

온라인 유통업체 기업결합에 있어서 경쟁법적 이슈 검토

- eBay의 G마켓 주식인수 건의 시장획정을 중심으로

법무법인 율촌 공정거래팀 | 미국 변호사 이석준 변호사 이승재

1. 들어가며

공정거래위원회(이하 “공정위”라고 한다)는 2009년 4월 22일 미국 최대의 인터넷 경매사이트 운영자인 eBay Inc.(이하 “eBay”라 한다)가 국내 주요 인터넷 오픈마켓 사업자인 (주)인터파크지마켓(이하 “G마켓”이라 한다)의 주식을 인수하는 기업결합에 대해서 조건부 승인 결정을 내렸다. 이러한 공정위의 결정은, eBay가 국내 주요 인터넷 오픈마켓 사업자인 (주)옥션의 대주주이고 인터넷 오픈마켓 시장에서 옥션과 G마켓의 시장점유율을 합칠 경우 약 90%에 육박한다는 점에서 다소 의외의 결과로 받아들일 수 있다.

eBay는 지난 2008년 9월 24일 G마켓의 주식 취득에 대하여 공정위에 임의적 사전심사를 요청하였고, 공정위는 전원회의를 열어 조건부 승인 결정을 내린 바 있다. 현재로서는 2009년 4월 22일에 있었던 본건 기업결합심사에 대한 의결서가 일반에 공개되지 않은 상황이기 때문에, 본고에서는 공정위의 2009년 4월 23일자 보도자료와 당시 기업결합 업무를 담당하였던 공정위 실무자가 발표한 논문¹⁾ 등 현재까지 발표된 관련 자료들을 토대로 동 기업결합심사에 관한 공정위의 판단 내용을 살펴본 후, 인터넷쇼핑 시장에서의 기업결합에 수반되는 경쟁법적 쟁점 즉, 시장획정 및 경쟁제한성 판단에 대하여 검토해 보고자 한다.

국내 인터넷 쇼핑 시장은 높은 인터넷 보급률, 지급결제 문제의 개선, 배송 서비스의 향상 등으로 인하여 2002년 약 6조 원의 시장규모에서 2007년 약 15조 8,000억 원의 시장으로 성장하였다. 또한, 사업체 수는 2002년 2,521개에서 2007년 4,478개로 폭발적으로 증가하여 인터넷 쇼핑 시장은 대형할인점, 백화점과 함께 유통업 분야에서 3대 유통경로로 자리 잡았다.²⁾ 이러한 추세는 앞으로 더욱 심화될 것으로 예상되며, 향후 인터넷 기반 사업체 간의 기업결합 역시 계속적으로 증가할 것으로 예상된다. 그러므로 본건 기업결합에 대한 공정위의 판단은 인터넷 기반 사업체 간의 기업결합에 중요한 의미를 가진다 하겠다.

1) 문제호, 인터넷 쇼핑 분야의 기업결합 심사 사례, 경쟁저널 제143호(2009. 3.), 34~45면

2) 상계 논문, 34면.

2. 본 건 기업결합의 관련 시장 획정에 대한 검토

가. 관련 시장 획정의 일반 원칙

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”이라 한다) 제7조는 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합을 원칙적으로 금지하고 있다. 따라서 특정 기업결합이 경쟁제한적인 기업결합에 해당되는지 여부를 판단하기 위해서는 우선 당해 기업결합으로 영향을 받게 되는 ‘일정한 거래분야’ 즉, 관련 시장을 획정하는 작업이 선행되어야 한다. 관련 시장은 통상 상품시장과 지역시장으로 나누어서 분석된다.

관련 상품시장이란, 거래되는 특정 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상될 경우, 동 상품의 구매자 상당수가 이에 대응하여 구매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 말하는 것으로, 특정 상품이 동일한 거래분야에 속하는지 여부는 상품의 기능 및 효용의 유사성, 상품 가격의 유사성, 구매자들의 대체 가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태, 판매자들의 대체 가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사의 결정행태, 한국표준산업분류, 거래단계, 거래상대방 등을 종합적으로 고려하여 판단한다³⁾(공정거래위원회 기업결합심사기준 VI).

대법원은 ‘관련 상품에 따른 시장’은 일반적으로 서로 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 거래되는 상품의 가격이 상당 기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상될 경우, 그 상품의 대표적 구매자가 이에 대응하여 구매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 의미하고, 그 시장의 범위는 거래에 관련된 상품의 가격, 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체 가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태는 물론, 판매자들의 대체 가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사의 결정행태, 사회적·경제적으로 인정되는 업종의 동질성 및 유사성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 그 밖에도 기술 발전의 속도, 그 상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 그 상품을 기초로 생산되는 다른 상품에 관한 시장의 상황, 시간적·경제적·법적 측면에서의 대체의 용이성 등도 함께 고려하여야 한다고 판시함으로써 공정위 기업결합심사기준을 대부분 수용하고 하고 있다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결 참조).

관련 지리적 시장이란, 일반적으로 수요자가 기존 수요 제품의 가격 인상에 대응하여 현실적으로 구매를 전환할 수 있는 지역적 범위로 정의된다. 지리적 시장 또한 상품시장과 마찬가지로 이론적으로는 수요의 교차탄력성과 공급의 교차탄력성에 의하여 결정된다고 할 수 있다. 그러나 실제로는 제품의 실제 지역적 판매패턴을 토대로 지리적 시장을 획정하는 Elzinga-Hogarty Test 등이 사용된다.

