 95,700원 (1박) Booking.com: 무료 와이파이가 호텔에서 결제 무료 예약 취소 95,700원 (1박) Expedia: 무료 와이파이가 무료 예약 취소 95,700원 (1박) 	<p>호텔 드 라 페투어 예펠 Hotel de la Paix ★★★★★</p> <p>시내 중심에서 3.5km, 7구 - 앙발리드 지도 보기</p> <p>최상급 8.6 (815명 후기 평균)</p> <ul style="list-style-type: none"> agoda: 무료 와이파이가 무료 예약 취소 181,321원 (1박) Hotels.com: 무료 와이파이가 무료 예약 취소 203,532원 (1박) Booking.com: 무료 와이파이가 무료 예약 취소 193,780원 (1박) Expedia: 무료 와이파이가 호텔에서 결제 무료 예약 취소 203,533원 (1박)
이탈리아 로마 호텔(MFN 조항 無)	독일 베를린 호텔(MFN 조항 無)

73) 시장에 작용하는 다른 영향력을 분리하여 MFN 조항의 영향력만 단독으로 평가하는 것은 사회과학적 연구의 내재적 한계가 있는 일이다. 다만, 제한적인 상황에서 드러난 자료에 대하여 살펴보도록 하겠다.

74) 메타서치엔진인 호텔스컴바인(hotelscombined.co.kr)에서 2020.3.25. 각 호텔을 검색한 결과를 스크린한 것이다.

카디널 호텔 세인트 피터 Cardinal Hotel St Peter
 7.6 평점 (1,909건의 후기 포함)
 시내 중심에서 6.1km, 아우탈리오 | 지도 보기

68,389원
91,586원
104,704원
102,151원

미첼베르거 호텔 Michelberger Hotel
 8.7 최상급 (2,198건의 후기 포함)
 시내 중심에서 4.1km, 프리드리히스하인 | 지도 보기

115,487원
115,602원
128,707원
128,707원

제너레이터 로마 Generator Rome
 8.2 최상급 (3,388건의 후기 포함)
 시내 중심에서 1.4km, 에스필리노 | 지도 보기

67,958원
68,012원
76,089원
79,276원

이비스 베를린 하우프트반호프 Ibis Berlin Hauptbahnhof
 8.6 최상급 (8,252건의 후기 포함)
 시내 중심에서 2.6km, 바울린-미테 | 지도 보기

108,183원
119,408원
118,688원
118,805원

가격이 동일한 것에 대한 경쟁제한적 효과는 매우 직접적이고, 확실하게, 그리고 소비자가 체감할 수 있도록 나타난다. 마치 카르텔이 형성된 것과 같이 가장 주요한 경쟁요소인 가격은 전혀 기능하고 있지 못 하며, 소비자들은 그 가격의 호텔객실을 이용하거나 말거나 하는 선택밖에 없다. 예컨대 글래드 여의도를 이용하기 위해서는 호텔스닷컴, 부킹닷컴, 익스피디아 어느 사이트를 들어가도 소비자는 151,800원을 지불해야 하는 것이다.

국내에서도 주요 OTA의 넓은 최혜대우요구가 사라진 이후, 약 6개월의 시간이 흐른 현재(2021.12.), 동일 호텔에 대한 미묘한 가격차별화가 나타나기 시작하였다.⁷⁵⁾

75) 공정위는 2021.3. 호텔예약플랫폼에 대한 조치를 시행하였다는 보도자료를 배포하였으며, 각 주요 OTA들은 보도자료 배포 전후로 넓은 최혜대우 조항을 삭제하거나 좁은 최혜대우 조항으로 수정하였다.

<그림 5> MFN 조항 유무와 호텔 가격의 차별화(2020. 3. vs. 2021. 12.)

한국 서울 호텔(MFN 조항 有) 2020.3.25.	한국 서울 호텔(MFN 조항 無) 2021.12.5.
<p>글래드 여의도 ★★★★★ 시내 중심에서 6.9km 지도 보기</p> <p>최상급 3,899건 후기 평균</p> <p>호텔에서 결제 * 최원 전용 가격</p> <p>시도 특가</p> <p>Hotels.com * 무료 와이파이가 * 무료 예약 취소 151,800원</p> <p>Booking.com * 무료 와이파이가 * 호텔에서 결제 * 무료 예약 취소 151,800원</p> <p>Expedia * 무료 와이파이가 * 무료 예약 취소 151,800원</p>	<p>글래드 여의도 ★★★★★ 서울 지도 보기</p> <p>최고 2,817건 후기 평균</p> <p>호텔에서 결제 * 최원 전용 가격</p> <p>167,901원 바로 예약</p> <p>168,300원</p> <p>168,300원</p>
<p>신라스테이 마포 ★★★★★ 시내 중심에서 3.6km 지도 보기</p> <p>중급 4,455건 후기 평균</p> <p>호텔에서 결제 * 최원 전용 가격</p> <p>시도 특가</p> <p>Hotels.com * 무료 와이파이가 * 무료 예약 취소 95,700원</p> <p>Booking.com * 무료 와이파이가 * 호텔에서 결제 * 무료 예약 취소 95,700원</p> <p>Expedia * 무료 와이파이가 * 무료 예약 취소 95,700원</p>	<p>신라스테이 마포 ★★★★★ 서울 지도 보기</p> <p>출름함 2,014건 후기 평균</p> <p>133,285원 바로 예약</p> <p>153,615원</p> <p>153,615원</p> <p>151,530원</p>

가격경직성이 완전히 사라지지는 않았지만, 일부 호텔과 OTA는 가격경쟁을 시도하고 있는 것으로 보이며, 호텔에서 직접 결제할 경우 회원전용가격으로 결제도 가능한 것으로 나타난다. 이러한 경향은 시간이 흐를수록 더욱 강화될 것으로 기대된다.

나. OTA 수수료율에 미치는 효과

호텔업계에서는 외국계 OTA가 호텔업에 부정적인 영향을 미치는 대표적인 사례는 수수료율 인상으로 OTA 진출 초기에 평균적으로 10% 대외이던 수수료율은 15~20% 수준으로 인상되었다는 점을 꼽고 있다.⁷⁶⁾ 2019년 외국계 OTA의 수수료율은 평균 15.2%이며 2016년 대비 0.3%p 증가하였다.⁷⁷⁾ 또한 같은 기간 동안 국내 OTA와의 수수료율은

76) 김현주, 앞의 글, 4면

평균 12.5%이며 0.9%p 증가한 것으로 나타난다.⁷⁷⁾ OTA는 검색결과 페이지의 상위 노출과 연관시킬 경우 객실을 급하게 판매해야 하는 공급자들은 기꺼이 높은 수수료율에 동의하고, 이로 인해 실질적인 수수료율은 30%를 상회하는 일이 흔하다. ⁷⁹⁾

특히 OTA를 통해 숙박시설을 예약하는 투숙객 비율이 높은 지역, 체인호텔에 비해 독자적인 마케팅 능력이 상대적으로 약한 독립호텔들, 그리고 OTA에 대한 예약의존도가 높아질수록 예약수수료율은 점점 증가하게 된다.⁸⁰⁾

이는 비슷한 서비스를 공급하는 공유숙박서비스나 메타서치엔진 서비스의 수수료율이 10~15%를 책정하고 있다는 것으로 미루어 보아 상당히 높다고 볼 수 있다. 게다가 숙박업체를 예약할 수 있는 다양한 경로가 있음에도 불구하고 수수료율이 떨어지기는커녕 지속적으로 상승한다는 사실은 시장이 경쟁적이지 않다는 것을 방증할 수 있다.

다. 소결

지금보다 더 많은 시간이 흐른 이후 좀 더 정교화된 분석이 필요하겠지만, MFN 조항이 객실가격 차별화나 수수료율에 미치는 경쟁제한적 효과는 분명한 반면 경쟁촉진 효과는 보다 간접적이며 그 근거도 불확실한 것으로 판단된다. 즉, MFN 조항의 경쟁촉진효과는 이론상으로는 가능하지만 아직 효과의 존재 여부가 입증되었다고 보기 어렵다. 특히 비가격 경쟁을 촉진한다거나, 거래비용(협상비용)을 감소시킨다는 논리는 카르텔에서도 항변할 수 있는 논리이지만 카르텔의 형성을

77) 최경은, 앞의 글, 61면

78) 최경은, 위의 글, 65면

79) 김현주, 앞의 글, 61면

80) 김현주, 위의 글, 60면

정당화시킬 수 없듯 MFN 조항의 당위성을 인정하는 근거가 될 수도 없다.

따라서 MFN 조항, 특히 넓은 최혜대우요구는 시장에서의 경쟁 제한 가능성이 높으므로 경쟁법상 규율의 대상이 되어야 한다. 다만, 무임승차행위의 방지를 위해 공급자가 플랫폼을 통해 소비자에게 제공하는 가격보다 자사의 홈페이지 상의 가격을 더 낮게 하지 않겠다는 좁은 최혜대우는 그 경위와 정도를 살펴 허용여부를 결정해야 할 것이다. OTA 같은 플랫폼을 창출하기 위해서는 사업자가 초기투자의 높은 위험을 상쇄하고 난 이후에도 투자를 감행할 정도의 이윤이 보장되어야 한다.⁸¹⁾ 그런데 그렇지 못할 경우 OTA 모델 자체의 존립이 위태로울 수 있으며, 이는 소비자 효용의 감소로 나타날 수 있기 때문이다. 특히 좁은 최혜대우라 하더라도 온라인·오프라인 시장인지 여부, 홈페이지 회원에게만 공급되는 조건인지 여부 등을 살펴 섬세하게 조치할 필요가 있다.⁸²⁾

2. 해외 사례 분석

해외에서도 MFN 규제의 효과에 대한 실증적 검토가 진행되었다. 다수의 연구에서 MFN에 대한 규제로 인해 객실의 가격차별화 증대,

81) 임용, 플랫폼 민주주의: 중립성에 대한 오해와 진실, 서울대학교 인공지능정책 이니셔티브 이슈페이퍼 04, 2019.11. 14면 (“해당 설비의 창출 후 사업자가 그 이용에 여하한 제한을 가할 수 없거나 가격남용이라는 이유로 투자비용을 회수하고도 남은 정도의 이용가격을 부과하지 못하도록 하는 것은 사회적으로 유용한 자산의 창출유인을 저해하는 반경쟁적인 정책이라 할 수 있다. 이러한 창출유인의 저감은 해당 사업자에게만 나타나는 것이 아니다. 법의 집행은 향후에 있어 시장에 계고 효과가 있기 때문에 특정 사업자에 대한 잘못된 법집행은 그러한 투자를 고민하고 있는 다른 사업자들의 창출 유인도 자칫 감소시킬 수 있다.”)

82) 공정위는 이번 호텔 예약 플랫폼의 대한 조치에서, 좁은 범위의 MFN 조항은 호텔 자체 누리집에만 적용되기 때문에, 고객이 직접 전화, 방문, 이메일 안내(고객이 호텔 회원으로 가입해서 이메일 등 비공개된 객실요금으로 예약하는 경우) 등을 통해 예약하는 경우에는 OTA를 통한 경우보다 저렴한 가격으로 예약할 수 있도록 하였다.(공정위 보도자료, 5개 호텔 예약 플랫폼의 최혜국 대우 조항 시정, 2021.3.15., 4면)

객실의 가격인하, 거래건수 증가 등 경쟁촉진효과가 발생하였음이 확인되었다. 이는 MFN 조항의 경쟁제한적 효과가 경쟁친화적 효과보다 크다는 것을 나타내었다.

가. EU 경쟁당국 보고서

이 보고서는 2015년 11월 유럽 경쟁 네트워크(ECN: European Competition Network)의 위탁으로부터 시행되었으며, 2016년 11개 EU 경쟁당국⁸³⁾의 온라인 호텔 예약 부문을 모니터링한 결과를 제시한다.⁸⁴⁾ 모니터링은 10개 회원국의 16,000개 호텔 표본을 대상으로 2013년 1월부터 2016년 6월까지 기간에 대하여 전산 또는 서면으로 이루어졌다. 특히 부킹닷컴과 익스피디아가 넓은 최혜대우요구에서 좁은 최혜대우요구로 전환하는 2015년 중반에 초점을 맞추어 이루어졌다.⁸⁵⁾

호텔들 중 21%는 MFN 조항의 변화 이후에는 OTA간 가격을 차별화한 것으로 응답했는데, 그 이유로는 “검색페이지 순위를 높이기 위해”, “더 낮은 수수료율” 등을 들었다.⁸⁶⁾

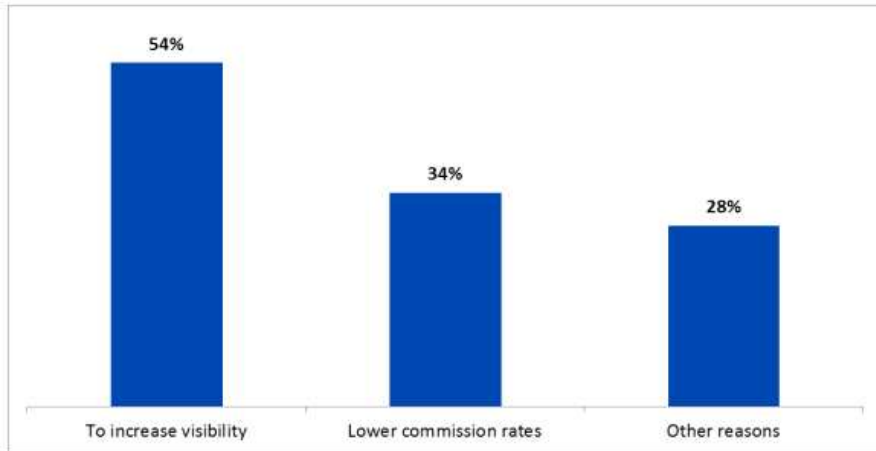
83) Belgian, Czech, French, German, Hungarian, Irish, Italian, Dutch, Swedish and UK national competition authorities and DG Competition.

84) European Competition Network, *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector*, 4 (2017.4.) (“This report presents the results of a coordinated monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by a group of eleven EU competition authorities in 2016. The exercise was commissioned by the heads of the European Competition Network ('the ECN') in November 2015.”)

85) European Competition Network, 위의 글, 6 (2017.4.) (“The monitoring consisted of a uniform electronic questionnaire addressed to a sample of 16,000 hotels in the ten participating Member States. Written questionnaires were also sent to a sample of OTAs, metasearch websites and large hotel chains. The questionnaires covered the period from January 2013 to June 2016, with particular focus on the period before and after the switch by Booking.com and Expedia from wide to narrow parity clauses (mid-2015).”)

86) European Competition Network, 위의 글, 11 (2017.4.) (“For the 21% of respondent hotels that had price differentiated between OTAs during this period, the most frequent reasons given for favouring an OTA with lower

<그림 6> OTA간 가격차별을 한 이유



Source: Replies to the electronic hotel survey (all ten Member States).

또한 부킹닷컴과 익스피디아가 넓은 최혜대우요구를 중단하자 10개국 중 8개국⁸⁷⁾에서 OTA간 가격차별화가 증가했고, 특히 프랑스(마크롱법)와 독일에서는 좁은 최혜대우요구까지 금지된 이후 가격차별에 대한 유의미한 결과가 나왔다.⁸⁸⁾

prices were to increase the hotel's visibility on the OTA in question (for example, in the display ranking) and because the OTA charged a lower commission rate.”)

87) Belgium, the Czech Republic, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Sweden, and the UK

88) European Competition Network, 앞의 글, 12 (2017.4.) (“This analysis suggests that the switch from wide to narrow parity clauses by Booking.com and Expedia produced a positive effect on room price differentiation between OTAs. The effect is statistically significant in Belgium, the Czech Republic, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Sweden, and the UK, and is predominantly driven by chain hotels. A statistically significant positive effect on price differentiation between OTAs was also found in France following the switch to narrow parity clauses and the entry into force of the Loi Macron. Lastly, the analysis also showed a positive effect on price differentiation between OTAs in Germany following the prohibition of Booking.com's narrow parity clause.”)

나. Hunold, Kesler, Laitenberger, Schlütter (2017)

Hunold 외 3명의 연구자들은 Kayak이라는 메타검색사이트에 올라온 다양한 국가의 3만 여개의 호텔가격정보를 사용하여 MFN 조항의 효과를 실증적으로 분석하였다.⁸⁹⁾ 이들은 Kayak이라는 메타서치엔진 자료와 부킹닷컴(Booking.com), Google Trend의 자료를 바탕으로 2016년 1월부터 2017년 1월까지의 데이터를 분석하였다.⁹⁰⁾ MFN 조항이 호텔들의 유통채널 선택과 채널간 가격설정에 어떠한 영향을 미쳤는지, 그리고 특히 독일의 경우 2016년 2월 부킹닷컴이 좁은 최혜대우요구를 제거하였는데 어떤 효과가 있는지를 살펴보았다.⁹¹⁾

분석 결과, MFN 조항이 제거된 이후, 더 많은 호텔들이 부킹닷컴에 가격을 게재하였고, 이미 부킹닷컴과 거래하던 호텔들은 더 자주 가격을 수정하였다는 사실이 나타났다.⁹²⁾ 또한 Kayak 사이트에는 독립

89) Hunold, Kesler, Laitenberger and Schlütter, *Evaluation of Best Price Clauses in Online Hotel Booking, Zurich Open Repository and Archive*, University of Zurich, 2 (2018.3.) (“Motivated by recent proceedings against best price clauses (BPCs) imposed by onlinetravel agents (OTAs), we empirically investigate the effects of such clauses using metasearch price data of nearly 30,000 hotels in various countries.”)

90) Hunold, Kesler, Laitenberger and Schlütter, 위의 글, 3 (2018.3.) (“The main data source are price data from the website Kayak that covers the period January 2016 to January 2017. Kayak is a travel meta-search engine that displays the prices of the same hotel room on different online distribution channels, in particular the OTAs and the hotel website to which we refer as direct online channel. We complement this data set with data from two additional sources. First, we add data from the OTA website Booking.com, which allows us to distinguish between chain and independent hotels. Second, we gathered time series data of travel related search queries from Google Trends.”)

91) Hunold, Kesler, Laitenberger and Schlütter, 위의 글, 3 (2018.3.) (“In view of different BPC policies across countries, we use cross-sectional statistics to investigate the channel choice and pricing across channels. Moreover, we analyze the removal of Booking.com’s narrow BPC in Germany since February 2016. By means of regression analyses, we compare the changes in the market outcome in Germany with the changes in other countries without such a regulatory treatment of the BPCs in the course of 2016.”)

적인 호텔 홈페이지를 통한 상품들이 더 많이 올라오기 시작했으며, 체인 호텔들도 더 자주 가격정보를 게재했다.⁹³⁾ 이는 MFN 조항이 제거된 이후, 호텔들이 부킹닷컴의 좁은 최혜대우요구에 제한되지 않고 직접적인 유통경로를 활성화시켰다는 점을 반영한 것이다.⁹⁴⁾

다. Matovani, Piga, Reggiani (2019)

Matovani 외 2명의 연구자들은 프랑스, 이탈리아에서 MFN 조항을 규제한 것에 초점을 맞추고 그 전후 인근 지중해 섬 코르시카(프랑스)와 사르데냐(이탈리아)의 호텔들이 Booking.com에 올린 가격을 비교한 결과를 분석하였다.⁹⁵⁾ 2015년 8월 프랑스, 2017년 8월 이탈리아에서는 MFN 조항을 삭제하였지만, 스페인은 MFN 조항에 대한 규제를 실시하지 않았고 그 결과 좁은 가격평등 조항은 여전히 법적으로 시행될 수 있었다.⁹⁶⁾

92) Hunold, Kesler, Laitenberger and Schlütter, 위의 글, 39 (2018.3.) (“We have found that more hotels publish prices at Booking.com in Germany following the removal of the narrow BPC (extensive margin), and hotels which already used Booking.com before publish offers more frequently there (intensive margin).”)

93) Hunold, Kesler, *Laitenberger and Schlütter*, 위의 글, 39 (2018.3.) (“In addition, more independent hotels, which initially often did not make direct channel prices available at Kayak, start doing so more often in Germany once the BPC of Booking.com is removed. Consistent with having posted direct prices more often on Kayak before, chain hotels in Germany increase the frequency of listing direct channel prices once the BPC is removed.”)

94) Hunold, Kesler, Laitenberger and Schlütter, 위의 글, 39 (2018.3.) (“These results indicate that hotels increasingly promote the direct channel when they are not constrained by Booking.com’s narrow BPC.”)

95) Matovani, Piga and Reggiani, *Much ado about nothing? Online platform price parity clauses and the EU Booking.com case, Economics Discussion Paper series EDP-1909*, The university of Manchester, 2 (2019.5.). (“In particular, we focus on the removal of Price Parity Clauses in France in 2015 and in Italy in 2017 and perform a difference-in-differences(D-in-D) analysis based on comparing prices posted on Booking.com by hotels in the neighboring Mediterranean islands of Corsica (France) and Sardinia (Italy), before and after the policy interventions.”)

96) Matovani, Piga and Reggiani, 위의 글, 8 (2019.5.) (“Furthermore, they

MFN 조항을 제거하는 것이 단기적인 가격변화를 이끌지는 않았으며, 체인호텔들의 경우에 코르시카는 5.6%, 사르데냐는 8.6% 정도의 가격인하효과가 나타났다.⁹⁷⁾ 그러나 마크롱법 도입 1년 이후 시간이 지나면서 코르시카 섬과 다른 섬들의 가격변화를 비교해 보면 호텔 전체 평균은 약 4%, 체인호텔은 12.3% 가격이 인하된 것으로 나타났다.⁹⁸⁾

라. 덴마크 경쟁소비자청(DCCA)

덴마크 경쟁소비자청(DCCA: Danish Competition and Consumer Authority)도 MFN 규제변화에 따른 효과를 분석했다. 2017년에는 71%의 호텔이 가격을 차별하지 않는다고 응답했던 것에 비하면, 2018년에는 절반의 호텔이 OTA간 가격차별화를 하고 있다고 응답했다.⁹⁹⁾ 이는 MFN 조항에 대한 규제가 시간이 지날수록 효과가 분명하게

removed all types of Price Parity Clauses, though at different times: France in August 2015 and Italy in August 2017. Spain, instead, never took action on this issue and, as a result, narrow Price Parity Clauses can still be lawfully enforced there.”)

97) Matovani, Piga and Reggiani, 앞의 글, 30 (2019.5.) (“First, we showed that the complete removal of Price Parity Clauses did not lead to substantial short-run price variations on Booking.com in both regions. (중략) In fact, when focusing on chain hotels, that are less affected by the above frictions, our results indicated a significant price reduction of about 5.6 percent in Corsica and 8.6 percent in Sardinia.”)

98) Matovani, Piga and Reggiani, 위의 글, 30 (2019.5.) (“Second, our dataset enabled us to perform a medium-run analysis for the effect of the Macron Law. Interestingly, we found significant price reductions on Booking.com for all types of hotels, with an estimated average drop of about 4 percent. (중략) Moreover, when taking into account heterogeneous effects, we confirmed that chain hotels were more responsive to the policy change, with an estimated price reduction of 12.3 percent.”)

99) Bookingplatforme, *hoteller og forbrugere Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*, 60 (2019.2.) (“Størstedelen af hotellerne (71 pct.) angiver, at ens værelser altid har ens priser på tværs af bookingplatforme, jf. De resterende hoteller angiver, at de i nogle situationer ser en fordel i at sætte forskellige priser på forskellige bookingplatforme. (중략) Tyve hoteller indgår i begge undersøgelser. I spørgeskemaundersøgelsen har ét hotel angivet, at de

나타난다는 것을 의미한다.

varierer i pris i halvdelen af tilfældene - mens 11 ud af de øvrige 1982 hoteller har angivet, at de i 2017 altid (eller i de fleste tilfælde) har ens priser. Undersøgelsen af de faktiske, indsamlede værelsespriser viser imidlertid, at de selvsamme hoteller i 2018 meget ofte har forskellige priser på ens hotelværelser.”)

제 4 장 국내외 규제사례

제 1 절 국내 규제 사례

최혜대우요구에 대한 국내의 규제사례는 그리 많지 않은 편이다. 우선 공정위는 2021년 3월 5개 호텔 예약 플랫폼의 최혜대우요구 조항을 사업자들이 스스로 삭제·수정하도록 하였다. 또한 2021년 8월 쿠팡(주)의 최저가 매칭 가격정책에 대하여 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '법') 제23조 제1항 제4호(거래상지위남용)로 시정명령과 과징금을 부과하였다. 그 외, 2020년 8월 (유)딜리버리히어로코리아(요기요), 2010년 9월 농업협동조합중앙회 사건에 대해서도 구법 제23조 제1항 제4호(거래상지위남용)로 조치하였는바, 이에 대하여 살펴보도록 하겠다.

1. 호텔 예약 플랫폼 사업자와 숙박업체간 최혜대우 요구 조항 시정 사건 (2021.3.15.)

가. 사안의 경과¹⁰⁰⁾

OTA의 국내 숙박업체들에 대한 영향력이 증가하면서, 국내 호텔업회는 OTA의 최혜대우요구 조항이 숙박업계의 가격경쟁을 제한한다는 문제를 2019년 7월 5일 경제부총리 조찬간담회에서 제기하였다.

<표 9> 호텔업회의 경제부총리 조찬간담회 정책제안서

100) 공정위 보도자료, 5개 호텔 예약 플랫폼의 최혜국 대우 조항 시정, 2021.3.15., 2면의 내용 참조

- OTA의 최저가 보장 정책 강요
- 자사에게 제공되는 가격이 타 OTA 등에 제공되는 가격과 동일하거나 더 낮은 가격을 제시하도록 요구
- 최소 배정 객실 수를 지정하여 유지하도록 요구하거나 타 OTA 등에 제공되는 객실 수와 동일한 수의 객실 배정을 요구

이에 공정위는 2019년 12월 서울과 제주도에 소재한 호텔 16개 업체를 현장방문하여 이들과 거래하는 모든 OTA 사업자의 계약서를 점검하였다. 그 결과 인터파크, 부킹닷컴, 아고다, 익스피디아, 호텔스닷컴 등 온라인 호텔 예약 플랫폼 사업자가 국내 숙박업체와의 계약에 넓은 최고우대요구 조항을 사용하고 있는 것을 확인하였다. 조사 대상 호텔 예약 플랫폼 사업자 중 호텔스컴바인, 하나투어, 씨트랩 등은 넓은 최고우대요구 조항이 삽입된 계약서를 사용하지 않았다.

나. 시정내용¹⁰¹⁾

해당 사업자들은 조사 과정에서 스스로 MFN 조항 자체를 삭제하거나, 넓은 최고우대요구 조항을 좁은 최고우대요구 조항으로 수정하였다. 종전에는 자사 플랫폼에 제공하는 가격, 객실 수 또는 기타 조건보다 더 유리한 조건으로 다른 OTA나 호텔 홈페이지에 제공하지 말라고 요구하는 조항이 삽입되어 있었다. 예컨대 특정 호텔이 OTA A사를 통해 객실을 10만원에 판매하고 있었다면, 동 객실을 호텔 홈페이지뿐만 아니라 OTA B사, C사 등을 통해서는 10만 원 미만으로 판매해서는 안 된다.

이러한 조항 때문에 숙박업체는 판매경로를 불문하고 똑같은 객실요금과 조건으로 소비자에게 판매할 수밖에 없었다. 숙박업체 입장에

101) 공정위 보도자료, 5개 호텔 예약 플랫폼의 최혜국 대우 조항 시정, 2021.3.15., 3~4면의 내용 참조

서는 특정 OTA를 대상으로 객실요금을 낮추는 등 적극적인 판촉전략을 시행할 수 없었다. 신규 OTA 입장에서 기존 OTA에 비해 낮은 객실요금을 책정하는 방식을 고객을 유치하기 어려웠다. 결국 시장 전반적으로 가격경쟁이 사라지고 소비자 후생이 감소되는 효과가 나타났다.

OTA 사업자들은 조사 과정에서 스스로 MFN 조항을 삭제하거나 넓은 범위의 최고우대요구 조항을 좁은 최고우대요구 조항으로 수정하였다. 인터파크는 모든 형태의 최고우대요구 조항을 계약서에서 삭제하였다. 부킹닷컴, 아고다, 익스피디아, 호텔스닷컴은 넓은 범위의 MFN 조항을 좁은 범위의 MFN 조항으로 수정하였다. 숙박업체의 무임승차 문제를 감안하여 호텔 홈페이지보다는 같거나 유리한 조건으로 OTA에 숙박상품을 제공하도록 하였다. 호텔 홈페이지가 OTA보다 저렴한 가격으로 객실을 판매할 경우 소비자들은 OTA에서 숙박상품을 검색하고 예약은 호텔 홈페이지에서 할 것이기 때문에 무임승차 문제가 발생할 것이기 때문이다. 좁은 최혜대우요구 조항은 호텔 홈페이지에만 적용되기 때문에 고객이 직접 방문하거나 전화를 통해 예약할 때, 그리고 고객이 호텔 회원으로 가입해서 이메일 등 비공개된 객실요금으로 예약하는 경우에는 OTA를 통한 경우보다 저렴한 가격으로 예약할 수 있다.

다. 사건의 의의

첫째, 위 사건에서 공정위가 명시적으로 넓은 최혜대우요구 조항에 대한 경쟁제한성을 처음으로 인정하고 규제의 대상이 될 수 있음을 적시하였다. 이 사건 이외 최혜대우요구가 문제시된 사건들은 모두 구법 제23조 제1항 제4호(거래상지위남용)로 규율하였기에, 거래상 지위, 행위의 불공정성에 대한 입증에 치중하였고 경쟁제한성에 대한 입증이 불필요한 측면이 있었다.

둘째, 무임승차(free-riding)의 문제와 쇼룸효과(showrooming effect)를 감안하여 좁은 최혜대우요구 조항에 대해서는 그 필요성을 인정하였다. OTA가 숙박상품 검색만을 위한 쇼룸(showroom)으로 전략할 경우, 그 사업 모델의 존립이 위협당할 수 있으며 플랫폼이 존재하지 않는다면 소비자 후생에도 좋지 않은 영향을 미칠 것이란 판단 때문일 것으로 보인다.

셋째, 좁은 최혜대우요구 조항 중에서도 시장을 세분화하여 고객이 직접 방문하거나 전화를 통해 예약할 때, 그리고 고객이 호텔 회원으로 가입해서 이메일 등 비공개된 객실요금으로 예약하는 경우에는 적용되지 않도록 하였다. 즉 온라인과 오프라인 시장, 공개된 가격과 비공개된 회원용 가격을 구별하여 '더욱 좁은 최혜대우요구 조항'만을 인정하였다. 이는 향후에도 MFN 조항에 대해 공정위가 수용여부를 판단하는 기준이 될 것으로 보인다.

넷째, 당해 사건은 사업자의 자진시정으로 인해 절차가 종료된 사안으로, 경쟁법 조항의 적용가능성 여부와 치열한 입증과정이 부재한 채로 종결되었다. 따라서 관련 사안에 대한 공정위의 입장과 법원의 판단을 알 수 없다는 점이 아쉬움으로 남는다.

2. 쿠팡(주)의 대규모유통업법 등 위반행위에 대한 건¹⁰²⁾ (2021.9.23.)

가. 행위사실¹⁰³⁾

쿠팡(주)는 2016년경부터 온라인 시장에서 경쟁 온라인몰이 판매가격을 낮추면 곧바로 자신의 판매가격도 최저가에 맞추어 판매하는 가

102) 공정거래위원회 2021.9.23.의결 제2021-237호, 사건번호 2018유통0704

103) 공정거래위원회 2021.9.23.의결 제2021-237호 의결서 10~12면의 내용 참조

격 매칭 정책(일명 '최저가 매칭 시스템')을 운영하였다. 예를 들어, 쿠팡에서 판매하는 새우깡 한 봉지 가격이 750원인데, 다른 경쟁 유통 채널에서 판매되고 있는 최저가가 600원이면, 판매가격을 600원으로 조정하도록 하였다. 이와 같은 시스템 하에서는 경쟁 온라인몰에서 판매가격을 낮추면 쿠팡에서 판매하는 판매가격도 곧바로 최저가로 맞춰서 판매해야 한다.

쿠팡은 위 최저가매칭시스템 운영에 따른 마진 손실을 최소화하기 위해 2017년경부터 2020년 9월까지 기간 동안 총 101개 납품업체에게 경쟁 온라인몰에서 판매하고 있는 총 360개 상품에 대하여 판매가격 인상을 요구하고, 쿠팡에서의 판매가격이 다른 경쟁 온라인몰의 판매가격보다 높지 않도록 지속적으로 관리하고 유도하였다. 더욱이 자신의 요구를 납품업자가 수용하지 않을 경우, 발주중단(또는 판매중단)을 하거나 이를 암시하는 방법으로 납품업자들을 압박하였다.

나. 위법성 판단

공정위는 쿠팡의 이와 같은 행위를 구법 제23조 제1항 제4호 거래상지위남용 중 경영간섭¹⁰⁴⁾에 해당하는 행위로 판단하였으며, 시정명령과 함께 과징금 약 34억(정률과징금 2%)이 부과되었다.

1) 거래상 지위가 존재하는지 여부¹⁰⁵⁾

공정위는 쿠팡이 납품업체에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또

104) 구법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준 6.마. 경영간섭 거래상대방의 임직원을 선임·해임함에 있어 자기의 지시 또는 승인을 얻게 하거나 거래상대방의 생산 품목·시설규모·생산량·거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위

105) 공정거래위원회 2021.9.23.의결 제2021-237호 의결서 20~21면의 내용 참조

는 적어도 상대방과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있는 것으로 판단했다. ① 우선 쿠팡은 국내 주요 온라인·오프라인 유통사업자 중 매출액 5위(온라인 사업자 중에서는 1위) 사업자이고, 2017~2019년 기간 중 매출 증가율이 연 60%에 이를 정도로 높은 성장률을 보이고 있다. ② 또한 소비자의 패턴은 오프라인에서 온라인으로, PC에서 모바일로 이동하고 있으며 이러한 시장상황 속에서 쿠팡은 결제규모, 쇼핑몰 이용자 수, 인지도 등 여러 면에서 확고한 지위를 형성하여왔다. ③ 따라서 납품업자들에게 쿠팡은 중요한 거래상대방이고, 그들은 지속적으로 거래관계를 형성·유지하기를 강하게 희망한다. ④ 만약 쿠팡과 거래가 단절될 경우, 납품업자들은 쿠팡과 유사한 정도의 거래선을 확보하기가 쉽지 않은 데 반해 쿠팡은 동일하거나 유사한 상품을 다른 납품업체를 통해 충분히 대체가 가능하기 때문이다. ⑤ 이렇듯 국내 유통시장 구조에서 유통사업자는 납품업자보다 자신에게 유리한 거래조건을 제시할 수 있는 지위에 있는 반면 납품업자들은 거래 단절 등을 우려하여 유통업자의 요구를 거절하기 어려운 상황이므로 유통업자와 납품업자 사이에는 본질적인 사업능력의 격차가 존재한다.

2) 경영활동을 간섭하였는지 여부¹⁰⁶⁾

판례에서도 적시¹⁰⁷⁾하고 있듯, 거래상대방의 판매가격은 ‘거래내용’에 포함된다. 쿠팡은 최저가 매칭시스템 운영에 따른 마진손실을 최소화하기 위해 101개 납품업체에게 쿠팡의 경쟁 온라인몰에서 판매하고 있는 총 360개 상품에 대하여 판매가격 인상을 요구하였다. 또한 그 이

106) 공정거래위원회 2021.9.23.의결 제2021-237호 의결서 21~22면의 내용 참조

107) 경영간섭행위에 있어 거래상대방의 ‘거래내용’이란 생산품목·시설규모·생산량등과 달리 구체적인 내용을 특정하기 어려운 포괄적인 의미를 가지는 것으로 앞서 열거된 생산품목·시설규모·생산량 등과 동일시할 수 있는 거래상대방의 판매가격·부과수수료율·결제조건 등 거래와 관련되는 제반사항을 포함한다고 할 것이다.(서울고등법원 2010. 4. 8. 선고 2009누548 판결, 상고심(대법원 2011. 10. 27. 선고 2010두8478 판결)은 이러한 원심판결에 경영간섭의 요건에 관한 법리오해의 위법이 없다고 판시).

후에도 다른 경쟁 온라인몰의 가격보다 높게 판매되지 않도록 경쟁 온라인몰 사이트 주소를 URL이나 엑셀파일로 보내주거나 전화, 카카오톡 등의 방식으로 지속적으로 관리하고 유도하였으며, 이러한 요구를 납품업자가 수용하지 않는 경우 발주중단(또는 판매중단)을 하거나 이를 암시하였는바, 납품업자의 자유로운 의사결정을 제한하였다.