3) 공정거래위원회 고시 제2007-12호 기업결합심사기준 VI 참조.

나. 본건 기업결합에 대한 공정위의 시장획정⁴⁾

일반적으로 ‘인터넷 쇼핑’이란, 인터넷 웹사이트(Web-site)에 가상의 판매공간을 설치한 후 불특정 다수의 소비자들을 상대로 상품 또는 서비스를 제공하고 전자적인 결제수단을 이용하여 대금을 지불하는 거래방식을 의미한다. 이러한 인터넷 쇼핑은 ① 쇼핑몰 운영자가 구입하거나 생산한 상품을 웹사이트에 등록하고 자신의 책임 하에 소비자에게 상품을 판매하는 방식의 일반 인터넷 쇼핑몰 ② 불특정 다수의 판매자와 소비자 사이의 거래를 중개하는 인터넷 오픈마켓 등 2가지로 분류할 수 있다.

‘오픈마켓’이란 인터넷을 통하여 누구나 상품을 자유롭게 구매할 수 있고 판매도 할 수 있는 온라인상의 자유시장 공간을 의미하며 ‘온라인 마켓플레이스(Online Marketplace)’라고 표현되기도 한다. 일반 인터넷 쇼핑몰과 달리 특별한 선발과정이나 복잡한 절차 없이도 약간의 수수료만 지불하면 누구나 판매자가 될 수 있는 열린 공간으로, 판매자가 직접 판매상품을 등록하면 소비자가 마음에 드는 상품을 선택할 수 있도록 하는 서비스가 제공된다. 기존 일반 인터넷 쇼핑몰이 상품의 기획에서부터 마케팅, 애프터서비스(A/S) 등을 직접 관리했던 것과는 달리, 오픈마켓은 판매자와 소비자 사이에서 거래장소만을 제공하고 거래에 대한 관여는 최소화하고 있으며, 거래시 발생하는 거래수수료를 통하여 수익을 창출하고 있다.

오픈마켓을 포함한 인터넷 쇼핑은 특정 지역에 국한되지 않고 웹사이트를 통해서 전국적으로 동일하게 운영되고 있으므로 관련 지역시장을 전국시장으로 획정하는 것이 마땅하고, 공정위 역시 본건 기업결합의 관련 지역시장을 전국시장으로 획정하였다. 이하에서는 관련 상품시장의 획정을 중심으로 공정위의 시장획정에 대하여 살펴보도록 한다.

(1) 양면 플랫폼에서의 시장획정

당초 본건 기업결합에 대한 사전심사 청구에서 eBay는 “인터넷 오픈마켓은 소비자와 판매자를 중개하는 비즈니스로서, 소비자와 판매자를 모두 포괄하는 전체를 하나의 시장으로 획정하여야 한다”고 주장하면서, 주된 근거로 기업결합심사는 소비자에게 미치는 영향을 판단하는 것으로 판매자에게 미치는 영향은 파생적인 성질을 가지는 것이어서 소비자와 판매자를 분리하여 각각을 별개의 시장으로 획정할 필요는 없다는 점을 들었다.

그러나 공정위는 위와 같은 eBay의 주장에 대하여 오픈마켓은 소비자와 판매자를 연결하여 서로 거래가 이루어질 수 있도록 인터넷 상에서 장터를 제공하는 사업이라고 할 수 있는데, 인터넷 오픈마켓이 소비자와 판매자라는 서로 이질적인 거래상대방을 상대로 사업을 영위하고 있는 상황에서 각각의 거래 상대방에게 미치는 영향이 상이하다면 각각 개별적으로 분석하는 것이 거래의

4) 전계 논문, 35면 이하.

구조 및 사업내용의 실질을 보다 정확히 반영하는 것이고, 그 이후에 서로 영향을 미치는 분야에 대한 분석도 필요한 것이라고 판단하였다.

그 결과, 공정위는 본건 기업결합의 관련 시장에 대하여 ① 더 많은 판매자를 확보하여 판매자 간의 가격경쟁을 유도하고 다양한 상품구색을 갖추기 위하여 경쟁을 하는 판매자 측면의 시장 ② 더욱 편리한 구매 서비스를 제공하여 많은 소비자들이 구매하도록 경쟁을 하는 소비자 측면의 시장으로 분리하여 획정하는 것이 바람직하다고 판단하였다.

(2) 소비자 측면의 시장획정

eBay는 사전심사단계에서, 만약 오픈마켓과 관련된 시장을 소비자 측면의 시장과 판매자 측면의 시장으로 분리한다면, 소비자들은 오픈마켓과 다른 인터넷 쇼핑물을 구별하지 않고 거래하므로 오픈마켓과 다른 유형의 인터넷 쇼핑물 특히, 종합 인터넷 쇼핑물을 묶어서 하나의 시장으로 획정하는 것이 타당하다고 주장하였다. 이에 대하여 공정위 역시 실제 소비자들은 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑물을 구별하지 않고 상품을 구매하고 있으며, 가격비교 사이트 및 인터넷 포털의 가격비교 서비스 등을 이용하여 가격을 비교하여 구매하는 성향이 있는데, 이때 오픈마켓의 판매가격과 종합 인터넷 쇼핑물의 가격을 별도로 구별하지는 않고 있는 것으로 보았다. 그 결과, 공정위는 소비자 측면에서 관련 시장을 인터넷 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑물을 합친 하나의 시장으로 획정하였다.

(3) 판매자 측면의 시장획정

eBay는 판매자 측면에서도 인터넷 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑물을 합한 하나의 시장으로 획정하여야 한다고 주장하였다. 즉, eBay는 ① 소비자들이 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑물을 구별하지 않고 있다는 점을 판매자 측면에서도 반영하여야 한다는 점 ② 판매자들도 오픈마켓과 일반 인터넷 쇼핑물을 중복적으로 거래하고 있다는 점(Multi-homing) ③ 최근 일반 인터넷 쇼핑물에서 부분적으로 오픈마켓을 병행하는 등 오픈마켓과 일반 인터넷 쇼핑물 간의 차이가 사라지고 있다는 점 ④ eBay가 자체적으로 수행한 판매자에 대한 설문조사 자료를 이용한 임계매출분석 결과, 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑물은 같은 시장으로 획정해야 하는 것으로 나타난 점 등을 종합하면, 판매자 측의 시장도 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑물을 포괄하는 하나의 시장으로 획정하여야 한다고 주장하였다.

그러나 공정위는 다음과 같은 이유에서, 판매자 측면에서는 소비자 측면과 달리 오픈마켓을 종합 인터넷 쇼핑물과 구별되는 별개의 시장으로 획정하는 것이 타당하다고 판단하였다. 즉, 공정위는 ① 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑물 간에는 판매자와 거래방법의 차이가 확연하다는 점 ② 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑물 간에는 판매자에게 부과하는 수수료 차이가 유의미한 수준으로 존재한다는 점⁵⁾ ③ 판매자들은 양자의 관계를 상호 대체관계로 인식하지 않고 종합 인터넷 쇼핑물에서는

5) 평균적으로 종합 인터넷 쇼핑물은 16.7%, 오픈마켓은 9.4%의 수수료를 부과하는 것으로 나타났다.

오픈마켓에 비하여 상대적으로 고급의 고가제품을 판매하는 보완관계로 인식하고 있다는 점 ④ 종합 인터넷 쇼핑몰에서는 오픈마켓과 달리 단일한 상품에 대해서는 단일한 판매자와 거래한다는 점 ⑤ 가장 중요한 차이점으로 종합 인터넷 쇼핑몰에서는 MD(Merchandise, 구매담당자)의 엄격한 상품심사를 거쳐야 하기 때문에 오픈마켓의 사업자가 종합 인터넷 쇼핑몰로 전환하는데 일정한 제약이 있다는 점 ⑥ 최근 선고된 ‘인터넷파크지마켓의 시장지배적 지위 남용행위에 대한 건’ (서울고등법원 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결)에서도 법원은 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑몰, 포털 사이트 등의 광고시장을 하나의 관련 시장으로 볼 수 없다고 판시하였던 점 등을 종합하여 판매자 측면에서는 오픈마켓만을 단일한 하나의 관련 시장으로 획정하였다.

다. 공정위의 시정획정에 대한 검토

(1) 양면 플랫폼 시장에 대한 시장획정 관련

먼저, 본건 기업결합에 대한 공정위의 판단에서 가장 주목할 부분은 공정위가 오픈마켓의 관련 시장을 소비자 측면과 판매자 측면으로 분할하여 획정하고, 각각의 시장에서의 경쟁제한성을 별도로 판단하였다는 점이다. 앞서 살펴본 것과 같이, 공정위는 시장획정의 원칙은 관련 분야에서의 거래 및 사업내용을 정확하게 파악하여 해당 기업결합이 미치는 영향을 분석하는 것이라는 점을 근거로 오픈마켓의 관련 시장을 ① 더 많은 판매자를 확보하여 판매자 간의 가격경쟁을 유도하고 다양한 상품구색을 갖추기 위한 경쟁을 하는 시장(판매자 측면) ② 더 편리한 구매 서비스를 제공하여 많은 소비자들이 구매하도록 유인하는 경쟁을 하는 시장(소비자 측면)으로 분리해서 파악하였다. 이러한 이원화된 시장획정방식으로 인하여 공정위가 eBay(옥션)와 G마켓의 본건 기업결합에 대하여 소비자 측면과 판매자 측면에서 서로 다른 판단을 내리는 것이 가능해졌고, 결과적으로 본건 기업결합이 판매수수료 인상 금지 등을 조건으로 승인되는데 결정적인 기여를 한 것으로 보인다.

참고로, 이러한 양면 플랫폼 구조에 대한 이원화된 시장획정방식은 최근 대법원 판결이 선고된 ‘티브로드 사건’에서도 이미 문제되었다. 티브로드 사건에서 공정위는 티브로드 강서방송의 시장 지배적 지위를 판단하는 관련 상품시장을 플랫폼 사업자와 그 플랫폼 사업자에게 유료 가입하여 프로그램을 시청하는 가입자 사이에 형성되는 ‘프로그램 송출시장’으로 획정하였다.⁶⁾ 이러한 공정위의 판단에 대하여 서울고등법원은 공정위가 관련시장을 ‘프로그램 송출시장’으로 획정하고 티브로드 강서방송이 시장지배적 지위에 있다고 판단한 것은 적법하다고 보았다.⁷⁾ 동시에 서울고등법원은 관련 상품시장 획정에서 TV홈쇼핑 사업자와 일반프로그램 공급자인 방송채널 사업자 및 복수종합유선방송 사업자 간의 프로그램 송출 서비스 시장을 추가, 프로그램 송출 서비스 시장은 전국시장으로 관련 시장을 획정하여 두 개의 시장을 개념화 한 뒤, 프로그램 송출시장에서의 독점적

6) (주)티브로드 강서방송의 시장지배적 지위 남용행위에 대한 건(공정거래위원회 2007. 3. 28. 자 의결 제2007-153호).