3) 공정거래저해성 여부¹⁰⁸⁾

위 행위로 인해 납품업자들은 다른 온라인몰에서의 할인행사를 철회하거나 경쟁 온라인몰 사업자에게 쿠팡에 납품한 가격보다 낮은 가격으로 판매하지 못하도록 요구할 수밖에 없었고, 이로 인해 납품업자들은 거래상대방과의 관계가 악화되거나 악화될 우려가 있을 것으로 판단했다. 또한 온라인몰간 가격경쟁이 저해되고 경쟁 온라인몰의 판매가격이 인상되는 효과로 소비자 후생이 저해되거나 저해될 우려가 크다.

다. 사건의 의의

일반적으로 거래상지위남용 중 경영간섭 행위는 대부분 5억 원 이내의 정액과징금이 부과되었다. 그런데 당해 사건에서는 불공정거래행위의 부과기준을 중 가장 높은 2%¹⁰⁹⁾가 적용되어 34억 원 남짓한 과징금이 부과되었다. 이는 거래상지위가 뚜렷하고, 쿠팡의 요청을 따르지 않을 경우 거래를 중단하는 등 강제성이 명확한 것에 기인한 판단으로 보인다. 또한 공정위가 플랫폼사업자의 최혜대우요구 조항에 대하여 엄중하게 규제하고 있음을 알 수 있다.

다만, 당해 사건은 최혜대우요구 조항을 시장지배적지위 남용행

108) 공정거래위원회 2021.9.23.의결 제2021-237호 의결서 22~23면의 내용 참조

109) 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시 IV.1.라.(1)

위 내지는 불공정거래행위 중 배제납용의 범리로 규율하지 않았고, 거래상지위납용이라는 착취납용에 대한 규제를 사용하였다. 따라서 시장경쟁을 제한할 수 있다는 점을 언급하면서도 이에 대해 엄밀하게 입증하거나 엄정하게 판단하기보다는 갑을관계에서 쿠팡이 납품업체를 착취하는 행위를 규율하는 데 중점을 둔 것으로 보인다.

3. (유)딜리버리히어로코리아(이하 '요기요')의 거래상지위 납용행위에 대한 건¹¹⁰⁾ (2020.8.24.)

가. 행위사실

요기요는 일반소비자를 대상으로 최저가보장제(요기요에 가입된 배달음식점이 요기요에서보다 직접전화주문, 경쟁배달앱 등 다른 판매경로에서 더 저렴하게 판매할 경우 피심인이 그 차액을 일반소비자에게 보상해주는 제도)를 시행하면서, 2013년 7월경부터 2017. 2. 23.까지 배달음식점들로 하여금 요기요에서보다 직접전화주문이나 경쟁 배달앱 등 다른 판매경로를 통해 더 저렴하게 판매하는 것을 사실상 금지하였다.¹¹¹⁾

요기요는 일반소비자에게 요기요 가격이 최저가가 아닐 경우 차액의 300%를 보상하는 방식으로 일반소비자의 신고를 독려했다. 일반 소비자 뿐만 아니라 배달음식점도 다른 배달음식점을 최저가보장제 위반 혐의로 피심인에게 신고하였다. 나아가, 요기요가 자체적으로 배달음식점의 최저가보장제 위반여부를 감시하기도 하였다.¹¹²⁾

피심인은 최저가보장제 위반이 사실로 확인되는 경우에는 해당

110) 공정거래위원회 2020.8.24.의결 제2020-251호, 사건번호 2016서경2277

111) 공정거래위원회 2020.8.24.의결 제2020-251호 의결서 14면

112) 공정거래위원회 2020.8.24.의결 제2020-251호 의결서 18면

배달음식점에 경고 및 시정요구를 하고 동 시정요구에 응하지 않을 경우 해당 음식점을 휴무처리하여 요기요에서 해당 배달음식점 정보가 노출되지 않도록 하는 방법으로 불이익을 주었다. 일주일 정도의 기간이 경과하면 2차 시정요구를 하고, 2차 시정요구에도 배달음식점이 최저가 보장제 준수에 동의하지 않는 경우 혹은 3차례 연락시도 끝에 연락이 되지 않는 경우에는 계약을 해지하였다.¹¹³⁾ 요기요는 2013년 7월부터 2016년 12월까지 최저가보장제를 준수하지 않는 144개 업체를 적발하였으며, 이 중 약 70%(100개)의 업소가 요기요의 요구에 의해 가격 등을 변경하였으며, 나머지 약 30%(44개) 업소들은 계약해지를 당하거나 비노출처리되었다.¹¹⁴⁾

나. 위법성 판단

공정위는 요기요의 이와 같은 행위를 구법 제23조 제1항 제4호 거래상지위남용 중 경영간섭에 해당하는 행위로 판단하였으며, 시정명령과 함께 과징금 4억 6,800만원(정액)을 부과하였다.

1) 거래상 지위가 존재하는지 여부¹¹⁵⁾

공정위는 요기요의 배달음식점들에 대한 거래상지위가 충분히 인정된다고 판단했다. ① 요기요를 이용하는 소비자의 수가 급증하였고, 배달음식점들로서는 요기요와 지속적인 거래관계를 유지할 필요가 있다는 점을 고려할 때 계속적 거래관계에 있다고 할 수 있다. ② 요기요는 배달앱 시장의 2위 사업자로서 배달음식점의 전체 매출액 중 요기요를 통한 매출액의 비중이 크므로 거래의존도 역시 상당하다고 볼 수 있다.

113) 공정거래위원회 2020.8.24.의결 제2020-251호 의결서 21면

114) 공정거래위원회 2020.8.24.의결 제2020-251호 의결서 21-22면

115) 공정거래위원회 2020.8.24.의결 제2020-251호 의결서 30-31면 참조

③ 요기요와 거래단절로 인해 상실하는 고객 수만큼 다른 배달앱과의 거래를 통해 단기간에 신규고객을 확보할 수 있을 것을 기대하기 어려운 바 배달음식점에게 충분한 대체거래선이 존재한다고 보기 어렵다. ④ 또한 배달음식점은 규모가 영세한 데 반하여 요기요는 배달앱 시장의 2위 사업자로서 사업능력의 격차도 상당하다.

2) 경영활동을 간섭하였는지 여부

요기요는 최저가보장제를 준수하지 않은 144개 업체를 적발하여 가격을 수정토록 요구하고 이에 따르지 않을 경우에는 계약해지까지 하였으므로 판매가격이라는 거래조건을 직접적으로 제약한 경영간섭에 해당한다.¹¹⁶⁾

다. 사건의 의의

위 사건 역시 최혜대우요구 조항을 구법 제23조 제1항 제4호의 거래상지위남용, 착취남용의 법리로 조치하였다. 여기서 공정위는 요기요 사건을 통해 MFN 조항의 특징을 살펴보았으며 무임승차 효과와 친경쟁적 효과에 대해 검토하였다. 다만, 배달음식점들이 편리한 자체 주문시스템을 갖추고 있지 않아 배달앱을 통해 유입된 고객이 번거롭게 전화 주문을 통해 음식을 구매할 가능성이 크지 않다는 점 등을 근거로 무임승차의 우려가 낮다고 판단하였다.¹¹⁷⁾ 또한 소비자의 입장에서는 오히려 더 싼 가격에 구매할 수 있는 기회를 상실하게 되어 이 사건 행위로 인한 친경쟁적 효과를 인정하지 않았다.¹¹⁸⁾

116) 공정거래위원회 2020.8.24.의결 제2020-251호 의결서 31면

117) 공정거래위원회 2020.8.24.의결 제2020-251호 의결서 33면 각주54)

118) 공정거래위원회 2020.8.24.의결 제2020-251호 의결서 34면

4. 농업협동조합중앙회의 거래상지위 남용행위 사건¹¹⁹⁾ (2010.9.14.)

가. 행위사실

농약의 유통경로는 크게 농협을 통한 계통구매와 일반 판매 경로로 나눌 수 있다.¹²⁰⁾ 여기서 계통구매란 농협이 매년 제조업체들과 협의하여 농약제품 및 단가를 정하면, 지역조합 등 회원조합이 구체적 물량을 신청하여 농약 제조업체들로부터 농약제품을 공급받는 것을 말한다.¹²¹⁾ 농협은 농약 제조업체들과 계통구매계약을 체결하면서 시중 농약 판매상들이 계통구매 가격보다 저가로 농민에게 농약을 판매하는 경우 이로 인해 발생한 손해의 일정 부분을 당해 농약 제조업체로 하여금 부담하도록 하거나 미판매 재고를 당해 농약 제조업체에게 반품할 수 있도록 하는 거래조건을 설정하였다.¹²²⁾

나. 위법성 판단¹²³⁾

공정위는 농협의 이와 같은 행위를 구법 제23조 제1항 제4호 거래상지위남용 중 불이익제공¹²⁴⁾에 해당하는 행위로 판단하였으며, 시정 명령과 함께 과징금 약 45억원(정률과징금 0.6%)을 부과하였다.

우선 공정위는 농협이 거래상대방인 농약 제조업체에 대해 거래 활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위 즉, 거래상지위가 있다고 판단하였다. 우선 농협은 약 50%의 시장점유율을 가지고 있는 수요처이므로

119) 공정거래위원회 2010.9.14.의결 제2010-111호, 사건번호 2010제감0981

120) 공정거래위원회 2010.9.14.의결 제2010-111호, 의결서 4면

121) 공정거래위원회 2010.9.14.의결 제2010-111호, 의결서 4면 각주2)

122) 공정거래위원회 2010.9.14.의결 제2010-111호, 의결서 6면

123) 공정거래위원회 2010.9.14.의결 제2010-111호, 의결서 17면 참조

124) 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준 6.라. 불이익제공 가목 내지 다목에 해당하는 행위 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위

농약 제조업체로서는 농협과 거래가 차단되는 경우 이를 대체할 만한 거래선을 확보하기가 매우 어렵다. 또한 농협의 계통구매는 각 농약 제조업체 매출의 약 35~45%를 차지하고 있다는 점에서 거래의존도가 매우 크다.

또한 공정위는 농협이 거래상대방인 농약 제조업체들에게 일방적으로 불리한 거래조건을 설정하고, 실제로 거래과정에서 가격차이만큼 부담시키거나 농약제품을 반품함으로써 불이익을 준 행위에 대하여 부당성을 인정하였다. 즉 당해 계약조항은 농협이 우월한 지위를 이용하여 일방적으로 자신에게 유리한 계약을 체결하였던 것이다.

다. 사건의 의의¹²⁵⁾

공정위는 위 사건의 계약조항을 구법 제23조 제1항 제4호의 거래상지위남용, 착취남용의 법리로 조치하였다. 또한 당해 사건을 살피면서 위와 같은 계약조건은 MFN 조항으로서 국내외 민사거래에서 널리 사용되는 거래관행이라는 피심인의 주장을 검토하게 되었다.

MFN 조항은 다른 거래상에게 부여하는 가장 유리한 대우를 요구하는 조항을 의미하는데, 위 사건의 경우 농약 제조업체가 시중 농약 판매상에게 얼마에 팔았든지 관계없이 시중 농약 판매상이 계통구매가격보다 싸게 농약을 판매하는 경우 그로 인한 손해를 농약 제조업체에게 부담시키거나 반품을 인정하는 조항으로서, 공정위는 일반적인 MFN 조항과는 상이하다고 판단하였다. 즉 시중 농약 판매상이 계통구매가격 이하로 판매할 경우 무조건 농약 제조업체에게 책임을 묻는 것은 농협이 우월한 지위를 이용하여 자신에게 일방적으로 유리하도록 거래조건을 설정한 것으로 보았다.

125) 공정거래위원회 2010.9.14.의결 제2010-111호, 의결서 19-20면 참조

또한 공정위는 당해 행위가 가격경쟁을 소멸시키고 소비자후생을 저해한다는 점을 적시하였다. 농약 유통경로간(계통구매와 시중농약 판매상 간)의 가격경쟁을 제한하여 농약제품의 최종소비자인 농민들이 계통구매 가격보다 저가로 당해 농약제품을 구입할 수 있는 경로를 차단하는 것으로 소비자후생을 저해한다고 것이다.¹²⁶⁾ 즉 가격경쟁을 저지하여 시중 판매 가격을 계통구매가격 이하로 형성되지 못하게 하려는 것으로 그 의도나 목적이 합리적인 사유를 인정하기 어렵다고 판단하였다.

제 2 절 해외 규제 사례¹²⁷⁾

1. 개요

최혜대우요구에 대한 해외규제 사례는 플랫폼 산업이 활성화되는 2010년대 이후로 플랫폼 MFN을 중심으로 활발하게 논의되었다. 특히 OTA, 즉 호텔 예약 플랫폼 관련하여 2013년 이후 많은 나라에서 다양한 수위의 규제가 시행되었다. 특히 같은 국가 내에서도 경쟁당국과 의회의 입장이 다른 경우가 있는데, 이는 MFN 조항의 경쟁촉진효과와 경쟁제한효과 중 어느 부분을 집중하느냐에 따른 것으로 보인다.

현재 대부분 나라에서는, 입법으로 금지된 경우¹²⁸⁾를 제외하고는 좁은 범위의 MFN을 경쟁당국이 승인하는 수준에서 OTA와 확약을 맺거나 OTA가 스스로 시정하는 형식¹²⁹⁾으로 나타난다. 다만, 경쟁당국이 좁

126) 공정거래위원회 2010.9.14.의결 제2010-111호, 의결서 23면 참조

127) 박민수, 온라인플랫폼에서 최고우대조항(Most-Favored Nations Clause)의 경쟁효과: 온라인여행플랫폼(Online Travel Agency)의 사례와 이론을 중심으로, 2019. 9. 30. 참고

128) 프랑스, 이탈리아, 벨기에, 오스트리아

129) EU/EEA

은 범위의 MFN을 승인하지 않거나 확약이 잘 이루어지지 않는 경우에는 소송¹³⁰⁾으로 이어지게 된 나라도 있다.

<표 10> 주요 국가들의 MFN 규제 연혁

날짜	국가	기관	내용
2013.12.	독일	경쟁당국 (Bundeskartellamt)	HRS의 넓은 범위의 MFN 금지
2014.1.	영국	경쟁당국(OFT)	(일종의) 좁은 범위의 MFN 승인
2014.2.	미국	지방법원	민사소송 기각
2015.1.	독일	고등법원 (Higher Regional Court of Düsseldorf)	HRS의 넓은 범위의 MFN 금지하는 판결
2015.4.	스웨덴	경쟁당국 (Konkurrensverket)	Booking.com의 좁은 범위의 MFN 승인
	프랑스	경쟁당국 (Autorité de la concurrence)	
	이탈리아	경쟁당국 (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)	
2015.8.	프랑스	의회	모든 형태의 MFN을 금지하는 입법
2015.9.	영국	Competition and Market Authority	MFN에 대한 결정 없이 OTA에 대한 조사 종결
2015.12.	독일	경쟁당국 (Bundeskartellamt)	부킹닷컴의 좁은 범위의 MFN 금지
2016.9.	호주	경쟁당국(ACCC)	좁은 범위의 MFN 승인
2016.11.	오스트리아	의회 ¹³¹⁾	모든 형태의 MFN을 금지하는 입법
2017.8.	이탈리아	의회	모든 형태의 MFN을 금지하는 입법
2018.7.	벨기에	의회(Council of Ministers) ¹³²⁾	모든 형태의 MFN을 금지하는 입법
2018.7.	스웨덴	1심법원(Patent and Market Court)	모든 형태의 MFN을 금지하는 판결
2019.5.	스웨덴	2심법원(Patent and Market Court of Appeal)	좁은 범위의 MFN 허용하는 판결
2019.6.	독일	고등법원(Higher Regional Court of	좁은 범위의 MFN 허용하는 판결

130) 독일, 스웨덴, 러시아

		Düsseldorf)	
2019.10.	일본	경쟁당국(JFTC)	넓은 범위의 MFN을 금지하는 협약
2020.5.	홍콩	경쟁당국	넓은 범위의 MFN을 금지하는 협약
2020.12.	러시아	경쟁당국(FAS)	모든 형태의 MFN을 금지
2021.3.	한국	경쟁당국(KFTC)	넓은 범위의 MFN을 금지
2021.5.	독일	연방대법원 (Bundesgerichtshof)	모든 형태의 MFN을 금지하는 판결

2. 각 국의 조치현황

가. 독일

1) HRS 사건

독일 경쟁당국인 연방카르텔청(Bundeskartellamt)은 2010년 1월 HRS(Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH)와 호텔들간 계약에서 수직적 제한에 대한 조사를 시작하였다.¹³³⁾ 2013년 12월 20일 독일 경쟁당국은 MFN 조항이 EU 기능조약(TFEU) 제101조 제1항의 경쟁을 제한하는 수직적 제한에 해당하고, 독일경쟁법(GWB) 제1조(경쟁제한적 협정의 금지), 제19조(시장지배적 지위남용행위의 금지) 제1항, 제2항 제1호 및 제20조(상대적 지배적 및 우월적 시장지위남용금지) 제1항에 위반한다고 판단하면서 2014년 3월 1일까지 위 조항의 제거를 명하는 결정을 내렸다.¹³⁴⁾

131) Draft Federal Act amending the Federal Act against Unfair Competition 1984 and the Federal Act on Price Marking, adopted on 17 November 2016.

132) Belgian federal parliament는 MFN 조항을 금지하는 법을 2018.7.19. 통과시켰다.

133) International Competition Network(ICN), *Online Vertical Restraints Special Project Report*, 2015 ICN Annual Meeting, Prepared by Australian Competition and Consumer Commission(ACCC), 76면 (“In January 2010, the Bundeskartellamt(BKartA) began an investigation into vertical restraints between Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH(HRS), an online hotel booking portal, and its hotel partners after receiving a complaint from a hotel.”)

134) Bundeskartellamt, Hotel Reservation Service(HRS), Fallbericht vom 5,

연방카르텔청은 MFN 조항이 경쟁에 심각한 영향을 준다고 판단하였다.¹³⁵⁾ 우선 OTA 입장에서는 호텔에 대한 수수료를 낮출 유인이 없으며 신규 경쟁자의 진입 또한 제한한다고 하였다. 또한 호텔의 입장에서 다른 가격과 조건을 제시할 수 있는 다른 유통경로를 이용할 수 없다는 점을 명시하였다.¹³⁶⁾

HRS는 본 결정에 불복해 법원(Higher Regional Court of Düsseldorf)에 소송을 제기하였으나, 법원은 2015년 1월 9일 HRS의 소를 기각하고 연방카르텔청의 결정을 승인하였다.¹³⁷⁾ 법원은 MFN 조항이 자유로운 가격결정을 저해함으로써 OTA와 호텔들 사이의 경쟁을 각각 제한하고 신규 플랫폼의 진입을 차단하였다는 점을 인정하였다.¹³⁸⁾ 또한 법원은 HRS의 시장점유율이 30%를 초과하므로 수직적 제한에 관한 일괄면제규칙(VBER: Vertical Block Exemption Regulation)에도 해당하지 않는다고 판시하였다.¹³⁹⁾

2013.12.20. Az. B9-66/10

(www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10 참고)

135) Bundeskartellamt, 앞의 의결서, 5면 (“There are significant restraints of competition by effect.”)

136) Bundeskartellamt, 위의 의결서, 5-6면 (“The MFN clauses remove the economic incentives for the hotel portals to offer lower commissions to the hotels or to face up to competition by adopting new sales strategies. Market entries by new competitors are made more difficult and opportunities open to hotels are considerably restricted. Hotels cannot use different hotel portals and other sales channels in order to make offers at different prices and conditions.”)

137) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2015, Az VI - Kart. 1/14(V)

138) OLG Düsseldorf, 위의 판결문, 9면 (“Dessen ungeachtet würde sich die Bestpreisklausel, die G mit den Hotelunternehmen vereinbart hat, auch auf deren Verhalten im Wettbewerb auswirken. Die Hotelunternehmen wären auch bei Inanspruchnahme der Vermittlungsleistungen der Hotelmetasuchmaschinen gehindert, ihre Hotelzimmer dort zu günstigeren Preisen anzubieten als bei einer Vermittlung über das Hotelportal von G.”)

139) OLG Düsseldorf, 위의 판결문, 15면 (“Nach Art. 3 Abs. 1 Vertikal GVO gilt die Freistellung nach Art. 2 nur, wenn der Anteil des Anbieters an dem

2) Booking.com, Expedia 사건

HRS에 대해 조치한 이후, 2015년 4월 연방카르텔청은 좁은 의미의 MFN 조항을 호텔들과의 계약서에 포함시킨 혐의로 부킹닷컴과 익스피디아에게 심사보고서를 발송하였다.¹⁴⁰⁾ 그리고 2015년 12월 22일 모든 형태의 MFN 조항을 적용하는 것을 금지하였고, 위 조항을 2016년 1월 31일까지 계약에서 완전히 제거할 것을 명령하였다.¹⁴¹⁾

연방카르텔청은 당해 조항이 호텔들뿐만 아니라 OTA 시장에서도 상당한 경쟁제한효과가 있다고 판단하였다. 우선 좁은 범위의 MFN 조항은 호텔이 다양한 유통경로에서 가격을 차별화시키는 동기를 저하시킨다. 호텔들은 자체 홈페이지의 가격을 부킹닷컴보다 낮게 설정하지 못할 것이고, 그것은 호텔 자체 홈페이지를 통한 판매의 매력을 감소시키고 호텔의 가격 결정권한을 제한시킨다.¹⁴²⁾ 또한 2013~2014년 부킹닷컴

relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -Dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf der er die Vertragswaren oder -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Nach Artt. 3, 7 Vertikal GVO ist der Marktanteil anhand der Angaben für das jeweils vorangegangene Kalenderjahr, hier also für das Jahr 2013, zu berechnen. Hiernach beträgt der nach Erträgen ermittelte Marktanteil von G auf dem Portalmarkt (mindestens) ..-%.)

140) International Competition Network(ICN), 앞의 글, 76면 (“In April 2015, the BKartA issued a statement of objections to Booking.com regarding the website’s practice of including potentially anti-competitive ‘best price’ clauses in its contracts with hotels.”)

141) Bundeskartellamt, Booking.com, Expedia, Beschluss vom 2015.12.22... Az. B9-121-13(www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13 참고)

142) Bundeskartellamt, 위의 의결서, 5면 (“In this market, the best price clauses used lead to appreciable competitive restraints between the hotel portals, as well as between the hotel companies. First of all, the narrow best price clauses limit the incentive for hotel companies to differentiate their room prices on the various hotel portals. (중략) This significantly diminishes the attractiveness of the hotel’s own online sales channel and appreciably

은 호텔들에게 다른 OTA에 제공하는 요금과 조건에 맞추어 줄 것을 요구했으며, 만약 이를 거부할 경우 부킹닷컴의 예약 시스템에서 해당 호텔을 삭제하거나 순위를 낮추겠다고 위협했다. 실제로 이를 거절할 경우, 부킹닷컴은 해당 호텔을 사이트에서 차단하거나 가격인하를 임의적으로 시행하였다.¹⁴³⁾

부킹닷컴도 연방카르텔청의 결정에 불복하여 법원(Higher Regional Court of Düsseldorf)에 소송을 제기하였는데 법원은 2019년 6월 4일 연방카르텔청의 결정을 무효화시키고 부킹닷컴의 손을 들어주었다.¹⁴⁴⁾ 법원은 좁은 MFN 조항이 객실 가격에 영향을 미치며 경쟁을 저해할 가능성이 있다는 사실은 인정하였다.¹⁴⁵⁾ 그러나 호텔의 무임승차 가능성을 언급하면서 투자 인센티브 보호를 위해 좁은 범위의 MFN은 허용할 수 있다는 판단을 내렸다.¹⁴⁶⁾

restricts the pricing sovereignty of hotel companies.”)

143) Bundeskartellamt, 위의 의결서, 11면 (“In 2013 and last year, in 2014, as well, Booking demanded that individual hotels located in Germany adjust their rates and room availability to the rates and availability offered on other portals and threatened to remove the hotels from Booking’s booking system or lower their rankings if they refused. In cases of refusal, Booking blocked the hotels or implemented price reductions vis-à-vis the hotel customers on its own initiative.”)

144) OLG Düsseldorf, 04.06.2019 - VI-Kart 2/16 (V) 판결문 참조

145) OLG Düsseldorf, 위의 판결문, 54~55번째 단락

(“Die enge Bestpreisklausel der Beteiligten beeinträchtigt außerdem den Wettbewerb auf dem Markt für Hotelzimmer. Das durch die Bestpreisklausel gebundene Hotel darf im eigenen Onlinevertrieb keine günstigeren Zimmerpreise und Vertragsbedingungen anbieten als auf dem Hotelbuchungsportal der Beteiligten, wodurch zugleich auch der Wettbewerb zwischen den Hotels beim Absatz der Zimmer an die Endkunden über die hoteleigenen Internetseiten beeinträchtigt wird.”)

146) OLG Düsseldorf, 위의 판결문, 78~79단락

(“Vertragsgebundene Hotels haben auch Anlass, die Buchung des Hotelkunden durch wirksame Preis- oder Konditionenreize von C.2 auf den hoteleigenen Vertrieb zu verlagern. (중략) Ohne Bestpreisklausel besteht für vertragsgebundene Hotels daher ein hinreichender Anreiz, Hotelkunden durch niedrigere Zimmerpreise oder bessere Vertragsbedingungen von C.2 auf den hoteleigenen Online-Vertrieb zu lenken.”)

그런데 위 사건은 연방대법원(Bundesgerichtshof)의 결정에 의해 다시 한 번 반전이 이루어진다. 2021년 5월 18일 연방대법원은 원심의 판결을 파기시키고 연방카르텔청의 결정을 확정하였다.¹⁴⁷⁾ 좁은 범위의 MFN 조항은 경쟁을 제한하는데, 위 조항에 묶인 호텔들은 부킹닷컴보다 더 나은 객실가격을 소비자에게 제공할 수 없기 때문이다.¹⁴⁸⁾ 연방대법원은 무임승차 문제를 해결하거나 시장의 투명성을 증진시키는 등 MFN의 경쟁촉진적 측면은 경쟁제한적 측면과 비교하여 신중하게 판단되어야 한다고 판시하였다.¹⁴⁹⁾ 무임승차 문제의 존재를 배제할 수는 없지만, 플랫폼이 제공하는 서비스의 효율성을 심각하게 위협한다는 것이 역시 입증된 바 없다. 그러나 좁은 범위의 MFN 조항이 호텔의 온라인 판매에 대한 결정권을 심각하게 제한한다는 것은 명백한 사실이기 때문이다.¹⁵⁰⁾

나. 프랑스

147) Nr. 099/2021 Beschluss vom 18. Mai 2021 - KVR 54/20 판결

148) 연방대법원의 판결에 대하여 연방카르텔청은 영문의 보도자료를 배포하였다. (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilung_en/2021/18_05_2021_BGH_KVR_54-20_Booking.com.pdf?__blob=publicationFile&v=3) 2면 (“The narrow price parity clause restricts competition in the offer of hotel rooms. Bound by this clause the hotels are not able to offer better room prices on their own online sales channels than on booking.com.”)

149) 위의 보도자료, 2면 (“The pro-competitive aspects the narrow price parity clauses are claimed to have, such as securing adequate remuneration for a platform’s service by solving the “free-rider problem” (guests book directly with a hotel after gathering information on booking.com) or providing increased market transparency for consumers, must be carefully weighed against their anti-competitive aspects.”)

150) 위의 보도자료, 3면 (“Although the existence of a free-rider problem cannot be ruled out, the Bundeskartellamt’s further investigations and Booking.com’s assertions have not shown any indications that this problem severely threatens the efficiency of the services offered by the platform. On the other hand, however, the narrow price parity clause significantly restricts the online sales managed by the hotels themselves without using the platform.”)

2013년 7월 프랑스 경쟁당국(Autorité de la concurrence)은 MFN 조항에 대한 호텔연합회의 신고를 받고 부킹닷컴, 익스피디아, HRS에 대한 조사를 시작하였다. MFN 조항이 다른 유통채널뿐만 아니라 오프라인 채널의 가격과 조건까지 호텔의 결정권을 제한했기 때문이다.¹⁵¹⁾ ECN(European Competition Network)은 프랑스, 이탈리아, 스웨덴 경쟁당국과 위 사건에 대한 조사에 협력할 것을 결정하였고 유럽위원회(European Commission)는 위 조사를 조정하였다.¹⁵²⁾ 2014년 12월 11일, 부킹닷컴은 확약(commitment)을 제시하였는데 좁은 범위의 MFN 조항은 유지하되 넓은 범위의 MFN 조항은 계약에서 제거하겠다는 내용이었다. 즉 제3의 플랫폼과의 동일성 조항은 제거하되, 호텔의 직접적인 판매에 대해서만 동일성 조항을 유지하겠다는 것이다.¹⁵³⁾ 2015년 4월 21일 프랑스, 이탈리아, 스웨덴 경쟁당국은 부킹닷컴의 확약을 수용하겠다는 결정을 내리고 2015년 7월 1일부터 5년 동안 위 확약을 시행할 것을 발표하였다.¹⁵⁴⁾

151) International Competition Network(ICN), 앞의 글, 77면 (“France’s Autorité de la concurrence began an investigation of Booking.com, Expedia and HRS after receiving a complaint from a French hotels association regarding parity clauses, which compel hotels to offer booking websites with at least as many available rooms and services as it offers through other distribution channels and prevents hotels offering lower prices to non-internet customers.”)

152) International Competition Network(ICN), 위의 글, 77면 (“Given the number of cases opened in EU Member States, the European Competition Network decided to establish enhanced cooperation between the French, Italian and Swedish authorities to investigate the case as a priority. The European Commission is coordinating this investigation.”)

153) International Competition Network(ICN), 위의 글, 77면 (“On 11 December 2014, Booking.com offered to these three competition authorities a first set of commitments to competition authorities which, if accepted, would apply to the entire European Economic Area. The commitments would remove the MFN clauses from its contracts with hotels that concern parity with third party booking services, while keeping those that require parity with hotel’s direct sales.”)

154) Autorité de la concurrence, Case 15-D-6 참고, 이 사건에 대한 영문보도자료 (<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/21-april-2015-online-hotel-booking-sector>) (“The Autorité de la concurrence, in coordination with the European Commission and the Italian and Swedish authorities, has obtained particularly extensive commitments from

<표 11> 확약으로 인한 변화(The changes brought in by the commitments)

What hotels can do	Before the commitments	After the commitments
Offer lower prices via other OTAs	Prohibited	Authorised
Offer consumers lower prices via their offline channels: -telephone -hotel reception desk -text messages -instant messaging (WhatsApp, Messenger, etc.) -emailing marketing campaign	Prohibited	Authorised
Offer lower prices to consumers provided that these room rates are not available to the public on the internet	Prohibited	Authorised
Offer lower prices under their loyalty programmes	At the discretion of Booking.com	Authorised
Communicate publicly the fact that they are offering "attractive" prices directly and via their loyalty programmes	Prohibited	Authorised
Grant more favourable commercial conditions to other OTAs	Prohibited	Authorised
Grant other OTAs a greater number of available rooms and/or reserve the sale thereof to their own channels for certain periods	Prohibited	Authorised
Contact prior customers of the hotel and the chain or community of hotels to which the hotel belongs	Prohibited	Authorised

자료출처 : Atorité de la concurrence, Case 15-D-6 사건에 대한 영문보도자료

그런데 이후 프랑스 의회는 2015년 8월 6일 마크롱법(Law on

Booking.com aiming to boost competition between online booking platforms and give hotels more freedom in commercial and pricing matters. These commitments, undertaken for 5 years, will come into force from 1 July 2015 with an intermediary assessment planned for late 2016.”)

Economic Growth and Activity, no. 2015-990)이 공포되면서 좁은 범위의 MFN 조항마저 금지하게 되었다. 이 법에서는 OTA가 호텔을 대신하여 객실서비스를 제공하는 수입자이며 이때 수입자는 위임자의 자유로운 권한을 보장해야 한다는 내용인데, 실질적으로는 좁은 범위의 MFN 조항까지 금지하는 의미가 포함된다.¹⁵⁵⁾

다. 스웨덴

스웨덴 경쟁당국(Konkurrensverket) 역시 프랑스, 이탈리아와 함께 2015년 4월 15일 부킹닷컴의 확약을 수용하여 좁은 범위의 MFN 조항을 인정하였다.¹⁵⁶⁾ 그러나 호텔 연합회인 VISTA는 부킹닷컴을 상대로 특허 및 시장법원(Patent- och marknadsdomstolarna)에 소송을 제기했고 법원은 MFN 조항이 경쟁을 저해한다고 판단하여 2018년 7월 20일 모든 종류의 MFN 조항을 제거할 것을 부킹닷컴에 명령했다.¹⁵⁷⁾

155) LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques Article L311-5-1, ("Le contrat entre un hôtelier et une personne physique ou morale exploitant une plateforme de réservation en ligne portant sur la location de chambres d'hôtel aux clients ne peut être conclu qu'au nom et pour le compte de l'hôtelier et dans le cadre écrit du contrat de mandat mentionné aux articles 1984 et suivants du code civil. Nonobstant le premier alinéa du présent article, l'hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite.")

156) Konkurrensverket, Case 569/2013 참고. 이 사건에 대한 영문 의결서(결정문) https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/engelska-dokument/beslut/13_0596e.pdf

157) Patent- och marknadsdomstolarna, Mål PMT 13013-16, 2면 (<https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/patentochmarknadsoverdomstolen/avgoranden/2019/pmt-7779-18.pdf>)에서 확인가능 31면 ("a) upphöra med tillämpningen av klausuler i avtal med hotell i Sverige som innebär en skyldighet för hotell att erbjuda Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB priser och villkor för hotellrum som är lika bra eller bättre än de som hotellen erbjuder via sin egen onlinedistributionskanal(s.k. pris- och villkorsparitet)")

그러나 부킹닷컴은 특허 및 시장법원 항소심(Patent- och marknadsöverdomstolen)에 항소를 제기하였다. 2019년 5월 9일 항소법원은 부킹닷컴의 요청을 수용하여 원심을 파기하였고 이 판결은 그대로 확정되었다.¹⁵⁸⁾ 항소심 법원은 좁은 범위의 MFN 조항이 반경쟁적 효과를 가질 수 있다는 점을 배제하지는 않았지만, VISITA가 이러한 반경쟁성을 충분히 입증하지 못 했다고 판단하였다.¹⁵⁹⁾

라. 이탈리아

이탈리아 경쟁당국(Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)은 2014년 2월 MFN 조항 관련 부킹닷컴과 익스피디아에 대한 조사를 시작하였다.¹⁶⁰⁾ 그러던 중 프랑스, 스웨덴과 함께 2015년 4월 21일 부킹닷컴의 약속을 수용하여 좁은 범위의 MFN 조항을 인정하였다.¹⁶¹⁾

158) Patent- och marknadsöverdomstolen, Mål nrPMT 7779-18, 25면 (“Patent- och marknadsöverdomstolen har funnit att Visita inte har visat att de snäva paritetsvillkoren har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen varken på marknaden för online-resebyråttjänster eller på marknaden för hotellövernattningar. De omtvistade villkoren utgör därmed inte en förbjuden konkurrensbegränsning enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller artikel 101.1 FEUF. Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning innebär att Visitas talan inte kan vinna bifall. Patent- och marknadsdomstolens dom ska därför ändras.”)

159) Simon Christensen, Booking.com victorious in Swedish appeals case over MFN clauses, kromann reumert, 2019.5.24. (“That judgment has now been rescinded because the Court of Appeal was not satisfied that the anti-competitive effects of Booking.com’s MFN clauses on the market had been proven.”)

160) International Competition Network(ICN), 앞의 글, 77면 (“Autorità Garantedella Concorrenza e del Mercato, Italy’s competition authority, began investigating Booking.com and Expedia in February 2014, in regard to MFN clauses in their contracts with hotels.”)

161) Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Case 1779 B. 보도자료 (<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2015/4/alias-7623>)에서 확인가능 (“L’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 21 aprile 2015, ha deciso di accettare, rendendoli vincolanti, gli impegni presentati dalle società del gruppo Priceline Booking.com B.V. e Booking.com

그러나 2017년 8월 14일 이탈리아 의회는 경쟁법(Market and Competition Law)을 개정하였는데, 여기에는 모든 종류의 MFN 조항을 금지하는 조항이 포함되어 있어 실질적으로는 경쟁당국의 결정이 번복되었다.¹⁶²⁾ 개정된 법 제166조에 따르면 OTA가 제3자에게 적용하는 것보다 더 유리한 어떤 수단, 가격, 조건 및 기타 조건도 최종 고객에게 적용하지 않기로 약속한 계약은 무효가 되기 때문이다.¹⁶³⁾

마. 영국

영국 경쟁당국(OFT, Office of Fair Trading)은 2010년 9월 10일 온라인 호텔 플랫폼에 대한 조사를 시작¹⁶⁴⁾하였는데 인터콘티넨탈 호텔 그룹(InterContinental Hotels Group, Hotel Inter-Continental London Limited)과 부킹닷컴, 익스피디아 사이의 가격할인을 제한하는 규정이 있다는 점에 초점을 맞췄다.¹⁶⁵⁾ OFT는 2013년 7월 31일 심사보고서를 발송하였고, 부킹닷컴과 익스피디아가 가격할인을 제한하는 규정에 대한 시정방안을 마련하자 OFT는 2014년 1월 31일 조사를 종결하고 확약을

(Italia).”)

162) Italian Market and Competition Law no. 124/2017, OJ no. 189 of 14th August 2017

163) 이탈리아 경쟁당국이 발간하는 보고서, Italian Antitrust Review, Vol.4, No.2, 2017, THE ANNUAL LAW FOR COMPETITION(ITALIAN LAW NO. 124 OF 4TH AUGUST, 2017) 218면 <http://a-p-p-review.com/article/view/12860/11635> 참고 (“2.6. Tourism : In the field of tourism (subparagraph 166), ALC outlaws any clause aimed at constraining tourism operators to not apply lower prices or more favorable conditions than those applied by the same subject through third parties, e.g. OTAs (so called Most Favored Nation-MFN), as null and void.”)

164) Case reference: CE/9320-10

165) CMA Press release, CMA closes hotel online booking investigation, 2015.9.16. (<http://www.gov.uk/government/news/cma-closes-hotel-online-booking-investigation> 참고) (“It focused on restrictions in agreements between InterContinental Hotels Group and Hotel Inter-Continental London Limited (IHG) and each of Booking.com and Expedia, which prevented the online travel agents from discounting the price of room-only hotel accommodation (‘discounting restrictions’).”)

수용하였다.¹⁶⁶⁾

2014년 9월 26일 영국 경쟁항소재판소(Competition Appeal Tribunal, CAT)는 Skyscanner¹⁶⁷⁾가 OFT 결정에 대해 이의제기한 부분을 다시 심사하도록 CAM(Competition and Markets Authority)¹⁶⁸⁾에 이 사건을 송부하였다.¹⁶⁹⁾ 재심사 결과, 2015년 9월 16일 CMA는 계약조항의 위법성 여부에 대한 판단을 보류한 채 조사를 종결하였다. CMA의 우선 순위 원칙(administrative priority)과 관련하여 본 조사를 계속하는 데 있어서 전략적 중요성, 영향, 위험 및 가용자원 등을 고려했으며, 더 이상 이 조사 내용을 구성하지 않는다는 이유로 조사를 종결하는 것이 적절하다고 결정하였기 때문이다.¹⁷⁰⁾ 다만 CAM은 MFN이 경쟁과 소비자에 미치는 영향을 고려하여 향후에도 위 사안에 대해 지속적으로 모니터

-
- 166) 영국 경쟁당국(CMA), Hotel Online Booking Investigation Case closure summary, 2015.9.16., 1-2면 (http://assets.publishing.service.gov.uk/media/55f8404aed915d14f1000014/Hotel_online_booking_-_case_closure_summary.pdf) 참고. (“In January 2014, the OFT decided to accept commitments from the Parties to remove restrictions on offering discounts from headline rates for hotel rooms in the UK subject to certain conditions. Having accepted the Commitments, the OFT closed the investigation in accordance with section 31B(2) of the Act.”)
- 167) 여행상품에 대한 가격비교(PCW, Price Comparison Website)/메타서치 웹사이트 회사이며 정식 기업명은 Skyscanner Limited이다. 한국 홈페이지는 <https://www.skyscanner.co.kr>이다.
- 168) OFT(Office of Fair Trading)는 the Competition Commission과 조직이 결합되어 CMA(Competition and Market Authority)가 되었으며, 경쟁당국 기능을 수행하게 되었다. (Enterprise and Regulatory Reform Act 2013)
- 169) 영국 경쟁당국(CMA), 앞의 글, 2면 (“On 26 September 2014, the Competition Appeal Tribunal (‘CAT’) handed down a judgment (the ‘Judgment’) which partly upheld an appeal by Skyscanner Limited (‘Skyscanner’) and quashed the Commitments Decision with a direction to ‘reconsider the matter in accordance with [the] Judgment’”)
- 170) 영국 경쟁당국(CMA), 앞의 글, 3면 (“Taking into account the matters set out above in the context of the CMA’s prioritisation principles, the CMA has considered the strategic significance, impact, risks and resource implications of continuing the present investigation, and has decided that it is appropriate to close the Investigation on the grounds that it no longer constitutes an administrative priority.”)

링할 것을 적시하였다.¹⁷¹⁾

<표 12> 사건의 경과(Case Timetable)

Date	Action
16 September 2015	Case closed on the grounds of administrative priorities
October 2014 to August 2015	CMA consideration of next steps in the investigation in light of the CAT judgment and market developments, including developments in the investigations of other European competition authorities
26 September 2014	CAT judgment on appeal quashes final decision on commitments and remits case back to CMA
31 January 2014	Final decision on commitments and case closed
20 December 2013 to 17 January 2014	Consultation period on revised commitments
20 December 2013	Consultation opened on revised commitments proposed by Booking.com, Expedia and IHG and European Commission officially informed of the OFT's intention to accept revised commitments
9 August to 13 September 2013	Consultation period
9 August 2013	Consultation opened on commitments proposed by Booking.com, Expedia and IHG
31 July 2012	Statement of objections issued
October 2010 to July 2012	OFT analysis and review of parties' responses to information requests
October 2010 to July 2012	Issue of further information requests
September 2010 to June 2012	Information gathering, including issue of formal or informal information requests and parties' responses
10 September 2010	Investigation opened

자료출처:

<http://www.gov.uk/cma-cases/hotel-online-booking-sector-investigation>

바. 미국

1) 사건의 개요

171) 영국 경쟁당국(CMA), 앞의 글, 3면 (“The effect of these revised terms and the remaining wide and narrow Retail MFNs on competition and consumers are matters that the CMA intends to keep under review.”)

미국은 유럽과 비교할 때, MFN 조항에 대한 규제사례가 많지 않지만 법적으로는 셔먼법(Sherman Act) 제1조(거래를 제한하는 계약) 내지 셔먼법 제2조(독점화 또는 독점화 시도) 위반을 적용할 수 있다.¹⁷²⁾ 영국 OFT가 확약을 위한 협상을 시작(2013.8.9.)한지 20여일 이후, 2013년 8월 20일 미국에서는 첫 번째 민사소송이 제기되었다. (Turik v. Expedia, Inc., No. 12-cv-4365 (N.D.Cal.))¹⁷³⁾ 이후 법원은 관련 소송들을 통합하여 텍사스 북부지방법원 델러스 지원(NORTHERN DISTRICT OF TEXAS DALLAS DIVISION)에서 심리를 진행하였다. 여기에는 미국 전역에 거주하는 47명의 원고들과 익스피디아, 부킹닷컴 등 OTA 사업자와 힐튼, 메리어트 등 대형호텔 체인을 포함한 36개 사업자가 피고로 참가하였다.¹⁷⁴⁾ 법원은 2014년 2월 18일 원고들의 주장에 근거가 부족하다는 이유로 소를 기각했다.

2) 원고측 주장

Expedia, Orbitz, Priceline, Travelocity, 4개의 OTA 사업자는 2011년 기준으로 전체 OTA 호텔 예약의 94%를 차지했다.¹⁷⁵⁾ 이런 상황

172) Jonathan B.Baker & Fiona Scott Morton, 앞의 글, 2190 (2018. 6.) (“While cases challenging anticompetitive platform MFNs are less common in the United States, they would likely be framed as agreements in restraint of trade in violation of Section 1 of the Sherman Act, or as monopolization or attempts to monopolize in violation of Section 2 of the Sherman Act.”)

173) ONLINE TRAVEL COMPANY (OTC) HOTEL BOOKING ANTITRUST LITIGATION, Consol. Civil Action No. 3:12-cv-3515-B, document 136, Filed 2014.2.18. 7면 (“The first civil complaint in this case was filed on August 20, 2013—twenty days after the OFT’s announcement. (Resp. 69) (citing Turik v. Expedia, Inc., No. 12-cv-4365 (N.D. Cal.).”) (https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-txnd-3_12-cv-03515/pdf/USCOURTS-txnd-3_12-cv-03515-1.pdf 참고)

174) https://www.govinfo.gov/app/details/USCOURTS-txnd-3_12-cv-03515/USCOURTS-txnd-3_12-cv-03515-1 에서 원고와 피고를 각각 확인할 수 있다.

175) ONLINE TRAVEL COMPANY (OTC) HOTEL BOOKING ANTITRUST LITIGATION, 위의 판결문, 3면 (“The second group is made up of nine OTAs

에서 첫째, OTA 사업자들은 명시적 또는 암묵적인 방법으로 서로 경쟁을 하지 말자는 수평적 합의를 했고 둘째, 각 호텔들은 각 OTA 사업자들과 재판매가격 유지행위(RPM) 계약으로 알려진 수직적 계약을 체결하였다.¹⁷⁶⁾ 원고들은 이러한 행위는 1) 셔먼법 제1조의 당연위법행위, 2) 셔먼법 제1조의 부당하게 거래를 제한하는 행위(합리의 법칙 적용), 3) 주 경쟁법 위반행위, 4) 주 소비자보호법 위반행위라고 주장하였다.¹⁷⁷⁾

3) 법원의 판단

원고의 주장에 대해 법원은 OTA와 호텔이 각각 유사한 계약을 맺은 것은 사실이지만 이러한 병행행위(parallel conduct)는 자연스러운 것이고 공모에 의해 이루어졌다는 증거가 없다는 점을 지적하였다.¹⁷⁸⁾

(the “OTA Defendants”), four of which—Expedia, Orbitz, Priceline and Travelocity—“accounted for 94% of” all OTA-hotel bookings in 2011.”)

176) ONLINE TRAVEL COMPANY (OTC) HOTEL BOOKING ANTITRUST LITIGATION, 앞의 판결문, 5면 (“First, the OTA Defendants entered into a horizontal agreement not to compete with each other, apparently formed in the same sort of express or tacit way as the larger conspiracy. (Id.) Second, each Hotel Defendant signed vertical written contracts known as resale price maintenance (“RPM”) agreements with each OTA Defendant.”)

177) ONLINE TRAVEL COMPANY (OTC) HOTEL BOOKING ANTITRUST LITIGATION, 위의 판결문, 8면 (“The Complaint asserts four counts for Defendants’: (1) per se violation of Section 1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. § 1; (2) agreements unreasonably restraining trade (under the rule of reason or “quick look” test) in violation of Section 1 of the Sherman Act; (3) violation of state antitrust laws; and (4) violation of state consumer protection laws.”)

178) NLINE TRAVEL COMPANY (OTC) HOTEL BOOKING ANTITRUST LITIGATION, Consol. Civil Action No. 3:12-cv-3515-B, document 136, Filed 2014.2.18. 14면 (“Next, the Court analyzed the parallel conduct allegations and rejected plaintiffs’ contention that this allegedly suspicious behavior suggested an agreement. On the contrary, “common economic experience” showed that defendants’ parallel resistance of the upstart service providers was nothing “more than the natural, unilateral reaction of each [firm].” 15면 (“The Court agrees, and for the reasons that follow, it finds that the Complaint fails to allege sufficient facts to suggest that Defendants conspired to fix prices on hotel rooms sold online.”)

또한 법원은 OTA 사업자와 호텔업체의 two-term RPM agreement에 대해서는 자연스럽게 명백한 설명이 된다고 판단하였다. 우선 호텔의 입장에서 RPM 계약은 온라인으로 판매할 객실가격을 결정할 수 있었고 OTA 사업자들은 최저가격을 보장받을 수 있기 때문이다.¹⁷⁹⁾

4) 사건의 의미

위 판결을 계기로 미국의 경우, OTA 사업자들의 MFN 조항에 대한 FTC 차원의 규제가 지금까지 거의 없는 것으로 보인다. 그것은 미국과 유럽의 호텔산업이 구조적으로 차이가 있다는 점에 기인한다. 미국 호텔산업의 경우, 중·대규모 및 체인호텔들이 다수를 차지하고 있기 때문에 브랜드 웹사이트 및 중앙 예약 시스템(central reservation system), 그리고 회원 정책 등을 통해 OTA로의 예약 유출을 방지하거나 OTA에서 직접 예약(direct booking)으로 이용자들을 끌어들이 수 있는 수단이 있지만, 유럽의 경우 다수의 호텔들이 소규모 독립 호텔들이라 독자적인 마케팅이나 예약망에 투자할 여건이 되지 않기 때문이다.¹⁸⁰⁾

사. 호주

호주 경쟁당국(Australian Competition and Consumer

179) ONLINE TRAVEL COMPANY (OTC) HOTEL BOOKING ANTITRUST LITIGATION, 위의 판결문, 16-17면 (“On the contrary, common economic experience and the Complaint itself offer a natural or “obvious” explanation for why the Hotel Defendants on one side, and OTA Defendants on the other, individually entered into the same two-term RPM agreements. For the Hotel Defendants, an RPM agreement allowing them to control the prices at which their rooms were sold online made perfect economic sense. (중략) For OTA Defendants, the reason they would individually seek out the two-term RPM agreements on an individual basis is more obvious. (중략) That is precisely what each OTA Defendant got in return according to the Complaint –an MFN clause assuring the OTA Defendant that the minimum rate it must publish will not be undercut by the hotel itself or an OTA competitor.”)

180) 김현주, 앞의 글, 21면

Commission, ACCC) 역시 OTA 사업자를 조사하였으며, 2015년 9월 8일부터 2015년 9월 27일까지 사업자들과 협의 기간을 가졌다.¹⁸¹⁾ 그리고 2016년 9월 1일부터 익스피디아와 부킹닷컴은 넓은 범위의 MFN 조항을 삭제하기로 경쟁당국과 합의하였다.¹⁸²⁾ 그러나 ACCC가 익스피디아 계열사인 Trivago를 조사하던 중, 익스피디아는 좁은 범위의 MFN 조항까지 포기하겠다는 의사를 밝혔다.¹⁸³⁾

아. 일본

일본 경쟁당국(Japan Fair Trade Commission, JFTC)은 라쿠텐(Rakuten)¹⁸⁴⁾의 구속조건부거래 조항 위반혐의를 조사하였으며, 2019년 10월 25일 라쿠텐과 합의에 이르렀다.¹⁸⁵⁾ 라쿠텐은 향후 3년 동안 다른 유통채널과 동등하거나 유리한 조건을 요청하는 조항을 폐지할 것이다.¹⁸⁶⁾

181) ACCC, press release, “ACCC consults on online travel agents”, 2015.9.8.

182) ACCC, press release, “Expedia and Booking.com agree to reinvigorate price competition by amending contracts with Australian hotels”, 2016.9.2.

183) Matt Lennon, hotel management global report, “Expedia takes first step to end rate parity clauses”, 2019.3.22. (“Expedia has waived its contracted clause to enforce narrow-rate parity on lodging partners.”)

184) 일본의 라쿠텐은 자란넷, 루루쿠티레블과 함께 3대 국내 OTA로 꼽히는 사업자이다.

185) JFTC, press release, “Approval of the Commitment Plan submitted by Rakuten, Inc.”, 2019.10.25. (“In response to the Notice of Commitment Procedures which the Japan Fair Trade Commission issued to Rakuten, Inc. on July 23, 2019 because the JFTC suspected that activities by Rakuten mentioned in 2 below violated the Article 19 (paragraph 12 [Trading on Restrictive Terms]) of the Antimonopoly Act, Rakuten made an Application for Commitment Approval.”)

186) JFTC, 앞의 보도자료 (“(1)Rakuten will cease the activities that in the contracts between Rakuten and accommodation operators which place information about accommodations on the website named “Rakuten Travel” operated by Rakuten, Rakuten has set the conditions to require the operators to make the prices and the numbers of rooms which they place on the website equal to or better than those through other distribution channels with the minimum number of rooms requirement. (2)The board of directors of Rakuten will resolve to cease the activities mentioned in (1) above and not to perform the activities similar to those mentioned in (1) above for the next

자. 홍콩

홍콩 경쟁사무위원회(Competition Commission)는 2020년 5월 13일 OTA 사업자가 제시한 확약을 수용하기로 결정했다. 위 확약은 2020년 3월 31일 OTA가 제시함으로써 협의절차가 시작되었던 것이다.¹⁸⁷⁾ 확약의 내용은 넓은 의미의 가격동등성 조항(wide price parity), 넓은 의미의 동등가용성 조항(wide condition and availability parity)을 제거하는 것이다. 넓은 범위의 MFN 조항이 제거됨으로써, OTA는 낮은 수수료를 호텔에 제시하는 방법으로 숙박업체를 유인하는 경쟁이 가능해질 것이다.¹⁸⁸⁾

차. 러시아

러시아 경쟁당국(Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation, FAS)은 2019년 11월 12일 부킹닷컴에 대해 반독점법 위반행위를 멈추라고 경고했다.¹⁸⁹⁾ 부킹닷컴이 이에 응하지 않자 FAS는 2019년

three years.”)

187) 경쟁사무위원회, press release, “Competition Commission accepts commitments offered by online travel agents.”, 2020.5.13. (“The Commission commenced a consultation on the commitments offered by the OTAs on 31 March 2020.”)

188) 경쟁사무위원회, Notice issued under section 4 of Schedule 2 of the Competition Ordinance regarding the Commission’s acceptance of commitments in online travel agents case (EC/02NJ), 8면 (“36. More specifically, under the Commitments, all three of the Parties will remove wide price parity clauses from their respective contracts with Hong Kong accommodation providers. Since wide price parity terms will no longer apply between OTAs as a result of the Commitments, it will be possible for OTAs to compete with each other by inducing accommodation providers to offer lower prices on their platforms in return for the OTA agreeing to take a lower commission rate on room sales.”)

189) FAS, press release, “FAS requested booking.com to exclude parity”, 2019.11.12. (“On 12 November 2019, the Federal Antimonopoly Service issued a warning to a private limited company “Booking.com B.V.” to stop actions

12월 27일 부킹닷컴의 넓은 범위의 MFN 조항에 대하여 조사를 시작하였다.¹⁹⁰⁾ 2020년 12월 21일, 부킹닷컴에 대한 조사를 마무리하고 부킹닷컴이 경쟁보호에 대한 법률(Law on Protection of Competition) 제10조를 위반했다고 결론지었다.¹⁹¹⁾ 2021년 8월 30일, FAS는 부킹닷컴이 시정 명령을 수행하지 않는다는 이유로 부킹닷컴에게 13억 RUB의 벌금을 부과하였다.¹⁹²⁾

3. 소결

주요 국가들은 자국의 상황에 맞추어 각기 다른 수준의 MFN 조항에 대한 규제를 실시하고 있다.

첫째, 모든 형태의 MFN 조항을 금지하는 국가로는 프랑스, 이탈리아, 벨기에, 오스트리아, 독일, 러시아가 있다. 이들 중 독일, 러시아는 경쟁당국의 결정을 통해 모든 형태의 MFN 조항이 금지되고 있으며, 나머지 국가들은 입법을 통해 시행되고 있다.

둘째, 좁은 범위의 MFN 조항만 허용하는 국가로는 우리나라를

that have signs of violating the antimonopoly law.”)

190) FAS, press release, “Booking.com has violated competition law”, 2019.12.31. (“In December 27, 2019, the Federal Antimonopoly Service(FAS Russia) opened a case on violation of the Law on Protection of Competition against the limited liability company Booking.com B.V.”)

191) FAS, press release, “FAS Russia recognized the company Booking.com violated the antimonopoly legislation.”, 2020.12.21. (“On December 21, 2020, the Federal Antimonopoly Service completed consideration of the case on violation of antimonopoly legislation in relation to the company Booking.com B.V. According to the results of its consideration, the company was found violated paragraph 3 of part 1 article 10 of the Law on Protection of Competition.”)

192) FAS, press release, “FAS Russia fined Booking.com B.V. by 1.3 billion RUB.”, 2021. 8. 26. (“The FAS Russia imposed a turnover fine on Booking.com B.V. equal to 1.3 billion RUB for abuse of its dominant position in the market. (중략) Until now, the company has not complied with the remedy.”)

비롯하여 홍콩, 일본, 스웨덴, 영국, 스위스, 브라질, 뉴질랜드 등¹⁹³⁾이 있다. 이들은 대부분 OTA 사업자와의 확약을 통해 좁은 범위의 MFN 조항을 수용하였다.

마지막으로 모든 형태의 MFN 조항을 수용하는 국가로는 미국이 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 민사소송이 증거불충분으로 기각되어, 현재까지 MFN 조항에 대한 규제가 거의 없다.

193) 공정위 보도자료, 5개 호텔 예약 플랫폼의 최혜국 대우 조항 시정, 2021.3.15., 5면

제 5 장 현행 경쟁법의 적용범위와 한계

제 1 절 현행법상 적용가능성 검토¹⁹⁴⁾

해외 여러 나라에서 규제를 실시한 OTA 사업자의 최혜대우요구 조항과 관련하여 우리나라의 현행법상 어떠한 법규를 적용하여 규제할 수 있는지 살펴보도록 하겠다.

1. 시장지배적지위 남용금지 법리의 적용가능성

가. 시장지배적지위 사업자인지 여부

1) 판단기준

전면개정된 법¹⁹⁵⁾ 제2조 제3호의 시장지배적 사업이란 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 의미하며 이는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모, 경쟁사업자간의 공동행위의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 시장 봉쇄력, 자금력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.¹⁹⁶⁾

194) 이호영, OTA의 MFN 조항 관련 공정거래법상 적용 법규에 관하여, 2020.3. 참고

195) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 [시행 2021. 12. 30.] [법률 제17799호, 2020. 12. 29., 전부개정]

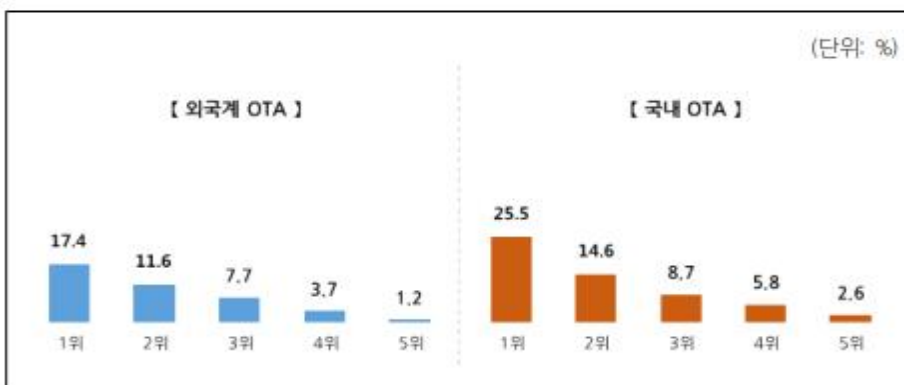
196) 시장지배적지위 남용행위 심사기준(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 고시 제 2021-18호 2021.12.30. 일부개정) III. 시장지배적 사업자 여부 판단기준 참고

한편, 법 제6조(시장지배적사업자의 추정)에 의하면, 당해 사업자가 일정한 거래분야에서 시장점유율이 100분의 50 이상이거나 상위 3위 이내에 포함되고 상위 3사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상인 경우 시장지배적 사업자로 추정된다. 시장점유율을 산정함에 있어서 법 시행령 제2조 제1항은 공급 또는 구매된 상품 또는 용역의 금액 중에서 해당 사업자가 국내에서 공급 또는 구매한 상품 또는 용역의 금액이 점하는 비율을 기준으로 하되, 시장점유율을 금액기준으로 산정하기 어려운 경우에는 물량기준 또는 생산능력을 기준으로 산정할 수 있다고 규정하고 있다.

2) 검토의견

국내 관광숙박업체를 대상으로 2019년 상반기 판매 객실 수 기준 국내외 OTA를 통한 숙박 판매율을 조사한 결과, 거래하고 있는 OTA 중 가장 많은 비율을 차지(1위 업체 숙박 판매율)하는 외국계 OTA의 숙박 판매율은 평균 17.4%이고, 국내 OTA의 숙박 판매율은 평균 25.5%로 나타났다.¹⁹⁷⁾

<표 13> 국내외 OTA를 통한 숙박 판매율

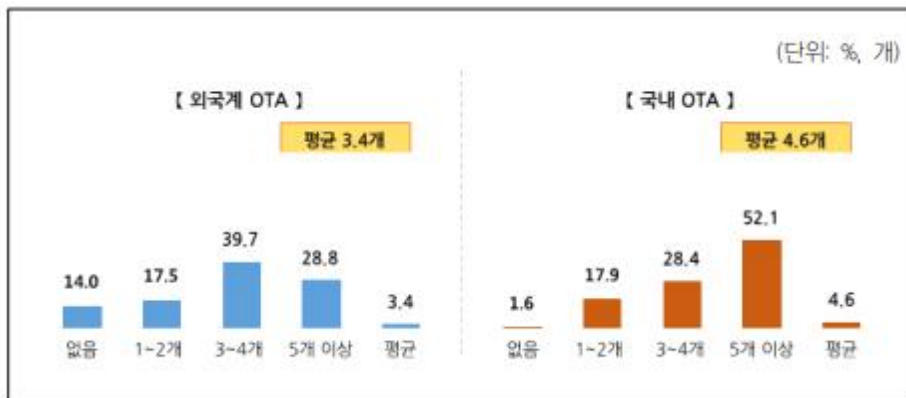


197) 최경은, 앞의 글, 53면

자료 : 최경은, 외국계 OTA와 관광숙박업체 거래구조 분석, 한국문화관광연구원 정책연구, 2019-15, 53면

또한 국내 관광숙박업체를 대상으로 2019년 9월 말 기준 거래하고 있는 국내외 OTA 업체 수를 조사한 결과, 외국계 OTA의 경우 평균 3.4개 업체와 거래하고 있으며, 국내 OTA의 경우 평균 4.6개 업체와 거래하고 있는 것으로 나타났다.¹⁹⁸⁾ 대부분의 숙박업체는 외국계 OTA와 국내 OTA와 동시에 거래하고 있으므로 평균 8개의 OTA 업체와 거래하고 있다고 판단할 수 있다.

<표 14> 거래하고 있는 OTA 업체 수



자료 : 최경은, 외국계 OTA와 관광숙박업체 거래구조 분석, 한국문화관광연구원 정책연구, 2019-15, 47면

위 설문조사 결과에 따르면 국내 호텔업체는 평균 8개의 OTA와 거래를 하고 있으며, 국내외 OTA를 통틀어 1위 업체의 판매율이 평균 25.5%이고, 상위 3개업체의 판매율이 평균 57.5%¹⁹⁹⁾로 나타난다. 이는

198) 최경은, 앞의 글, 46면

199) 국내OTA 1위 사업자(25.5%)+외국계 OTA 1위 사업자(17.4%)+국내OTA2위 사업자(14.6%) = 57.5% 이는 각 숙박업체별 1위업체가 변경되지 않는다는 것을 전제로 산정한 것이며, 1위업체가 변경될 경우 각 OTA별 판매율은 더욱 낮게 나타낼 것이다.

시장지배적사업자 추정규정에 못 미치는 수준이다.

그러나 법 시행령 제2조 제2항에 따르면, 법 제2조 제3호²⁰⁰⁾ 및 법 제6조²⁰¹⁾의 규정을 적용함에 있어서 해당 사업자와 그 계열회사를 하나의 사업자로 본다. 즉 시장지배적 사업자임을 판별하거나 추정할 때 계열회사의 시장점유율을 합산하여 시장지배적 지위의 유무를 판단하게 된다.

현재 중국을 제외한 세계 OTA 시장은 대표적인 글로벌 OTA들이 부킹홀딩스²⁰²⁾와 익스피디아로 양분되어 있는 복점 구조를 가지고 있다. 호텔스닷컴, 아고다 등 일반적인 구매자들이 알고 있는 OTA 웹사이트들은 대부분 부킹홀딩스와 익스피디아에서 소유하고 있다. 이들은 대규모 인수합병을 통해 기존 기업들의 정보, 네트워크 및 기술을 획득함으로써 정보력과 공급망, 그리고 플랫폼 관련 기술을 배타적으로 향유하였다.²⁰³⁾ 따라서 양 그룹 계열사의 시장점유율까지 합산하여 계산한다면 시장지배적 사업자로서 규제대상이 될 수도 있다. 그러나 아직 국내 주요 OTA 사업자의 시장점유율 현황에 대해서는 공신력 있는 자료가 없다.

200) 3. “시장지배적사업자”란 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격, 수량, 품질, 그 밖의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말한다. 이 경우 시장지배적사업자를 판단할 때에는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려한다.

201) 제6조(시장지배적사업자의 추정) 일정한 거래분야에서 시장점유율이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업자(일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억원 미만인 사업자는 제외한다)는 시장지배적사업자로 추정한다.

202) 프라이스라인(Priceline)은 2018년 사명을 부킹홀딩스로 변경하였다.

203) 김현주, 앞의 글, 28면

<표 15> 익스피디아 및 부킹홀딩스의 주요 자회사 비교²⁰⁴⁾

익스피디아		부킹홀딩스	
자회사	업종	자회사	업종
Hotels.com	숙박 예약	Booking.com	숙박 예약
Expedia	여행상품 예약	Priceline	여행상품 예약
Trivago	메타서치	Kayak	메타서치
Homeaway	대체숙박 예약	Agoda	아시아지역 숙박예약
Egencia	여행상품 예약	Rentalcars.com	렌터카 예약
Orbitz	여행상품 예약	Opentable	레스토랑 예약
Travelocity	여행상품 예약		
Hotwire	여행상품 예약		
Wotif Group	오세아니아지역 여행상품 예약		
CarRentals.com	렌터카 예약		

나. 부당성 여부

1) 판단기준

시장지배적지위 남용행위의 부당성 여부는 사업자의 행위로 인해 경쟁사업자가 관련 시장에서 배제되거나 배제될 우려가 있어 관련 시장의 경쟁이 저해되어야 한다.

시장지배적지위 남용행위 심사기준상 경쟁제한 효과의 판단기준으로 1) 가격상승 또는 산출량 감소, 2) 상품·용역의 다양성 제한, 3) 혁신 저해, 4) 봉쇄효과 등을 들 수 있다.²⁰⁵⁾ 또한 대법원은 독과점적 시장에서의 경쟁축진이라는 입법목적에 맞추어 해석하여야 하므로, 시장지배적 사업자가 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려

204) 최경은, 앞의 글, 23면

205) 시장지배적지위 남용행위 심사기준(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 고시 제 2021-18호 2021.12.30. 일부개정) IV.6.

는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가할 수 있는 행위를 하였을 때에 부당성을 인정할 수 있다고 한다. 이를 위해서는 그 행위가 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점이 증명되어야 한다. 그 행위로 인하여 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 증명된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 행위의 경위 및 동기, 행위의 태양, 관련시장의 특성 또는 유사품 및 인접시장의 존재 여부, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 그 행위가 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다.²⁰⁶⁾

2) 검토의견

앞서 실증연구 결과에서 설명한 바와 같이 최혜대우요구 조항의 가격상승 효과, 신규사업자 진입에 대한 봉쇄효과 등이 나타난다면 경쟁제한적 효과를 입증할 수 있다.

만약 OTA 사업자가 호텔의 의사에 반하여 MFN 조항의 시행을 요구하거나 강제할 경우 '기타의 타사업자 사업활동 방해행위'로 규제할 수 있을 것이다. 즉, 법 제5조 제1항 제3호, 법 시행령 제9조 제3항 제4호(기타의 타사업자 사업활동 방해) 중 거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하는 행위(시장지배적지위 남용

206) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결(컬컴 인코포레이티드, 한국컬컴(주), 컬컴 씨디엠에이테크놀로지코리아의 시장지배적지위남용행위 등에 대한 건) 외 다수

행위 심사기준 IV.3.라.(2)) 내지는 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위(시장지배적지위 남용행위 심사기준 IV.3.라.(4)) 위반여부를 검토할 수 있다.

그러나 숙박업체 역시 OTA 사업자가 요구하는 최혜대우요구 조항에 대하여 찬성하거나 적어도 묵인하였다면 위에서 언급한 조항을 적용할 수 없다. 이러한 경우에는 OTA 사업자들의 행위가 시장의 경쟁을 제한하여 '소비자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 행위'로 인정될 수 있기 때문에 법 제5조 제1항 제5호 후단에 대한 위반여부를 검토해볼 수 있을 것이다. 여기서 '소비자이익'은 시장지배적 사업자의 존재로 인하여 경쟁이 상당히 제한되어 있는 상태에서 그 지배력의 남용으로 말미암아 현실적으로 침해될 수 있는 소비자의 구체적이면서도 포괄적인 이익을 의미한다.²⁰⁷⁾ 그런데 이 행위유형은 시행령이나 고시에 구체적인 요건이 정해져있지 않으며 적용사례도 극히 제한적이다. 특히 시장지배적지위 남용행위 중 다른 행위유형에 대한 제재에 수반하는 형식으로 적용²⁰⁸⁾되었기 때문에 단독으로 위 규정을 적용한 사례가 많지 않다. 이론적으로나 실무상 소비자이익 저해행위가 갖는 착취효과를 입증하기란 매우 어려운 작업이기 때문에 소비자후생을 감소시키는 효과가 특히 명백하고 현저한 경우에 한하여 위 금지조항을 적용²⁰⁹⁾했기 때문인 것으로 보인다.

2. 불공정거래행위 법리의 적용가능성

207) 이봉의, 전종익, 독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 “소비자이익 저해행위” 금지의 위헌성 판단 - 명확성의 원칙을 중심으로, 서울대학교 법학 제49권 제3호, 2008.9.11. 265면

208) 서울특별시 태권도협회가 보험료를 응심자로부터 징수한 행위(공정거래위원회 2003.8.13. 의결 제2003-099호), 마이크로소프트의 메신저 결합판매 행위(공정거래위원회 2006.2.24. 의결 제2006-042호, 서울중앙지법 2009.6.11. 선고 2007가합90505 판결) 등에 대하여 동 규정을 적용한 사례가 있다.

209) 이봉의, 전종익, 위의 글, 265면

가. 거래상지위남용행위

법 제45조 제1항 제6호가 사업자의 거래상 지위의 남용행위를 규제하고 있는 취지는 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 법이 보장하고자 하는 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위하여 상대적으로 우월적 지위에 있는 사업자에 대하여 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키고자 하는 데에 있다.²¹⁰⁾

앞에서 살펴본 바와 같이 공정위가 규율한 최혜대우요구 조항²¹¹⁾은 모두 불공정거래행위 중 거래상지위남용행위(불이익제공, 경영간섭)가 적용되었다. OTA 사업자의 최혜대우요구 행위에 대해서도 당해 법리가 적용될 소지가 있는바 살펴보도록 하겠다.