7) 서울고등법원 2007. 11. 8. 선고 2007누10451 판결

사업자인 티브로드 강서방송이 프로그램 송출시장에서의 시장지배력을 지렛대로 삼아 그 지배력을 인접시장인 프로그램 공급시장에 전이시켰다고 보았다.⁸⁾ 프로그램 송출 서비스 시장과 프로그램 송출시장을 별개의 상품시장으로 보는 서울고등법원의 시장획정방식은 대법원에서도 그대로 유지되었으나, 대법원은 프로그램 송출시장으로의 시장지배력의 전이는 없다고 보았다.⁹⁾

오픈마켓 시장이 구조적으로 판매자와 소비자를 사이에 둔 양면 플랫폼의 형태를 취하고 있는 것은 명백하고, 이러한 오픈마켓의 특성을 감안하여 실제 거래 및 사업내용을 정확하게 파악하여 당해 기업결합이 관련 시장에 미치는 경쟁제한효과를 분석하려고 노력한 점은 평가할 만하다고 하겠다. 다만 '판매자와 소비자 사이의 판매 중개'라는 오픈마켓 사업의 본질적인 특성을 고려할 때, 판매자와 소비자를 서로 단절된 별개의 시장에 속해 있다고 판단한 공정위의 시장획정이 과연 타당한 것인지에 대해서는 생각해 볼 여지가 있다. 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」(이하 "전자상거래법"이라 한다) 제20조는 일반적인 인터넷 쇼핑몰 운영사업자(통신판매업자)와 오픈마켓 사업자(통신판매 중개업자)를 구별하여 규정하고 있으며, 오픈마켓과 같은 통신판매 중개업자는 통신판매를 중개함에 있어서 미리 책임이 없다는 사실을 고지·약정하는 방법으로 통신판매를 의뢰한 판매자의 고의 또는 과실로 인한 손해에 대하여 면책될 수 있는 것으로 정하고 있다.¹⁰⁾ 이러한 법률적 취급의 차이에서 드러나는 것처럼 오픈마켓은 하나의 매매계약을 중심으로 판매자와 소비자 간의 거래를 '중개'하는 것이 오픈마켓의 기본적인 사업구조이고, 공정위가 서로 단절된 별개의 시장으로 판매자 측면 시장과 소비자 측면 시장은 오픈마켓 사업자가 수행하는 단일한 통신판매 중개행위의 양쪽 끝에 연결되어 있는 각각의 단면에 불과한 것인데, 판매자와 소비자를 서로 단절된 것으로 취급하는 것이 타당한지는 의문이 든다.

특히, 소비자의 입장에서 오픈마켓 운영사업자와의 관계에서 일정한 거래관계가 있다고 보기 어렵다는 점에서 이러한 의문은 더욱 가중된다. 실제로 소비자가 오픈마켓 사이트에서 물건을 구매하는 전 과정을 살펴보면, 소비자는 오픈마켓 사이트에 회원으로 가입하는 것 이외에는 오픈마켓 사업자와 별도의 계약관계를 맺지 않고 어떠한 비용도 지불하지 않으며, 오픈마켓을 통하여 소비자가 제품을 구입하는 과정에서 제공받는 각종 서비스 역시 오픈마켓 사업자가 소비자에게 서비스를 제공하기 위한 목적에서 비롯된 것이 아니라, 오히려 오픈마켓 사업자가 판매자에게 판매 중개 서비스를 제공하는 과정에서 부수적으로 발생하는 것이 대부분이다.¹¹⁾ 즉, 판매자를 배제하고 오픈

8) 최승재, 티브로드 사건과 양면시장이론의 적용 가능성, 경쟁저널 제143호(2009. 3.) 80면

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

10) 제20조 ① 통신판매중개자가 재화 등을 판매함에 있어서 책임이 없다는 사실을 약정하지 아니하거나 미리 고지하지 아니하고 통신판매의 중개를 한 경우에는 당해 통신판매와 관련하여 통신판매의 중개를 의뢰한 자의 고의 또는 과실로 소비자에게 발생한 재산상의 손해에 대하여 그 통신판매중개자는 중개를 의뢰한 자와 연대하여 배상할 책임을 진다.

11) 오픈마켓에서 소비자가 상품을 구매하는 과정은 다음과 같다. ① 소비자는 오픈마켓 사업자가 운영하는 사이트에 회원가입을 한 다음 ② 가격 비교 사이트나 오픈마켓 사이트 내부의 검색기능 및 광고기능을 통하여 원하는 상품을 탐색하고 해당 상품에 대한 정보를 수집한다. 그런 다음 소비자가 구매 여부를 최종적으로 결정하게 되면 ③ 오픈마켓 사업자가 제공하는 에스크로(Escrow) 서비스 등을 이용하여 대금을 결제한 후 ④ 판매자가 배송업체를 통하여 소비자에게 물건을 배송한다. ⑤ 소비자가 물건을 수령한 후 상품의 하자 등으로 인하여 발생하는 청약 철회, 교환, 환불 등의 문제는 원칙적으로 판매자가 1차적인 책임을 진다.

마켓 사업자가 독립적으로 소비자에게 제공하는 서비스는 극히 일부분에 불과하고, 이마저도 궁극적으로는 판매 중개를 통한 수수료 수입을 극대화하기 위한 마케팅 수단으로 활용되고 있는 것이 대부분이다. 한편, 앞서 살펴본 티브로드 사건의 경우는 지역단위 프로그램 송출시장에서 종합유선방송 사업자는 지역내 소비자와 유선방송 이용에 대한 별도의 계약을 맺고 소비자는 유선방송 이용요금을 지불하는 구체적인 거래관계가 존재하고, 종합유선방송 사업자는 홈쇼핑 채널 이외에도 다양한 채널을 함께 공급하고 있기 때문에 양쪽 시장을 관통하는 단일한 거래관계를 찾기가 어렵다. 따라서 프로그램 송출 서비스 시장(전국 단위)과 프로그램 송출 시장(지역 단위)을 별개의 시장으로 획정하는 것이 일응 타당한 것으로 볼 수 있지만, 오픈마켓에서도 이러한 구별이 타당한 것인지의 의문이다.

(2) 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑몰의 구분

공정위는 본건 기업결합에서 오픈마켓의 구조를 ‘양면 플랫폼’으로 파악하고 소비자 측면의 시장과 판매자 측면의 시장을 구분하여 판단하였다. 그 결과, 판매자 측면의 시장에서는 이전의 판단과 동일하게 오픈마켓을 단일한 관련 시장으로 획정하였으나, 소비자 측면에서는 소비자 인식을 근거로 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑몰을 통합하여 하나의 관련 시장으로 획정하였다. 공정위는 이러한 판단의 논거로 ① 소비자가 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑몰을 구별하지 않고 상품을 구매한다는 점 ② 가격비교 사이트, 인터넷 포털의 가격비교 서비스 등에서 양자를 구별하지 않고 동시에 가격을 비교하고 있다는 점을 들고 있다.¹²⁾ 한편, 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑몰을 소비자 측면에서 하나의 시장으로 볼 경우, eBay와 G마켓의 시장점유율 합계가 36.4%에 불과한 것으로 나타난다.¹³⁾

그러나 본 사건 결합에서의 공정위의 위와 같은 시장획정은 과거 (주)인터파크지마켓의 시장지배적 지위 남용 사건¹⁴⁾에서 취하였던 입장과 다르다. 공정위는 2007년에 본건 기업결합의 상대회사인 G마켓의 시장지배적 지위 남용 사건에서 오픈마켓의 관련 시장에 대한 판단을 내린바 있다. 위 사건은 G마켓의 시장지배적 지위 남용행위가 문제되었던 사안이고, 본건은 기업결합이 문제된 사안이므로 두 사안의 주된 이슈는 서로 다르지만, 각 사안에서 경쟁제한성 판단의 기초가 되는 관련 시장획정과 관련하여 두 사안이 ‘오픈마켓의 관련 시장획정’이라는 동일한 이슈를 다루고 있다.

공정위는 (주)인터파크지마켓의 시장지배적 지위 남용행위에 대한 건¹⁵⁾에서 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑몰의 관계에 대하여 종합쇼핑몰 등은 통신판매업으로서 판매자의 상품을 매입한 후 자신의 인터넷 사이트에서 자신의 책임 하에서 소비자에게 직접 상품을 판매하는 형태로 운영되는 반면, 오픈마켓은 통신판매 중개업으로서 판매자에게 자신의 인터넷 사이트 내에 입점장소를 제공하

12) 문제호, 전제 논문, 37면.

13) 2009년 4월 23일자 공정위 보도자료.

14) 공정거래위원회 2007. 12. 18. 자 의결 제2007-555호.

여 그곳에서 판매가 이루어지도록 중개하고 판매에 따른 결제대금 관리 등 부가 서비스를 제공함으로써 판매업자와 소비자간 통신판매를 알선하는 형태로 운영되므로, **오픈마켓내 입점자인 판매업자는 거래상대방을 오픈마켓에서 종합 쇼핑몰로 교체할 가능성이 없어 양자 사이에는 경쟁관계가 존재하지 않는다고 판단한 바 있다.**