1) 거래상지위가 있는지 여부

가) 판단기준

불공정거래행위 심사지침상 거래상지위는 1) 지속적인 거래관계가 존재하며, 2) 일방의 타방에 대한 거래의존도가 상당하여야 한다. 계속적 거래관계 및 거래의존도를 판단함에 있어 그 구체적인 수준이나 정도는 시장상황, 관련 상품 또는 서비스의 특성 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.²¹²⁾ 또한 대법원은 거래상 지위가 있는지 여부는 당사자가

210) 대법원 2003.11.27. 선고 2003두10299 판결, 서울고법 2003.6.3. 선고 2002누10768 판결 참조

211) 쿠팡(주)의 대규모유통업법 등 위반행위에 대한 건 (2021.9.23.), (유)달리버리히어로코리아의 거래상지위 남용행위에 대한 건 (2020.8.24.), 농업협동조합중앙회의 거래상지위 남용행위 사건 (2010.9.14.),

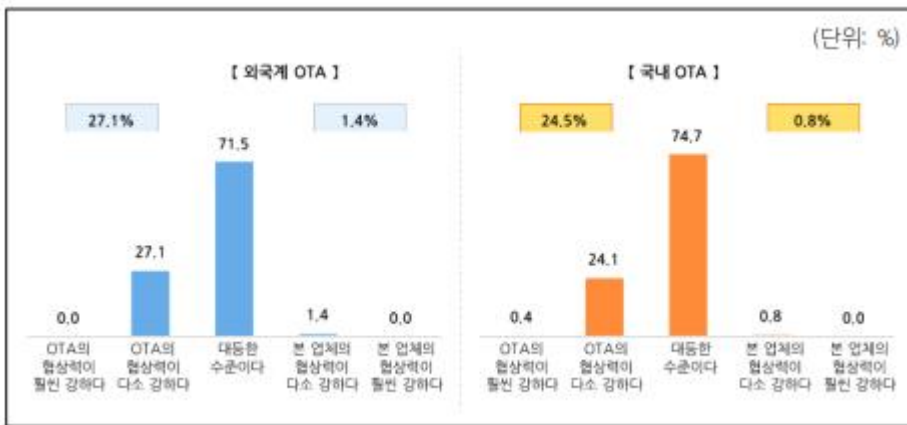
212) 불공정거래행위 심사지침(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 예규 제387호 2021.12.22. 일부개정) V.6.(3) 참고

처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다고 판시하였다.²¹³⁾

나) 검토의견

국내의 OTA와 숙박업체간 수수료를 협상지위에 대해 조사한 결과, 외국계 OTA 및 국내 OTA 모두 대등한 수준이라는 응답이 각각 71.5%와 74.7%로 가장 높은 비중을 차지하고 있으며, OTA의 협상력이 다소 강하다는 응답은 외국계의 경우 27.1%, 국내 OTA의 경우 24.1%에 불과하다.²¹⁴⁾

<표 16> 수수료를 협상지위



자료 : 최경은, 외국계 OTA와 관광숙박업체 거래구조 분석, 한국문화관광연구원 정책연구, 2019-15, 71면

국내의 OTA와의 거래관계에서 누가 우월적 지위를 가지고 있는

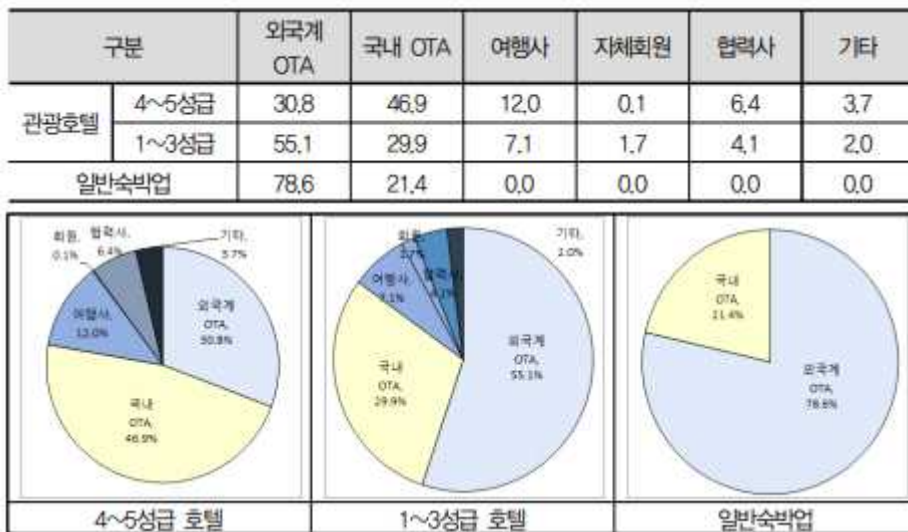
213) 대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결 참조

214) 최경은, 앞의 글, 70면

지를 조사한 결과, 상호 동등한 지위라는 응답이 80.9%를 차지하며, 외국계 OTA가 우월적 지위를 가지고 있다는 응답은 14.8%에 불과하다.²¹⁵⁾

그러나 외국계 OTA에 대한 의존도는 독자적인 마케팅 수단을 보유하지 못한 소규모 숙박시설에서 크게 나타나는데, 예를 들어 4~5성급 호텔의 외국계 OTA 비중이 30.8%인데 반하여, 1~3성급은 55.1%, 일반숙박업은 78.6%에 이른다.²¹⁶⁾

<표 17> 관광숙박시설 규모별 예약경로 현황과 비중



자료 : 김현주, 외국계 온라인 여행사(OTA)의 한국시장 진출에 따른 영향과 대응방향, 한국문화관광연구원 정책연구, 2017-06, 86면

따라서 일반적으로는 OTA사업자가 거래상지위를 가지고 있다고 보기 어렵지만, 소규모 숙박업체가 주요 OTA에 대한 거래의존도가 상당히하다는 등 일부 특수한 상황에서는 숙박업체에 대한 OTA 사업자의 거

215) 최경은, 앞의 글, 75면

216) 김현주, 앞의 글, 86~87면

래상지위가 인정될 수도 있을 것이다.

2) 부당성 여부

가) 판단기준

거래상지위 남용행위에서 거래내용의 공정성 여부는 당해 행위를 한 목적, 거래상대방의 예측가능성, 당해업종에서의 통상적인 거래관행, 관련법령 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.²¹⁷⁾

판례²¹⁸⁾는 불이익 제공행위의 부당성 유무는 당해 행위가 행하여진 당시를 기준으로 당해 행위의 의도와 목적, 당해 행위에 이른 경위, 당해 행위에 의하여 상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 정도, 당해 행위가 당사자 사이의 거래과정에 미치는 경쟁제약의 정도, 관련업계의 거래관행, 일반경쟁질서에 미치는 영향 및 관계 법령의 규정 등 여러 요소를 종합하여 전체적인 관점에서 판단하도록 하고 있다.

또한 판례²¹⁹⁾는 경영간섭행위의 위법성 여부를 심사하면서, ‘간섭’의 사전적 의미가 자신과 직접 관계가 없는 다른 사람의 일에 부당하게 참견한다는 뜻인 점을 고려하면, ‘간섭’에 해당하기 위해서는 거래상대방의 판매가격을 변경하도록 요구하거나 판매품목을 승인하고 단가를 조정하는 행위, 거래상대방의 지급대금수준과 결제조건을 계약조건에 포함시키는 행위, 거래상대방이 징수하는 수수료율을 직접 결정하거나 출하자에게 지급하는 장려금의 요율결정에 관여하는 행위 등과 같이 적어

217) 불공정거래행위 심사지침(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 예규 제387호 2021.12.22. 일부개정) V.6.(4) 위법성 판단 일반기준

218) 대법원 2004.7.9. 선고 2002두11059 판결

219) 서울고등법원 2010.4.8. 선고 2009누548 판결[상고심(대법원 2011.10.27. 선고 2010두8478 판결)에서 대법원은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함]

도 거래상대방의 의사에 반하여 거래내용을 결정하거나 영향력을 행사함으로써 거래상대방의 경영활동에 부당하게 관여하는 일정한 행위를 필요로 한다고 봄이 상당하다고 판시하고 있다.

나) 검토의견

국내의 OTA와 숙박업체간 계약상 수수료를 협상방법에 대해 조사한 결과, 계약 주체 쌍방간 합의가 74.0%, OTA의 자체 방침을 그대로 수용한다는 응답이 26.0%를 차지하였다.²²⁰⁾ 수수료를 책정 및 변동방식에 대해서도 거래하는 외국계 OTA와 협상하여 정하는 방식이 57.5%로 OTA의 수수료를 단순히 수용하는 경우(42.1%)보다 높게 나타났다.²²¹⁾ 이는 국내 OTA의 경우에도 마찬가지이다. 국내 OTA 업체와 협상하여 정하는 방식이 53.4%로 OTA의 수수료를 수용하는 경우(46.2%)보다 다소 높게 나타났다.²²²⁾

만약 호텔업체와 OTA가 서로 협의해서 계약을 체결한 것이라면 부당성이 있다고 판단할 수 없다. 호텔업체가 OTA의 자체 방침을 그대로 수용했다고 하더라도 이에 대해 특별히 저항하려는 의사가 없었다면 거래상지위남용의 법리를 적용할 수 없다. 다만, 일부 특수한 상황에서는 숙박업체가 강제적으로 위 계약을 체결할 수밖에 없었으며, 이로 인해 심각한 불이익을 받았다는 등의 사정이 입증될 수 있다면 거래상지위남용행위로 인정될 수 있을 것이다.

나. 구속조건부거래행위

220) 최경은, 앞의 글, 56면

221) 최경은, 위의 글, 67면

222) 최경은, 위의 글, 68면

1) 판단기준

구속조건부거래행위는 법 제45조 제1항 제7호에서 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위"를 의미한다. 사업자는 거래상대방과 거래를 함에 있어서 당사자 간의 거래관계를 좀 더 긴밀하게 하거나 거래비용 절감, 거래관계에 특정한 투자를 유인하기 위해서 거래상대방의 사업활동을 구속하는 조건 또는 제한을 부과하는 경우가 있다.²²³⁾

판례²²⁴⁾는 구속조건부거래의 위법성은 이를 일률적으로 판단할 수 없고, 문제된 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등 구체적인 태양과 거래 상품의 특성, 유통 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 지위 등에 비추어 경쟁제한적 효과가 인정되는지 여부에 따라 판단된다고 하였다.

다만 시행령 별표에서는 그 세부유형으로서 배타조건부거래²²⁵⁾, 거래지역 또는 거래상대방의 제한²²⁶⁾만을 들고 있다. 그런데 최혜대우요구 조항과 같이 경쟁제한적 효과가 발생하지만, 배타조건부거래에 해당하지 않고 거래지역·거래상대방을 제한하지 않을 경우 구속조건부거래행위에 포함될 수 있는지 생각할 수 있다. 최혜대우요구 조항은 거래상대방의 사업활동 중 최종소비자에게 판매하는 가격을 부당하게 구속하는 행위가 될 수 있기 때문이다.

2) 검토의견

223) 권오승, 경제법 제12판, 법문사, 2015.3.10., 331면

224) 대법원 2000.10.6. 선고 99다30817 판결 참조

225) 부당하게 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위를 말한다.

226) 상품 또는 용역을 거래하는 경우에 그 거래상대방의 거래지역 또는 거래상대방을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위를 말한다.

불공정거래행위 심사지침에서는 불공정거래행위에 해당될 수 있는 사례를 “예시”한다고 표현²²⁷⁾하고 있고, 지침에 열거되지 아니한 사항에 해당된다고 해서 법 제45조 제1항에 위반되지 않는 것은 아니라고 적시²²⁸⁾하고 있다. 불공정거래 심사지침에 나열된 행위유형이 예시된 규정이라면 최대우요구 조항도 구속조건부거래행위 중 하나로 포함하여 규제할 가능성이 있다고 생각할 여지가 있다.

그러나 우리나라의 경쟁법은 열거주의의 방식을 취하고 있다는 것이 다수의 입장이다. 우리나라의 독점규제법은 불공정거래행위에 해당할 가능성이 있는 행위의 유형을 7가지로 나누어 열거해 놓고, 사업자가 이러한 유형의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 직접 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 하도록 하는 것을 공정위가 규제하도록 하는 방법을 채택하고 있다.²²⁹⁾

불공정행위 심사지침은 행정규칙의 형식을 갖추고 있으나 그 내용은 법령의 규정과 결합하여 법규적 성질을 가지는 법령보충 규칙²³⁰⁾의 대표적인 사례이다. 즉 상위법인 법과 시행령과 결합하여 국민에 대한 대외적 법적 구속력을 발휘하므로 법규명령의 성격을 가지게 된다. 그런

227) 불공정거래행위 심사지침(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 예규 제387호 2021.12.22. 일부개정) I. 목적

이 지침은 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “법”이라 함) 제45조(불공정거래행위의 금지) 제1항 및 동법시행령 제55조제1항 [별표 2]에서 규정하고 있는「불공정거래행위의 유형 및 기준」을 보다 구체적이고 명확하게 규정함과 아울러 불공정거래행위에 해당될 수 있는 사례를 예시함으로써, 위법성을 심사하는 기준으로 삼는 한편 사업자들의 범위반행위를 예방함에 그 목적이 있다.

228) 불공정거래행위 심사지침(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 예규 제387호 2021.12.22. 일부개정) II. 지침의 적용범위

1. 이 지침은 사업자들의 활동중에서 공통적이고 대표적인 사항을 중심으로 규정되었으므로 지침에 열거되지 아니한 사항에 해당된다고 해서 법 제23조제1항에 위반되지 않는 것은 아니다.

229) 권오승, 앞의 책, 308면

230) 장태주, 행정법 개론 개정3판, 현암사, 2006.1.31. 353면

데 만약 위 지침을 예시규정으로 해석하여 공정위가 자의적으로 행위유형을 추가하여 규제를 시도하게 된다면 이는 행정입법의 한계를 넘어서는 것으로 위법한 규제가 될 가능성이 높다. 따라서 별도의 입법이 없이는 최대대우요구 조항을 구속조건부거래행위에 포섭하는 것은 어렵다고 판단된다.

3. 재판매가격유지행위 금지조항의 적용가능성

가. 판단기준

법 제2조 제20호의 “재판매가격유지행위”란 사업자가 상품 또는 용역을 거래할 때 거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 그 가격대로 판매 또는 제공하도록 그 밖의 구속조건을 붙여 거래하는 행위를 말한다고 정의하고 있다. 또한 법 제46조에는 사업자는 재판매가격유지행위를 하여서는 아니 되고, 다만, 효율성 증대로 인한 소비자후생 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우 등 재판매가격유지행위에 정당한 이유가 있는 경우 등에는 그러하지 아니한다고 규정하고 있다.

재판매가격유지행위의 성립요건으로는 우선 ‘거래상대방인 사업자’ 또는 ‘그 다음 거래단계별 사업자’가 “재판매업자”이어야 한다.²³¹⁾ 여기서 ‘거래상대방인 사업자’라 함은 사업자로부터 상품 또는 용역을 직접 구입하는 다른 사업자를 말한다.²³²⁾ 또한 ‘거래가격’²³³⁾이라 함은 사

231) 권오승, 앞의 책, 377면

232) 재판매가격유지행위 심사지침(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 예규 제386호 2021.12.30. 일부개정) 2. 가. 참고

233) 재판매가격유지행위 심사지침(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 예규 제386호 2021.12.30. 일부개정) 2. 나. 참고

업자가 지정하는 재판매(공급)가격 뿐만 아니라 최고가격, 최저가격, 기준 가격을 포함한다. 그리고 사업자가 거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 지정하였다는 사실과 이를 준수 하도록 강제²³⁴⁾하는 행위가 있어야 한다.

OTA 사업자가 최혜대우요구 조항을 통해 숙박업소로 하여금 최종 소비자 가격을 일정가액 이하로 내리지 못 하도록 강제했다면 최고가격유지행위로서 재판매가격유지행위에 포함될 수 있는지 생각할 수 있다. 물론 여기서 최고가격은 일반적인 경우와는 달리 경쟁사업자의 가격에 따라 유동적인 가격이 될 것이다.

나. 검토의견

수직적 제한행위이며 최고가격을 지정했다는 점에서 최혜대우요구 조항과 재판매가격유지행위는 공통점이 있다. 그러나 재판매가격유지행위가 성립하기 위해서는 기본적으로 “재판매”가 전제되어야 하는데 OTA 사업자가 재판매 사업자인지에 대해서는 의문의 여지가 있다.

재판매가격유지행위 심사지침에는 매매와 위탁판매의 구분기준²³⁵⁾을 제시하고 있으며, 만약 위탁판매에 해당할 경우에는 재판매가격유지행위에 해당되지 아니한다고 명시하였다. 또한 위탁판매 해당 여부를 판단하기 위해서는 1) 수탁자는 자신의 명의로 판매할 것, 2) 판매로 인한 손익은 상품·용역 소유자인 위탁자에게 귀속될 것, 3) 상품을 판매하는 자는 수수료만 수령하는 등 주선행위를 업으로 하는 자일 것 등을 조건으로 제시하고 있다.

234) 재판매가격유지행위 심사지침(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 예규 제386호 2021.12.30. 일부개정) 2. 다. 참고

235) 재판매가격유지행위 심사지침(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 예규 제386호 2021.12.30. 일부개정) 2. 라. 참고

그런데 숙박업체가 위탁자이고 OTA 사업자가 수탁자의 지위에 있다면 동 조건을 모두 만족한다는 것을 알 수 있다. OTA는 자신의 홈페이지에서 자신의 명의로 판매하고 있으며, 판매로 인한 손익은 숙박업체에게 귀속되고, 다만 OTA 사업자는 그에 따른 수수료만 수령하는 구조이기 때문이다. 즉, OTA 사업자는 호텔에서부터 객실을 자신이 구매하여 소비자에게 ‘재판매’한 것이 아니라, 최종소비자와 숙박업체와의 거래를 ‘중재(Agency)’했을 뿐이다. ‘재판매’가 존재하지 않기 때문에 재판매가격유지행위 금지조항을 적용하는 것은 어려울 것으로 보인다.

이와 같은 논리로 미국에서 애플(Apple Inc., 이하 ‘애플’)은 최혜대우요구 조항에 대한 미국 법무부(DOJ)의 판단에 맞섰다.²³⁶⁾ 애플이 2010년 당시 미국내 전자책시장의 48%를 점유했던 유명한 출판사들(빅6 출판사)과 전자책 가격을 인상할 것을 공모하였다는 미국 연방지방법원의 판결이 있었다.²³⁷⁾ 이때 미국 법무부는 애플과 출판사들의 계약을 반경쟁적인 RPM이라고 주장한 데 대해 애플은 자신의 사업모델은 재판매가 아니므로 RPM 자체가 성립하지 않는다고 주장했다. 즉 상품의 재고를 관리하며 미판매에 대한 위험을 떠안지 않는다는 점에서 도매모델(wholesale model)이 아니라 대리점 모델(agency model)이라는 점을 강조했던 것이다. 법원은 대리점 모델에 대해서는 본질적으로 이의가 없으나, 경쟁 출판사들의 공모에 애플이 적극적으로 참여하였다는 사실에 근거하여 대리점 모델이 이러한 공모를 효과적으로 운용하기 위한 수단이 되었다고 판단하였다.²³⁸⁾

236) U.S. v. Apple Inc et al, U.S. District Court, Southern District of New York, No. 12-02826

237) 손혁상, 애플사의 전자책 거래 유형에 대한 연구, 홍익법학 제14권 제3호, 2013, 67면

238) 손혁상, 위의 글, 72면

4. 부당한 공동행위 법리의 적용가능성

가. 문제의 소재

앞에서 살펴본 바와 같이 OTA 사업자의 최혜대우요구 조항에 대해서는 시장지배적지위 남용행위, 거래상지위 남용행위의 법리가 적용될 수 있음을 살펴보았다. 그런데 만약 OTA와 숙박업체가 서로 공모 하에, 내지는 숙박업체의 적극적인 수용을 통해 이러한 계약조항이 삽입된 경우라면 거래상지위 남용행위로는 이를 규율할 수 없다. 자발적으로 합의하였으므로 강제성이나 간섭행위임을 인정하기 어렵기 때문이다. 또한 시장지배적지위 남용행위 중 '기타의 타사업자 사업활동 방해행위'는 적용되지 못할 것이며, '소비자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 행위'만 적용될 수 있을 것이다. 여기서 OTA 사업자가 시장지배적 사업자가 아닐 경우에는 그 경쟁제한성이 동일함에도 불구하고 적용가능한 법리가 없다.

유럽의 국가들은 EU 기능조약(TFEU) 제101조 제1항의 경쟁을 제한하는 수직적 제한²³⁹⁾, 그리고 독일은 독일경쟁법(GWB) 제1조(경쟁제한적 협정의 금지)를 적용하여 OTA 사업자의 최혜대우요구 조항을 규제하였다. 그렇다면 우리나라의 경쟁법상 부당한 공동행위 금지조항으로 이를 규율할 수 있는지 생각해볼 수 있다.

나. 수직적 공동행위의 인정 여부

239) 유럽경제공동체조약 제101조 제1항은 "회원국 간의 무역에 영향을 줄 우려가 있고, 또한 공동시장 내의 자유경쟁을 방해, 제한 또는 왜곡할 목적 또는 결과를 가지는 사업자 간의 모든 협정, 사업자단체의 모든 결의 및 모든 공동행위는 공동시장과 양립하지 않는 것이라고 보아 이를 금지한다."고 포괄적으로 규정하여, 거래단계가 다른 사업자 간의 경쟁제한적 협정, 즉 수직적 협정도 포함시키고 있다. 또한 OECD(경제협력개발기구)의 용어집에 있어서도 카르텔을 "경쟁을 방해, 제한 또는 왜곡할 목적 또는 효과를 가지는 사업자 간의 모든 협정, 사업자단체의 결의 또는 사업자 간의 공동행위"로 정의하여 카르텔을 수평적 협정과 수직적 협정을 포함한 넓은 의미로 사용하고 있다.

1) 학설상 논의

1999년 제7차 공정거래법 개정으로 인해 법 제19조 제1항 본문에서 “일정한 거래분야”라는 문언이 삭제되었으며, 이로 인해 법문상으로만 본다면 부당한 공동행위를 수평적 공동행위에 한정하여 해석할 필요가 없게 되었다.²⁴⁰⁾ 이러한 상황에서 대부분의 학설은 정도는 다르지만 수직적 공동행위에 대한 수용가능성을 인정하고 있다.

우선 수직적 공동행위를 신중하게 인정하고 있는 견해²⁴¹⁾에 따르면 현행 공정거래법은 수직적 공동행위에 해당하는 거래단계를 달리하는 사업자 간의 거래조건에 관한 부당한 거래협정은 구속조건부거래행위로서 불공정거래행위의 유형에 포함시키고 있으며, 사업자가 거래 상대방인 사업자 등에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공하도록 구속하는 재판매가격유지행위를 금지하는 별도의 규정을 두고 있다. 이러한 공정거래법의 체계에 비추어볼 때 구법 제19조는 수평적 공동행위를 주된 적용대상으로 하지만, 거래단계를 달리하는 사업자 간의 합의에 따라 시장에서 경쟁제한적 효과가 나타날 경우 수직적 공동행위로 규율할 여지는 남아있다고 설명한다.²⁴²⁾ 즉 지금까지 규범의 중복 현상을 피하기 위해 부당한 공동행위의 적용대상을 수평적 거래관계에 한정하였지만 상황에 따라 수직적 공동행위가 인정될 수 있다는 것이다.

240) 신현윤, 경제법 제7판, 법문사, 2017.8.25. 260면

241) 비슷한 견해로 정호열, 경제법 제4판, 박영사, 2012.3.5. 349면 (“경쟁제한 내지 거래제한 효과를 기준으로 수평적 담합(horizontal collusion)과 수직적 담합(vertical collusion)으로 나눌 수 있다. 거래제한을 규제하는 셔먼법 1조와는 달리 우리나라 공정거래법 제19조는 부당하게 경쟁을 제한하는 공동행위를 금지하는 까닭에 수평적 공동행위가 주로 문제되고 수직적 거래제한은 재판매가격유지나 끼워팔기 등 다른 제도에 의해 규제되고 있다. 그러나 수직적 거래제한에 대해서도 공정거래법 제19조를 적용하여야 한다는 견해도 유력하며, 특히 동조 제1항 제9호의 기타의 카르텔의 경우를 주목하기도 한다.”)

242) 신현윤, 위의 책, 261면

실제로 현재까지 수직적 제한행위가 재판매가격유지행위 등에 어렵지 않게 포섭되어 수직적 제한을 공동행위로서 인정해야 할 실익이 크지 않았다.

그러나 수직적 공동행위를 적극적으로 인정해야 한다는 견해에 따르면 수직적 합의에 대한 규제와 재판매가격유지행위나 불공정거래행위 등의 규제는 구별되어야 한다고 주장한다. 재판매가격유지행위나 불공정거래행위 등은 일방의 단독행위로서 시정조치나 과징금 등의 행정적 제재 역시 일방당사자에게 부과되며 그 성립요건으로 높은 강도의 강제성이나 구속성을 요구하는 경우가 많다. 그러나 수직적 공동행위는 행정적 제재도 당사자들이 함께 부담하며 공동행위의 특성상 강제성이나 구속성을 요구하지 않기 때문이다.²⁴³⁾ 위 견해에 따르면 반드시 상호 경쟁관계에 있는 사업자 간 이루어지는 합의(수평적 합의)일 것을 요구하지 않음에도 종래 공정위의 법집행 관행상 수평적 합의를 통한 경쟁제한 행위만을 공동행위로 의율하였고 대신 시장지배적지위 남용행위, 재판매가격유지행위, 또는 불공정거래행위의 규제를 이용하여 그 공백을 메우려 시도하였다고 한다.²⁴⁴⁾

2) 법집행 및 판례

지금까지 부당한 공동행위로 수직적 요소를 인정했던 사례²⁴⁵⁾가

243) 이호영, 공정거래법상 수직적 공동행위의 규제에 관한 연구, 경영법률 제21집 4호, 2011.7., 14면

244) 이호영, 위의 글, 26면

245) 3개 학생복제조업체의 부당한 공동행위에 대한 건(공정위 의결 제2001-82호, 2001.5.31.), 주파수공용통신장치 구매입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(공정위 의결 제2008-137호, 2008.5.2.), 7개 영화배급·상영사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(공정위 의결 제2008-168호 2008.6.10.), 13개 음원유통사업자들의 부당한 공동행위에 대한 건(공정위 의결 제2011-85호, 2011.6.29.), 5개 종합유선방송사업자 등의 부당한 공동행위에 대한 건(공정위 의결 제2011-153호, 2011.8.24.), 온나라시스템 구축사업 입찰담합 사건(공정위 의결 제2014-4호, 2014.1.7.)

있으나, 이들은 모두 수평적 공동행위가 전제되어 있었고 합의에 가담한 회사 이외 모회사 내지 관련 회사를 합의의 당사자로 포함시킬지 여부가 쟁점이 되었다. 법원 역시 수직적 공동행위가 가능한지 여부를 직접적으로 판단하기보다는 구법 제19조 제1항의 '다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 행하도록 하는 행위', 즉 교사행위에 모회사 내지 수직적 관계에 있는 회사를 포섭할지 여부를 심사한 것으로 보인다. 법원은 교사행위 역시 금지하는 규정의 취지에 비추어 보면, 수평적 경쟁관계에 있지 아니한 사업자도 수평적 경쟁관계에 있는 다른 사업자들과 공동하여 공정거래법 제19조 제1항 소정의 '부당한 공동행위'를 할 수 있다고 하면서, 수직적 관계에 있는 사업자도 공동하여 부당한 공동행위를 할 수 있다고 판시하였다.²⁴⁶⁾

따라서 이 판례에 따르면 수평적 경쟁관계에 있는 사업자들뿐만 아니라 수직적 관계에 있는 사업자도 부당한 공동행위의 책임을 질 수 있지만, 이는 여전히 수평적 관계에 있는 사업자들 간 합의가 존재하는 경우에 인정된다는 의미로 이해할 수 있다.²⁴⁷⁾ 즉 수직적 관계에 있는 사업자라도 공동행위의 책임을 인정하고 있으나, 수평적 합의가 존재하지 않고 순수하게 수직적 합의만 있을 경우 이를 인정할 수 있는지 여부는 아직 불분명하다.

다. 검토의견

만약 숙박업체 간 수평적 합의가 존재하면서 OTA 사업자가 이에 개입했을 경우에는 당연히 부당한 공동행위의 가담이 인정될 것으로 보인다. 오히려 이러한 경우에는 수평적 관계의 사업자들만으로는 달성

246) 서울고법 2009.10.7. 선고 2009누2483 판결(대법원 2010.1.28. 선고 2009두19700 판결 심리불속행 기각)

247) 이호영, 앞의 글, 12면

될 수 없는 공고한 담합이 형성될 수도 있으므로 부당한 공동행위의 적용을 적극 검토할 필요가 있다는 주장도 있다.²⁴⁸⁾ 다만, 그러한 수평적 합의가 존재하지 않으면서 순수하게 숙박업체와 OTA 사업자간 체결한 최혜대우요구 조항을 수직적 공동행위로 처벌할 수 있을지가 문제시된다.

만약 부당한 공동행위의 본질을 둘 이상의 사업자간 합의를 통한 경쟁제한 효과로 본다면 숙박업체와 OTA 사업자간 최혜대우요구 조항이 부당한 공동행위에 포섭되지 않아야 하는 이유는 없다. 오히려 자발적 합의를 통해 최혜대우요구 조항이 성립될 경우 이를 가장 본질적으로 적절하게 규제할 수 있는 법조라고 판단된다. 특히 위 사안은 그동안 수직적 거래관계를 규율했던 구속조건부거래행위, 재판매가격 유지행위 등 그 어떠한 법리도 적용되기 어려운 것을 이미 검토한 바 있다. 따라서 이러한 경우에 한하여 부당한 공동행위의 적용을 전향적으로 검토하는 것도 대안이 될 수 있다고 생각한다.

5. 약관법의 적용가능성

경쟁법상 어떤 규정도 적용이 어렵다면, 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관법')로 규율이 가능한지 여부를 생각할 수 있다. 이때 OTA 사업자가 숙박업체와 체결한 계약이 약관인지, 위법성 요건에 해당하는지 여부가 쟁점이 될 것이다.

가. 약관성 인정여부

약관법 제2조 제1호에 따르면 약관이란, 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결

248) 이기종, 앞의 글, 254면

하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다. 여기서 거래상대방이 반드시 소비자일 것을 규정하지 않으며, 사업자간 계약에 대하여도 약관법을 집행한 사례가 다수 존재한다.²⁴⁹⁾

OTA와 숙박업체 사이에 체결한 계약서는 다수의 계약상대방(일반성)과 계약을 위해 특별한 협의 없이(일방성) 일정한 형식(형식성)에 의하여 미리 마련한(사전성) 계약이다. 연구조사에 따르면 외국계 OTA와의 계약체결 방식의 경우 응답업체의 79.8%가 표준화된 약관형식으로 동일한 내용의 계약서를 체결한다고 응답하였다.²⁵⁰⁾ 따라서 위 계약서는 약관으로 인정될 수 있다.

나. 위법성 인정여부

약관법 제11조 제3호²⁵¹⁾에 따르면 고객이 제3자와 계약을 체결하는 것을 부당하게 제한하는 조항은 무효로 한다. 최혜대우요구 조항은 숙박업체가 경쟁관계에 있는 다른 OTA 사업자와 계약을 체결할 경우 가격 등의 조건을 더 유리하게 설정할 수 없도록 하였다. 따라서 경쟁 OTA 사업자와 숙박업체간 객실요금 등 거래조건 설정시 숙박업체의 이익을 극대화할 수 있는 조건으로 협상을 할 수 있음에도 위 조항으로 인해 숙박업체가 제3자와 체결할 수 있는 계약의 내용을 부당하게 제한한 것으로 판단할 수 있다.

또한 동법 제6조 제2항 제1호²⁵²⁾의 일반원칙에 따르더라도 고객

249) (주)에땅의 피자에땅 가맹계약서상 불공정약관조항에 대한 건(2007약관0216), 정산주의 샘물 배달(판매) 영업소 계약서상 불공정약관조항에 대한 건(2010약관1297) 등 다수

250) 최경은, 앞의 글, 55면

251) 약관법 제11조(고객의 권익 보호) 고객의 권익에 관하여 정하고 있는 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 무효로 한다.

3. 고객이 제3자와 계약을 체결하는 것을 부당하게 제한하는 조항

252) 약관법 제6조(일반원칙)

② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성

에게 부당하게 불리한 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정한다. 최혜대우 요구 조항 하에서 숙박업체는 자신이 직접 제시하는 소비자에게 직접 제시하는 조건뿐만 아니라 제3자에게 제공하는 조건과 같거나 더 유리하게 보장해야 한다. 따라서 숙박업체 고유의 객실요금 결정권한 등을 과도하게 제한한 측면이 있다. 또한 동 약관조항으로 인해 적극적인 판촉전략을 시행할 수 없는 등 자신의 이익을 극대화시킬 수 있는 자유로운 거래 조건 설정이 원천적으로 차단되었으므로 숙박업체에게 부당하게 불리한 결과를 초래할 수 있다고 판단된다.

다. 검토의견

앞에서 살펴본 바와 같이 최혜대우요구 조항은 약관법 제11조 제3호, 제6조 제2항 제1호의 위반으로 판단될 여지가 크다. 만약 최혜대우요구 조항에 대한 경쟁법의 적용이 어렵다면 대체적으로 약관법을 적용하여 그 위법성을 판단하는 것이 현행법상 현실적으로 가장 규율가능성이 높은 방법이라 생각한다.

제 2 절 현행법상 행위규제의 한계

1. 문제의 소재

제5장 제1절에서 살펴본 바와 같이 최혜대우요구조항은 시장지배적지위 남용행위, 거래상지위 남용행위 그리고 약관법상으로 규율할 수 있다. 2022년 1월 행정예고한 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위에 대한 심사지침에서는 최혜대우요구가 경쟁법상 규제대상 중 하나로 명시되었고, 부당성 판단요소²⁵³)도 정립하였다. 그런

을 잃은 것으로 추정한다.

1. 고객에게 부당하게 불리한 조항

데 동 심사지침에 해당한다고 해도 곧바로 위법성을 도출할 수는 없으며 다시 법 제5조 및 제45조에 위반되는지 여부를 종전의 시장지배적지위 남용행위 심사지침 내지 불공정거래행위 심사지침을 통해 판단하여야 한다. 위 심사지침이 기존의 법 집행 기준을 배제하거나 우선 적용되는 것은 아니며, 온라인 플랫폼 분야에 현행 공정거래법을 적용할 때 고려해야 할 해석적 사항을 보완적으로 규정한 것이기 때문이다.²⁵⁴⁾

시장지배적지위 남용행위는 시장지배력이 있는 사업자로 인정받아야 하며 경쟁법이 요구하는 높은 수준의 경쟁제한성이 입증되어야 하기 때문에 현실적으로 최혜대우요구조항을 통해 충분한 규제를 기대하기 어려울 것이다.

우선 법 제6조(시장지배적지위 추정규정)에 따라 일정한 거래분야에서 시장점유율이 100분의 50 이상 이상이거나 상위 3위 이내에 포함되고 상위 3사업자의 시장점유율 합계가 100분의 75 이상인 경우 시장지배적 사업자로 추정되는데, 시장점유율이 이에 미치지 못할 경우 시장지배적지위 남용행위를 적용하기에 어려울 수 있다.

또한 경쟁제한효과의 판단기준으로 1) 가격상승 또는 산출량 감소, 2) 상품·용역의 다양성 제한, 3) 혁신 저해, 4) 봉쇄효과 등²⁵⁵⁾을 입증

253) 해당행위를 하게 된 의도 및 목적, 행위 기간 및 관련 상품 또는 서비스의 특성, 좁은 또는 넓은 최혜대우 해당 여부, 최혜대우 요구를 위해 사용된 수단 및 구체적 내용, 온라인 플랫폼 사업자 간 경쟁 유인이 제한되는 정도, 해당 온라인 플랫폼 사업자의 시장에서의 지위 및 경쟁상황, 최혜대우로 경쟁이 제한되는 범위 및 관련 시장점유율, 관련 시장의 진입장벽이 강화되는지 여부, 시장의 다양성 및 혁신에 미치는 영향, 무임승차 방지 등 효율성 증대효과 및 해당효과가 소비자 후생에 미치는 영향 등을 부당성 판단요소로 들고 있다. (온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위에 대한 심사지침(행정예고 2022.1.6.))

254) 공정위 보도자료, 플랫폼 분야의 경쟁제한행위 예방을 위한 심사지침 마련, -온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 등 심사지침 제정안 행정예고, 2022.1.6., 4면

255) 시장지배적지위 남용행위 심사기준(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 고시 제 2021-18호 2021.12.30. 일부개정) IV.6.

하여야 한다. 또한 대법원에서 제시한 바와 같이 시장지배적 사업자가 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한 효과가 생길만한 우려가 있는 행위²⁵⁶⁾로 평가할 수 있는 행위를 하였다는 점을 입증해야 한다. 여기에는 경제분석을 통한 엄밀한 입증과정이 수반되는 것이 보통이며, 특히 ‘경쟁제한 의도’와 같은 주관적인 요건을 입증하는 것은 경쟁당국 입장에서 상당히 어려운 과정일 수 있다. 서면조사나 현장조사 과정에서 시장경쟁을 제한할 목적을 사업자가 명시하는 자료를 찾는 것은 매우 드물기 때문이다.

따라서 2020년 공정위에서 처리한 시장지배적지위 남용행위의 사건 처리건수는 9건으로 전체 처리한 경쟁법 위반행위의 2.0%에 불과한 것은 당연한 일이며 이는 다른 행위유형의 조치건수와 비교할 때 가장 낮은 수치이다.²⁵⁷⁾

제4장 제1절에서 살펴본 바와 같이 우리나라 경쟁당국은 최대대 우조항을 모두 거래상지위 남용 법리를 적용하여 조치하였다. 쿠팡(주)의 대규모유통업법 등 위반행위에 대한 건²⁵⁸⁾, (유)딜리버리히어로 코리아(요기요)의 거래상지위 남용행위에 대한 건²⁵⁹⁾의 경우 거래상지위남용 중 경영간섭을 적용하였으며, 농업협동조합중앙회의 거래상지위 남용행위 사건²⁶⁰⁾의 경우 거래상지위남용 중 불이익제공을 적용하였다.

256) 대법원 2019.1.31. 선고 2013두14726 판결(퀄컴 인코포레이티드, 한국퀄컴(주), 퀄컴 씨디엠에이테크놀로지코리아의 시장지배적지위남용행위 등에 대한 건) 외 다수

257) 공정위 통계연보(2020년) 이는 불공정행위 40.4%, 부당한 공동행위 30.1%, 경제력집중 18.7%, 사업자단체 금지행위 6.2%, 기업결합 2.6%와 비교할 때 가장 낮은 수치이다.

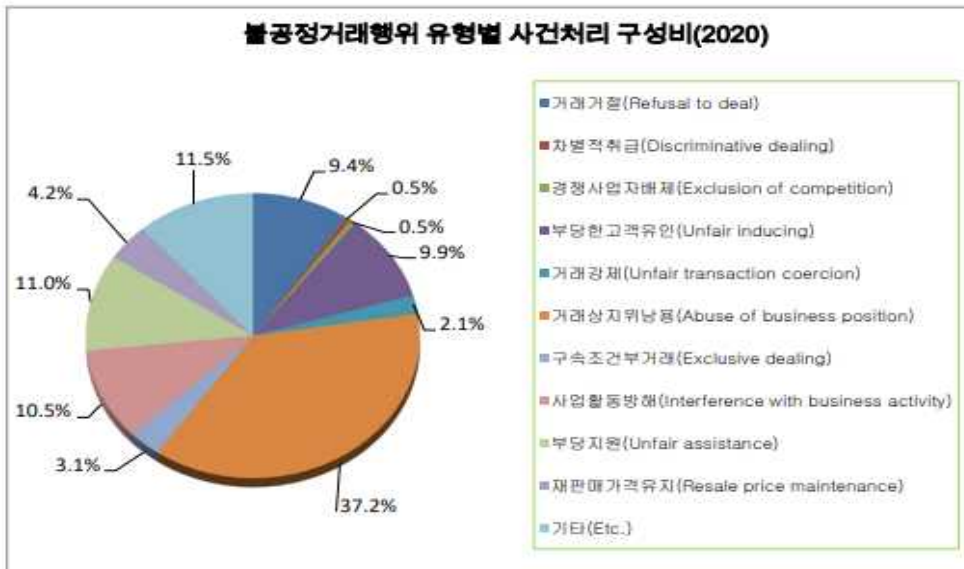
258) 공정거래위원회 2021.9.23. 의결 제2021-237호, 사건번호 2018유통0704

259) 공정거래위원회 2020.8.24. 의결 제2020-251호, 사건번호 2016서경2277

260) 공정거래위원회 2010.9.14. 의결 제2010-111호, 사건번호 2010제감0981

실제로 2020년 조치한 불공정거래행위 중 거래상지위남용은 37.2%를 차지하여 다른 행위유형보다 압도적인 비율을 차지한다. 이는 공정위가 조치한 총 사건이 10개라면 이 중 약 4개의 사건이 거래상지위 남용이라는 의미이다.

<표 18> 사건처리 구성비(2020년)



자료출처 : 공정위 통계연보(2020년)

이러한 현상이 나타나는 이유는 우리나라에서 거래상지위 남용 행위가 유독 많이 발생할 수도 있겠지만, 법적 요건을 포섭하기가 용이하기 때문에 널리 규제의 수단으로 사용했던 측면이 있다. 즉 거래상지위 남용행위를 규제하기 위해 입증해야 하는 요건 중 거래상지위가 상대적으로 넓게 인정되고 경쟁제한성 판단에 엄밀한 입증이 요구되지 않는 측면이 있다.

우선 심사지침상 거래상지위는 1) 지속적인 거래관계가 존재하

며, 2) 일방의 타방에 대한 거래의존도가 상당하여야 한다.²⁶¹⁾ 그러나 예외적으로 “계속적 거래를 개시하기 위해 특정사업자와 거래할 수밖에 없는 경우”에는 거래개시 단계에서도 공정거래법 적용대상에 해당될 수 있다고 하여 거래상지위를 넓게 인정하고 있다.²⁶²⁾ 공정위가 거래상 지위 남용행위로 의결한 사례들 중에서 법원에 의해서 거래상지위의 존재가 부정된 예는 매우 드물며 공정위와 법원은 거래상 지위의 존재를 기본적으로 폭넓게 인정하고 있는 편이다.²⁶³⁾ 또한 계속적 거래관계 및 거래의존도를 판단함에 있어 그 구체적인 수준이나 정도는 시장상황, 관련 상품 또는 서비스의 특성 등을 종합적으로 고려하여 판단하도록 하여 비교적 넓은 영역을 경쟁당국의 재량적 판단영역으로 두고 있다.²⁶⁴⁾

거래상지위에 대한 판단뿐만 아니라 위법성 판단이 주로 불공정성에 치중하고 있기 때문에 경쟁제한성에 대한 치밀한 입증을 요구하지 않는 점도 있다. 물론 판례는 불이익 제공행위의 부당성 유무에 대하여 당해 행위가 행하여진 당시를 기준으로 당사자 사이의 거래과정에 미치는 경쟁제약의 정도, 일반경쟁질서에 미치는 영향을 판단요소의 하나로 적시하고 있기는 하다.²⁶⁵⁾ 그러나 실질적으로 이러한 공정거래저해성은 거래상대방의 자유로운 의사결정을 저해한다는 점을 중심으로 입증²⁶⁶⁾하면 되기 때문에 시장지배적지위 남용행위와 같은 엄밀한 경쟁제한성 판단을 요하지 않는다. 즉 거래상지위남용이 유독 그 비중이 지나칠 만큼 높은 이유는 공정거래저해성을 경쟁제한의 측면보다는 거래상대방이나 경쟁사업자에 미치는 피해에 치중하여 판단하였기 때문으로 보인다.²⁶⁷⁾

261) 불공정거래행위 심사지침(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 예규 제387호 2021.12.22. 일부개정) V.6.(3) 참고

262) 위의 심사지침 V.6.(2) 참고

263) 이봉의, 공정거래법, 박영사, 2022, 900면

264) 앞의 심사지침 V.6.(3) 참고

265) 대법원 2004.7.9. 선고 2002두11059 판결

266) 쿠팡(주)의 대규모유통업법 등 위반행위에 대한 건, (유)딜리버리히어로 코리아(요기요)의 거래상지위 남용행위에 대한 건 참고

267) 이봉의, 위의 책, 2022, 918면

따라서 경쟁당국의 입장에서는 규제를 요하는 행위들을 위 범리로 규율 하기가 수월했던 것으로 판단된다.

이렇게 거래상지위 남용행위를 넓게 적용하는 경향은 최혜대우 요구 조항을 규제함에 있어서도 그대로 나타난 것으로 보인다. 그런데 거래상지위 남용행위를 적용하고 있는 현재 규제상황은 상당한 한계와 모순이 있을 수 있는데 이번 절에서는 그러한 현상을 이론적 한계와 실무적 한계로 나누어 살펴보도록 하겠다.

2. 경쟁법 적용의 이론적 한계

가. 최혜대우요구의 폐해 : 경쟁제한 효과

최혜대우요구 조항의 삽입으로 인해 우려되는 대표적인 폐해는 제3장 제2절에서 살펴본 바와 같이 그 경쟁제한성에 있다.

우선 공급업체간 경쟁제한 효과가 나타날 수 있는데, 이는 공급 업체간 가격경쟁을 저해하는 것과 공급업체간 담합가능성을 증가시키는 효과로 나타난다. 공급업체(숙박업체) 입장에서는 최혜대우요구 조항 하에서는 일부 유통채널의 상품가격만 인하할 수 없으므로 모든 유통채널의 가격을 일괄적으로 인하해야하기 때문에 가격인하에 따라 감수해야 할 비용이 높아지게 된다. 또한 투명해진 시장은 이탈행위에 대한 적발을 용이하게 함으로써 공급업체간 담합가능성을 증가시킨다.

그리고 플랫폼간 경쟁제한 효과도 나타날 수 있는데, 이는 OTA 사이에 수수료 경쟁을 저해하는 것과 신규 OTA의 시장진입을 저해하는 효과로 나타난다. MFN 조항으로 인해 최종소비자 가격을 동일하게 유지해야 한다면, 플랫폼(OTA)이 이윤을 줄이고 수수료를 인하하더라도

공급업체(숙박업체)가 이에 맞추어 자신의 이윤을 늘려 최종소비자 가격이 동일해질 것이므로 플랫폼간 수수료경쟁을 저해한다. 또한 공급업체들이 기존 플랫폼과 MFN 조항을 체결하고 있는 경우 신규 플랫폼이 낮은 수수료 및 낮은 가격으로 시장에 진입하여 경쟁력을 확보할 가능성이 감소한다.

즉 공급업체(숙박업체)간 내지는 플랫폼(OTA)간 경쟁을 제한하는 행위가 최혜대우요구 조항을 규제해야 하는 중요한 근거가 될 것이다. 물론 이로 인한 피해가 경쟁제한성을 넘어 거래상대방에 대한 착취행위로 기능한다면 착취남용의 법리를 병행적으로 적용할 수 있을 것이다. 그러나 기본적으로 최혜대우요구 조항은 담합조장행위(facilitating practices)로 분류²⁶⁸⁾될 정도로 가격경쟁을 제한시키는 것에 그 피해가 있다고 보는 것이 타당하다.

나. 최혜대우요구에 대한 현행 규제조항 : 거래상지위남용

법 및 시행령에서는 불공정거래행위의 유형을 크게 9개 유형, 세부적으로 29개 유형으로 규정하고 있는데, 각 행위유형별로 문제되는 공정거래저해성의 내용에는 차이가 있다. 심사지침에 따르면 불공정거래행위 중에서 거래거절²⁶⁹⁾, 차별적 취급, 경쟁사업자 배제, 거래강제 중 끼워팔기, 구속조건부 거래행위는 주로 경쟁제한성의 측면에서 그 위법성을 판단하도록 하고 있다. 반면에 부당한 고객유인, 거래강제 중 사원판매와 기타의 거래강제, 사업활동방해는 불공정한 경쟁수단에 해당되는지

268) 이호영, 독점규제법 제6판, 홍문사, 2020., 236면

269) 불공정거래행위로서의 기타의 거래거절의 경우 심사지침은 경쟁제한성 측면에서 위법성을 판단하도록 하고(V.1.나.(2)(가)), 불공정성 측면에서 위법성이 문제되는 경우에는 거래상 지위남용(불이익제공) 또는 사업활동방해(기타의 사업활동방해)로 규율하도록 하고 있다(V.1.나.(3)). 반면에 대법원은 불공정거래행위로서의 기타의 거래거절은 불공정성의 측면에서 위법성을 판단하여야 한다는 입장을 취하고 있다(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결).

여부를 위주로 그 위법성을 판단하도록 하고 있고, 거래상 지위의 남용 행위는 거래내용의 불공정성 측면에서 그 위법성을 판단하도록 하고 있다.²⁷⁰⁾

즉 불공정거래행위는 경쟁제한성을 위주로 심사하는 행위 유형과 불공정성을 위주로 심사하는 행위 유형으로 구분할 수 있는데, 거래상 지위남용행위는 후자에 속한다.²⁷¹⁾ 대법원 역시 “거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위인지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다.”라고 판시하여 불공정성을 거래상지위남용행위의 부당성 판단 기준으로 제시하였다.²⁷²⁾ 즉 여기서 행위의 부당성을 판단함에 있어서는 거래상대방의 선택의 자유 또는 능률경쟁의 침해 여부가 관건이 된다.²⁷³⁾ 거래상대방이 거래처를 쉽게 변경할 수 있는지 여부가 중요한데, 거래처를 용이하게 옮길 수 있다면 의사결정의 자유가 제약되었다고 보기 어렵다.²⁷⁴⁾

거래상지위남용은 시장지배적지위남용 중 일부와 유형이 중복되어 보일 수 있으나 이 역시 그 의도와 목적 면에서 상이하므로 다른 요건으로 판단된다. 우선 시장지배적 사업자의 착취남용행위(법 제5조 제1항 제1호 가격남용행위, 제2호 출고량 조절행위, 제5호 후단 소비자이익저해행위)는 시장지배적 사업자가 유효경쟁이 이루어지고 있지 않은 시

270) 이민호, 거래상 지위의 남용과 거래질서, 경제법판례연구회, 2016.9.28. 발표 262~263면

271) 정재훈, 공정거래법 소송실무 제3판, 육법사, 2020.6.30. 404면

272) 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011두7854 판결 등 다수

273) 신현운, 경제법(제8판), 법문사, 2020., 305면

274) 정호열, 경제법(제6판), 박영사, 2019년, 412면

장에서 사업자나 소비자 등 거래상대방의 정당한 이익을 침해한다는 점²⁷⁵⁾에서 금지하는 것이지만 그러한 행위로 독과점 이윤을 얻음으로써 시장지배적 지위를 강화하는 것을 방지하고자 한다는 점에서 다르다. 또한 시장지배적 사업자의 방해남용행위(법 제5조 제1항 제3호의 사업활동 방해행위) 역시 거래상 지위남용행위 유형과 중복될 수 있지만, 방해남용행위는 시장지배적 사업자의 존재로 이미 구조적으로 제한된 시장에서의 잔존경쟁을 보호하고자 하는데 있다는 점²⁷⁶⁾에서 거래상 지위남용행위와는 차이가 있다.

요약하면, 거래상지위남용행위는 시장지배적지위남용행위와 일부 유형이 중복되는 것처럼 보이지만 시장의 전반적인 경쟁에 대한 차원보다는 거래상대방과의 계약에 대한 불공정성에 집중하여 심사하는 행위이다. 또한 같은 불공정거래행위 중에서도 거래상지위남용행위는 거래상대방의 선택의 자유, 의사결정의 자유 등을 중점적으로 판단하는 불공정성을 위주로 심사하는 행위 유형으로 구분된다.

다. MFN 조항의 폐해와 현행 규제조항의 부적확성

제4장 제1절에서 살펴본 바와 같이 쿠팡(주)의 대규모유통업법 등 위반행위에 대한 건²⁷⁷⁾, (유)딜리버리히어로 코리아(요기요)의 거래상 지위 남용행위에 대한 건²⁷⁸⁾의 경우 거래상지위남용 중 경영간섭을 적용하였으며, 농업협동조합중앙회의 거래상지위 남용행위 사건²⁷⁹⁾의 경우 거래상지위남용 중 불이익제공을 적용하였다. 우리나라 경쟁당국은 최혜대우조항을 모두 거래상지위 남용 법리를 적용하여 조치하였다.

275) 이봉의, 독과점시장과 착취남용의 규제, 경쟁법연구 제22권, 2010, 123면

276) 이봉의, 공정거래법상 방해남용의 위법성 판단기준, 법조 제52권 제10호, 2003, 124면

277) 공정거래위원회 2021.9.23. 의결 제2021-237호, 사건번호 2018유통0704

278) 공정거래위원회 2020.8.24. 의결 제2020-251호, 사건번호 2016서경2277

279) 공정거래위원회 2010.9.14. 의결 제2010-111호, 사건번호 2010제감0981

따라서 최혜대우요구 조항의 가장 대표적인 해악이 경쟁제한성을 일으켰다는 것인데, 경쟁당국은 경쟁제한성을 위주로 검토하기보다는 사업자의 행위가 거래상대방에게 불공정한 측면을 야기했다는 점을 문제 삼고 있다. 즉 MFN 조항이 시장에서 가격 등을 경직시키고 신규 사업자의 진입을 차단하고 있다는 점이 가장 큰 문제이지만, 실질적으로 사업자의 행위가 시장경쟁에 어느 정도 영향을 줬는지에 대해서는 분석의 중요성이 상대적으로 적다. 경쟁당국은 이를 이른바 거래상대방에 대한 '갑질행위'로 규제하고 있기 때문에 거래상대방에게 어떠한 피해를 초래했느냐에 대한 입증이 더욱 중요했던 것이다.

예컨대 쿠팡(주)의 대규모유통업법 등 위반행위에 대한 건의 경우, 쿠팡이 101개 납품업체들에 대하여 거래상지위가 존재하는지 여부, 다른 경쟁온라인몰의 가격보다 높게 판매되지 않도록 경영활동을 간섭하였는지 여부를 중점적으로 입증하였다. 공정거래 저해성을 검토하고 있긴 하지만 납품업체들이 다른 온라인몰에서의 할인행사를 철회하거나 낮은 가격으로 판매하지 못하도록 할 수밖에 없었고, 그로 인해 납품업체들과 거래상대방과의 관계가 악화될 우려가 있는 점을 지적하였다.²⁸⁰⁾ 물론 공정위는 쿠팡의 이와 같은 행위로 경쟁온라인몰간 가격경쟁이 저해되고, 판매가격이 인상되는 효과로 소비자 후생이 저해되거나 저해될 우려가 크다고 언급하기는 했지만 거래상지위 남용행위의 주된 요건이 아니기 때문에 이에 대해 심도있는 입증을 하지는 않았다.

또한 (유)딜리버리히어로코리아의 거래상지위 남용행위에 대한 건에서도 요기요가 배달음식점들에 대하여 거래상지위가 존재하는지 여부, 다른 판매경로를 통해 더 저렴하게 판매하지 못하도록 한 행위가 경영간섭행위에 해당하는지 여부를 중점적으로 살폈다. 공정거래저해성

280) 공정거래위원회 2021.9.23. 의결 제2021-237호, 사건번호 2018유통0704

을 검토하고 있기는 하지만 거래상대방의 의사결정을 제한한다는 점에 치중하고 있다. 즉 경쟁배달업체 등 다른 판매경로를 통해 더 저렴하게 판매하지 못 하도록 강제함으로써 배달음식점의 자유로운 의사결정을 제한한다는 점, 비용부담의 주체가 배달음식점인데 이는 수익자부담원칙에 부합하지 않는다는 점, 그리고 이는 통상적인 거래관행이라고 보기 어렵다는 점을 지적하고 있다.²⁸¹⁾

마지막으로 농업협동조합중앙회의 거래상지위 남용행위 사건에서도 농협이 농약제조업체에 대하여 거래상지위가 있는지 여부, 행위의 부당성 여부를 판단하였다. 여기서 부당성은 농협에게 일방적으로 유리하고 농약 제조업체에게 불리한 거래조건이었다는 점, 상당한 양의 부당이득을 취하였다는 점, 정상적인 거래관행에 부합되지 않는다는 점을 입증하였다.²⁸²⁾ 물론 유통경로간 가격경쟁을 제한하여 최종소비자의 농민들의 소비자 후생을 저해한다는 점을 언급하고 있기는 하지만 역시 거래상지위 남용행위의 주된 요건이 아니기 때문에 이에 대해 심도있는 입증을 시도하지는 않았다.

거래상지위남용 사건에서는 경쟁제한성에 대한 입증, 즉 경쟁자의 비용 증대가 실질적으로 일어났고 그러한 비용상승으로 인해 가격인상 등 소비자의 후생을 저해할 우려가 실질적으로 검토되지 않고 소홀해지기 쉽다. 대신 거래상 지위가 있는지, 그 지위를 부당하게 남용하였는지에 대한 입증이 과도하게 이루어질 수 있다.²⁸³⁾ 즉 최혜대우요구의 주요 폐해인 시장경쟁을 제한하는 효과가 거의 검토되지 않았고, 거래상지위 남용행위의 요건에 맞추어 그 거래상지위의 존재와 불공정성만이 집중적으로 다루어졌다. 따라서 진단과 처방이 부조응하는 상황에서 적확

281) 공정거래위원회 2020.8.24. 의결 제2020-251호, 사건번호 2016서경2277

282) 공정거래위원회 2010.9.14. 의결 제2010-11호, 사건번호 2010제감0981

283) 경쟁당국이 거래상 지위남용의 법리를 적용할 수밖에 없는 이유는 제5장 제1절에서 살펴본 바와 같이 현행법상 현실적인 대안이 없기 때문이다.

한 규제조항이 적용되었다고 보기 힘들다. 또한 이렇게 진단과 처방이 부합되지 않는 상황은 실무적으로도 기형적인 법적용 문제를 발생시킬 수 있다.

3. 경쟁법 적용의 실무적 한계

가. 과대(과잉)·과소집행의 가능성

현행법상 최혜대우요구 조항을 거래상지위 남용행위로 규제하는 것은 위법성의 근거가 전적으로 상이한 행위들을 동일한 규제조항에 포괄시킴으로써 경우에 따라서는 경쟁법의 과도·과소집행 가능성이 매우 높다. 남용이란 시정조치와 과징금 등 불이익한 법률효과를 수반하는 것이어서 자칫 그 개념을 지나치게 넓게 해석할 경우에는 오히려 자유로운 시장경쟁을 저해할 수 있는 바, 이러한 과잉집행의 문제를 ‘Type II 오류’ 또는 ‘false positive’라 한다. 반면 남용을 너무 좁게 해석할 경우에는 그에 따른 폐해를 방지하는 부작용을 초래할 수 있고 이때 발생하는 과소집행의 문제가 ‘Type I 오류’ 또는 ‘false negative’이다.²⁸⁴⁾ 즉 특정 사업자의 특정한 행동이 공정거래법을 위반하지 않았음에도 불구하고 위반하였다고 판단하여 과징금 부과 등 불이익 처분을 내리는 것을 ‘과대집행의 오류’라 하며, 사실은 공정거래법에 위반된 행동임에도 불구하고 위반 사실이 없다고 보아 제재하지 않는 경우를 ‘과소집행의 오류’라고 한다.²⁸⁵⁾

1) 과대(과잉)집행의 가능성

284) 이봉의, 앞의 책, 220면

285) 김지흥, 이병주, 과대집행과 과소집행의 딜레마 - 경쟁법의 숙명, 저스티스 통권 제 135호, 2013. 4, 277면

지금까지 거의 모든 최혜대우요구 조항이 경쟁제한성뿐만 아니라 거래상지위남용의 요건을 만족시킬 수 있었기에 거래상지위 남용행위로서 규제가 가능했다. 쿠팡(주)의 대규모유통업법 등 위반행위에 대한 건, (유)딜리버리히어로코리아의 거래상지위 남용행위에 대한 건, 농업협동조합중앙회의 거래상지위 남용행위 사건 모두 쿠팡, 요기요, 농협이 거래상대방에 대해 거래상지위를 가지고 있었고 거래상대방의 의사에 반하여 불공정한 거래조건을 강행한 측면이 있었다. 심지어 거래상대방이 이에 반대하여 따르지 않을 경우 거래를 중지하는 등 강한 패널티를 부과하는 경우도 있었다.

그런데 최혜대우요구 조항으로 인해 경쟁제한성이 나타나기 때문에 규제가 필요하지만 거래상지위남용행위의 요건을 만족시키지 않는 경우 문제가 발생할 수 있다. 만약 거래상지위가 없거나 거래상대방의 협의 또는 묵인 하에 최혜대우요구 조항을 삽입한 경우 거래상지위남용행위로 포섭하기에 어려움이 있을 수 있다. 그러나 경쟁당국은 무리를 해서라도 거래상지위남용의 법리를 적용시키려 할 수 있다. 거래상지위를 입증할 수 없거나 강제성이 없는 경우에도 거래상지위남용의 요건을 넓게 해석해서 당해 행위의 폐해를 규율하려는 유인이 생긴다.²⁸⁶⁾ 즉, OTA 사업자가 숙박업체에 대해 거래상지위가 없거나 최혜대우요구 조항이 숙박업체와 상호 합의하여 삽입된 조항이라고 하여도 이를 거래상지위남용으로 규제하려는 과대집행의 가능성이 있다.

예컨대 공정위는 경기도시공사 사건에서 ‘거래상지위’를 넓게 해석하였다는 점에서 관련 사건에 대한 소송에서 패소를 한 바 있다. 서울고등법원은 경기도시공사 판결²⁸⁷⁾에서 경제력과 전체적 사업능력에서 원

286) 더욱이 이를 규율해야 한다는 국민적 요구가 있거나 해외 경쟁당국이 이를 선제적으로 규제할 경우 경쟁당국의 압박은 더욱 심해질 것이다. OTA의 사건의 경우에도 국내 호텔업계가 규제를 요구하였고 거의 모든 해외 경쟁당국이 선제적으로 MFN 조항을 규제한 사건이었다.

고(경기도시공사)보다 우위에 있고 전국을 사업지역으로 하고 있는 거래 상대방(대형건설사)은 원고 이외의 거래처를 선택할 충분한 기회가 있고, 실제로 원고에 대한 거래의존도도 낮은 점을 알 수 있으므로, 원고가 거래 상대방에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 거래 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없다고 보았다. 또한 (주)케이티엔지의 부당한 고객유인행위에 대한 건²⁸⁸)에서 경쟁 당국은 KT&G가 편의점 가맹본부를 압박하는 방법으로 경쟁사업자의 거래를 방해했다고 보았지만, 편의점 가맹본부가 KT&G의 관계에서 무조건 열위에 있었다고 보는 것에 대해 비판적인 견해도 있다.²⁸⁹⁾

또한 공정위는 (주)골프존의 거래강제행위 및 거래상지위남용행위에 대한 건²⁹⁰)과 인천국제공항공사의 거래상지위남용행위에 대한 건²⁹¹)에서 '강제성'에 대한 판단을 법원과 달리 하였기 때문에 관련 사건에 대한 소송에서 패소한 바 있다. 우선 (주)골프존의 거래강제행위 및 거래상지위남용행위에 대한 건에서 서울고등법원은 점주들이 동의한 약관에 따른 것은 거래 상대방의 예측가능한 범위에 있기 때문에 해당 조항이 불공정한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.²⁹²⁾ 또한 인천국제공항공사의 거래상지위남용행위에 대한 건에서도 법원은 가격조정이 강제로 이루어진 것으로 보기 어려우며 매장위치와 변경 역시 충분한 협의를 거쳤

287) 서울고등법원 2016.9.28. 선고 2016누34563 판결; 대법원 2017.2.1. 선고 2016두56417 판결(심리불속행 기각)

288) 공정거래위원회 2015.4.10. 의결 제2015-107호

289) 임용, 경쟁자의 비용 증대를 통한 배제 전략의 경쟁법적 고찰 - 담배진열 공간 사례를 중심으로 -, 서울법학 제26권 제4호, 2019.2.28. 404면

290) 공정거래위원회 2014.8.11. 의결 제2014-176호

291) 공정거래위원회 2016.3.23. 의결 제2016-082호

292) 서울고법 2016.11.23. 선고 2014누62052 판결; 대법원 2017.4.13. 선고 2016두64999 판결(심리불속행 기각) (약관에 따라 점주들에게 GL이용료를 대신 징수하도록 한 행위는 점주들이 온라인상으로 이 사건 약관에 동의하는 절차를 거치게 되므로, GS 시스템의 설치이전에 이미 이 사건 약관의 내용을 알 수 있었을 것으로 보인다. 점주는 온라인 서비스 이용 시 노출되는 광고게재에 대하여 동의하고, 점주는 광고로 인하여 발생하는 직·간접적인 수익에 대하여 어떠한 권리도 가지지 않는다.'고 규정하고 있고, 점주들은 모두 이 사건 약관에 동의하였다.)

다는 이유로 부당한 불이익제공의 성립을 부정하였다.²⁹³⁾

이러한 사례에 비추어 보면 최혜대우요구에 대해서도 경쟁당국이 법률요건의 개념을 지나치게 넓게 해석하여 과잉집행의 문제(Type II 오류, false positive)를 유발할 가능성이 있다. 즉 규제가 필요하지만 거래상지위남용행위의 요건을 만족시키지 않는 경우 주어진 규정에 따른 규제를 위해 경쟁당국이 사업자간 지위를 억지로 끼워맞출 수 있다는 우려가 존재하는 것이다.

2) 과소집행의 가능성

과대(과잉)집행의 가능성과 반대로 행위에 따라 거래상지위남용의 요건으로 포섭이 되지 않을 경우, 경쟁제한성이 명확함에도 불구하고 경쟁당국은 규제를 포기하거나 적어도 규제가 지연될 수밖에 없다. 그와 같은 경우에는 경쟁법의 과소집행 가능성이 존재하게 된다.

제4장 제2절에서 검토한 바와 같이 해외경쟁당국은 2010년 전후로 OTA 사업자의 최혜대우요구에 대한 조사를 시작하였으며, 2013년 독일 경쟁당국(Bundeskartellamt)을 시작으로 영국, 스웨덴, 프랑스, 이탈리아, 호주 등 주요국가에서 사건조사에 대한 결론을 내리고 있었다. 심지어 일본, 홍콩, 러시아 등 경쟁당국이 모종의 결론을 내리고 있는 상황에서도 우리나라 공정위는 여전히 조사중이었다.

그동안 다른 플랫폼 사건에 대해서는 선제적²⁹⁴⁾으로, 적어도 늦

293) 서울고법 2017.8.16. 선고 2016누41967 판결; 대법원 2018.1.17. 선고 2017두61362 판결(심리불속행 기각)

294) 쿠팡 인코포레이티드, 한국쿠팡(주), 쿠팡 씨디엠에이테크놀로지코리아의 시장지배적 지위남용행위 등에 대한 건, 구글 엘엘씨 등의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건, 애플코리아(유)의 거래상지위남용행위 등에 대한 건 관련 동의를결에 대한 건 등 다수

지 않게 조치해오던 우리나라 공정위의 태도와 비교할 때 이는 매우 이례적인 일이라 할 수 있다. 그 이유는 최혜대우요구라는 행위유형이 국내 경쟁법을 바로 원용하여 조치하기 쉽지 않았기 때문일 것으로 추측한다. 물론 경쟁법 적용이 제약되었다는 사정 외에 우리나라에서 MFN 조항에 따른 피해가 상대적으로 늦게 발현될 수 있겠지만, 2010년대 후반에 가면 우리나라 역시 글로벌 OTA의 영향력을 상당히 받고 있었음은 앞에서 확인한 바 있다.²⁹⁵⁾

따라서 OTA 사건의 경우 최혜대우요구에 적용할 수 있는 법규가 불비되어 과소집행의 문제(Type I 오류, false negative)를 유발했을 가능성이 상당하다. 즉 규제가 필요하지만 정확한 규제조항을 찾기 어려운 경우 경쟁당국은 규제를 포기하거나 규제가 지연될 우려가 존재하는 것이다.

나. 형평성 문제

최혜대우요구 조항을 거래상남용행위로 규제하는 것은 과대(과잉)·과소집행의 가능성뿐만 아니라 일관된 위법성 판단기준을 제시하지 못함으로써 수범자 간 형평성을 침해할 수 있다. 우선 강제성 유무에 따른 형평성 문제, 거래상지위 유무에 따른 형평성 문제, 그리고 행위유형에 따른 형평성 문제, 안전지대 설정에 따른 형평성 문제로 나누어 살펴 보도록 하겠다. 행위유형에 따른 형평성 문제는 같은 불공정거래행위 중 구속조건부거래행위, 재판매가격유지행위, 부당한 공동행위 등과 비교하여 분석해보도록 하겠다.

1) 강제성 유무에 따른 형평성 문제

295) <표 4> 관광숙박시설 예약 경로별 비중에서 외국계 OTA를 통한 예약비중이 53.7%임을 확인할 수 있다.(김현주, 앞의 글, 86면)

거래상지위남용 조항을 적용할 경우 거래상지위남용 행위의 요건에 따라 '강제성'이 있는 행위의 경우 위법성을 인정할 수 있다.

앞서 살펴보았던 (주)골프존의 거래강제행위 및 거래상지위남용 행위에 대한 건²⁹⁶)과 인천국제공항공사의 거래상지위남용행위에 대한 건²⁹⁷)의 경우 거래상대방의 동의가 수반되었다는 이유도 법원으로부터 행위의 위법성이 부정되는 주요 근거 중 하나였다. 반면 국민은행의 거래상지위남용 사건의 경우 대법원은 행위의 강제성을 인정하였고 거래상지위남용에 해당한다고 판시하였다. 원고(국민은행)가 제후은행들에게 자기의 가맹점에 적용되는 수수료율을 일괄적으로 동일하게 적용하도록 하고 이를 따르지 않을 경우 업무제휴계약을 해지할 수 있다고 통보함으로써 제후은행들로 하여금 가맹점 수수료율을 변경하도록 한 행위는 제후은행들의 시장에서의 경쟁력을 필요 이상으로 제한하는 것으로서 정상적인 거래관행을 벗어나 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당한 행위라고 판단하였다.²⁹⁸)

따라서 동일한 행위라도 거래상대방과 합의된 행위의 경우 거래상지위남용행위에 포섭되지 않지만 일방이 강압적으로 이를 시행한 경우에만 규제대상이 된다. 심지어 경쟁제한성이 없거나 미미한 최혜대우요구 행위의 경우도 강제성이 있으면 거래상지위남용 행위로서 규제대상이 될 수 있다. 이 사안을 OTA 사업자에게 적용하자면, MFN 조항을 삽입하기로 호텔업체와 합의한 경우 규제대상이 되지 않지만 호텔업체의 의사에 반하여 삽입한 경우에만 규제대상이 되는 것이다. 실무적으로는 거

296) 서울고법 2016.11.23. 선고 2014누62052 판결; 대법원 2017.4.13. 선고 2016두64999 판결(심리불속행 기각)

297) 서울고법 2017.8.16. 선고 2016누41967 판결; 대법원 2018.1.17. 선고 2017두61362 판결(심리불속행 기각)

298) 대법원 2006.6.29. 선고 2003두1646 판결

대상대방인 숙박업체가 OTA 사업자를 상대로 최혜대우요구 조항에 대한 반대의 뜻을 명확하게 밝히거나, 위 조항을 따르지 않았다는 이유로 OTA 사업자가 숙박업체에게 패널티를 부과하는 경우 규제대상행위가 되기에 용이할 것이다.

그러나 호텔업체와 합의 하에 당해 조항이 계약에 반영된 경우, 행위의 지속성과 공고함이 증가하여 시장경쟁에 미치는 폐해는 더 클 수밖에 없다. 즉 OTA 사업자와 숙박업체의 합의 하에 최혜대우요구 조항이 계약조항으로 삽입되었다면 일방 당사자의 반대 하에 시행되는 경우보다 행위가 훨씬 안정적으로 오랫동안 지속될 수 있다. 당사자 모두의 필요에 의해 계약이 체결될 경우 협조가 잘 되는 것은 물론 계약에서의 이탈가능성도 현저하게 줄어들 것이기 때문이다. 이 경우 시장경쟁과 소비자후생에 더 큰 폐해가 초래되는 것은 물론이다. 그럼에도 불구하고 일방이 강압적으로 시행한 최혜대우요구 조항만을 문제삼고 있는 것은 모순되며 형평성에도 어긋난다.

2) 거래상지위 유무에 따른 형평성 문제

현행법에 따르면 동일한 최혜대우요구 행위라도 거래상대방에 따라 행위자가 거래상지위를 가지고 있지 않으면 경쟁법상 규제대상이 되지 않으며 거래상지위가 있다고 판단될 경우에만 규제대상이 된다. 사업자가 거래상대방에 대해 거래상 지위를 가지지 않는다면 각종 불이익을 가하더라도 이는 공정거래법 적용대상에 해당되지 아니한다.²⁹⁹⁾ 그러나 반대로 생각해보면 경쟁제한성이 미미한 최혜대우요구 행위의 경우도 거래상지위가 있다고 판단되면 규제대상이 될 수 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 서울고등법원은 경기도시공사 판결³⁰⁰⁾에

299) 불공정거래행위 심사지침 V.6.(2)(나)

서 경제력과 전체적 사업능력에서 원고(경기도시공사)보다 우위에 있고 전국을 사업지역으로 하고 있는 거래상대방(대형건설사)은 원고 이외의 거래처를 선택할 충분한 기회가 있고, 실제로 원고에 대한 거래의존도도 낮은 점을 알 수 있으므로, 원고가 거래상대방에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 거래상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

반면 신문사와 지국 사이((주)조선일보사의 부당한 경품류제공행위 등 건)³⁰¹⁾, 엔터테인먼트업체와 가수지망생과의 관계((주)에스엠엔터테인먼트의 거래상지위 남용행위 건)³⁰²⁾, 한국토지공사와 주택건설업체(한국토지공사의 거래상지위 남용행위 건)³⁰³⁾ 등 무수한 사례에 대해서는 법원이 우월한 거래상 지위가 있다고 판단하였다. 요약하면 우월적 지위에 있다고 인정되는 사례로는 행위자가 대규모 또는 유력한 사업자이고 상대방이 상품이나 용역의 특성상 행위자와 거래를 계속해야 하는 경우, 상대방이 다른 거래처를 발견하기 어려운 경우, 행위자의 사업능력이나 법률지식이 상대방에 비하여 월등한 경우 등이다.³⁰⁴⁾

여기서 동일한 OTA 사업자가 동일한 MFN 조항을 모든 호텔과의 계약에 삽입했다고 가정하자. 이 경우 국제적인 체인을 가진 특급호텔과의 계약에서는 문제가 되지 않을 확률이 높지만, 이름 없는 소규모 호텔과의 계약에서만 문제가 될 소지가 높을 것이다. OTA 사업자가 국제적인 체인을 가진 특급호텔보다는 이름 없는 소규모 호텔에 대하여 거래상지위를 가질 확률이 높기 때문이다.