법원도 '인터넷파크지마켓의 시장지배적 지위 남용행위 건'(서울고등법원 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결)에서 오픈마켓의 관련 시장획정에 대하여 ① 오픈마켓의 운영자는 자신의 인터넷 사이트 내에 가상의 장터를 판매자에게 제공하고 판매에 따른 부가적인 서비스를 제공하는 통신판매 중개역할에 그치며, 거래당사자는 오픈마켓에 입점한 판매자와 구매자인 반면, 종합 쇼핑몰의 운영자는 자신의 인터넷 사이트에서 자신의 책임 하에 소비자에게 직접 상품을 판매하는 형태로 운영되어 거래형태가 전혀 다른 점 ② 종합 쇼핑몰의 운영자는 자신이 직접 판매자의 지위에서 구매자에게 책임을 지게 되므로 상품 구매시 까다로운 품질검사와 표시광고에 관련된 입증서류를 요구하고, 해당 상품이 종합 쇼핑몰의 브랜드 정책이나 기업 이미지에 부합하는지 여부 등의 엄격한 심사를 거쳐 업체와 상품을 선정하는 반면, 오픈마켓의 경우는 이러한 까다로운 입점조건이 없이 누구나 간단한 입점등록만으로 중개장터와 대금결제 서비스를 제공받아 판매활동을 할 수 있게 해주는 점 ③ 구매자들의 입장에서도 오픈마켓 운영시장과 종합 쇼핑몰 시장에서 거래되는 상품의 종류, 품질 및 가격, 판매자들의 규모 및 신뢰도, 대금결제방식이나 법적 책임 등에 차이가 있다는 점을 인식하고, 각자의 기호나 구매하고자 하는 상품의 종류에 따라 시장유형을 선택하고 있다고 보여지는 점 등을 종합할 때 오픈마켓 운영시장과 종합 쇼핑몰 시장을 하나의 관련 시장으로 볼 수는 없으며, 따라서 오픈마켓만으로 단일한 시장을 구성하는 것으로 판단하였다.

이처럼 G마켓의 시장지배적 지위 남용행위가 문제된 과거 사안에서, 공정위는 오픈마켓내 입점자인 판매업자는 거래상대방을 오픈마켓에서 종합 쇼핑몰로 교체할 가능성이 없으므로 양자 사이에는 경쟁관계가 존재하지 않는다고 판단하였고, 법원 또한 '**구매자(소비자)들의 입장에서 오픈마켓 운영시장과 종합 쇼핑몰 시장에서 거래되는 상품의 종류, 품질 및 가격, 판매자들의 규모 및 신뢰도, 대금결제방식이나 법적 책임 등에 차이가 있다는 점을 인식하고, 각자의 기호나 구매하고자 하는 상품의 종류에 따라 시장유형을 선택하고 있다고 보여지는 점**'을 근거로 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑몰을 하나의 관련 시장으로 볼 수는 없다고 판시한 바 있다.

이처럼 동일한 쟁점에 대하여 공정위가 과거와 다른 결론을 내리고, 더욱이 비록 하급심 판결이지만 법원의 판단과도 배치되는 결정을 내린 이유가 무엇일까? 소비자 측면과 판매자 측면을 구별하는 이원화된 시장획정을 인정한다고 하더라도, 소비자 측면에 대해서만 오픈마켓과 종합 인터넷 쇼핑몰을 하나의 관련 시장으로 획정한 공정위의 판단은 이전 공정위 심결 및 법원 판결에 배치된다. 인터넷 쇼핑의 경우, 소비자들이 약간의 가격 차이에도 매우 민감하게 반응하고 실제 구매 여부를 결정하는데 있어서 가격이 가장 주된 고려사항이라는 점은 부인하기 어렵지만, 일반적으로

매매계약을 체결하는 과정에서 계약의 상대방인 매도인이 누구인지, 또한 매도인의 신용도는 어떠한지 살펴본 후에 계약을 체결하는 것이 통상적인 거래관행이라고 할 것이다. 인터넷 쇼핑에서는 소비자가 매도인과 직접 대면할 수 없다는 점에서 통상의 매매계약과 약간의 차이가 있지만, 소비자가 각 상품의 판매자가 누구인지에 대하여 전혀 고려하지 않는다고 보는 것은 무리가 있다고 생각된다. 인터넷 쇼핑에 있어서 소비자는 품질과 성능이 규격화된 일부 제품을 구매하는 경우를 제외하고 당해 상품이 정품인지, 표시된 상품의 품질과 기능을 다하는지 여부에 대하여 전적으로 판매자를 신뢰할 수밖에 없고, 판매자를 대면하고 직접 제품을 눈으로 확인할 수 없는 인터넷 쇼핑의 특성상 판매자의 신용도는 구매 여부 결정에 여전히 중요한 고려사항이 될 수밖에 없다.

따라서 위 고등법원의 판시와 같이 소비자들은 오픈마켓, 전문 인터넷 쇼핑몰, 종합 인터넷 쇼핑몰 등에 대하여 판매자의 규모 및 신뢰도, 대금결제방식이나 법적 책임 등에 차이가 있다는 점을 매우 정확하게 인식하고 있다고 보아야 할 것이다. 인터넷에서 상품을 구매해본 약간의 경험이 있는 소비자라면 통상 오픈마켓에서는 오픈마켓의 운영자가 아닌 개별 판매자가 물건을 판매하는 것이며, 해당 상품의 품질이나 기능에 대해서는 오픈마켓이 아닌 판매자를 신뢰할 수밖에 없다는 점을 충분히 인식하고 있다. 그러한 배경에서 전자상거래법은 통신판매 중개업자에게 통신판매의 중개를 의뢰한 판매자의 주소, 전화번호 등을 고지하도록 법으로 강제하고 있으며(전자상거래법 제20조 제4항¹⁵⁾), 오픈마켓 사업자 스스로 개별 판매자의 신용도, 소비자 만족도 등을 기초로 판매자 신용등급제를 실시하고 있기도 하다.¹⁶⁾

이상에서 살펴본 것과 같이, 본건 기업결합에 대한 공정위의 시장획정은 관련 상품과 거래의 실제 내용을 분석하여 경쟁제한성을 판단하려는 접근법을 취했다는 점에서 높이 평가할 수 있지만, 관련 시장을 소비자 측면과 판매자 측면으로 구분하여 소비자 측면에서 과거의 공정위 심결 및 법원 판단과 배치된 결론을 내리면서 이에 대하여 설득력 있는 논거들을 충분히 제시하지 못했다는 점에서 다소 아쉬움이 남는다.