300) 서울고등법원 2016.9.28. 선고 2016누34563 판결; 대법원 2017.2.1. 선고 2016두56417 판결(심리불속행 기각)

301) 대법원 1998.3.24. 선고 96누11280 판결

302) 서울고등법원 2005.5.18. 선고 2004누2849 판결; 대법원 2005.11.10. 선고 2005두5987 판결

303) 서울고등법원 2004.4.8. 선고 2002누19284 판결; 대법원 2006.12.21. 선고 2004두5119 판결

304) 신동권, 독점규제법 제3판, 박영사, 2020년, 773면

또한 그 반대의 경우도 생각해볼 수 있다. 같은 호텔에서 상이한 OTA 사업자와 동일한 MFN 조항을 체결할 경우 시장점유율이 높고 유력한 OTA 사업자와의 계약은 문제가 될 소지가 높지만, 시장점유율이 낮고 미미한 OTA 사업자와의 계약은 문제가 되지 않을 것이다. 시장점유율이 높고 유력한 OTA 사업자보다는 시장점유율이 낮고 미미한 OTA에 대하여 상대적으로 호텔의 거래상지위가 높아지기 때문이다.

MFN 조항의 경쟁제한성은 거래상대방에 대한 거래상지위의 존부를 불문하고 발생하는 것이며, 오히려 계약당사자가 당해 시장에서 유력한 사업자일 경우 시장경쟁에 미치는 피해는 더 클 수밖에 없다. 최혜대우요구의 피해는 이 조항에 참가자가 많을수록, 시장에서 참가하는 사업자의 비중이 높을수록 마치 카르텔 같은 경쟁제한 효과가 나타나며 효과의 강도가 높아진다. 예컨대 같은 OTA 사업자라고 하더라도 5%의 점유율을 가진 호텔과 MFN 조항을 체결할 때보다 10%의 시장점유율을 가진 호텔과 MFN 조항을 체결할 때 시장에 미치는 효과가 커질 것이기 때문이다.³⁰⁵⁾ 여기서 계약당사자간에 거래상지위가 있는지 여부는 크게 중요하지 않다. 그럼에도 불구하고 OTA 사업자의 거래상지위가 있는 경우의 최혜대우요구 조항을 문제삼고 있는 것은 모순되며 형평성에도 어긋난다.

3) 행위유형 구분에 따른 형평성 문제

현행법에 따르면 시장에서 동일한 경쟁제한성을 발생시킴에도 불구하고 행위유형상 구속조건부거래행위, 재판매가격유지행위유형에 포함될 경우 규제의 대상이 되지만 최혜대우요구 조항의 경우 불공정거래

305) 반대로 같은 호텔이라고 하더라도 10%의 시장점유율을 가진 OTA 사업자와 MFN 조항을 체결할 때보다 20%의 시장점유율을 가진 OTA 사업자와 MFN 조항을 체결할 때 시장에 미치는 효과가 커질 것이다.

행위로서의 규제대상에서 실질적으로 제외된다. 또한 경쟁제한성이 없거나 미미한 최대우요구 행위의 경우도 강제성과 거래상지위가 있으면 불공정거래행위(거래상지위남용행위)로서의 규제대상이 될 수 있음은 위에서 확인한 바 있다.

가) 구속조건부거래행위

우선 구속조건부거래행위는 제5장 제1절 2. 나.에서 살펴본 바와 같이 법 제45조 제1항 제7호에서 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위"를 의미하며 시행령 별표에서는 그 세부유형으로서 배타조건부거래³⁰⁶⁾, 거래지역 또는 거래상대방의 제한³⁰⁷⁾만을 행위유형으로 들고 있다. 우선 배타조건부거래란, 부당하게 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위를 말한다.(법 시행령 별표2 제7호 가) 또한 거래지역 · 거래상대방의 제한이란, 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 그 거래상대방의 거래지역 또는 거래상대방을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위를 말한다.(법 시행령 별표2 제7호 나)

서로 다른 거래단계에 있는 공급자와 거래상대방이 상품 또는 용역의 판매 또는 구입에 관하여 체결하는 계약을 통상 수직적 거래 내지 '수직적 협정'(vertical arrangement; vertical agreement)이라 한다. 그리고 이는 다시 거래상대방의 가격설정의 자유를 제한하는 이른바 가격제한행위 내지 재판매가격유지행위와 가격 이외에 다른 사업활동의 자유를 제한하는 비가격제한행위(non-price restraints)로 나눌 수 있다.³⁰⁸⁾ 즉

306) 부당하게 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위를 말한다.

307) 상품 또는 용역을 거래하는 경우에 그 거래상대방의 거래지역 또는 거래상대방을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위를 말한다.

308) 이봉의, 앞의 책, 916면

수직적 협정에서 가격과 관련된 제한행위는 재판매가격유지행위로, 그 외의 행위는 구속조건부거래행위 등 다른 행위유형으로 구분하여 규제가 이루어지고 있는 것이다.

최혜대우요구 조항은 거래상대방의 사업활동 중 최종소비자에게 판매하는 '가격'을 부당하게 구속하는 행위로서 구속조건부거래행위의 일종으로 생각할 수도 있다. 하지만 가격을 제한하는 행위는 재판매가격유지행위의 영역으로 남겨두었기 때문에 구속조건부거래행위에서 '가격' 조건 제한은 법 시행령 별표 2에 포섭되는 행위로 규정하지 않은 것으로 보인다. 따라서 최혜대우요구 조항은 구속조건부거래행위의 규제대상에서 제외된다.

어떻게 본다면 '거래지역', '거래상대방'을 제한하는 행위보다 '가격'을 구속하는 행위가 더 직접적으로 경쟁을 침해할 수 있다. 카르텔 이론에서는 경성카르텔 중에서도 가장 악성으로 인식되고 있는 가격담합의 경우에는 관련시장에서 경쟁제한성을 입증하는 것이 상대적으로 쉬울 뿐만 아니라, 비교형량을 하더라도 극히 예외적인 경우에만 정당성이 인정되고 있다.³⁰⁹⁾ 그럼에도 불구하고 구속조건부거래행위에서 배타조건부거래, 거래지역 또는 거래상대방의 제한만 문제삼는 것은 형평성 차원에서 적절하지 않다.

참고로 일본의 경우 구속조건부거래행위에 3가지 세부행위유형이 지정되어 있는데, 배타조건부거래행위(일반지정 제11항), 재판매가격의 구속(일반지정 제12항), 기타 구속조건부거래행위(일반지정 제13항)이 그것이다. 여기서 기타 구속조건부거래행위는 일반지정 제11항, 제12항에 해당하는 행위 이외에 거래상대방 등의 사업활동을 부당하게 구속하는 행위로 규정함으로써 상당히 넓은 범위를 포괄하고 있다.

309) 이봉의, 앞의 책, 1129면

나) 재판매가격유지행위

법 제2조 제20호의 ‘재판매가격유지행위’란 사업자가 상품 또는 용역을 거래할 때 거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 그 가격대로 판매 또는 제공하도록 그 밖의 구속조건을 붙여 거래하는 행위를 말한다고 정의하고 있다. 재판매가격유지행위는 제조업자나 도매업자 등 ‘상류(upstream) 사업자’가 유통업자나 소매업자 등 ‘하류(downstream) 사업자’에 대하여 상품 등을 공급하면서 그 재판매가격을 지정하거나 일정한 수준 이상 또는 이하로 유지하도록 하는 것을 말한다.³¹⁰⁾

재판매는 위탁판매와 구분되는 개념인데 위탁판매라 함은 위탁매매인이 위탁매매계약에 따라 위탁자의 계산으로 자기명의로 제3자와 물건 또는 유가증권의 매매계약을 체결하는 것을 말한다.(상법 제101조) 재판매가격유지행위 심사지침에는 매매와 위탁판매의 구분기준을 제시하고 있으며, 만약 위탁판매에 해당할 경우에는 재판매가격 유지행위에 해당되지 아니한다고 명시하였다. 동법이 ‘재판매’를 요건으로 하고 있기 때문에 동 법문을 엄격하게 해석할 경우 위탁판매의 형태에서는 재판매가격유지 자체가 성립할 여지가 없게 된다.³¹¹⁾ 즉 재판매가격유지행위 유형의 규제는 “재판매”라는 개념요건을 충족해야 하기 때문에 도매-소매모델(wholesale-reseller model)에 적용될 수 있으며, 대리점 모델(agency model)에 대해서는 적용하기 어려운 한계가 있다.

제5장 제1절 3. 나.에서 살펴본 바와 같이 OTA 사업자는 호텔로

310) 이호영, 앞의 책, 485면

311) 이봉의, 앞의 책, 1093면

부터 객실을 자신이 구매하여 소비자에게 '재판매'한 것이 아니라, 최종 소비자와 숙박업체와의 거래를 '중재(Agency)'했을 뿐이다. 즉 1) 수탁자가 자신의 명의로 판매하고, 2) 판매로 인한 손익이 상품·용역의 소유자인 위탁자에게 귀속되며, 3) 상품을 판매하는 자는 수수료만 수령하는 등 주선행위를 업으로 하는 자일 것 등³¹²⁾ 위탁판매자로서의 조건을 모두 만족하기 때문에 '재판매'가 존재하는 것으로 보기에 어려운 측면이 있다. 일반적으로 위탁판매업자가 독립된 경쟁단위로서의 성격을 갖고 있는가 여부에 대한 판단기준으로 외상판매대금회수책임이나 상품보관책임, 잔고품에 대한 위험부담, 보수산정방법 등이 고려³¹³⁾되는데 그러한 책임을 OTA 사업자가 부담한다고 보기 어렵기 때문이다. 따라서 MFN 조항에 대하여 재판매가격유지행위 금지조항을 적용하는 것은 어려운 것으로 보인다.

그런데 사업모델이 도매-소매모델(wholesale-reseller model)인지 대리점 모델(agency model)인지는 사업자가 자신의 사업내용을 구현하는 데 가장 효과적인 모델을 선택하는 것이며, 그러한 사업자의 선택에 따라 경쟁법 적용여부가 달라지는 것은 형평성 차원에서 바람직하다고 볼 수 없다. 시장경쟁과 소비자에게 미치는 실질적인 영향력이 동일하다면, 그것이 '재판매'라는 개념에 포섭되는지 여부를 떠나 동일한 규제가 적용되는 것이 상식적일 것이다. '재판매'라는 개념에 포섭되지 않아 동행위유형으로 규제할 수 없다면 다른 행위유형에 포섭시키거나 별도의 행위유형을 만들어 공정거래법이 적용될 수 있어야 할 것이다.

다) 부당한 공동행위

312) 재판매가격유지행위 심사지침(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 예규 제386호 2021.12.30. 일부개정) 2. 라. 참고

313) 이봉의, 앞의 책, 1093면

부당한 공동행위는 둘 이상의 사업자가 공동으로 상품 또는 용역의 가격 등의 거래조건, 거래량, 거래상대방 또는 거래지역 등을 제한하는 행위를 말하며, 통상 ‘카르텔’(cartel) 또는 ‘담합’이라고 한다.³¹⁴⁾ 부당한 공동행위가 성립하기 위한 요건은 크게 주관적 요건과 객관적 요건으로 나눌 수 있다. 주관적 요건으로 ‘2 이상의 사업자’에 의한 ‘합의’가 존재하여야 하고, 객관적 요건으로 그러한 합의가 부당하게 경쟁을 제한하는 것이어야 한다.³¹⁵⁾

여기서 행위주체가 2 이상이라는 의미는 그 본질이 ‘합의’에 있는 만큼 둘 이상의 의사표시 내지 의사의 연락을 전제로 한다는 의미이며, 반면 시장지배적 지위남용이나 불공정거래행위는 일방적인 의사표시 내지 사실행위로도 충분히 성립할 수 있다.³¹⁶⁾ 따라서 공동행위의 경우 행위의 주체 둘 이상이기 때문에 카르텔 행위에 가담한 모든 사업자가 행위자로서 처벌을 받는다. 그러나 단독행위의 경우 일방적인 행위인 만큼 행위를 능동적으로 주도하고 계획한 사업자만 행위자로서 처벌을 받을 것이다.

3개 학생복제조업체의 부당한 공동행위에 대한 건(공정위 의결 제2001-82호, 2001.5.31.), 주파수공용통신장치 구매입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(공정위 의결 제2008-137호, 2008.5.2.), 7개 영화배급·상영사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(공정위 의결 제2008-168호 2008.6.10.), 13개 음원유통사업자들의 부당한 공동행위에 대한 건(공정위 의결 제2011-85호, 2011.6.29.), 5개 종합유선방송사업자 등의 부당한 공동행위에 대한 건(공정위 의결 제2011-153호, 2011.8.24.), 온나라시스템 구축사업 입찰담합 사건(공정위 의결 제2014-4호, 2014.1.7.)

314) 이호영, 앞의 책, 211면

315) 이봉의, 앞의 책, 613면

316) 이봉의, 앞의 책, 615면

등에서 살펴보면, 법원은 수직적 관계에 있는 사업자도 부당한 공동행위의 책임을 질 수 있다. 그러나 이들 사건의 바탕에는 수평적 관계에 있는 사업자들간 합의가 존재하고 있으며 순수하게 수직적 합의만 있는 상황에 대해서는 법원의 판단이 없는 실정이다.

따라서 만약 OTA와 숙박업체가 서로 공모 하에, 내지는 숙박업체의 묵시적 수용을 통해 이러한 계약조건이 삽입되었다면 부당한 공동행위의 규율이 적용될 수 있는지 여부는 아직 불분명하다. 다만 이들간의 계약이 공동행위로서 인정되지 않고 불공정거래행위, 재판매가격유지행위 등 단독행위에 포섭된다면 위 계약을 보다 적극적으로 주도한 사업자, 주로 계약서를 먼저 제시한 OTA 사업자만 행위자로서 처벌받게 될 확률이 높다. 계약서에는 MFN 조항에 대하여 분명 OTA 사업자와 숙박업체간 합의하고 서명하였지만, 이들간 합의가 공동행위가 아닌 단독행위로 포섭될 경우 일방행위의 위법성에 초점이 맞춰질 것이기 때문이다.

게다가 부당한 공동행위의 경우 명시적 합의뿐만 아니라 묵시적 합의까지 합의로 인정되고 있다. 여기서 묵시적 합의란 언어나 문자와 같은 상징적 수단이 아닌 다른 수단, 예컨대 거동과 같은 물리적 수단에 의하여 이루어지고 그 과정에서 그 물리적 수단에 배태된 의사소통적 요소나 그 맥락에 비추어 합의가 이루어졌다고 인정될 수 있는 경우로서 통상 실행행위에 대한 증거가 수반된다.³¹⁷⁾ 또한 6개 LPG 사업자들의 부당한 공동행위 사건에서 대법원은 가격을 추종하는 가격결정 관행이 상당 기간 누적되어 왔다면 가격을 통지하는 행위만으로도 묵시적 합의가 있었다고 판단할 수 있다고 하였다.³¹⁸⁾

317) 홍대식, 합의 증명의 요소로서의 사업자 간 의사연결의 상호성 · 정보교환을 중심으로, 경쟁법연구 제30권, 2014. 121-122면

318) 대법원 2014.6.26. 선고 2012두 23075 판결

OTA 사업자와 숙박업체와의 계약은 묵시적 합의를 넘어 계약서가 존재하는 명시적인 합의이지만, 공동행위로 인정받지 못 하고 행위가 담당한 일방만이 처벌받게 된다는 점에서 바람직하다고 볼 수 없다. 특히 묵시적 합의까지 합의로 인정받는 수평적 공동행위와 비교할 때 이는 형평성 차원에서 적절하지 않다고 판단된다.

4) 안전지대 설정에 따른 형평성 문제

사업자의 시장점유율이 일정 수준 이하인 경우에는 당해 행위가 경쟁에 미치는 효과가 미미할 것으로 판단하여 원칙적으로 위법성이 없는 것으로 취급하고 있다. 대표적으로 유럽의 경우 간이 심사지침(de minimis Guidelines)³¹⁹⁾에서는 수평적 경쟁제한의 경우 10%의 시장점유율, 수직적 경쟁제한의 경우 15%의 시장점유율을 넘지 않는 경우에는 원칙적으로 경쟁저해성이 없는 것으로 추정하고 있다.³²⁰⁾ 또한 EU기능조약(TFEU) 제101조 제3항 및 수직일괄면제규정(Vertical Block Exemption Regulation, VBER)에 따라 시장점유율이 30%가 넘지 않으면 경성적 제한행위를 제외한 행위에 대해서 EU기능조약(TFEU) 제101조 제1항의 적용을 면제해주고 있다. 즉 VBER 제4조에서 정하는 경성제한에 해당하지 않는 한, 시장점유율이 30%를 초과하지 않는다면 수직적 계약에서의 MFN 조항은 VBER 적용대상이 되지만, 30%를 초과하는 경우에는 MFN 조항에 대한 개별적 심사가 요구된다.³²¹⁾ 따라서 유럽의 경

319) Comm., Notice on agreements of minor importance, OJ C 368, 13(2001.12.22.)

320) 이봉익, 앞의 책, 921면

321) COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry {COM(2017) 229 final}, Brussels, 10.5.2017 SWD(2017) 154 final 179면 (“In the absence of a hardcore restriction under Article 4 of the VBER, parity clauses in vertical agreements are covered by the VBER if the parties’ market shares do not exceed 30 %. Should market shares exceed 30 % an individual assessment of parity clauses will be required.”)

우 30%를 초과하는 사업자의 수직적 제한행위(경성적 제한행위 제외)는 모두 원칙적으로 심사의 대상이 되고 있는 것이다.

우리나라의 경우 '안전지대'라 하여 불공정거래행위의 외형에 해당하는 행위가 있다고 하더라도 공정위가 원칙적으로 심사를 개시하지 않는 심사면제대상을 설정하고 있다.³²²⁾ 안전지대란 매출액이나 시장점유율 등을 기준으로 통상적으로 경쟁저해성이 미미할 것으로 판단되는 사업자의 행위에 대하여 원칙적으로 경쟁법 위반에 해당되지 않고, 따라서 심사절차를 개시하지 않을 것임을 밝히는 제도를 의미하며 범집행의 효율성과 과도한 규제의 개선을 도모하기 위한 수단으로 이해되고 있다.³²³⁾ 예컨대 기업결합의 각 유형별로 결합 후 시장집중도 및 그 변화 정도를 기준으로 안전지대를 설정하여 일정한 기준에 미달하면 경쟁을 실질적으로 제한하지 않는 것으로 추정하고, 기타의 경우에는 경쟁이 실질적으로 제한될 가능성이 있다고 규정하고 있다.³²⁴⁾ 또한 경쟁제한성 위주로 심사하는 불공정거래행위 유형에 대하여 적용되며, 구속조건부거래행위의 경우 시장점유율 10% 미만(연간매출액 50억 원 미만)인 경우 심사가 면제되지만 거래상지위남용행위와 재판매가격유지행위의 경우 안전지대가 설정되지 않아 원칙적으로 모든 사업자가 심사대상이 된다.

따라서 같은 수직적 제한행위라 하더라도 행위유형에 따라 시장점유율 10% 이상 사업자만 심사대상이 되거나 모든 사업자가 심사대상이 되는 모순이 발생한다. 예컨대 MFN 조항을 경쟁제한성 위주로 심사하는 불공정거래행위로 규제할 경우 시장점유율 10% 미만인 사업자는 심사가 면제되지만 거래상지위남용행위로 규제할 경우 원칙적으로 심사의 대상이 된다. 그 결과 원칙적으로 인지된 모든 사건에 조사절차가 개

322) 불공정거래행위 심사지침(시행 2021.12.30. 공정거래위원회 예규 제387호 2021.12.22. 일부개정) III.2.가.

323) 이봉익, 앞의 책, 920면

324) 이호영, 앞의 책, 127면

시되고, 사업자로서는 미미한 범위반행위에 대해서도 시정조치나 과징금이 부과될 위험을 부담하게 된다. 즉, 그 규모나 시장점유율 면에서 미미한 지위에 있는 사업자는 심사절차에서 중국적으로 위법성이 없는 것으로 판명될 가능성이 높음에도 불구하고 절차의 진행에 따른 경제적 비용과 고객 및 거래처의 신뢰저하 등의 손실을 입게 된다. 아울러 공정위로서도 중국에는 공정거래저해성이 부인될 소지가 큰 사건에 대해서도 조사 및 심사절차를 진행하게 됨으로써 자원을 낭비하게 되고, 보다 중요한 사건에 역량을 집중하기 어려워지게 된다.³²⁵⁾

또한 국제적 경쟁법 집행에 있어서 비조응성 문제가 발생할 수 있다. 물론 국가별로 각국이 처한 상황과 특수성에 따라 경쟁법 집행에 있어 약간의 차이가 있을 수 있다. 그러나 글로벌 스탠다드에 부합하지 않은 기준으로 국제적인 플랫폼 기업을 판단할 경우 우리나라 경쟁당국의 신뢰도와 국가의 위신에 영향을 미칠 수 있다. 만약 OTA 사업자 중 유럽에서의 시장점유율이 30%를 초과하지 않은 사업자의 경우 원칙적으로 최혜대우요구 조항에 대한 심사가 면제되지만 우리나라 경쟁법은 이러한 일괄적인 면제조항이 적용되지 않았고 모든 사업자가 심사대상이 될 수 있다.

이러한 측면에서 우리나라에서도 수직적 거래제한, 그 중에서도 가격제한행위에 비하여 경쟁저해의 우려가 상대적으로 적을 수 있는 비가격제한행위에 대해서 관련사업자의 시장점유율이나 매출액을 기준으로 원칙적으로 심사대상에서 면제되는 범위를 설정하는 것이 필요하다는 주장³²⁶⁾은 설득력이 있다고 생각한다.

다. 약관법 적용에 대한 한계

325) 이봉의, 앞의 책, 920면

326) 이봉의, 앞의 책, 921면

제5장 제1절에서 살펴본 바와 같이 최혜대우요구 조항은 약관법 제11조 제3호에 제3자와 계약을 체결하는 것을 부당하게 제한하는 조항이나 제6조 제2항 제1호 고객에게 부당하게 불리한 조항에 해당하여 무효가 될 수 있다. 우선 OTA 사업자와 숙박업체간 체결한 계약서는 약관의 성격을 가진다. 다수의 계약상대방(일반성)과 계약을 위해 특별한 협의 없이(일방성) 일정한 형식(형식성)에 의하여 미리 마련한(사전성) 계약이기 때문이다. 또한 숙박업체가 제3의 OTA 사업자와 계약을 체결할 경우 객실요금 등 거래조건을 숙박업체의 이익을 극대화할 수 있는 조건으로 설정할 수 없으므로 제3자와 계약을 체결하는 것을 부당하게 제한(약관법 제11조 제3호)하거나 거래상대방에게 부당하게 불리한 조항(약관법 제6조 제2항 제1호)으로 판단할 수 있을 것으로 생각한다. 다만, 위 경우에 약관법을 적용하여 조치하는 것이 바람직한지 여부는 살펴볼 필요가 있다.

우선 약관법은 기본적으로 사업자와 소비자 사이, 즉 B2C(Business to Consumer)의 거래관계를 규율하고 있는 법이다. 즉 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 불공정한 내용의 약관(約款)을 작성하여 거래에 사용하는 것을 방지하고 불공정한 내용의 약관을 규제함으로써 건전한 거래질서를 확립하고, 이를 통하여 소비자를 보호하고 국민생활을 균형 있게 향상시키는 것을 목적³²⁷⁾으로 하고 있다. 공정위에서 본 법규를 관할하고 있는 약관심사과 역시 소비자정책국³²⁸⁾에 소속된 부서이다. 따라서 약관법은 사업자로부터 소비자를 보호하기 위하여 만든

327) 제1조(목적) 이 법은 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 불공정한 내용의 약관(約款)을 작성하여 거래에 사용하는 것을 방지하고 불공정한 내용의 약관을 규제함으로써 건전한 거래질서를 확립하고, 이를 통하여 소비자를 보호하고 국민생활을 균형 있게 향상시키는 것을 목적으로 한다.(약관의 규제에 관한 법률 [시행 2018. 12. 13.] [법률 제 15697호, 2018. 6. 12., 일부개정])

328) 소비자정책국은 소비자정책과, 소비자안전정보과, 할부거래과, 전자거래과, 약관심사과, 특수거래과, 소비자종합민원팀으로 이루어져 있다.

법이며, 경제적 약자인 소비자의 효율적인 구제를 위하여 위법성 입증에 필요한 법적 요건을 완화시킨 측면이 있다. 따라서 일관적이고 형평성 있는 규제를 위해 사업자간 거래에 있어서는 비록 계약서의 형태가 약관의 외관을 갖추고 있다고 하더라도 가급적 동 법규의 사용은 자제하는 것이 바람직할 것이라 생각한다.

또한 약관법 역시 거래상지위남용 법리와 같이 거래상대방(고객)에 대한 착취행위, 즉 거래내용의 불공정성 측면에서 그 위법성을 판단하고 있다. 따라서 최혜대우요구 조항의 가장 대표적인 해악이 경쟁제한성을 일으켰다는 것인데, 경쟁제한성은 별로 검토하지 않은 채 행위가 불공정했다는 측면만 문제삼고 있다는 점에서 진단과 처방이 모순된다는 문제점은 여전히 발생한다.

4. 소결

공정거래법상 거래상지위남용의 금지가 사인간의 분쟁에 국가가 불필요하게 또는 과도하게 개입하는 것이라는 비판도 있으며³²⁹⁾, 반면 계약당사자 사이의 사적인 분쟁으로 보이는 사안이라도 공정한 거래질서의 확립과 경제력남용의 방지를 위하여 공정거래법적 규제가 필요한 경우에는 거래상 지위남용으로 규율될 수 있다는 견해³³⁰⁾도 있다. 따라서 거래상지위남용행위를 규율하는 것이 본질적으로 바람직한지 여부를 떠나서 경쟁제한성이 명확하게 나타나는 행위에 대하여 경쟁질서와의 관련성이 약한 규정을 적용하는 것은 비판을 받을 여지가 크다.

이러한 맥락에서 MFN 조항을 규제하는 현행법상 행위규정의 가

329) 서정, 불공정거래행위의 사법상 효력, 민사판례연구 제31권, 2009, 808면

330) 신영수, 판례에 비추어 본 거래상 지위남용 규제의 법리, 상사판례연구 제28집 제1권, 2015, 177면

장 큰 문제점은 거래상지위남용 범리로의 도피현상이라는 것을 알 수 있다. 최혜대우요구 조항의 가장 대표적인 피해는 '시장의 경쟁제한성'이라 진단되지만, '거래상대방에 대한 갑질행위'를 중지하라는 처방을 내리고 있다. 이렇듯 진단과 처방이 모순된다면, 실무적으로는 기형적인 법집행에 따라 형평성의 문제가 발생할 수 있다. 이 모든 것은 관련법규가 불비된 것에서 비롯되었는바, 다음 장에서는 그 원인을 보다 상세하게 분석하고 개략적인 대책을 생각해보도록 하겠다.

제 6 장 현행 경쟁법적 한계에 대한 원인과 대책

제 1 절 현행법상 한계에 대한 원인

앞장에서는 OTA 사업자의 최혜대우요구 조항과 관련하여 현행 법상 어떠한 조항을 적용할 수 있을지 여부를 살펴보았다. 또한 현행법상 행위규제의 한계를 이론적 차원과 실무적 차원으로 나누어 분석해보았다. 이번 장에서는 그러한 한계가 나타나는 근본적인 원인이 무엇인지 살펴보고 생각할 수 있는 대책을 개략적으로 제시해보도록 하겠다. 우선 현행법상 한계에 대한 원인으로는 법내재적 차원의 원인과 법 외부적 차원의 원인으로 나누어 살펴보도록 하겠다.

1. 법내재적 원인

가. 한정적 열거주의

1) 한정적 열거주의의 의의

불공정거래행위에 관한 입법주의는 성문법에 일반조항을 두고 이의 구체화는 관례에 맡기는 방식인 일반조항주의와 세부유형을 일일이 열거하고 이에 한정하여 규제하는 한정적 열거주의로 이원화된다. 즉 한정적 열거주의란 법에서 금지하는 행위를 일일이 법령에 특정하는 방식을 말한다.³³¹⁾ 일반조항에 의한 접근을 행하는 나라로는 미국(연방거래위원회법 제5조³³²⁾), 독일(불공정경쟁방지법 제3조³³³⁾), 스위스(불공정경쟁

331) 이봉의, 앞의 책, 819면

332) Section 5 of the Federal Trade Commission Act (FTC Act), Ch. 311, §5, 38

방지법 제1조) 등을 들 수 있고 한정적 열거주의를 행하는 나라로는 우리나라와 일본을 들 수 있다.

우리나라 공정거래법은 불공정거래행위를 한정적으로 열거하는 방식을 취하고 있는데(법 제45조 제1항³³⁴), 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정하도록 하고 있고(법 제45조 제3항), 시행령 제52조 제1항에 따라 [별표 2]에서 보다 구체적인 행위유형과 기준을 마련하고 있다.³³⁵)

Stat. 719, codified at 15 U.S.C. §45(a).

- (1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.
- (2) The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, [except certain specified financial and industrial sectors] from using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.

333) § 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

- (1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.
- (2) Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.
- (3) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig.
- (4) Bei der Beurteilung von geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Geschäftliche Handlungen, die für den Unternehmer vorhersehbar das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die auf Grund von geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese geschäftlichen Handlungen oder die diesen zugrunde liegenden Waren oder Dienstleistungen besonders schutzbedürftig sind, sind aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen.

334) 재판매가격유지행위와 사업자단체의 금지행위 중 대부분이 실질에 있어서 불공정거래행위의 범주에 속하기 때문에 공정거래법 제45조 제1항에 불공정거래행위가 국한되지는 않는다.(이봉의, 앞의 책, 820면)

335) 이봉의, 앞의 책, 819면

2) 한정적 열거주의의 장점

한정적 열거주의의 장점으로는 사업자의 구체적인 행위가 개별 규정의 요건을 충족하면 바로 그 행위를 금지하여 수범자의 예측가능성 내지 계산가능성을 높일 수 있다는 점이다.³³⁶⁾

물론 불공정거래행위의 유형을 법률에 정하는 것보다는 시행령에 위임하는 입법형식이 규제의 융통성과 가변성 측면에서는 용이하다. 대법원과 헌법재판소 역시 불공정거래행위는 각종의 경쟁적 거래에서 복잡·다양하게 이루어지며 또한 그 형태도 무단히 변동되고 있음에 비추어 그 행위형태와 기준에 관한 규정도 이에 맞추어 적절하고 효과적으로 대처할 수 있어야 할 것인 바, 국회가 모든 분야의 경쟁적 거래 왜곡 현상들을 그때그때 예측하거나 파악할 수 없고 그러한 상황에 즉응하여 그때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 아니하므로 불공정거래행위의 유형과 기준을 미리 법률로써 자세히 정하지 아니하고 이를 명령에 위임한 것은 부득이하다고 판단하였다.³³⁷⁾

경쟁법 시행 초기에는 한정적 열거주의의 이러한 장점이 부각되어 수범자들의 안정적인 사업활동을 촉진시킬 수 있다. 그러나 경쟁법 집행사례가 축적되고 경쟁법을 집행하는 환경이 급변한다면 이러한 장점을 상쇄시키는 여러 가지 단점이 나타날 수 있다.

3) 한정적 열거주의의 문제점

336) 정호열, 앞의 책, 388면 참고

337) 대법원 2010.6.24. 선고 2008두18311 판결, 헌법재판소 2002.7.18. 선고 2001헌마605 결정

한정적 열거주의는 새로이 등장하는 불공정한 경쟁수단에 대한 일반적 대처방법이 되지 못 하며, 규정의 세분화로 인해 규범의 중복현상을 불필요하게 초래하게 된다는 단점이 있다. 즉 법규가 예상하지 못한 특이한 경쟁제한 행위가 갑자기 활성화될 경우, 이를 경쟁당국이 신속하게 규제하기엔 어려운 측면이 있다. 미국 연방거래위원회법 제5조나 독일 부정경쟁방지법 제3조는 일반조항의 형식을 취하고 있는데, 사적집행의 활성화로 법원의 판례가 상당히 축적됨으로써 금지요건의 불확실성이 상당 부분 해소된 것으로 알려져 있다.³³⁸⁾

한정적 열거주의 하에서는 법률의 위임을 받은 시행령과 지침 역시 구체적이고 명확해야 하며 열거된 행위유형 외의 행위를 정부가 규제하는 것은 위법한 규제가 될 수 있다. 헌법 제75조의 규정상 대통령령으로 정할 사항에 관한 법률의 위임은 구체적으로 범위를 정하여 이루어져야 하고, 이때 구체적으로 범위를 정한다고 함은 위임의 목적 · 내용 · 범위와 그 위임에 따른 행정입법에서 준수하여야 할 목표 · 기준 등의 요소가 미리 규정되어 있는 것을 가리키고, 이러한 위임이 있는지 여부를 판단함에 있어서는 직접적인 위임규정의 형식과 내용 외에 당해 법률의 전반적인 체계와 취지 · 목적 등도 아울러 고려하여야 한다.³³⁹⁾ 특히 공정거래법과 같이 국민의 기본권을 제한하거나 침해할 소지가 있는 사항에 관한 위임의 경우 그 구체성과 명확성이 보다 엄격하게 요구될 수 있다.

따라서 일반조항주의를 취하고 있는 나라와 비교할 경우 우리나라의 경쟁법 체제는 여전히 경직적이고 상황에 따른 융통성 있는 대처가 어려운 측면이 있다. 새로운 유형의 행위가 활성화될 경우 법규를 수정하는 데 따른 시간이 필요하기 때문이다.

338) 이봉의, 앞의 책, 820면

339) 대법원 2000.10.19. 선고 98두6265 판결

나. 단독행위 규제체계

1) 현행법상 수직적 거래제한에 대한 규제

우리나라 공정거래법은 수평적 거래제한과 수직적 거래제한을 명시적으로 구분하지 않고 있을 뿐만 아니라 수직적 거래제한에 해당되는 행위유형 또는 시장지배적 지위남용, 재판매가격유지행위, 불공정거래행위 등 복잡 다양하게 분산되어 있고, 이들 각각의 행위를 금지하기 위한 요건도 상이하어 이들에 공통된 접근방법을 도출하기 어렵게 되어 있다.³⁴⁰⁾ 이는 한정적 열거주의에서 유래된 특징으로 이러한 특징은 수평적 거래제한보다는 수직적 거래제한의 위법성 판단요건에 영향을 준다.

또한 우리나라 경쟁법은 이러한 수직적 거래제한을 공동행위가 아니라 주로 단독행위의 규제영역으로 다루어왔다는 특징이 있다. 우리나라 경쟁법은 그 제정과정에서 일본의 경쟁법에 영향을 받았고, 그로 인하여 태생적으로 가지게 된 몇 가지 법제상 특징이 여전히 우리나라 경쟁법 발전을 저해하는 요소로 작용하고 있다는 견해가 있다.³⁴¹⁾ 그 대표적인 것이 단독행위의 규제체계인데, 우리나라 공정거래법은 일본의 영향을 받아서 대부분의 외국의 경쟁법제에서 '수직적 공동행위'(vertical agreements)로 다루는 유형의 행위들을 '부당한 공동행위'가 아니라 '불공정거래행위'나 '재판매가격유지행위'와 같은 단독행위의 규제영역으로 다루어왔다는 것이다.³⁴²⁾

그리고 단독행위 규제체계에 대한 쟁점은 곧 수직적 공동행위를

340) 이봉의, 앞의 책, 917면

341) 이호영, 앞의 글, 2면

342) 이호영, 앞의 글, 4면

인정할 수 있을 것인가의 논의로 이어지게 된다. 즉 현행법상 수직적 공동행위를 인정하는 것이 가능한지 또는 수직적 공동행위를 수용하는 것이 바람직한지에 대한 논의이다.

2) 현행규정상 수직적 공동행위의 인정 가능성

제5장 제1절에서 검토했던 바와 같이 1999년 제7차 공정거래법 개정으로 인해 구법 제19조 제1항 본문에서 “일정한 거래분야”라는 문언이 삭제되었으며, 법문상으로만 본다면 부당한 공동행위를 수평적 공동행위에 한정하여 해석할 필요가 없게 되었다.³⁴³⁾ 이러한 상황에서 수직적 공동행위를 신중하게 인정하고 있는 견해³⁴⁴⁾와 적극적으로 인정해야 한다는 견해³⁴⁵⁾가 있는데 아직까지는 수직적 공동행위를 인정할 실익이 크지 않다는 견해가 주를 이룬다.