3. 본건 기업결합의 경쟁제한성 판단에 대한 검토

가. 공정위 판단의 요지

공정위는 소비자 측면에서 ① 오픈마켓과 다른 인터넷 쇼핑몰을 하나의 관련 시장으로 보아 본

15) 제20조(통신판매중개자의 책임) ④ 통신판매 중개자는 통신판매의 중개를 의뢰한 사업자의 신원에 관한 정보를 열람할 수 있는 방법을 소비자에게 제공하여야 하고 통신판매의 중개를 의뢰한 자가 사업자가 아닌 경우에는 주소, 전화번호 등 대동령령이 정하는 사항에 관하여 통신판매의 중개대상이 되는 거래의 당사자들에게 거래상대방에 관한 정보를 열람할 수 있는 방법을 제공하여야 한다.
16) G마켓의 경우는 각 판매자의 신뢰도에 따라 파워딜러, 우수딜러, 일반, 불량 4단계로 분류하고 있으며, 웹사이트상 판매자 표시에 파워딜러와 우수딜러가 나타나도록 표시하고 있다.

건 기업결합의 결과 eBay의 시장점유율 합계는 36.4%에 불과하고 ② 오픈마켓, 종합 인터넷 쇼핑몰, 전문 몰 등 온라인 쇼핑 사업자 간의 가격경쟁이 극심해서 가격 인상의 가능성은 제한적이며 ③ 가격비교 사이트 등 온라인 상품가격정보 유통이 활성화 되고 클릭 한번으로 거래처를 변경할 수 있는 인터넷 쇼핑의 특성상 상품가격 인상시 판매가 급감하여 오히려 매출 감소가 예상된다. 점을 근거로 경쟁제한성을 부정하였다. 그러나 판매자 측면에서는 오픈마켓이 단일한 관련 시장을 구성하므로 기업결합 이후 eBay의 시장점유율 합계가 87.5%에 이르러 오픈마켓과 거래하는 판매자의 경우에는 피해가 발생할 가능성이 있지만, 오픈마켓 시장은 역동성이 강하며 경쟁제한의 폐해가 미치는 범위가 국지적이고, 중장기적으로는 관련 시장에서 신규 사업자의 진출 등으로 이러한 문제가 자연스럽게 해소될 수 있을 것으로 판단하였다.¹⁷⁾

나. 검토 의견

공정위는 오픈마켓 시장의 역동성을 설명하면서 2008년 2월 새롭게 오픈마켓 시장에 진출한 SK그룹 계열의 '11번가'의 예를 들고 있다. 11번가의 등장 이후 옥션과 G마켓의 시장점유율이 감소하고 있고, 11번가의 시장점유율이 계속 높아지고 있기 때문에 오픈마켓의 시장경쟁구조가 동태적으로 변화하는 양상임을 실제로 입증하고 있다고 주장하고 있다.¹⁸⁾ 그러나 과거 오픈마켓 시장에서 대기업 계열의 오픈마켓 사업자들이 옥션, G마켓과의 경쟁에서 실패하여 차례로 철수하였던 전례에 비추어 볼 때, 공정위의 이러한 분석이 타당한 것인지 논란이 있을 수 있다.

실제로 GS홈쇼핑은 2008년 말 3년간 운영해오던 오픈마켓 'GSe스토어'의 영업을 중단하였고, 그 1년 전인 2007년 말에는 CJ홈쇼핑이 2년간 운영해오던 오픈마켓 '엠펙 온라인'의 영업을 중단한 바 있다. 온라인 유통업체에서 강자로 평가되던 GS홈쇼핑마저도 오픈마켓 시장에서 옥션과 G마켓의 벽을 넘지 못하고, 2007년 한해 동안 116억 원의 영업손실이 나고 말았다. CJ홈쇼핑의 엠펙 온라인 역시 눈덩이처럼 불어나는 적자를 감당하지 못하고 끝내 오픈마켓 사업을 정리하였다. 최근에는 SK텔레콤이 오픈한 11번가가 오픈마켓 사업을 시작하여 막대한 마케팅 비용을 쏟아부으며 소비자들에게 인지도를 높이고 있으나, 옥션 및 G마켓과는 아직도 많은 격차가 존재한다. 오픈마켓 시장의 경우에 인터넷 기반 사업으로서의 동태적 특성이 두드러지게 나타나는 것이 사실이다. 그러나 이와 동시에 인터넷 기반 사업은 네트워크 외부성으로 인하여 상위 사업자로의 쏠림현상이 나타날 가능성이 크고, 결과적으로 독과점 체제가 형성되기 쉽다는 점 역시 간과할 수는 없다.¹⁹⁾

17) 2009. 4. 23. 자 공정위 보도자료

18)

| 구 분 | 2007년 | 2008년 | 2009년 (1/4분기) |
|----------|-------|-------|---------------|
| 옥션 + G마켓 | 88.5% | 87.5% | 80.8% |
| 11번가 | - | 4% | 10.7% |

19) 인터넷포털사업의 특성과 경쟁정책적 시사점(공정거래위원회 주요산업 경쟁정책보고서 시리즈 2008-2), 63면.