그에 따르면, 시장지배적 지위남용이나 불공정거래행위, 재판매 가격유지행위에 관한 규정을 통해서 수직적 합의에 의한 경쟁제한은 충분히 규제되고 있으며, 굳이 법 제40조 제1항에 수직적 합의를 포함시킬 실익이 없다는 것이다.³⁴⁶⁾ 더구나 수직적 경쟁제한행위는 대체로 효율성 증대와 같은 긍정적 효과를 동반한다는 점에서 경쟁사업자들 간에 인위적으로 경쟁을 제거하는 경우에 비하여 상대적으로 제재 수준이 낮다는 점까지 고려한다면, 더더욱 법 제40조에 수직적 합의를 기계적으로 포섭시킬 수는 없을 것이다.³⁴⁷⁾

또한 공동행위의 본질이 카르텔이라는 점도 신중론의 주요 논거

343) 신현윤, 앞의 책, 260면

344) 신현윤, 앞의 책, 261면, 정호열, 앞의 책, 349면, 이봉의, 앞의 책, 623면

345) 이호영, 앞의 책, 226면, 이호영, 앞의 글, 14면

346) 이봉의, 앞의 책, 623면

347) 정호열, 앞의 책(제6판), 330면

중 하나이다. 역사적으로 카르텔이란 동종분야의 경쟁사업자 사이에 행해지던 것으로서, 그것이 경쟁을 제한하기 위해서는 참가사업자들 간에 현실적으로든 잠재적이든 경쟁이 존재하지 않으면 안 된다는 것이다.³⁴⁸⁾ 뿐만 아니라 수직적 합의를 법 제40조 제1항의 합의에 널리 포섭시킬 경우 시장에서 이루어지는 모든 거래관계가 공동행위에 과잉포섭되는 부당한 결과를 가져올 수 있으며 수직적 합의는 '브랜드 간 경쟁(inter-brand competition)을 촉진하는 등 긍정적인 효과를 가질 수 있기 때문에 수평적 공동행위와 동일하게 취급할 수 없다는 것이다.³⁴⁹⁾

판례 역시 순수하게 수직적 관계에 있는 사업자들간의 합의를 공동행위로 인정한 사례는 없었던 것으로 보인다.

7개 영화배급·상영 사업자들의 부당한 공동행위에 대한 건³⁵⁰⁾에서는 5개 영화배급업자와 3개의 상영업자가 가격할인 금지 등을 할인한 행위가 문제되었다.³⁵¹⁾ 이에 공정위는 구법 제19조 제1항의 부당한 공동행위를 한 것으로 판단하였고, 법원 역시 공정위의 손을 들어주었다.³⁵²⁾ 다만, 여기서 법원이 수직적 공동행위를 수용한 것으로 볼 수는 없는데, 다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 교사하는 행위 또는 이에 준하는 행위로 수직적 거래관계에 있는 사업자의 행위를 판단하였기 때문이다.³⁵³⁾

또한 13개 음원유통사업자들의 부당한 공동행위에 대한 건³⁵⁴⁾에

348) 이봉익, 앞의 책, 623면

349) 이봉익, 앞의 책, 624면

350) 공정거래위원회 2008.6.10.의결 제2008-168호

351) 1개 업체는 배급과 상영을 모두 영위하고 있었다.

352) 서울고등법원 2009.10.7. 선고 2009누2483 판결; 대법원 2010.2.11. 선고 2009두11485 판결

353) 다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 행하도록 하는 행위는 다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 교사하는 행위 또는 이에 준하는 행위를 의미한다.(대법원 2009.5.14. 선고 2009두1556 판결 참조)

서는 음원유통사업자와 음원서비스 사업자가 월정액제 상품의 가격 등을 제한하는 행위가 문제되었다. 이에 공정위는 구법 제19조 제1항의 부당한 공동행위를 한 것으로 판단하였고, 법원 역시 공정위의 판단이 정당하다고 보았다.³⁵⁵⁾ 여기서 대법원은 수직적 담합의 금지 여부에 관하여 나아가 판단할 필요가 없다고 판시³⁵⁶⁾하였는데, 이에 대하여 수직적 공동행위를 신중하게 인정하고 있는 견해와 적극적으로 인정해야 한다는 견해간 판례에 대한 해석이 상이하다. 수직적 공동행위를 신중하게 인정하고 있는 견해에 따르면 법원이 판단을 하지 않은 것으로 해석³⁵⁷⁾하는 반면, 적극적으로 인정해야 한다는 견해에 따르면 수평적 경쟁관계에 있는 사업자들뿐만 아니라 수직적 관계에 있는 사업자들 사이에서도 부당한 공동행위가 성립될 수 있다고 한 것으로 보고 있다.³⁵⁸⁾ 다만 어떠한 견해에 따르더라도 법원이 순수한 수직적 공동행위를 인정한 것으로 보이지는 않으며 수평적 합의가 전제된 경우 수직적 사업자가 합의에 가담했을 때 카르텔이 성립되었다고 판단한 것으로 보인다.

마지막으로 5개 종합유선방송사업자의 부당한 공동행위에 대한 견³⁵⁹⁾에서는 종합유선방송사업자들이 신규 진입한 IPTV 사업자에게 방송프로그램을 공급한 방송채널사업자(PP)에게 방송채널을 축소하는 등 불이익을 주도록 합의한 행위가 문제되었다. 이에 공정위는 구법 제19조 제1항의 부당한 공동행위를 한 것으로 판단하였고, 법원 역시 공정위의 판단이 정당하다고 보았다.³⁶⁰⁾ 여기서 원고인 종합유선방송사업자들은

354) 공정거래위원회 2011.6.29. 의결 제2011-85호

355) 서울고등법원 2012.7.11. 선고 2011누25717 판결; 대법원 2013.11.28. 선고 2012두18479 판결

356) 대법원 2013.11.28. 선고 2012두18479 판결(“관련 법리 및 기록에 비추어 보면, 원심의 이와 같은 판단은 정당하므로, 수직적 합의 금지 여부에 관하여 나아가 판단할 필요가 없고, 거기에 상고이유와 같은 법리오해나 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법 등이 없다.”)

357) 이봉익, 앞의 책, 622면

358) 이호영, 앞의 책, 227면

359) 공정거래위원회 2011.8.24. 의결 제2011-153호

360) 서울고등법원 2012.9.19. 선고 2011누32470 판결; 대법원 2015.4.23. 선고 2012두

부당한 공동행위가 성립되기 위해서는 반드시 참여자들 사이에 경쟁관계가 존재해야 하는데 자신들은 유선방송사업구역이 지역적으로 분할되어 있는 경우이므로 수평적 경쟁관계에 있지 않다고 주장하였다. 그러나 법원은 수평적 경쟁관계에 있지 않은 사업자들의 공동행위라 할지라도 그것이 시장에서 부당하게 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있다면 규제 필요성은 인정된다고 하며 부당한 공동행위가 성립하기 위해서는 반드시 공동행위 참여자들 사이에 수평적 경쟁관계가 있어야 한다고 볼 수는 없다고 판단하였다.³⁶¹⁾ 그러나 수직적 공동행위를 신중하게 인정하고 있는 견해에 따르면 위 판례는 수직적 경쟁관계에 있는 사업자들 사이에 합의가 이루어진 것도 아니었고, 이들은 IPTV사업자들의 진입에 공동으로 대응할 필요가 있는 만큼 넓은 의미에서 경쟁관계에 있다고 볼 수 있다는 점에서 수직적 공동행위를 법원이 인정하고 있다고 보기는 힘들다고 보고 있다.³⁶²⁾

이외 3개 학생복제조업체의 부당한 공동행위에 대한 건³⁶³⁾, 주파수공용통신장치 구매입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건³⁶⁴⁾, 온나라시스템 구축사업 입찰담합 사건³⁶⁵⁾, 글라스그룹과 동아제약의 부당한 공동행위에 대한 건³⁶⁶⁾ 등에서 법원은 부당한 공동행위가 성립되기 위한 조건으로 수평적 경쟁관계가 반드시 있어야 한다고 보지는 않았지만, 그렇다고 하여 순수한 수직적 공동행위를 인정한 바는 없다. 일단 쟁점화된 각 사건들의 행위주체가 순수한 수직적 경쟁관계만으로

24191 판결

361) 대법원 2015.4.23. 선고 2012두24191 판결(“원심판결 이유를 관련 법령과 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 공정거래법상 부당한 공동행위가 성립하기 위하여 반드시 공동행위 참여자들 사이에 수평적 경쟁관계가 있어야 하는 것은 아니라고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 공정거래법 제19조 제1항 본문의 '다른 사업자'의 의미에 관한 법리오해, 심리미진 등의 위법이 없다.”)

362) 이봉익, 앞의 책, 623면

363) 공정거래위원회 2001.5.31. 의결 제2001-82호

364) 공정거래위원회 2008.5.2. 의결 제2008-137호

365) 공정거래위원회 2014.1.7. 의결 제2014-4호

366) 공정거래위원회 2011.12.23. 의결 제2011-300호

이루어진 경우는 없었으며, 수평적 경쟁관계가 전제되거나 넓은 의미의 수평적 경쟁관계로 볼 수 있는 경우이기 때문이다.

3) 단독행위 규제체계의 문제점

수직적 거래제한을 공동행위가 아니라 주로 단독행위의 규제영역으로 다루어온 현행 단독행위 규제체계는 수직적 거래관계에서 발생하는 경쟁제한행위를 모두 포섭하지 못 한다는 단점이 있다.

우선 수직적 거래관계에 있는 당사자가 상호 자신의 이익과 부합하여 자발적으로 행동한 경쟁제한행위를 단독행위로 포섭하기에 어렵다. 재판매가격유지행위나 불공정거래행위 등은 일방의 단독행위로서 시정조치나 과징금 등의 행정적 제재 역시 일방당사자에게 부과되며 그 성립요건으로 높은 강도의 강제성이나 구속성을 요구하는 경우가 많다. 그러나 수직적 공동행위는 이러한 행정적 제재도 공동행위 가담자가 모두 함께 부담하며 공동행위의 특성상 강제성이나 구속성을 요구하지 않는다.³⁶⁷⁾ 강제성이나 구속성이 없이 거래 당사자들이 자발적으로 행동한 경쟁제한행위는 응당 일방의 단독행위가 될 수 없으며, 그렇다고 수직적 공동행위로도 인정되지 않아 규제의 공백이 발생한다.

실무적으로는 수직적 제한행위가 발생할 경우, 부당한 공동행위에 대한 법리를 제외하고 다른 나머지 법리로 해결하려다보니 행위사실의 본질에 부합되지 않는 행위유형들에 적용시키도록 되는 것이다. 예컨대 거래당사자들의 합의하에, 또는 묵시적인 용인 하에 행한 수직적 제한행위의 경우 불공정거래행위 등 단독행위로 포섭하기가 매우 난감한 측면이 있다. 거래상대방에 대한 강제성과 거래상대방이 받은 불이익을 입증하기가 어려울 것이기 때문이다.

367) 이호영, 앞의 글, 14면

만약 OTA 사업자와 숙박업체의 명시적 · 묵시적 공모 하에 MFN 조항이 삽입되었고 시장에서 경쟁제한 효과가 나타난다면 수직적 공동행위가 인정되지 않는 현행 체계에서 마땅히 적용하여 조치할 조항이 없다. 현행 단독행위 규제체계는 OTA 사업자가 거래상지위를 가지고 일방적 · 강제적으로 숙박업체를 압박하여 MFN 조항을 삽입할 때에만 적용이 가능하도록 되어 있기 때문이다.

다. 구속조건부거래행위 범위의 협소성

1) 현행법상 구속조건부거래행위의 범위

구속조건부거래는 가장 대표적인 수직적 비가격제한행위로서, 공정거래법은 배타조건부거래(가목)와 거래지역 또는 거래상대방의 제한(나목)으로 구분하고 있다.(법 시행령 [별표 2] 제7호) 즉 구속조건부거래의 범위에 가격제한행위는 포괄하지 않으며 비가격제한행위 중에서도 경쟁사업자와의 거래를 금지하는 배타조건부거래와 거래지역 또는 거래상대방의 제한만을 포괄하고 있다.

1981년 제정된 불공정거래행위지정고시³⁶⁸⁾에서는 부당배타조건부거래와 부당구속조건부거래를 별개로 규정하였고, 후자의 유형으로 ① 거래상대방에게 상품 또는 용역을 공급하는 자와 거래상대방의 거래관계를 구속하는 경우, ② 자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 거래상대방의 판매지역이나 판매상대방 등의 거래관계를 구속하는 경우 등을 열거하였다. 1990년 개정 고시에서는 배타조건부거래와 종래 구속조건부거래로 규율하던 것을 통합하여 구속조건부거래라고 하였으며, 그 유형으로 거래지역 · 거래상대방 제한 이외에 '기타 거래상대방의 거래구속'

368) 경제기획원고시 제40호

이라는 유형을 인정하였다. 그러나 1993년에 개정된 고시부터는 현행 시행령과 같이 ‘배타조건부거래’와 ‘거래지역·거래상대방 제한’이라는 2가지 유형만을 규정하고 있다.³⁶⁹⁾ 여기서 ‘기타 거래상대방의 거래구속’이라는 유형이 빠지면서 구속조건부거래행위의 범위가 상당히 좁아지게 되었다.

2) 구속조건부거래행위로서의 재판매가격유지행위

재판매가격유지행위(resale price maintenance)는 가장 대표적인 수직적 가격제한행위로서, 수직적 거래제한의 일종이다. 즉 수직적 거래제한은 가격제한과 비가격제한으로 나뉘는데, 전자가 바로 재판매가격유지행위이고, 후자가 거래지역 또는 거래상대방 제한행위로서 불공정거래행위의 하나로 규정되고 있다. 공정거래법상 전자에는 제46조의 재판매가격유지행위 금지가, 후자에는 제45조의 불공정거래행위 금지가 적용된다.³⁷⁰⁾

이러한 금지체계를 보더라도 재판매가격유지행위는 불공정거래행위의 실질을 갖는다고 보는 견해도 있다. 즉 공정거래법이 상정하고 있는 재판매가격유지행위는 강제성을 본질로 하는 수직적 거래제한으로서 그 본질은 불공정거래행위로 보는 것이 타당하다는 것이다. 2018년 공정거래법 전면개정 TF에서 마련한 개정안이 당시 구법 제29를 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항의 유형에 편입하도록 권고한 것도 이러한 결론을 뒷받침하고 있다.³⁷¹⁾

만약 재판매가격유지행위를 불공정거래행위의 일종으로 보는 것

369) 신동권, 앞의 책, 808면

370) 이봉의, 앞의 책, 1078면

371) 이봉의, 앞의 책, 1076면

이 타당하다면 재판매가격유지행위를 구속조건부 거래행위의 하나로 보는 방법도 생각해볼 수 있다. 즉 구속조건부거래행위의 정의처럼 ‘거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위’ 중 가격조건을 구속하는 경우 재판매가격유지행위가 될 수 있을 것이다. 우리나라와 같이 한정적 열거주의를 택하고 있는 일본 경쟁법의 경우 구속조건부거래의 대표적인 예로서 ‘재판매가격의 구속’, 즉 “정당한 이유 없이 거래상대방에 대하여 자기가 판매하는 상품의 판매가격을 정하여 이를 유지시키는 행위 및 거래상대방의 판매가격에 대하여 이와 같은 구속을 하는 행위”를 명정하고 있다.³⁷²⁾ 일본 경쟁법에 대한 자세한 내용은 다음 절에서 후술하도록 하겠다.

따라서 구속조건부거래행위의 범위를 재판매가격유지행위까지 포괄하여 수직적 거래제한 중 가격제한과 비가격제한을 모두 규제하는 것으로 그 범위를 확대하여 생각할 수 있을 것이다. 이때 수직적 거래제한 중 비가격제한은 거래상대방에 대한 불공정정보보다는 시장의 경쟁제한성을 주로 판단하는 유형이 될 것이다. 즉 거래상지위 남용행위 같은 불공정성을 위주로 판단하는 유형을 제외하고 경쟁제한성 위주로 판단하는 비가격제한 유형의 행위들이 구속조건부거래행위에 포괄될 수 있을 것이다.

3) 현행 구속조건부거래행위 범위의 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 현행 구속조건부거래행위는 대표적인 수직적 비가격제한행위로서 배타조건부거래행위와 거래지역·거래상대방 제한만을 포괄하고 있다. 따라서 배타조건부거래나 거래지역·거래상대방의 제한 이외의 수직적 관계에서 발생하는 다양한 유형의 거래제한에 대한 규제에 공백이 생길 수 있다는 단점이 있다. 제조업자와 판매업자

372) 이봉의, 앞의 책, 1086면

또는 도매업자와 소매업자 사이의 수직적 관계에서 무수히 다양한 형태의 거래제한행위(vertical restraint)가 발생할 수 있음을 고려하지 않은 태도라고 할 것이다.³⁷³⁾

우리나라와 같이 한정적 열거주의를 택하고 있는 일본 경쟁법의 경우 기타 거래상대방 등의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건을 부과하는 행위를 규정하여 이러한 문제점을 해소하고 있다. 그러나 우리나라의 경우 오히려 1993년 고시개정으로 '기타 거래상대방의 거래구속'이라는 유형이 빠지면서 구속조건부거래행위의 범위가 상당히 좁아지게 되었다.

최혜대우요구 조항은 수직적 거래제한이지만 배타조건부거래행위나 거래지역·거래상대방 제한행위로 포섭될 수 없기 때문에 현행규정상 구속조건부거래행위로 판단할 수 없다. 최혜대우요구 조항 중 가격동일성 조항(rate parity)의 경우 가격을 통제한다는 점에서 좀 더 직접적으로 경쟁을 침해할 수 있을 것으로 보인다. 그러나 구속조건부거래행위는 오로지 배타조건부거래행위와 거래지역·거래상대방 제한만을 포괄하고 있기 때문에 이를 규율할 수 없다는 문제점이 발생한다.

2. 법외부적 원인

한정적 열거주의에서 파생된 '법규의 경직성'이 현행법적 한계에 대한 법내재적 원인이라면 법외부적으로는 '급격한 경쟁시장의 변화'를 꼽을 수 있다. 이렇게 경쟁시장의 변화를 주도하는 핵심적인 요소가 무엇인지, 그리고 그로 인해 어떠한 행위유형이 부각되고 법규상 수요가 발생하게 되었는지, 그것이 어떠한 문제점을 발생시킬 수 있는지에 대하여 살펴보도록 하겠다.

373) 이호영, 앞의 책, 378면

가. 플랫폼 사업자의 등장과 특징

1) 산업구조의 변화와 플랫폼 사업자의 등장

종래 유선전화와 유선인터넷 중심의 생태계에 스마트폰의 등장과 확산은 ICT 산업 전반에 여러 측면에서 엄청난 변화를 야기하고 있다. 유·무선 융합이 본격화되고, 방송·통신의 경계가 허물어지는 한편, 무엇보다 관련시장의 경쟁판도에도 격변이 일어나고 있다.³⁷⁴⁾ 특히 최근 들어 눈에 띄는 현상으로는 ICT 생태계에서 종래 네트워크(network)가 차지하던 역할과 기능이 상대적으로 축소되는 반면, 플랫폼이 주도권을 가지고 경쟁구도의 중심에 서게 된 점을 빼놓을 수 없다.³⁷⁵⁾

플랫폼은 검색과 SNS 시장뿐만 아니라 거의 모든 상업영역에서 중요한 역할을 한다. 2015년 미국의 10대 웹사이트는 모두, 그리고 25대 웹사이트 중 20개의 회사가 플랫폼이었다. 이러한 플랫폼 사업의 지배력은 미국에 국한된 것이 아니라 세계적인 현상이다. 인터넷에 대한 접근성이 증가하면서 개발도상국에서도 이러한 현상은 더욱 뚜렷하게 나타난다.³⁷⁶⁾

374) 이봉의, 통신·방송 융합과 역무구분의 체계정립, 경쟁법연구 제13권, 2006.5., 33면 이하 참고

375) 이봉의, 앞의 책, 181면

376) Alex Moazed & Nicholas L. Johnson, 앞의 글, 18-19 (2016.5.) (“Search and social networking aren’t the only areas of dominance. Platforms now play a major role in just about every area of commerce imaginable. In the United States during 2015, every one of the top ten trafficked U.S. websites was a platform, as were twenty of the top twenty-five. The dominance of platform businesses isn’t restricted to the United States, either. Platforms are a truly global phenomenon. In fact, they play an even more prominent role in developing countries than they do in the United States. The economies of many of these countries were growing rapidly at the same time that Internet access become wide spread.”)

종래 방송이나 유선인터넷 분야에서는 네트워크 보유 여부와 상관없이 방송·정보콘텐츠에 대한 편집·통제기능을 수행하는 SO나 IPTV를 중심으로 경쟁이슈가 발생하였다. 그리고 통신분야에서는 네트워크를 보유한 기간통신사업자가 전송서비스를 함께 제공하였기 때문에 별도의 플랫폼 이슈가 발생할 여지가 별로 없었다. 그런데 모바일 인터넷이 확산되면서 네트워크 없이 막강한 플랫폼을 기반으로 독자적인 생태계를 구축한 사업자들이 자신의 생태계에서 가치사슬을 이루는 콘텐츠 사업자 등과 여러 경쟁이슈를 야기하기에 이르렀다.³⁷⁷⁾

2) 플랫폼 사업자의 확장적 특징³⁷⁸⁾

온라인 플랫폼 시장의 가장 특징적인 요소 중의 하나는 승자독식 시장이라는 것이다. 이는 대부분 네트워크 효과와 데이터 통제에 기인하며, 이 두 요소는 스스로 강화되는 특징이 있다. 결과적으로 기술 플랫폼 시장은 적은 수의 회사들이 시장을 지배되는 구조가 된다.³⁷⁹⁾

377) 이봉의, ICT분야 플랫폼의 개념과 경쟁법적 함의에 관한 연구, 2015년 공정거래 법·경제(LEG) 심포지엄, 한국공정거래조정원, 2015a, 4면

378) 온라인플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위에 대한 심사지침 (행정예고 2022.1.6.) 참고

379) Lina M . Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, The Yale Law Journal, 126:710-785 (2017), ("For the purpose of competition policy, one of the most relevant factors of online platform markets is that they are winner-take-all. This is due largely to network effects and control over data, both of which mean that early advantages become self-reinforcing. The result is that technology platform markets will yield to dominance by a small number of firms. Walmart's recent purchase of the one start-up that had sought to challenge Amazon in online retail—Jet.com—illustrates this reality. Network effects arise when a user's utility from a product increases as others use the product. Since popularity compounds and is reinforcing, markets with network effects often tip towards oligopoly or monopoly. Amazon's user reviews, for example, serve as a form of network effect: the more users that have purchased and reviewed items on the platform, the more useful information other users can glean from the site. As the Fourth Circuit has noted, "[O]nce dominance is achieved, threats come largely from outside the dominated market, because

가) 교차 네트워크 효과³⁸⁰⁾

플랫폼을 매개로 하는 양면시장이란 서로 다른 둘 이상의 이용자 집단이 특정 플랫폼을 통하여 상호작용을 하고, 그러한 상호작용에 의해 창출되는 가치가 '간접적 네트워크 외부성'(indirect network externalities)의 영향을 받는 시장으로 이해되고 있다.³⁸¹⁾ 온라인 플랫폼에 양(+의 교차 네트워크 효과가 존재하면 온라인 플랫폼을 이용하는 특정 집단의 이용자 수가 증가함에 따라 동일한 플랫폼을 이용하는 다른 집단 이용자들의 편익이 증가한다. 이에 따라 편익이 증가한 집단의 이용자 수가 증가하고 이는 다시 특정 집단 이용자들의 편익과 이용자 수를 증가시키는 선순환 구조를 만들 수 있다.

이와 같은 교차 네트워크 효과로 인해 플랫폼 이용자의 편익이 증가하는 긍정적 효과가 발생할 수 있는 반면, 이용자 수가 많은 온라인 플랫폼으로 더 많은 이용자가 집중되는 쏠림현상(tipping effect)이 나타나 관련 시장이 독과점화 될 우려도 존재한다.

특정 온라인 플랫폼으로 쏠림현상이 발생한 후에는 경쟁을 회복하기 위해 서로 다른 집단에 속하는 이용자들이 함께 경쟁 온라인 플랫폼

the degree of dominance of such a market tends to become so extreme." In this way, network effects act as a form of entry barrier. A platform's control over data, meanwhile, can also entrench its position.")

380) (예시) 앱마켓을 이용하는 소비자의 수가 증가할 경우, 더 많은 소비자에게 자사 앱을 판매할 수 있게 된 앱 개발자의 편익이 증가한다. 이러한 편익의 증가로 더 많은 앱 개발자들이 해당 앱마켓을 이용하게 된다. 해당 앱마켓을 이용하는 앱 개발자의 수가 증가하면, 더욱 다양한 앱을 비교하여 구매할 수 있게 된 앱마켓 소비자들의 편익이 증가한다. 이는 다시 해당 앱마켓을 이용하는 소비자의 수 증가로 연결된다. 이처럼 선순환 과정을 거치면서 이용자의 편익이 증가하는 등 긍정적 효과가 발생할 수 있는 반면, 이용자 수가 많은 앱마켓으로 더 많은 이용자가 집중되는 쏠림현상으로 시장의 독과점적 구조가 심화될 우려도 존재한다.

381) 이봉의, 앞의 책, 187면

품으로 전환하는 협조적 행동이 필요해지는 등 전통적 산업보다 경쟁의 복구 및 활성화가 더 어려울 수 있다.

나) 규모의 경제³⁸²⁾

일반적으로 온라인 플랫폼은 이용자 수가 증가할수록 평균비용이 현저하게 낮아지는 경향을 보인다. 이는 초기 네트워크 구축 및 개발 비용 등 고정비용은 상대적으로 큰 반면, 온라인 플랫폼 이용자 수 증가에 따른 추가 비용은 매우 적기 때문이다. 규모의 경제는 대량 생산에 이점이 있는 전통산업 분야에서도 나타날 수 있으나, 물리적 제약이 적은 디지털 상품·서비스의 특성상 온라인 플랫폼 분야에서는 더욱 현저하게 발생할 수 있다.

이러한 규모의 경제는 효율성 증대 효과를 발생시킬 수 있는 반면, 시장을 선점한 기존 사업자의 경쟁우위를 강화하고, 신규 사업자의 시장진입을 어렵게 하여 관련 시장의 진입장벽을 강화할 우려도 존재한다. 특히 독과점 사업자들은 막대한 경제력과 주요 플랫폼에 대한 통제력을 바탕으로 경쟁자들을 배제할 뿐 아니라 정치적 민주주의와 개인의 자유를 위협하는 행태로 나아가곤 한다.³⁸³⁾

다) 데이터의 중요성³⁸⁴⁾

382) (예시) 모바일 운영체제(OS: Operating System)와 관련된 새로운 기술개발, 서비스 개선 및 안정성 제고 등에는 막대한 인력과 연구개발 비용 등이 소요된다. 그러나 이러한 비용은 해당 운영체제를 모바일 기기에 탑재하여 사용하는 이용자 수에 비례하여 증가하는 것은 아니다. 즉 모바일 운영체제의 이용자 수가 많으면 많을수록 관련 비용이 효율화 될 수 있다. 이러한 규모의 경제는 비용 절감 등 효율성 증대라는 긍정적 효과를 발생시킬 수 있는 반면, 신규 사업자가 규모의 경제를 누리고 있는 기존 사업자와 유효하게 경쟁하는 것을 어렵게 만들어 시장의 진입장벽으로 작용할 수 있다.

383) 이기종, 플랫폼 경쟁법, 삼성사, 2021.2. 26면

384) (예시) 검색엔진의 핵심요소는 이용자의 검색 의도를 반영하여 최적의 결과를 제시하는 알고리즘이다. 검색 알고리즘은 이용자의 검색 데이터를 학습하고 피드백을 반영하는 과정을 거치면서 더 나은 검색결과를 도출하는 방향으로 개선될 수 있다. 따라서 해

온라인 플랫폼 분야에서 데이터는 생산, 물류, 판매촉진 활동 등 사업의 전 영역에 활용될 수 있는 중요 생산요소로서, 데이터의 수집·보유·활용 능력이 사업자의 경쟁력에 상당한 영향을 미칠 수 있다. 특히 온라인 플랫폼 사업자는 플랫폼 운영 과정에서 축적된 이용자의 데이터를 활용하여 각 이용자에게 특화된 맞춤형 서비스를 제공하는 등 서비스 품질을 개선할 수 있다. 이를 통해 더 많은 이용자를 확보하면 더 많은 데이터를 축적할 수 있어 선순환 구조가 형성될 수 있다.

이처럼 온라인 플랫폼 사업자가 데이터를 활용하여 서비스 품질을 개선하고 이용자의 편익을 증가시키는 긍정적인 측면이 있는 반면, 특정 온라인 플랫폼을 중심으로 데이터가 집중될 경우 쏠림 현상이 발생하고 관련 시장의 경쟁이 제한될 우려가 존재한다.

특히 데이터의 이동성(portability), 상호운용성(interoperability)이 부족한 상황에서 관련 데이터가 특정 사업자에게 집중될 경우, 이는 시장의 진입장벽을 강화하고 경쟁을 제한하는 요인으로 작용할 수 있다. 시장의 신규 진입자가 기존 사업자가 가지고 있는 데이터를 수집할 수 없을 경우 진입장벽이 생성되고 봉쇄효과가 나타날 수 있다. 즉 데이터에 대한 수집 및 접근력 차이는 “불가침적 이익”을 창출할 수 있는 것이다.³⁸⁵⁾ 물론 실제로 위와 같은 반경쟁적 효과가 발생하는지에 대해서는

당 검색 엔진의 이용자 수와 누적된 데이터가 많을수록 검색 알고리즘의 개선 가능성도 높아진다. 검색 알고리즘이 개선되면 해당 검색엔진의 경쟁력이 높아져 이용자 수가 더 많아지는 선순환 구조가 형성될 수 있다. 이 과정에서 데이터를 활용한 알고리즘 개선으로 이용자의 편익이 증가하는 긍정적 효과가 나타나는 반면, 이용자가 많은 검색엔진으로 더 많은 이용자가 집중되는 쏠림현상이 발생하여 시장의 독과점적 구조가 심화될 우려도 존재한다.

385) Yong Lim, *The Rules of the Game in a New World: Antitrust and the New Frontier of Digitized Personal Information* (Harvard Law S.L.D. Dissertation), fn. 7, 110~111 (2017) (“Incumbents have already collected or gained access to large amounts and/or varieties of DPI. This has been possible due to the fact that incumbents enjoy a large user base for its goods, which in turn

논란이 있다. 하지만 적어도 대형 온라인 플랫폼 사업자들이 데이터를 매개로 하여 지배력을 확보하고 경쟁을 저해하는 결과가 초래될 것인지에 관해서는 이론적인 가능성이 존재한다.³⁸⁶⁾ 반면, 플랫폼 간 데이터의 이동성, 상호운용성이 충분하여 신규 진입 사업자가 기존 이용자 데이터에 접근하는 것이 용이한 경우에는 이러한 경쟁제한 우려가 완화될 수 있다.

나. 플랫폼 사업자로 인해 부각된 경쟁이슈³⁸⁷⁾와 융통성 있는 규제의 필요성

1) 새로운 경쟁이슈의 부각

가) 멀티호밍(multi-homing)의 제한³⁸⁸⁾

implies the likelihood of incumbents continuing to enjoy their advantage in collecting or accessing DPI. New entrants or rivals on the other hand are unable to collect and do not have access to the same or comparable amounts and varieties of DPI as the incumbents. This difference in the capability to collect or access DPI can create “insurmountable advantages” for incumbents, and lead to their “entrenchment.”

386) 임용, 정해빈, 고태수, 앞의 글. 50면

387) 온라인플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위에 대한 심사지침 (행정예고 2022.1.6.) 참고

388) (예시) 온라인 부동산 정보 서비스를 제공하는 사업자 A는 경쟁사업자 B가 관련 시장에 진출하자 부동산 정보업체와 배타조건부 계약을 체결하여 A 이외의 제3자에게는 부동산 매물 정보를 제공할 수 없도록 하였다. 해당 계약 조항 위반 시에는 즉시 계약해지를 할 수 있도록 규정했으며, 이러한 배타조건부 계약으로 인해 실제 부동산 정보업체는 B에게 매물 정보를 제공할 수 없게 되었다. 특히 온라인 부동산 정보 서비스 시장은 양의 교차 네트워크 효과가 존재하는 시장으로 양질의 부동산 매물을 많이 확보할수록 더 많은 이용자를 얻게되는 스펀 효과 존재하는 반면, 배타조건부 계약으로 신규 진입사업자의 부동산 매물 확보가 어려워질 경우, 반대로 이용자 감소의 악순환이 발생하여 경쟁제한 효과가 배가 될 수 있다. 이러한 배타조건부 계약으로 온라인 부동산 정보 서비스 시장의 경쟁이 제한되고 거래상대방의 자유로운 의사결정이 저해되는 경우, 이와 같은 A의 멀티호밍 제한은 법 제5조(시장지배적지위 남용 금지) 제1항 제5호 전단, 제45조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제5호 전단 관련 배타조건부 거래행위 등에 해당할 수 있다.

멀티호밍 제한이란 온라인 플랫폼 사업자가 자사 온라인 플랫폼 이용자의 경쟁 온라인 플랫폼 이용을 직·간접적으로 제한하는 것을 말한다. 이는 명시적인 배타조건부 계약을 통하여 경쟁 플랫폼의 이용을 금지하는 행위뿐만 아니라 싱글호밍에 대한 경제적 유인을 제공하거나, 경쟁 플랫폼을 이용하는데 소요되는 비용을 증가시켜서 경쟁 플랫폼의 이용을 사실상 제한하는 행위를 포함한다.

양(+)의 교차 네트워크 효과가 존재하는 경우 온라인 플랫폼의 한 측면 이용자가 증가하면 다른 측면 이용자도 증가하게 되고, 이는 다시 전자 측면의 이용자를 증가시키는 방식으로 선순환 구조를 만들 수 있다. 그러나 반대로 한 측면의 이용자가 감소하면 다른 측면의 이용자도 감소하게 되고, 이는 다시 전자 측면의 이용자를 감소시키는 방식으로 악순환 구조를 만들 수도 있다. 이러한 상황에서 멀티호밍 제한이 발생할 경우, 경쟁플랫폼이 선순환 구조를 형성하는 것을 방해하고 악순환 구조를 형성하도록 함으로써 배제효과가 강화될 수 있다.

나) 자사우대(Self-preferencing)³⁸⁹⁾

자사우대란 온라인 플랫폼 사업자가 자사 온라인 플랫폼에서 자사의 상품 또는 서비스를 경쟁사업자의 상품 또는 서비스 대비 유리하게

389) (예시) A는 국내 일반검색서비스 및 비교쇼핑서비스 시장에서 지배적 지위에 있는 사업자이며, 동시에 오픈마켓을 운영하는 사업자이다. A는 비교쇼핑서비스에 적용되는 검색알고리즘을 인위적으로 조정하여 자사 오픈마켓 입점업체의 노출은 증가시키고 경쟁 오픈마켓 입점업체의 노출은 지속적으로 감소시켰다. 그 결과 A의 비교쇼핑서비스를 이용하는 소비자들은 A의 오픈마켓에 입점한 상품을 더 많이 구매하게 되었으며, A 오픈마켓은 교차 네트워크 효과로 선순환을 거치면서 지속적인 이용자 증대효과를 누리게 되었다. 반면, 노출이 감소한 경쟁 오픈마켓은 입점업체가 줄어들고 교차 네트워크 효과로 이용자 감소의 악순환을 지속하면서 A 오픈마켓 대비 경쟁상 열위에 처하게 되었다. 이와 같이 비교쇼핑서비스 시장의 지배적 지위를 지렛대(leverage)로 활용하여 오픈마켓 시장으로 지배력을 전이시킨 A의 행위는 법 제5조(시장지배적지위 남용 금지) 제1항 제3호 및 법 제45조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제1호 후단 관련 부당한 차별 등에 해당할 수 있다.

취급하는 행위를 말한다. 자사우대는 온라인 플랫폼 사업자가 자사의 상품 또는 서비스를 경쟁사업자의 상품 대비 우선적으로 노출하는 등 직접적으로 우대하는 행위뿐만 아니라, 자사와 거래하는 온라인 플랫폼 이용사업자의 상품 또는 서비스를 그렇지 않은 이용사업자의 상품 또는 서비스 대비 우선적으로 노출하는 등 간접적으로 우대하는 행위도 포함한다.

온라인 플랫폼 사업자는 자사 플랫폼 내 규칙을 제정하고 운영하는 동시에 해당 플랫폼에서 직접 자사 상품 또는 서비스를 판매하는 등으로 온라인 플랫폼 이용사업자와 경쟁관계에 있을 수 있다. 온라인 플랫폼 사업자는 이러한 이중적 지위를 이용하여 자사 상품 또는 서비스에 대한 접근성을 높이고 경쟁사업자의 상품 또는 서비스에 대한 접근성을 낮추는 방식으로 플랫폼을 운영할 수 있다. 이러한 자사우대 행위를 통해 온라인 플랫폼 시장의 영향력을 지렛대(leverage)로 하여 연관 시장으로 지배력이 전이시킬 수 있다. 또한 연관 시장에서 온라인 플랫폼 사업자의 지배력이 강화되면 이는 다시 기존 온라인 플랫폼 시장의 지배력을 유지·강화하는 방향으로 작용해 독과점적 지위를 더욱 공고히 할 수 있다.

다) 최혜대우(MFN: Most Favored Nation) 요구

전통제조업에서는 흔하지 않았던 경쟁제한적 행위유형이 플랫폼 사업자가 주류로 등장하게 되면서 대표적인 유형 중 하나가 되었다. 즉 플랫폼은 주로 양면시장에서 이용자 사이를 중개하는 역할을 하므로 대리점 모델(Agency model)이 전통적인 도매-소매 모델(wholesale-reseller model)을 누르고 대세인 산업구조로 떠오르게 되었다. 따라서 MFN 조항도 이러한 추세 속에서 더욱 문제시되고 있다.

일반적인 MFN 조항의 경우 공급업체가 소비자에게 최고의 거래

조건을 보장하는 반면, 플랫폼 MFN은 경쟁플랫폼을 통해 구매하는 소비자에게 부과하는 가격에 대한 공급업체와 플랫폼간의 계약이다.³⁹⁰⁾ 예컨대 애플의 e-book 사건(미국), 아마존의 market place 사건(영국, 일본) 뿐만 아니라 쿠팡, 요기요, OTA 등 우리나라 사례 또한 플랫폼 사업자의 MFN 조항이 문제가 된 사안이었다.

최근 플랫폼 사업자가 증가하면서, 일반적인 MFN 조항보다 플랫폼 MFN 조항이 문제시되는 행위유형으로 부각되고 있다. 특히 플랫폼에 공개된 거래의 경우 MFN 조항을 준수하는지 여부를 더 쉽게 감시할 수 있기 때문에 플랫폼 MFN은 일반적인 MFN과 비교하여 그 효과가 크고 넓은 범위에서 지속될 수 있다. 또한 MFN 조항 체결과 아무런 관련이 없는 최종소비자의 후생에 영향을 미친다는 점에서 일반적인 MFN 조항과 비교할 때 문제가 될 소지가 크다³⁹¹⁾는 것은 앞에서 살펴본 바 있다.

2) 융통성 있는 규제의 필요성

플랫폼 산업의 성장으로 인해 급격하게 경쟁시장이 변화되었고 그러한 변화로 인해 경쟁법적으로 쟁점이 되는 새로운 행위유형이 출현하거나 그 전까지는 주목받지 못 했던 행위유형이 부각되게 되었다. 이에 따라 전통적인 규제체계가 경직적일 경우 규제의 효율성과 형평성 측면에서 문제가 발생할 수 있다.

우선 경직된 규제체계가 시장의 효율성을 보장하지 않는다면 규

390) Jonathan B.Baker & Fiona Scott Morton, 앞의 글, 2181 (2018.6.) (“Platform MFNs differ from simple MFNs because they are agreement between sellers and platforms about the prices that sellers will charge buyers who purchase through rival platforms, not agreements between sellers and buyers about the prices that sellers will charge other buyers.”)

391) 이선희, 앞의 글, 246면

제의 실패를 초래할 수 있다. 만약 초기투자의 높은 위험을 상쇄하고 난 이후에도 투자를 감행할 정도의 플랫폼 사업자의 이윤이 보장되지 않는다면 플랫폼 시장 자체의 존립이 위협받을 수 있다. 예컨대 좁은 범위의 MFN 조항은 플랫폼 투자에 대해 호텔이 무임승차하는 행위를 막을 수 있는데, 좁은 범위의 MFN까지 규제대상에 포함될 경우 OTA라는 플랫폼 자체의 유지가 어려워질 수 있다.³⁹²⁾

또한 경쟁제한성을 일으키는 유사한 행위에 대하여 비슷한 강도의 제재가 이루어져야 하는데 시장경쟁에 미치는 폐해가 더 크거나 비슷한 행위가 규제대상에서 제외된다면 수범자간 형평성을 침해할 수 있다. 특히 한정적 열거주의에서 파생된 법규의 경직성으로 인하여 법적 요건에 만족하는 행위들만 위법하다고 간주될 수 있다. 예컨대 플랫폼 사업자들이 구사하는 다양한 전술들은 전통적인 법리의 관점에서 위법으로 판단하기 어려울 수도 있다.³⁹³⁾

OTA 사업자의 최혜요구조항에 대한 규율 역시 현행법규의 경직성으로 인해 규제의 효율성과 형평성 측면에서 개선되어야 할 여지가 많은 것으로 판단된다. 따라서 ‘플랫폼 MFN’과 같은 신규 사업 모델을 판단하기 위해서는 경쟁법도 융통성 있게 변화해야 한다는 과제를 더욱 절실하게 가지게 되었다.

3. 소결

392) 이선희, 앞의 글, 269면, Simonetta Vezzoso, 앞의 글, 19 (30 June-2 July 2016, (Draft version June 29, 2016))

393) 이기중, 앞의 책, 19면(“다수의 복합적인 서비스를 제공하는 플랫폼들은 자사 서비스들을 활용하여 이용자들을 보다 쉽게 끌어들이고 경쟁자들을 힘들게 만드는 다양한 전술을 구사할 수 있다. 이러한 전술들은 개별 시장 내에서 경쟁이 제한되었다는 강한 증거를 요구하는 전통적인 법리의 관점에서 위법으로 판단하기 어려울 수 있다. 경쟁자에 대한 주된 공격이 시장 밖의 자사 서비스에서 온 것이기 때문이다.”)

우리나라의 경쟁법은 일본과 같은 한정적 열거주의를 취하고 있기 때문에 수범자의 예측가능성 내지 계산가능성을 높일 수 있다는 장점이 있는 대신 새로이 등장하는 불공정한 경쟁수단을 융통성 있게 대처할 수 없다는 단점이 있다. 게다가 수직적 제한행위를 단독행위로 포섭해오는 일본식 법해석 역시 행위의 본질에 가까운 법적용을 어렵게 하고 있다. 마지막으로 구속조건부거래행위의 범위가 배타조건부거래와 거래지역 또는 거래상대방의 제한만을 포괄하고 있기 때문에 상당히 좁은 범위를 포괄하고 있는 점도 현행 경쟁법적 한계가 나타나는 원인이 될 수 있다.

반면 2010년 이후 산업구조는 급격하게 변화하여 플랫폼 사업자가 등장하면서 이들은 교차 네트워크 효과, 규모의 경제 등을 통해 그 영향력을 확대시킬 수 있다. 그리고 멀티호밍의 제한, 자사우대 행위 등 기존에는 별로 문제시되지 않았던 행위유형이 대표적인 행위유형으로 자리잡게 되었는데 최혜대우 요구는 그러한 행위 중 하나이다. 특히 최혜대우 요구는 앞에서 살펴본 바와 같이 규제의 효율성과 형평성 측면에서 개선되어야 할 여지가 많은 것으로 판단된다.

제 2 절 현행법상 한계에 대한 대책

앞에서 살펴본 한계에 대한 개략적인 대책을 생각해본다면 다음과 같으며 현실적으로 가장 적용가능한 순서로 살펴보았다.

1. 구속조건부거래행위의 범위 확대

최혜대우요구 조항을 규제할 수 있는 가장 현실적이고 실행가능한 대응방안은 구속조건부거래행위의 적용범위를 확대하는 방안이 될 것

이라 생각한다. 현행 구속조건부거래행위의 유형은 시행령 제55조 제1항 [별표 2]에서 보는 바와 같이 배타조건부거래, 거래지역 또는 거래상대방의 제한만이 규정되어 있다. 따라서 최대우요구행위와 같이 재판매가격유지행위에 포함되지 않는 가격구속행위를 구속조건부거래행위의 세부 행위유형 중 하나로 추가하는 방식으로 시행령과 불공정거래행위 심사지침을 개정하면 될 것이다.

제4장 제2절에서 살펴본 바와 같이 일본 경쟁당국(Japan Fair Trade Commission, JFTC)은 라쿠텐이라는 주요 OTA 사업자를 구속조건부거래행위(Trading on Restrictive Terms)를 했다는 혐의로 조사한 바 있다.³⁹⁴⁾ 일본 경쟁당국이 구속조건부거래행위를 적용할 수 있었던 이유는 구속조건부거래행위의 범위가 우리나라와 달리 포괄적으로 규정하고 있기 때문이다.

일본은 ‘불공정한 거래방법’에 대한 규제를 사적독점금지 및 공정거래확보에 관한 법률(이하 ‘독점금지법’이라 한다.) 제19조 “사업자는 불공정한 거래방법을 하여서는 아니 된다”는 규정으로부터 시작한다.³⁹⁵⁾ 불공정한 거래방법에 해당하는 행위는 일본 독점금지법 제2조 제9항의 “이 법에서 불공정한 거래방법이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 경쟁을 저해하는 것 중에서 공정취인위원회가 지정한 것을 말한다.”라고 규정하고 있다.³⁹⁶⁾ 동 규정 제4호에는 “상대방의 사업 활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 것”으로 구체화되었다. 일

394) JFTC, press release, “Approval of the Commitment Plan submitted by Rakuten, Inc.”, 2019.10.25. (“In response to the Notice of Commitment Procedures which the Japan Fair Trade Commission issued to Rakuten, Inc. on July 23, 2019 because the JFTC suspected that activities by Rakuten mentioned in 2 below violated the Article 19 (paragraph 12 [Trading on Restrictive Terms]) of the Antimonopoly Act, Rakuten made an Application for Commitment Approval.”)

395) 홍명수, 유명국, 일본의 경쟁법 판례분석, 한국경쟁법학회, 2008.9. 27면

396) 홍명수, 유명국, 위의 글. 28면

반지정(一般指定)이라고 불리는 불공정한 거래방법(不公正な去來方法)에 관한 고시는 모두 16가지 행위 유형이 불공정한 거래방법으로서 지정되어 있는데 그 중 일반지정 제11항~ 제13항이 독점금지법 제2조 제9항 제4호에 해당하는 내용이다.³⁹⁷⁾

일반지정 제11항은 ‘배타조건부거래’이며, 부당하게 거래상대방이 경쟁자와 거래하지 않을 것을 조건으로 거래하는 것을 말하며 이는 우리 경쟁법상 배타조건부거래행위와도 유사하다. 일반지정 제12항은 ‘재판매가격의 구속’이며, 자기가 공급하는 상품을 구입하는 거래상대방에게 정당한 이유 없이 가격에 대한 결정을 구속하는 것을 의미한다.³⁹⁸⁾ 이 역시 우리 경쟁법상 재판매가격유지행위와 매우 유사하다.

그런데 일반지정 제13항 ‘구속조건부 거래’는 우리 경쟁법과 사뭇 다르다. 즉 일반지정 제11항, 제12항에 해당하는 행위 이외에 거래상대방 등의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건을 부과하는 행위로 구속조건부 거래행위를 규정함으로써 상당히 넓은 범위를 포괄하고 있다. 여기에 해당하는 행위로는 재판매가격유지행위로 포섭하기 어려운 가격 구속행위, 거래상대방을 제한하는 행위, 판매지역·판매방법을 제한하는 행위 등이다. 예컨대 최저가격을 보장하기 위하여 소매업자의 가격을 제한하는 행위도 여기에 해당한다.³⁹⁹⁾ 따라서 MFN 조항 역시 일반지정 제13항에 포섭될 수 있다는 것을 알 수 있다.

한정적 열거주의를 채택하는 우리나라와 법체계가 가장 비슷한 일본의 경우에도 구속조건부 거래행위의 범위를 확대하여 최고우대요구행위를 포섭하고 있다. 우리나라에서도 현행 법규에서 열거된 불공정거

397) 홍명수, 유명국, 위의 글. 29면

398) 홍명수, 유명국, 앞의 글. 35면

399) 홍명수, 유명국, 앞의 글. 37면

래행위의 유형 중 구속조건부거래행위, 즉 '거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위'가 최혜대우요구 행위와 가장 잘 부합된다고 생각한다. 수직적 제한행위로서 거래상대방의 특정한 조건을 구속하고 이것이 거래상대방뿐만 아니라 시장경쟁도 제한하는 행위가기 때문이다.

재판매가격유지행위의 경우, '가격'에 대한 수직적 제한행위라는 점에서 최혜대우요구 행위와 유사한 측면이 있지만 '재판매'가 행위요건에 명확하게 들어가 있고, 해외 경쟁당국도 '재판매'와 '중개(Agency)'를 구별하고 있다는 점에서 최혜대우요구 행위를 규제하는 것은 무리가 될 것으로 생각한다.

2. 수직적 공동행위의 일부 인정

제5장 제2절 4.에서 살펴보았듯 최혜대우요구 행위와 같은 수직적 제한행위를 수직적 공동행위로 인정할 수 있는지에 대해서는 쟁점이 될 수 있다. 즉 수직적 공동행위가 제40조 제1항 전단400)에 포함될 수 있는지에 관하여는 양론이 있을 수 있다. 문리적인 해석에 따르면 수직적 합의도 공정거래법 제40조 제1항에 포함된다고 볼 수 있다. 반면, 공정거래법상 수직적 거래제한 유형 중 상당 부분이 재판매가격유지행위 규제나 불공정거래행위 규제에 포함되어 있어 수직적 합의를 공동행위 규제에 포함할 실익이 없을 뿐 아니라 체계상 혼란을 가져온다고 볼 수도 있다.⁴⁰¹⁾

400) 제40조(부당한 공동행위의 금지) ① 사업자는 계약·협정·결의 또는 그 밖의 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 하도록 하여서는 아니 된다.

401) 정재훈, 앞의 책, 37면

수직적 공동행위에는 수평적 공동행위에 수직적 관계에 있는 사업자가 참여한 경우[수평적 합의와 수직적 합의가 교차하는 경우, 부진정 수직적 공동행위]와 수직적 관계에 있는 사업자 사이에 합의가 이루어진 경우[순수한 수직적 공동행위, 진정 수직적 공동행위] 등 두 유형으로 분류할 수 있다. 수직적 관계에 있는 사업자만이 합의한 경우(진정 수직적 공동행위)로는 원재료 공급자인 A와 그로부터 재료를 공급받아 생산하는 B 사이의 합의가 있는 경우 등이다. 대법원 2014.2.27. 선고 2012두24498판결(글락소그룹 사건)에서 원심은 이러한 공동행위도 인정된다고 판단하였지만, 대법원은 사업자들 사이에 잠재적 경쟁관계가 있다고 보아 이 쟁점에 관한 명시적인 판단을 유보하였다.⁴⁰²⁾

수직적 공동행위를 우리법상 수용하기 위해서 별도의 입법이 필요한지 여부는 별론으로 하더라도, 현행 법규의 왜곡을 바로잡기 위하여 수직적 공동행위의 법리를 일부 원용하는 것을 전향적으로 검토할 필요가 있다고 생각한다. 현재 수직적 공동행위를 수용하기 곤란한 이유로 가장 유력한 논거는 재판매가격유지행위, 구속조건부거래행위 등과 중복규제의 우려가 있다는 것인데, MFN 조항과 같이 이들 행위유형에 포섭되지 않는 수직적 제한행위에 한하여 수직적 공동행위로 규제한다면 중복규제의 우려가 없을 것이다. 특히 일방이 수직적 제한을 강행한 것이 아니라 양당사자간 합의에 의하여 당해 조항을 계약서에 삽입한 경우에는 불공정거래행위 등 단독행위의 규정을 적용하는 것은 행위의 본질에 부합하지 않을 것이다.

다만, 수직적 공동행위를 일부 수용한다고 하더라도 수평적 공동행위와 달리 경쟁제한성을 명확하게 입증되어야 하며, 효율성 증진효과와 엄밀하게 비교형량하는 과정을 거쳐야 할 것이다. 즉 최혜대우요구 조항의 경우 그 조항의 존재로 인해 시장에서의 경쟁제한성이 입증되어

402) 정재훈, 앞의 책, 38면

야 하며 제3장에서 살펴보았던 친경쟁적 효과와 비교하여 반경쟁적 효과가 클 경우에만 규제의 대상이 되어야 할 것이다.

3. 일반조항주의로의 전환

장기적으로는 우리나라 경쟁법도 미국과 독일의 경쟁법과 같이 성문법에 일반조항을 두고 이의 구체화는 판례에 맡기는 방식인 일반조항주의로 전환하는 방법을 생각해볼 수 있을 것이다.

우선 한정적 열거주의의 장점으로는 불공정거래행위의 구체적 범위를 주지시킴으로써 사업자의 예측가능성 향상과 함께 불공정거래행위에 대한 예방적 역할도 수행할 수 있게 된다는 것이다.⁴⁰³⁾ 그런데 1981년 경쟁법을 시행한 지 40여 년이 지난 현재, 우리나라는 상당한 집행경험과 다양한 판례·심결례를 축적할 수 있게 되었으며 예측가능한 규제를 기대할 수 있게 되었다.

또한 불공정거래행위는 일정한 행위 혹은 사실 그 자체로서 위법하다고 판단할 성질이 아니라, 당해 행위가 불공정성 혹은 부당성을 가질 때 비로소 규제의 대상이 된다. 우리나라 현행 규정도 대부분 ‘부당한’ 혹은 ‘정당한 사유없이’라는 요건을 달고 있는바, 결국 어느 행위의 금지 여부는 부당성 또는 불공정성 여부에 관한 판단에 따르게 된다. 결국 한정적 열거주의 하에서도 ‘위법성’ 내지 ‘불공정성’에 관한 논의는 이론적으로 불가피하게 발생하게 되는 것이다.⁴⁰⁴⁾

따라서 빠르게 변화하는 산업구조에 융통성 있게 대응하기 위하여 장기적으로는 우리나라 경쟁법의 체계 자체를 일반조항주의로 전환하

403) 신현윤, 앞의 책, 287면

404) 정호열, 앞의 책, 388면

는 방안을 고려해볼 수 있을 것이다.

제 7 장 결론

본 논문에서는 디지털플랫폼의 최혜대우요구 조항에 대한 경쟁법적 의미를 OTA 사건을 중심으로 고찰하였다.

제2장에서는 MFN 조항의 의미를 정의하였고 구별되는 개념으로 APPA, BPP, LPG, BPG, RPM과의 차이점에 대하여 살펴보았다. MFN 조항이 국제통상조약에서 비롯된 의미인 만큼 법적 개념이 아닌 통용되어 굳어진 개념을 중심으로 정의하였다. MFN 조항은 공급자가 최종소비자가격을 결정하는 구조에서, 동일재화에 대하여 다른 어떤 유통경로보다 최종소비자가격을 비싸지 않게 지정하겠다는 소매업체와의 약정을 의미하는 것으로 정의하였다. 이는 APPA보다 넓은 개념이며, BPP, LPG, BPG, RPM과는 비슷하지만 다른 개념이다. 이렇게 비슷한 개념과의 차이점을 통찰함으로써 통해 개념을 더욱 명확히 확인할 수 있었다.

제3장에서는 최혜대우요구 조항의 효익과 폐해에 대해 살펴보았다. 우선 제1절에서는 최혜대우요구 조항의 효익으로 공급자의 무임승차행위를 방지하고 비가격경쟁을 촉진한다는 점을 살펴보았다. 그러나 제2절에서는 최혜대우요구 조항의 대표적인 폐해로 공급업체간, 플랫폼간 경쟁제한 효과를 분석해 보았다. 우선 MFN 조항은 공급업체의 가격인하 비용을 증가시켜 공급업체간 가격경쟁 저해시키고, 투명해진 시장은 이탈행위에 대한 적발을 용이하게 함으로써 공급업체간 담합가능성을 증가시킨다. 또한 MFN 조항으로 인해 최종소비자 가격을 동일하게 유지해야 한다면, 플랫폼(OTA)이 이윤을 줄이고 수수료를 인하하더라도 공급업체(숙박업체)가 이에 맞추어 자신의 이윤을 늘려 최종소비자 가격이 동일해질 것이므로 플랫폼간 수수료경쟁을 저해한다. 마지막으로 공급업

체들이 기존 플랫폼과 MFN 조항을 체결하고 있는 경우 신규 플랫폼은 낮은 수수료 및 낮은 가격으로 시장에 진입하여 경쟁력을 확보할 가능성이 감소한다. 마지막으로 제3절에서는 국내외 실증 사례를 살펴보았는데, 다수의 해외연구에서 MFN에 대한 규제로 인해 객실의 가격차별화 증대, 객실의 가격인하, 거래건수 증가 등 경쟁촉진 효과가 발생하였음을 확인하였다.

제4장에서는 국내외 규제사례를 살펴보았다. 제1절에서는 국내 규제사례로 호텔 예약 플랫폼 사업자의 최혜대우요구 조항 시정 사건, 쿠팡(주)의 대규모유통업법 등 위반행위에 대한 건, (유)딜리버리히어로(요기요)의 거래상지위 남용행위에 대한 건, 농업협동조합중앙회의 거래상지위 남용행위 사건을 살펴보았다. 제2절에서는 해외 규제 사례로 독일, 프랑스, 스웨덴, 이탈리아, 영국, 미국, 호주, 일본, 홍콩, 러시아 등의 사례를 살펴보았다. 이들 국가들은 자국의 상황에 맞추어 각기 다른 수준의 MFN 조항에 대한 규제를 실시하고 있었다. 모든 형태의 MFN 조항을 금지하는 국가와 좁은 범위의 MFN 조항만을 허용하는 국가가 대부분이며, 독일, 러시아를 제외한 대부분의 경쟁당국은 좁은 범위의 MFN 조항을 허용하고 있음을 알 수 있다.

제5장에서는 MFN 조항이 현행 경쟁법적으로 어떻게 적용될 수 있는지 그 적용범위와 한계를 살펴보았다. 제1절에서는 현행법상 적용가능성을 검토하였는데, 시장지배적지위 남용행위 중 '기타의 타사업자 사업활동 방해행위', '소비자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 행위', 불공정거래행위 중 거래상지위남용행위(불이익제공, 경영간섭)로도 포섭될 수 있다는 점을 알 수 있었다. 그러나 현행법상 구속조건부거래행위, 재판매가격유지행위로는 인정되기 어려우며, 부당한 공동행위 법리의 경우 적용가능성 여부는 알 수 없지만 전향적인 검토가 가능할 것으로 보인다. 제2절에서는 현행법상 행위규제의 한계에 대하여 살펴보았는데,

MFN 조항을 규제하는 현행법상 행위규정의 가장 큰 문제점은 거래상지위남용 법리로 일관되게 규제한다는 점이라는 것을 알 수 있다. 최혜대우요구 조항의 가장 대표적인 피해는 시장의 경쟁을 제한한다는 것인데, 이에 대한 규제로 갑질행위 중지에 대한 법리를 사용하고 있는 것이다. 법조항 불비에 따른 기형적인 법집행은 과도·과소 집행, 형평성 문제 등 다양한 모순적 상황을 발생시킨다.

제6장에서는 현행 경쟁법적 한계에 대한 원인과 대책을 살펴보았다. 제1절에서는 원인에 대해서 고찰하였는데, 법내재적 원인과 법외부적 원인으로 나누어 볼 수 있다. 우리나라의 경쟁법은 일본의 영향을 받아 한정적 열거주의를 취하고 있는데 이러한 경우 새로운 경쟁제한 행위유형을 융통성 있게 수용하기 어렵다. 반면 2010년 이후 산업구조는 급격하게 변화하여 플랫폼 사업자가 등장하면서 그 동안 부각되지 않았던 행위유형이 대표적인 행위유형으로 자리잡게 된 것이다. 제2절에서는 그 원인에 대한 대책을 간략하게 열거하였다. 일본 경쟁법처럼 구속조건부 거래행위의 범위를 확대하는 방법이 가장 현실적인 것으로 판단되나, 수직적 공동행위를 일부 인정하거나, 장기적으로는 미국과 독일의 경쟁법과 같이 일반조항주의로 전환하는 방법도 생각해볼 수 있을 것이다.

해외 경쟁당국이 2013년 이후 활발하게 OTA 사업자의 최혜대우요구 조항에 대한 규제를 시행한 것과 대조적으로 우리나라 공정위는 2021년에 이르러서야 OTA 사업자에 대한 조사가 자진시정으로 마무리되었다. 그동안 다른 플랫폼 사건에 대해서는 선제적으로, 적어도 늦지 않게 조치해오던 우리나라 공정위의 태도와 비교할 때 이는 매우 이례적인 일이라 할 수 있다. 그 이유는 최혜대우요구라는 행위유형이 국내 경쟁법을 바로 원용하여 조치하기 쉽지 않았기 때문일 것으로 추측한다.

MFN 조항은 OTA 분야에만 국한된 것이 아니라 플랫폼 기반

사업자들의 일반적인 행위유형이다. 따라서 위 조항의 경쟁제한성 등 부정적인 영향력에 대한 우려가 증가하고 있다. 그런데 이에 대해 국내 경쟁법 적용이 적절하지 않다면 플랫폼 시장 전반에 부정적인 영향을 줄 수 있다. 따라서 경쟁당국이 범위반 행위유형에 대해 정확한 처방과 진단을 내리고, 과도·과소 집행되지 않도록 입법적으로 정비되어야 할 필요가 있다.

참 고 문 헌

<국내문헌>

권오승, 경제법 제12판, 법문사, 2015. 3. 10.

공정거래위원회 보도자료, 5개 호텔 예약 플랫폼의 최혜국 대우 조항 시정, 2021. 3. 15.

공정거래위원회 해외경쟁정책동향 제109호, 2015. 12. 7.

김지홍, 이병주, 과대집행과 과소집행의 딜레마 - 경쟁법의 숙명, 저스티스 통권 제135호, 2013. 4.

김현주, 외국계 온라인 여행사(OTA)의 한국시장 진출에 따른 영향과 대응방향, 한국문화관광연구원 정책연구, 2017-06

문화체육관광부, 2019 국민여행조사 분석편, 2020. 6. 30.

박민수, 온라인플랫폼에서 최고우대조항(Most-Favored Nations Clause)의 경쟁효과: 온라인여행플랫폼(Online Travel Agency)의 사례와 이론을 중심으로, 2019. 9. 30.

서정, 불공정거래행위의 사법적 효력, 민사판례연구 제31권, 2009.

손혁상, 애플사의 전자책 거래 유형에 대한 연구, 홍익법학 제14권 제3호, 2013.

신동권, 독점규제법 제3판, 박영사, 2020.

신영수, 판례에 비추어 본 거래상 지위남용 규제의 법리, 상사판례연구 제28집 제1권, 2015.

신현윤, 경제법 제7판, 법문사, 2017. 8. 25.

윤성운·강일·안준규·김진훈·최원석, Most Favored Customer 약정의 경쟁에 대한 영향과 시사점, 법·경제분석그룹(LEG) 연구보고서, 2012. 8.

이기중, 온라인 소매 플랫폼과 입점업체 간의 최저소매가 보장약정에 대한 공정거래법의 적용, 경쟁법연구 제15권 2호, 2016. 8.

이기중, 플랫폼 경쟁법, 삼영사, 2021. 2.

이민호, 거래상 지위의 남용과 거래질서, 경제법판례연구회, 2016. 9. 28.

이봉의, ICT분야 플랫폼의 개념과 경쟁법적 함의에 관한 연구, 2015년 공정거래 법·경제(LEG) 심포지엄, 한국공정거래조정원, 2015a

이봉의, 공정거래법, 박영사, 2022.

이봉의, 독과점시장과 착취남용의 규제, 경쟁법연구 제22권, 2010.

이봉의, 디지털플랫폼의 자사 서비스 우선에 대한 경쟁법의 쟁점, 법학연구(연세대학교 법학연구원) 제30권 제3호, 2020. 9.

이봉의, 전종익, 독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 “소비자이익 저해행위” 금지의 위헌성 판단 - 명확성의 원칙을 중심으로, 서울대학교 법학 제49권 제3호, 2008. 9. 11.

이봉의, 통신 · 방송 융합과 역무구분의 체계정립, 경쟁법연구 제13권, 2006. 5.

이상규, 양면시장의 정의 및 조건, 정보통신정책연구 17권 4호

이선희, 온라인 플랫폼에서 소매가격 최고우대조항의 경쟁법적 문제, 경쟁법연구 제35권, 2017. 5.

이준구, 미시경제학, 법문사, 1989.

이호영, OTA의 MFN 조항 관련 공정거래법상 적용 법규에 관하여, 2020.3.

이호영, 공정거래법상 수직적 공동행위의 규제에 관한 연구, 경영법률 제21집 4호, 2011. 7.

이호영, 독점규제법 제6판, 홍문사, 2020.

임용, 경쟁자의 비용 증대를 통한 배제 전략의 경쟁법적 고찰 - 담배진열 공간 사례를 중심으로 -, 서울법학 제26권 제4호, 2019. 2. 28.

임용, 정해빈, 고학수, 인공지능과 시장경쟁: 데이터에 대한 규율을 중심으로, 한국경제포럼 제12권 제3호, 2019. 10. 25.

임용, 플랫폼 민주주의: 중립성에 대한 오해와 진실, 서울대학교 인공지능
정책 이니셔티브 이슈페이퍼 04, 2019. 11.

장태주, 행정법 개론 개정3판, 현암사, 2006. 1. 31.

정재훈, 공정거래법 소송실무 제3판, 육법사, 2020. 6. 30.

정호열, 경제법 제4판, 박영사, 2012. 3. 5.

최경은, 외국계 OTA와 관광숙박업체 거래구조 분석, 한국문화관광연구
원 정책연구, 2019-15

코트라(KOTRA) 해외시장뉴스, 미국 온라인 여행 플랫폼 시장동향 및 전
망, 2019. 7. 29.

통계청, 2019년 12월 및 연간 온라인쇼핑 동향, 2020. 2. 5.

홍대식, 합의 증명의 요소로서의 사업자 간 의사연결의 상호성 · 정보교
환을 중심으로, 경쟁법연구 제30권, 2014

홍명수, 유영국, 일본의 경쟁법 판례분석, 한국경쟁법학회, 2008. 9.

<외국문헌>

ACCC, press release, *ACCC consults on online travel agents*, (2015. 9. 8.)

ACCC, press release, *Expedia and Booking.com agree to reinvigorate price competition by amending contracts with Australian hotels*, (2016. 9. 2.)

Alex Moazed & Nicholas L. Johnson, *Modern Monopolies: What it Takes to Dominate the 21st-Century Economy*, St.Martin's Press, (2016. 5.)

Amelia Fletcher and Morten Hviid, *Broad retail price MFN clauses: Are they RPM "At its worst"?*, *Antitrust Law Journal* vol.81, (2016)

Andre Boik and Kenneth S. Corts, *The Effects of Platform Most-Favored-Nation Clauses on Competition and Entry*, *Journal of Law and Economics*, vol.59, (2016. 2.)

Autorité de la concurrence, Case 15-D-6, English Press release (<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/21-april-2015-online-hotel-booking-sector>)

Bookingplatforme, *hoteller og forbrugere Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*, (2019. 2.)

Bundeskartellamt, Booking.com, Expedia, Beschluss vom (2015. 12. 22.),

Az. B9-121-13

Bundeskartellamt, Hotel Reservation Service(HRS), Fallbericht vom 5, (2013. 12. 20.) Az. B9-66/10

CMA, Hotel Online Booking Investigation Case closure summary, (2015. 9. 16.)

CMA Press release, CMA closes hotel online booking investigation, (2015. 9. 16.)

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry {COM(2017) 229 final}, Brussels, (2017. 10. 5.) SWD(2017) 154 final

European Competition Network, *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector*, (2017. 4.)

FAS, press release, *Booking.com has violated competition law*, (2019. 12. 31.)

FAS, press release, *FAS requested booking.com to exclude parity*, (2019. 11. 12.)

FAS, press release, *FAS Russia fined Booking.com B.V. by 1.3 billion RUB*. (2021. 8. 26.)

FAS, press release, *FAS Russia recognized the company Booking.com violated the antimonopoly legislation.*, (2020. 12. 21.)

Hong Kong Competition Commission, Notice issued under section 4 of Schedule 2 of the Competition Ordinance regarding the Commission's acceptance of commitments in online travel agents case (EC/02NJ)

Hong Kong Competition Commission, press release, *Competition Commission accepts commitments offered by online travel agents.*, (2020. 5. 13.)

Hunold, Kesler, Laitenberger and Schlütter, *Evaluation of Best Price Clauses in Online Hotel Booking*, Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich, (2018. 3.)

International Competition Network(ICN), *Online Vertical Restraints Special Project Report*, 2015 ICN Annual Meeting, Prepared by Australian Competition and Consumer Commission(ACCC)

Italian Antitrust Review, Vol.4, No.2, 2017, THE ANNUAL LAW FOR COMPETITION(ITALIAN LAW NO. 124 OF 4TH AUGUST, 2017)

JFTC, press release, "Approval of the Commitment Plan submitted by Rakuten, Inc.", (2019. 10. 25.)

Jonathan B.Baker & Fiona Scott Morton, *Antitrust Enforcement Against Platform MFNs*, the Yale Law Journal Vol 127 n.8, (2018.

6.).

Jonathan B. Baker and Judith A. Chevalier, *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*, *Antitrust*, Vol. 27, No. 2, (Spring 2013)

Konkurrensverket, Case 569/2013

Lina M . Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, *The Yale Law Journal*, 126:710 (2017)

LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques Article L311-5-1

Margherita Colangelo, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, *Journal of European Competition Law & Practice* 8(1), (2015. 11. 5.)

Matovani, Piga and Reggiani, *Much ado about nothing? Online platform price parity clauses and the EU Booking.com case*, *Economics Discussion Paper series EDP-1909*, The university of Manchester, (2019. 5.).

Morten Hviid, *Vertical Agreements Between Suppliers and Retailers That Specify a Relative Price Relationship Between Competition Products or Competing Retailers*, *OECD Hearing on Across Platform Parity Agreements*, DAF/COMP(2015)6, (2015. 10. 19.)

Nr. 099/2021 Beschluss vom 18. Mai 2021 – KVR 54/20 English Press release(https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2021/18_05_2021_BGH_KVR_54-20_Booking.com.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

OLG Düsseldorf, 04.06.2019 - VI-Kart 2/16 (V)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2015, Az VI – Kart. 1/14(V)

ONLINE TRAVEL COMPANY (OTC) HOTEL BOOKING ANTITRUST LITIGATION, Consol. Civil Action No. 3:12-cv-3515-B, document 136, (2014. 2. 18.)

Online Travel Market Report: By Platform Type (Mobile/Tablets Based, Desktop Based) Mode of Booking (Online Travel Agencies, Direct Travel Facilitators) Service Type (Transportation, Accommodation, Vacation Packages) - Global Forecast till 2027, (2019. 3.)

Øystein Foros, Hans Jarle Kind, Greg Shaffer, *Turning the Page on Business Formats for Digital Platforms: Does Apple's Agency Model Soften Competition?*, CESifo Working Paper No.4362 category 11: industrial organisation, (2013. 8.)

Patent- och marknadsdomstolarna, Mål PMT 13013-16

Patent- och marknadsöverdomstolen, Mål nrPMT 7779-18

Phocuswright, *Hotels, OTAs, Metasearch or Rentals: Who's Winning in Traffic and Conversion?*, 9 (2017. 4. 12.)

Phocuswright research, *A milestone for online bookings in Europe*, (2020. 1.)

Pinar Akman, *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favored-Customer Clauses*, CCP Working Paper 15-12, (2015)

Simonetta Vezzoso, *Online Platforms, Rate Parity, and the Free Riding Defence, Prepared for presentation at 11th ASCOLA Conference Leiden Law School*, (30 June-2 July 2016,(Draft version 2016. 6. 29.))

Yong Lim, *Tech Wars: Return of the Conglomerate: Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?*, *Journal of Korean Law* Vol. 19, (2020. 2.)

Yong Lim, *The Rules of the Game in a New World: Antitrust and the New Frontier of Digitized Personal Information* (Harvard Law S.L.D. Dissertation), fn. 7, (2017)

Abstract

A Study on MFN Clauses of Digital Platform

- Based on the OTAs cases -

Eunkwang, Ha
Department of Law, Competition Law
The Graduate School
Seoul National University

Due to the development of the IT, online travel agencies (OTAs) based on digital platforms are growing worldwide. However, according to a recent survey, most contracts between domestic hotels and foreign OTAs include MFN (Most Favorite Nation) clauses such as rate parity.

At a breakfast meeting of the Deputy Prime Minister for Economic Affairs in July 2019, the issue of OTA's MFN clauses restricting price competition was raised, which prompted Korean FTC's investigation. The investigation was resulted in correction of the MFN clauses in the OTAs' contracts in March 2021.

Compared to foreign competition authorities, the Korea FTC started the investigation somewhat late and the cases was finalized without penalty. It seems to be due to the uniqueness of the type of behavior called MFN and the limitation of the current competition law. Therefore this study examined the types of MFN clauses and the advantages and drawbacks of MFN clauses. In addition, it covered domestic and foreign regulatory cases and analysed the current competition law that can be applied to the MFN clauses. Finally, it reviewed the limitations of the current law and its causes and countermeasures.

keywords : digital platform, OTA(online travel agency),
MFN(most favored nation), abuse of market dominant position,
abuse of bargaining position

Student Number : 2015-21466