그러나 오픈마켓의 경우는 인터넷 기반 사업의 특성상 다른 산업에 비하여 상대적으로 신규 사업자의 진입과 기존 사업자의 퇴출이 활발한 것은 비교적 명백하다. 이러한 현상은 전 세계적으로 공통되는 현상이고, 이러한 인터넷 기반 산업의 특성을 감안한 공정위의 경쟁제한성 분석이 설득력이 있는 것은 사실이다. 특히, 최근 들어 주요 포털 사업자들이 오픈마켓 사업자의 강력한 경쟁자로 등장하고 있다. 네이버와 다음은 자사 포털에 로그인(Log-in)한 소비자들이 중소 인터넷 쇼핑몰에 별도의 로그인 절차를 거치지 않고도 온라인 쇼핑을 할 수 있는 시스템 도입을 준비하고 있다. 또한, 네이버는 최근 자사 포털 카페에 에스크로(Escrow) 시스템을 도입하였고, 2009년 7월 말까지 지식쇼핑에 결제시스템을 도입할 예정이다. 이러한 주요 포털 사업자들의 행보로 인하여 궁극적으로 오픈마켓 사업자들과의 경쟁이 불가피할 것으로 예상된다. 포털 시장에서 1, 2위를 차지하고 있는 네이버와 다음의 이러한 움직임은 향후 여타 포털 사이트에게도 영향을 주어 다른 포털 사업자들에게도 확산될 가능성이 있다고 보인다.

4. 본건 기업결합 승인조건에 대한 검토

공정위는 본건 기업결합에 대하여 단기적으로는 경쟁제한의 폐해가 발생할 수 있지만, 신규 진입 가능성, 시장의 동태적 변화 가능성에 따라 경쟁제한의 폐해가 중장기적으로 지속되지는 않을 것으로 판단하였다. 또한, 오픈마켓 사업자의 거래상대방인 소비자와 판매자 중에서 판매자는 폐해를 입을 가능성이 있으나, 소비자는 직접적으로 폐해를 입을 가능성이 높지 않은 것으로 분석하였다. 그리고 기업결합에 따라서 대형 판매자보다는 중소형 판매자들이 직접적 폐해를 입을 가능성이 더 높은 것으로 파악하였다.

한편, 공정위는 본건의 대상인 인터넷 오픈마켓의 경우는 비즈니스 모델이 합병 금지 이외에 자산 일부 매각명령 등의 구조적 시정조치를 취하기가 곤란하다는 점을 고려하여, 기업결합으로 인한 폐해가 발생할 가능성이 있는 기간 및 대상에 대하여 예상되는 폐해를 방지할 수 있는 행태적 시정조치를 부가하였다. 기업결합 승인에 부가된 시정조치의 내용은 다음과 같다.²⁰⁾

- ※ 다음과 같은 내용을 향후 3년간 준수하여야 함
 - 판매수수료율의 소비자물가 인상률 이상 인상 금지
 - 등록수수료, 서비스(광고)수수료(경매방식 제외) 단가의 인상을 소비자 물가인상률 이내로 제한
 - 중소규모 판매자를 위한 보호대책 수립
 - 공정거래법 준수방안 수립 시행 및 수립내용 판매자 공지
- ※ 2011년 1월 1일 이후 경쟁상황이 변경된 경우 위 조건의 변경 요청 가능

20) 문제호, 전제 논문, 44면.

통상 유통업 분야의 기업결합에서 경쟁제한성이 인정되는 경우, 공정위는 관련 지역시장을 획정한 후 경쟁제한성이 높다고 인정되는 몇 개 지역시장에 존재하는 매장의 매각을 명령하는 구조적 시정조치를 내리고는 하였다(신세계와 월마트의 기업결합 건 등). 그러나 본건 기업결합의 경우는 관련 지역시장이 전국시장으로 볼 수밖에 없고 인터넷 기반 사업의 성격을 고려할 때, 그러한 구조적 시정조치를 명령하는 것이 애당초 불가능하고, 이를 감안하여 경쟁제한효과가 발생할 위험성이 있는 부분만을 특정하여 행태적 시정조치를 부과한 것으로 보인다.

5. 결어

본건 기업결합에 대한 공정위의 판단은 앞으로 계속될 인터넷 기반 기업 간의 결합에 대한 일응의 판단기준을 제시하였다는 점에서, 폭발적인 성장세를 보이고 있는 인터넷 기반 산업의 기업결합에 귀중한 선례가 될 것으로 보인다. 본건 기업결합과 관련한 몇 가지 쟁점 중에서 시장획정부분에 대해서는 다소 다른 견해가 있을 수 있지만, 공정위가 오픈마켓 시장의 동태적 특성을 감안하여 행태적 시정조치를 부과하면서 기업결합을 승인한 것은 바람직한 방향이라고 생각된다.

본건 기업결합에 대하여 필자들이 품고 있는 궁금증들은 공정위의 의결서가 공개되는 순간 상당부분 해소될 것이라고 생각된다. 본고는 공정위 의결서가 아직 공개되지 않은 상태에서 필자들이 본건 기업결합의 결과를 접하면서 자연스럽게 떠올리게 된 경쟁법적 이슈들에 대해서 정리하여 본 것이다. 향후 공정위 의결서가 공개된 이후에도 본건 기업결합에 대한 의미 있는 논의가 계속되기를 기대한다.